

EDITORIALE / EDITORIAL

PAOLO MOSCARINI

Contrasto della corruzione e procedimento penale <i>de societate</i> / <i>The Fight to the Bribery and the Proceeding against the Companies</i>	1
--	---

SCENARI / OVERVIEWS

Novità sovranazionali / <i>Supranational news</i> (ELENA ZANETTI)	9
<i>De jure condendo</i> (NICOLA TRIGGIANI)	13
Corti europee / <i>European Courts</i> (ALESSIO SCARCELLA)	17
Corte costituzionale (FRANCESCA CORSANO).....	26
Sezioni Unite (ALESSANDRO DIDI)	29

AVANGUARDIE IN GIURISPRUDENZA /
CUTTING EDGE CASE LAW

Il diritto al contraddittorio sull'accusa è violato se la riqualificazione giuridica non è pre-vedibile	35
Corte di Cassazione, Sezione II, sentenza 14 gennaio 2013, n. 1625.....	35
<i>Iura novit curia</i> e contraddittorio nel giudizio abbreviato / <i>Iura novit curia and right to be heard in "summary trial"</i> (ROBERTO PUGLISI).....	40
Mandato d'arresto europeo e consegna del condannato in contumacia	47
Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sentenza 26 febbraio 2013	47
Processo <i>in absentia</i> ed esecuzione del M.a.e.: la conoscenza legale del procedimento obbliga l'autorità richiesta a consegnare il condannato / <i>Trial in absentia and execution of Mae: legal knowledge of the procedure obliges the required authority to deliver the condemned</i> (MARCELLO D'AIUTO).....	55
La sentenza d'appello può essere motivata <i>per relationem</i>, ma entro certi limiti	63
Corte di Cassazione, Sezione IV, sentenza 9 gennaio 2013, n. 1033.....	63
Sentenza d'appello motivata <i>per relationem</i> / <i>Appeal decision motivated per relationem</i> (FEDERICO BARDELLE).....	65
La violazione della disciplina della privacy non determina inutilizzabilità della prova	72
Corte di cassazione, Sezione II, sentenza 12 febbraio 2013, n. 6812	72
Le videoriprese tra <i>privacy</i> e processo penale / <i>The video footage between privacy and criminal trial</i> (PIERGIORGIO LAVIANI)	73

DIBATTITI TRA NORME E PRASSI /
DEBATES: LAW AND PRAXIS

ELENA ZANETTI

La cooperazione con la Corte penale internazionale nella legge italiana di adeguamento (l. n. 237 del 2012) / <i>Cooperation with the International Criminal Court according to the implementation Italian Law (l. n. 237/2012)</i>	81
--	----

DANIELA SAVY

Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione europea / *The new European Union Directive on victims of crime*93

**ANALISI E PROSPETTIVE /
ANALYSIS AND PROSPECTS**

FRANCESCO ZACCHÈ

L'acquisizione della posta elettronica nel processo penale / *E-mail and criminal evidence*103

MARIAIVANA ROMANO

L'amministratore giudiziario dei beni sottratti alla criminalità organizzata: passi avanti (e ancora da fare) / *Judicial administrator of organized crime's goods: important achievements, although still more to do* 112

INDICI / INDEX

Autori / <i>Authors</i>	119
Provvedimenti / <i>Measures</i>	120
Materie / <i>Topics</i>	120

EDITORIALE / EDITORIAL

PAOLO MOSCARINI

Professore ordinario di Procedura penale – Università degli Studi di Roma LUISS “Guido Carli”

Contrasto della corruzione e procedimento penale *de societate*

The Fight to the Bribery and the Proceeding against the Companies

Negli ultimi quindici anni, una serie di Convenzioni internazionali ha imposto agli Stati aderenti una più efficace lotta contro la corruzione. Conformemente a tali direttive, il legislatore italiano ha introdotto norme incriminatrici più severe in materia e previsto la responsabilità penale anche delle società per i fatti di corruzione commessi nel loro interesse od a loro vantaggio. L'Autore sostiene l'esigenza di ricondurre il regime punitivo istituito nei confronti delle persone giuridiche ai principi generali di garanzia dei diritti umani.

In the last fifteen years, many international Conventions have ordered to the States – Parties a more effective fight against the bribes. In accordance with these instructions, Italy introduced some more severe rules on the corruption's crimes and provided the criminal liability of the Companies because of this kind of facts if they were committed in their interest or to their advantage. This article asserts the need to coordinate such regulation with the general principles on the human rights.

PREMESSA

Uno dei fenomeni più rilevanti dell'esperienza giuridica contemporanea è certamente l'inserimento delle questioni in una prospettiva internazionalistica e/o sovranazionale.

Emblematica di simile tendenza è l'evoluzione del sistema normativo concernente la repressione dei fenomeni corruttivi: una serie di Atti ed indicazioni internazionali, dapprima, postulando un nesso diretto tra la corruzione e la “politica” delle imprese, ha condotto a far introdurre anche in Italia meccanismi sanzionatori attivabili – sul presupposto dell'avvenuta commissione, nel loro interesse od a loro vantaggio, d'un qualche reato ricadente in una determinata tipologia – direttamente nei confronti delle medesime, con conseguente superamento del

principio «*societas delinquere et puniri non potest*»¹; poi, più recentemente, ad una radicale “rivisitazione” delle fattispecie incriminatrici concernenti le varie forme di corruzione².

¹ Cfr.: Secondo protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari della Comunità europea, stabilito in base all'art. K 3 del Trattato sull'Unione europea, art. 3; Convenzione sulla base dell'art. K 3 § 2, lett. c del Trattato sull'Unione europea relativo alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, art. 6; Convenzione O.C.S.E. sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni internazionali, art. 2; Convenzione penale sulla corruzione, art. 8; Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione, art. 26; Decisione quadro 2003/560/GAI, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, art. 5.

² In particolare, ai fini della l. 190/2012 (v. *infra*) sembrano essere stati determinanti i rilievi mossi dall'O.C.S.E. all'Italia in merito alla (allora non preveduta) punibilità del “concusso attraverso induzione”; nonché il Rapporto G.R.E.C.O. (Group of

Quest'ultimo intervento, sebbene cronologicamente successivo, sembra dover essere considerato per primo, data una sua certa qual "antecedenza logico – giuridica".

LE FATTISPECIE DI CORRUZIONE E LA LORO "OGGETTIVITÀ GIURIDICA"

Già prima della recente l. 6 novembre 2012, n.190 recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione», il nostro codice penale (agli artt. 318, 319 e 320, come già in precedenza modificati, rispettivamente, dagli artt. 6,7 e 10 della l. 26 aprile 1990, n. 86) prevedeva sia la corruzione "propria" – o per un atto «contrario ai doveri d'ufficio» – sia quella "impropria" – ovvero, per un atto ai medesimi obblighi conforme; sanzionando le rispettive condotte sia che precedessero il compimento dell'atto inerente alla funzione (corruzione c.d. "antecedente") sia che vi facessero seguito (corruzione c.d. "sussequente"); donde la ben nota quadripartizione della corruzione in "propria antecedente", "propria sussequente", "impropria antecedente", "impropria sussequente".

La citata novella 2012 (art. 1, comma 75) ha parzialmente mutato il quadro: rimasta invariata la descrizione della "corruzione propria" (di cui si è peraltro inasprito il trattamento sanzionatorio: si veda la lett. g)³, si è mutata la configurazione di quella "impropria", incriminando come «Corruzione per l'esercizio della funzione» il fatto del «[...] pubblico ufficiale che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità o ne accetta la promessa»(lett. f).

È venuta così meno l'esigenza – precedentemente richiesta⁴ – d'una stretta ed immediata consequenzialità tra la dazione o l'offerta, da parte del terzo, di denaro od altra utilità ed il compimento o l'omissione, ad opera del funzionario, d'uno specifico atto conforme ai doveri d'ufficio; onde l'illecito de

quo sembra essere divenuto d'assai più facile accertamento sotto il profilo probatorio⁵.

Inoltre, lo stesso art. 1 comma 75, circoscritta la figura della concussione alla sola ipotesi della *costrizione* (con inasprimento, peraltro, del rispettivo trattamento sanzionatorio) (lett. d), ha introdotto la nuova fattispecie dell'«Induzione indebita a dare o promettere utilità» (art. 319-quater inserito nel c.p. dalla lett. i dello stesso comma 75), punendo a tale titolo non soltanto il funzionario induttore ma anche il terzo abusivamente "indotto" alla consegna od offerta.

Quest'ultima soluzione, avvicinando il nostro ordinamento a taluni modelli stranieri⁶, semplifica ulteriormente l'accertamento di certi reati contro la P.A.: sanzionate sotto un unico giudizio di disvalore le anzidette due condotte concorrenti, toglie all'*extraneus* l'opportunità d'eccepire, per fini difensivi, d'essere stato "spinto" dall'*intraneus* a consegnare od offrire, al fine di presentarsi come "concusso" anziché come "corruttore".

Ad avviso dello scrivente, tale da poco intervenuta riforma fa seguito anche ad un profondo ripensamento concernente l'*oggettività giuridica* dei delitti di corruzione.

Superati i tradizionali orientamenti "statolatri" che radicavano le rispettive previsioni nella violazione, da parte del funzionario, di un *dovere di fedeltà* nei confronti dell'organismo pubblico d'appartenenza⁷, oppure nella compromissione del *prestigio* di questo⁸, la moderna dottrina ha ravvisato l'essenza della corruzione, ora, nella *compravendita d'una pubblica funzione*⁹, ora, nel *pregiudizio per il buon*

³ Cfr. Padovani, *La "messa a libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, AA. VV., *Legge anticorruzione: disciplina amministrativa e modifiche al codice penale*, suppl. a Guida dir., 2012, 104.

⁴ Che prevedono come reato tanto la *corruption* quanto la *bribery* (v. Ciarnello, *I delitti di concussione e corruzione*, Macrillò (a cura di), *I nuovi profili penali nei rapporti con la pubblica amministrazione alla luce della Legge anticorruzione 6 novembre 2012*, n. 190, Padova, 2012, 8).

⁵ Maggiore, *Principi di diritto penale*, II, Parte speciale. *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Bologna, 1950, 154.

⁶ Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, II, V ed., Milano, 1966, 680 ss.; Grispigni, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Roma, 1953, 55; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., V, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1982, 212 ss.; Pannain, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1966, 114.

⁷ Pagliaro-Parodi-Giusino, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 121 ss. cfr. anche: Grosso, *Il delitto di corruzione tra realtà interpretativa e prospettive di riforma*, Stile (a cura di), *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, 342; Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, AA. VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006, 140.

States against Corruption) del 23 marzo 2012; laddove (§ 122) si raccomanda al nostro Paese di esaminare in modo approfondito la pratica applicazione del delitto di corruzione e, eventualmente, adottare le misure concrete per rivedere e chiarire la portata del reato.

³ La pena, in precedenza della reclusione da due a cinque anni, è stata sostituita con quella omologa da quattro ad otto anni.

⁴ Cfr., anche in un'ottica retrospettiva, Cassazione, *Rel. n. III/11/2012. Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190*, recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione», Andreazza-Pistorelli-Carcano (a cura di), 3 (da www.cortedicassazione.it).

andamento o l'imparzialità della P.A. (v. art. 97 comma 1 Cost.)¹⁰.

Peraltro, la devastante portata assunta nel nostro Paese dai fenomeni corruttivi – evidenziatasi da più di vent'anni, anche in esito a "Tangentopoli"¹¹ – ha successivamente condotto a riconoscere nella corruzione anche un fattore di grave perturbamento riguardante i meccanismi della libera concorrenza e del mercato¹².

Infine, gli orientamenti ancor dopo manifestatisi in sede internazionalistica¹³ sono nel senso di considerare la corruzione come *fonte d'irragionevoli costi, non solo economici, per la collettività e di disfunzione nelle istituzioni democratiche*.

LA "PUNIZIONE DELLE SOCIETÀ" IN UN'OTTICA DI REPRESSIONE DEI FENOMENI CORRUTTIVI

Le suesposte premesse sono quelle che – a vedere di chi scrive – spiegano il nuovo "diritto penale dell'impresa": una volta che la corruzione venga riguardata come *fenomeno complessivo e distruttore nei confronti dei meccanismi economico – giuridici posti a fondamento d'ogni società democratica*, ben si spiegano le suddette norme internazionalistiche ed interne: sia quelle volte ad ampliare l'area della incriminazione relativamente ad accadimenti "corruttivi" e ad inasprirne il trattamento sanzionatorio; sia quelle intese a far discendere dagli illeciti *de quibus la diretta punibilità anche delle persone giuridiche operanti nel mondo dell'economia*, per l'eventualità in cui gli stessi reati siano stati commessi, nell'interesse o a vantaggio delle medesime, da loro organi o dipendenti.

In particolare, per quanto attiene al secondo profilo, la considerazione secondo cui ciascun *pactum sceleris* illecito può essere visto, nell'ottica d'una

"politica d'impresa", come *costo aggiuntivo, pressoché fisiologico, per conseguire un obiettivo comunque economicamente proficuo*, ha portato a prevedere la punizione della *societas* in conseguenza del fatto d'una qualche sua *longa manus*, come misura diretta a scoraggiare – con la prospettazione dell'eventualità d'un esito azialmente catastrofico – tipologie di gestione criminogene. Alla concezione della corruzione come fenomeno incidente negativamente sulla globalità dei processi socio-economici si è così giustapposta un'idea "sovra – individuale" della responsabilità e della sanzione; la massima – dunque – è stata questa: «Ad una maggiore pericolosità va contrapposta una più elevata deterrenza»¹⁴.

LA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE PER L'ILLECITO "DIPENDENTE DA REATO"

In Italia – notoriamente – è stata proprio la preoccupazione di attuare certi Trattati¹⁵ diretti alla lotta contro la corruzione "transnazionale" ad ispirare l'emanazione della l. di delega 29 settembre 2000, n. 300 e del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, istitutivi, in capo agli "enti", della "responsabilità amministrativa per illeciti dipendenti da reato"; la natura della quale è stata, fin da subito, ampiamente dibattuta.

Si è infatti discusso – come pur è noto – se detta responsabilità abbia carattere amministrativo¹⁶ o penale¹⁷; oppure – ancora – appartenga ad un *tertium*

¹⁰ Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 1988, 162 ss.; nonché (ex plurimis): De Luca, *La corruzione impropria*, Segreto - De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 279 ss.; Mirri, *Corruzione propria e corruzione impropria tra Costituzione e politica legislativa*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 441; Rampioni, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1984, 295 ss.; Vassalli, *Corruzione propria e corruzione impropria*, *Scritti in onore di G. Musotto*, V, Palermo, 1981, 237 s.

¹¹ Forti, *Il volto di Medusa: la tangente come prezzo della paura*, Forti (a cura di), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, Milano, 2003, XI; Manacorda, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*, Napoli, 1999, 16.

¹² Cfr. Spena, *Punire la corruzione privata? Un inventario di perplessità politico – criminali, Incidenza di concussione, corruzione e riciclaggio sulla libera concorrenza e sul mercato* (atti del Convegno di Studi. Palermo 12 – 13 novembre 2010), 76 ss.

¹³ V.: *Convenzione penale sulla corruzione*, Preambolo; *Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione*, Preambolo; *Decisione Quadro 2003/568/GAI*, Considerando (9).

¹⁴ Cfr. *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231*, Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 433.

¹⁵ In particolare, la l. di delega 300/2000 è stata dettata dall'esigenza d'attuare nell'ordinamento interno le indicazioni della *Convenzione relativa alla lotta dei funzionari europei o degli Stati europei* e la *Convenzione O.C.S.E. sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri*, sopra citate.

¹⁶ Tra gli altri: Marinucci, "Societas puniri ipotest": uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 1193 ss.; Romano, *La responsabilità amministrativa degli enti*, *Dir. soc.*, 2002, 400; nonché, tra i processualpenalisti, Cordeiro, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 1327; Molari, *I soggetti*, Pisani-Molari-Perchinunno-Corso-Dominioni-Gaito-Spangher, *Manuale di procedura penale*, VIII ed., Bologna, 2008, 120 ss.

¹⁷ Cfr.: Alessandri, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, AA. VV., *Responsabilità amministrativa degli enti*. D. lgs. 8 giugno 2001 n. 231, Milano, 2003, 45; De Maglie, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni* (I) *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, *Dir. pen. proc.*, 2001, 1348; De Simone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti*, cit., 79; De Vero, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri d'imputazione e qualificazione giuridica*, *ivi*, 51 ss.; Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, *ivi*, 131; Manna, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, *Cass. pen.*, 2003, 1103; Musco, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, *Dir.*

*genus*¹⁸. Il quesito non ha rilevanza puramente teorica: dalla sua soluzione dipende l'inderogabilità o non, *in subiecta materia*, di tutte le garanzie stabilite *de hominibus* dalla Costituzione e dal diritto internazionale pattizio: i canoni di stretta legalità, personalità, colpevolezza, rieducazione; l'inviolabilità della difesa, la naturalità del giudice, la presunzione d'innocenza, le regole sul "giusto processo"¹⁹.

A dispetto delle "etichette nominalistiche"²⁰, la responsabilità in oggetto sembra di natura penale: lo si desume dal carattere sostanzialmente "afflittivo" delle pene che ne discendono (in particolare, di quelle interdittive) e dalla loro formale irrogabilità soltanto da parte del giudice penale, in esito ad omologo processo²¹.

Nondimeno, ad una "responsabilizzazione" in chiave penalistica della *societas* s'è obiettato che la persona giuridica è solo una *finzione*²², mentre il diritto penale è fatto per l'uomo: solo il soggetto fisico dotato d'intelligenza e volontà sarebbe capace d'intendere il disvalore della sua condotta e di determinarsi conseguentemente, nonché di "patire" l'afflittività della pena e d'intenderne la finalità rieducativa²³.

Ma alla suddetta tradizionale concezione degli enti di diritto se n'è contrapposta una più moderna, secondo cui i medesimi hanno, invece, *una loro realtà*, onde sono in grado d'esprimere una volontà loro propria ed autonoma; cosicché, se questa s'estrinsecasse in fatti penalmente illeciti, essi non potrebbero non sopportarne le conseguenze²⁴.

e giustizia, 2001, 23, 9; Padovani, *Il nome dei principi ed il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, De Francesco (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004, 13 ss.; Paliero, *Il d.lgs. n. 231/2001: d'ora in poi societas delinquere et puniri potest*, *Corr. giur.*, 2001, 466 ss.; Piergallini, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, *Dir. pen. proc.*, 2001, 1350 ss.

¹⁸ V. Relazione, cit., 435. Per la natura ibrida della responsabilità in oggetto v. anche Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli legali di responsabilità*, *Cass. pen.*, 2005, 322; Flora, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 1398 ss.; Giarda, *Procedimento di accertamento della «responsabilità amministrativa degli enti»*, Conso-Grevi-Bargis, *Compendio di procedura penale*, VI ed., Padova, 2012, 1258.

¹⁹ In questo senso: Del Signore, *Art. 1. Commento*, Cadoppi-Garuti-Veneziani (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 67.

²⁰ Di «frode delle etichette» parla Musco, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, *Dir. e giustizia*, 2001, 23, 82.

²¹ In questo senso, cfr. Manna, cit., 1104.

²² Ci si riferisce qui alla nota teoria del Von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. di Scialoja), II, Torino, 1988, 313.

²³ Flora, cit., 1399.

²⁴ Cfr. Relazione, cit., 441; v. anche Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti "amministrativi" da reato* (D.lgs. n. 231 del 2001), Torino, 2005, 69.

Maggiori difficoltà suscita l'osservazione per cui, considerata penale la responsabilità prevista dal d.lgs. 231/2001, si porrebbe un problema di legittimità, con riferimento all'art. 27, comma 1 Cost., dei suoi artt. 28, 29 e 30, che della stessa responsabilità prevedono la permanenza anche in caso di trasformazione, fusione o scissione della *societas*²⁵. Tuttavia, anche questo rilievo cade una volta che la persona giuridica sia riguardata come *realtà sostanziale*: se essa è costituita anzitutto da un *substrato materiale* integrato dall'aggregazione di più individui, è naturale che questa complessa soggettività continui ad essere perseguita sebbene sia intervenuta una di simili trasformazioni.

CIRCA TALUNI CANONI DEL PROCEDIMENTO PENALE DE SOCIETATE: A) L'ENTE – IMPUTATO E LA TUTELA DEL SUO DIRITTO DI DIFESA

Ed allora, dato il carattere penale della responsabilità in oggetto, nel procedimento diretto ad accertarla devono valere tutte le regole di garanzie dei diritti umani stabilite dalla Costituzione (artt. 24, 25, 111) e dal diritto internazionale pattizio (artt. 6 Cedu e 14 Patto int. dir. civ. pol.)²⁶.

Sul punto, del resto, il legislatore ordinario è stato univoco, richiamando sia in generale le norme codicistiche (art. 11, lett. q, l. 300/2000 e art. 34. d.lgs. 231/2001) sia, «in quanto compatibili», le disposizioni processuali concernenti l'imputato (art. 35 d.lgs. 231/2001).

Il limite della compatibilità sembrerebbe escludere l'applicazione all'ente delle norme dettate per l'imputato nella sua sola dimensione fisica²⁷; nondimeno il diritto della *societas* di partecipare al procedimento *de quo* attraverso un soggetto fisico – rappresentante conduce a circoscrivere la portata della stessa clausola di riserva: inapplicabili le norme necessariamente collegate alla "corporeità" del prevenuto (ad es.: gli artt. 224-bis, 244 ss., 280 ss., 379 ss.c.p.p.), la *societas* va invece considerata titolare anche di tutte le prerogative rientranti nel concetto di "difesa materiale".

In particolare, che l'ente possa avvalersi anche dello *ius tacendi* conducono a ritenerlo non solo le mentovate disposizioni di rinvio, ma anche la regola dell'art. 39 comma 1, ult. inciso, d.lgs. 231/2001:

²⁵ Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, II, ed., Milano, 2010, 14 ss.; Molari, cit., 121.

²⁶ Di Bitonto, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Napoli, 2012, 48 ss.

²⁷ Cfr. Paolozzi, *Processo agli enti (giudizio di cognizione)*, *Dig. disc. pen.*, III Agg., Torino, 2005, 1171.

l'incompatibilità a rappresentare la *societas* in capo alla persona fisica imputata per il delitto presupposto si spiega con l'intento di evitare che quest'ultima sia spinta da tale sua posizione a discolpe "auto-incriminanti" rispetto al soggetto giuridico rappresentato²⁸.

SEGUE: B) SUI CASI D'INVERSIONE DELL'ONERE PROBATORIO

Peraltro, il previsto onere a carico dell'ente – accusato di provare molteplici circostanze circa il suo assetto istituzionale ed organizzativo al fine d'evitare la condanna conseguente al fatto di suo "soggetto apicale" (art. 6 comma 1 d.lgs. 231/2001) fa dubitare circa una possibile violazione della presunzione d'innocenza (art. 27, comma 2 Cost., art. 6 § 2 Cedu, art. 14 § 2 Patto int. dir. civ. pol.).

Nondimeno, l'*impasse* sembra potere essere superata considerando l'indirizzo esegetico espresso dalla Corte di Strasburgo in merito a tale canone istruttorio: questo non fa venire meno, in capo agli Stati contraenti, la libertà di definire gli elementi costitutivi delle infrazioni penali, eventualmente anche *stabilendo presunzioni di fatto*; purché, in siffatte operazioni, Essi non oltrepassino il limite della ragionevolezza, considerando la posta in gioco e preservando il diritto della difesa alla prova contraria²⁹. Difatti, nella materia *de qua*, una parziale inversione dell'*onus probandi* non appare irragionevole: fermo restando che grava pur sempre sull'accusa il compito di dimostrare la sussistenza di determinati elementi costitutivi³⁰, è ben plausibile che un'associazione per intrapresa economica conosca e sappia adottare *compliance programs* atti ad evitare che suoi organismi commettano delitti "normalmente" prevedibili come conseguenze della propria attività.

SEGUE: C) L'OBBLIGATORIETÀ DELL'AZIONE PENALE

L'art. 58 d.lgs. 231/2001 si discosta dal modello codicistico in ciò che concerne il procedimento archiviatorio *de societate*: mentre il sistema italiano concernente le *notitiae criminis* attribuite a persone fisiche si è tradizionalmente (salva una parentesi nel ventennio fascista) ispirato al principio del *controllo*

giurisdizionale sull'inazione della pubblica accusa³¹, nella materia *de qua* l'archiviazione va disposta direttamente dal magistrato presso la procura della Repubblica, comunicandola al procuratore generale presso la corte d'appello; questi «può» svolgere gli accertamenti necessari e – ritenute sussistenti le condizioni – contestare all'ente la violazione amministrativa dipendente da reato.

Tale soluzione normativa è stata fortemente contestata da una parte degli autori³², sulla premessa per cui quello del "controllo giurisdizionale" sarebbe il solo ed indefettibile sistema capace di dare effettività al canone sancito dall'art. 112 Cost.

Peraltro, – come risulta dai lavori preparatori³³ – il legislatore delegato qui ha voluto non già attribuire agli uffici inquirenti una potestà discrezionale nell'instaurare o no il processo, bensì introdurre un meccanismo *semplificato* rispetto a quello previsto per le persone fisiche.

Inoltre (soprattutto), sotto il profilo teorico, non sembra che un *controllo gerarchico* sul p.m. "di grado inferiore" in ordine al non esercizio dell'azione penale dissoni necessariamente dal principio costituzionale della sua obbligatorietà³⁴; una volta che, per tutto resto, l'ordinamento processuale si adegui rigorosamente ai canoni di eguaglianza, stretta legalità penale, autonomia ed indipendenza della magistratura, così da escludere l'eventualità di opzioni arbitrarie o discriminatorie da parte di qualsiasi funzionario della pubblica accusa³⁵.

CONCLUSIONI

È evidente come, nei sistemi penali contemporanei, al fenomeno d'una "devianza economica" venuta assumendo sempre più connotati transnazionali ed internazionali si sia giustapposta l'idea d'una "risposta" via via maggiormente trascendente non solo i confini nazionali, ma anche i concetti tradizionali di colpa ed afflizione soltanto individuali: *ad una criminalità organizzata e globalizzata occorre*

²⁸ Bassi-Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, 533.

²⁹ Coedu 7 ottobre 1988, *Salabiaku c. Francia*, §§ 27-28; nonché, successivamente, Id., 25 settembre 1992, *Phan Hoang c. Francia*, § 33.

³⁰ Cfr. Cass., Sez. VI, 18 gennaio 2010, *CED Cass.*, 247666.

³¹ Sull'evoluzione storica dell'istituto si veda Cordero, *cit.*, 425.

³² V., fra gli altri: Bassi-Epidendio, *cit.*, 582; Bernasconi, *I profili della fase investigativa e dell'udienza preliminare*, Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti*, *cit.*, 307 ss.; Ceresa Gastaldo, *Il processo alle società nel d.lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, Torino, 2002, 63; Ferrua, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento*, Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti*, *cit.*, 225; Lorusso, *Art. 58. Commento*, Cadoppi-Garuti-Veneziani (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, *cit.*, 2531; Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, VIII ed., Torino, 2012, 651.

³³ *Relazione*, *cit.*, 492.

³⁴ Di Bitonto, *cit.*, 103; EAD., *Le indagini e l'udienza preliminare*, Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, *cit.*, 618.

³⁵ Cfr., al riguardo, Paolozzi, *Vademecum*, *cit.*, 152.

replicare con una responsabilizzazione collettiva e globalizzata.

Reati "economici" (la corruzione, anzitutto) e punizione dell'impresa sono stati uno dei primi "banchi di prova" sui quali s'è cimentata una simile concezione.

Nondimeno, il giurista europeo, nel suggerire nuovi istituti, nell'opera ermeneutica e nella ricostruzione del sistema, non deve dimenticare mai la sua formazione personalista e liberale: gli corre l'obbligo di non abbandonare l'idea che la salvaguardia

degli *iura connata* precede e deve ispirare qualsiasi soluzione normativa.

Ciò va ribadito anche ed in primo luogo in tema di contrasto della criminalità d'impresa; e con tanta maggior forza laddove la punizione delle società possa ridondare in un irreparabile pregiudizio di terzi incolpevoli ed indifesi³⁶.

³⁶ Circa tale aspetto cfr. – volendo – Moscarini, *Le cautele interdittive penali contro gli enti*, Riv. dir. proc., 2003, 1127 ss.

NOVITÀ SOVRANAZIONALI / SUPRANATIONAL NEWS

di Elena Zanetti

MODIFICHE AL REGOLAMENTO APPLICATIVO DELL'ART. VII DELLA CONVENZIONE NATO (d.p.r. n. 1666 del 1956)

Come si legge nel comunicato del Consiglio dei Ministri n. 72 dell'8 marzo 2013, è stata approvata in via definitiva «una modifica al regolamento n. 1666 del 1956, concernente le modalità di esercizio della rinuncia alla giurisdizione penale italiana nei confronti dei militari stranieri nell'ambito NATO. Il regolamento adegua per il futuro le vecchie disposizioni alle norme del codice di procedura penale e consente l'esercizio della rinuncia coerentemente con la precisazione dei fatti nel corso del processo» [v. anche il precedente comunicato n. 69 del 15 febbraio 2013, in *www.governo.it*]. Si è provveduto in tal senso con il D.P.R. 11 marzo 2013, n. 27, *Regolamento recante applicazione dell'art. VII della Convenzione fra i Paesi aderenti al Trattato del Nord Atlantico sullo «status» delle loro Forze armate* [G.U. 30 marzo 2013, n. 76].

Dall'adesione del nostro Paese all'Alleanza Atlantica (*North Atlantic Treaty Organization*) – il relativo Trattato istitutivo (Washington, 4 aprile 1949), è stato ratificato dall'Italia con l. 1° agosto 1949, n. 465 – e dalle successive ratifica ed esecuzione della Convenzione di Londra (NATO – SOFA) del 19 giugno 1951, operate con l. 30 novembre 1955, n. 1335, sono derivate, come è noto, sensibili limitazioni all'esercizio della giurisdizione nazionale nei confronti del personale militare alleato di stanza sul territorio italiano. In particolare, si deve alla Convenzione di Londra la disciplina di importanti aspetti dei rapporti tra gli Stati alleati, quali la ripartizione della giurisdizione fra lo Stato territoriale e quello di appartenenza rispetto ai membri delle forze armate alleate che si rendano autori di reato.

Fermo restando il principio generale – di origine consuetudinaria – relativo all'esenzione dalla giurisdizione dello Stato territoriale in caso di attività riconducibili al compimento di un «*official duty*», la

Convenzione detta, nell'art. VII, i criteri in base ai quali operare il riparto tra le giurisdizioni interessate, distinguendo un'«area» di giurisdizione esclusiva del Paese di origine (§ 2, a); un'«area», alquanto ristretta, di giurisdizione esclusiva del Paese di soggiorno (§ 2, b) [v., per una recente affermazione della giurisdizione esclusiva dell'autorità giudiziaria italiana, in un caso di sequestro di persona effettuato sul nostro territorio da personale militare straniero, la sentenza Cass. sez. V, 19 settembre 2012, n. 46340, in CED Cass. 253634] ed un'«area», assai più estesa, di giurisdizione «concorrente», riguardante i reati puniti da entrambi gli ordinamenti. In quest'ultima ipotesi, l'individuazione della giurisdizione prevalente nel singolo caso avviene in base alle ulteriori regole enunciate nel § 3. A modificare tale assetto di rapporti è, però, espressamente attribuita allo Stato che vanti il diritto di priorità la facoltà di rinunciare all'esercizio della sua giurisdizione in favore del Paese di origine, eventualmente su richiesta di esso (§ 3, c).

Per quanto riguarda l'Italia, il meccanismo in forza del quale rinunciare a far valere la giurisdizione nazionale qualora essa risultasse «prioritaria» è stato regolato con il D.P.R. 2 dicembre 1956, n. 1666. L'esigenza di provvedere, sotto più di un profilo, ad una revisione delle disposizioni in esso contenute era stata sostenuta, già nel 2001, dalla *Relazione conclusiva della Commissione parlamentare d'inchiesta sulle responsabilità relative alla tragedia del Cermis* [v. il testo della Relazione in *www.camera.it*; inoltre Pisani, *Gli accordi N.A.T.O.: come rivedere il trattato di Londra*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 559]. In tale occasione si sottolineava, in primo luogo, la necessità di «definire nel modo più completo e chiaro possibile» le situazioni che consentono l'esercizio della giurisdizione prioritaria da parte dello Stato di appartenenza quanto alle attività riconducibili a mansioni ufficiali. Del pari, si ravvisava l'opportunità «di meglio precisare i casi di concorso di giurisdizione tra Stato di origine e Stato territoriale nelle situazioni in cui tale concorso riguarda la tutela di valori chiaramente

te sperequati o risulti addirittura solo apparente. Si tratta dei casi in cui la presenza di tale concorso è fatta valere di fatto, per escludere l'esercizio della giurisdizione dello Stato territoriale, piuttosto che per giudicare o eventualmente punire i presunti colpevoli».

Le modifiche operate dal d.p.r. n. 27 del 2013 concernono essenzialmente due profili ben determinati. Come si evince dal preambolo, si è provveduto *in primis ad adeguare, sul piano della terminologia utilizzata, il testo* del Regolamento al codice di procedura penale del 1988 (art. 1, comma 1, lett. b) e c), nonché a rendere «più sollecito, chiaro e semplice il procedimento e le modalità di rinuncia alla giurisdizione» (art. 1, comma 1, lett. a), che sostituisce l'art. 1 D.P.R. n. 1666 del 1956). Al riguardo, il previgente testo si limitava ad attribuire al Ministro della giustizia il potere di rivolgere, sentito il Ministro degli esteri, la richiesta di rinuncia «all'autorità giudiziaria competente per il procedimento», qualora ritenesse ammissibile la relativa istanza e opportuno rinunciare a far valere il diritto di priorità nell'esercizio della giurisdizione. In ogni caso, tale richiesta non avrebbe più potuto essere formulata una volta notificato all'imputato il decreto di citazione per il dibattimento di primo grado.

Il nuovo Regolamento conferma la legittimazione esclusiva del Ministro della giustizia in tale ambito, sia nel caso egli richieda, di propria iniziativa, che sia dichiarata la rinuncia al diritto di priorità, sia qualora riceva istanze in tal senso. In quest'ultima ipotesi si stabilisce che le istanze di rinuncia gli vengano rivolte per il tramite del Ministro degli esteri, del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale più vicino, ovvero, dopo la chiusura delle indagini preliminari, del giudice che procede. In vista di tale trasmissione, il Procuratore e il giudice procedente inoltrano le istanze, munite di un rapporto informativo, rispettivamente al Procuratore generale e al Presidente del Tribunale o della Corte. Dal canto suo il Ministro, sempre che abbia ritenuto le istanze ammissibili e opportune – in questo la previsione non ha subito cambiamenti – provvederà ad inviare una formale richiesta all'autorità giudiziaria competente. La novità forse più rilevante è da cogliere nella sensibile dilatazione dei tempi, dal momento che – a differenza di quanto avveniva in precedenza – la richiesta di rinuncia potrà essere presentata «in ogni stato e grado del procedimento fino al passaggio in giudicato della sentenza».

Per effetto della richiesta *de qua*, il giudice competente, verificata «l'esistenza delle condizioni previste dalla legge per l'ammissibilità e la validità della rinuncia», dichiarerà con sentenza «la rinuncia al diritto di priorità nell'esercizio della giurisdizione» da parte del nostro Paese. La pronuncia del giudice

sulla richiesta del Ministro è comunicata «in ogni caso» – e, quindi, anche qualora non sia accolta – allo Stato da cui proviene l'istanza di rinuncia. Tali disposizioni si osservano, in quanto compatibili, anche nel caso di richiesta ad iniziativa del Ministro.

Il d.p.r. n. 27 del 2013 è entrato in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* (art. 2, comma I).

IL TRATTATO DELLE NAZIONI UNITE SUL COMMERCIO INTERNAZIONALE DI ARMI (NEW-YORK, 2013)

«*It's a historic diplomatic achievement – the culmination of long-held dreams and many years of effort. This is a victory for the world's people*» con queste parole il Segretario Generale delle Nazioni Unite ha salutato l'adozione da parte dell'Assemblea Generale del primo trattato che regola il commercio internazionale di armi convenzionali. La risoluzione che contiene il testo del trattato è stata approvata nella seduta del 2 aprile 2013 con 154 voti favorevoli, 3 voti contrari (Corea del Nord, Iran e Siria) e 23 astensioni (v. il comunicato del Ministero degli affari esteri in data 2 aprile 2013, nel sito www.esteri.it, sezione *Archivio comunicati e notizie*. Il testo del trattato è consultabile, unitamente ad ulteriore documentazione ufficiale, all'indirizzo www.un.org/disarmament/ATT).

Si è, in tal modo, posto rimedio al sostanziale fallimento della Conferenza (*Final UN Conference on the Arms Trade Treaty*) svoltasi a New-York dal 18 al 28 marzo 2013. Quest'ultima era stata, infatti, appositamente indetta al fine di concretizzare, con il varo del trattato *de quo*, i negoziati condotti, a vari livelli, sotto l'egida delle Nazioni Unite sin dal 2006, in vista della messa a punto di uno strumento multilaterale in grado di disciplinare, mediante regole condivise, l'importazione e l'esportazione di armi convenzionali. In quell'occasione è, però, mancata la richiesta unanimità dei Paesi membri sul progetto di trattato sottoposto all'approvazione in esito alla Conferenza. A seguito di tale insuccesso, il testo del trattato è stato quindi trasfuso – di concerto con l'Ufficio di Presidenza dell'Assemblea – in un progetto di risoluzione, per la cui adozione era sufficiente la maggioranza semplice (97 voti).

Ai sensi dell'art. 22, § 1, l'entrata in vigore del trattato è prevista per il novantesimo giorno successivo al deposito del cinquantesimo strumento di ratifica, accettazione o approvazione presso il Segretariato Generale delle Nazioni Unite (art. 21, § 4). Per gli Stati che aderiranno ad esso in epoca successiva a tale data, l'entrata in vigore del trattato avverrà il novantesimo giorno seguente al deposito del singolo strumento di ratifica o accettazione (art. 22, § 2).

NOVITÀ SOVRANAZIONALI

Il trattato – costituito da 28 articoli – non intende vietare *tout court* il commercio internazionale delle armi convenzionali (se non entro i limiti dei divieti previsti dall'art. 6), ma piuttosto regolarne o favorirne la regolamentazione, mediante, mediante l'adozione di elevati *standard* internazionali condivisi, allo scopo di prevenirne e di debellarne il traffico illecito e prevenire la loro «*diversion*». Tali obiettivi sono perseguiti ai fini – espressamente enunciati nell'art. 1 – di contribuire alla pace, sicurezza e stabilità internazionali e regionali; di limitare le sofferenze umane; di promuovere la cooperazione, la trasparenza e l'azione responsabile degli Stati parte nel commercio internazionale di armi convenzionali, sviluppando tra di essi fiducia reciproca. A tale scopo, l'art. 2, § 1 ne estende l'ambito di applicazione «*to all conventional arms*» riconducibili alle seguenti categorie: carri armati; veicoli corazzati da combattimento; sistemi di artiglieria pesante; aerei da combattimento; elicotteri d'attacco; navi da guerra; missili e lanciamissili; armi leggere e di piccolo calibro.

Quanto alla nozione di «*international trade*» rilevante ai fini del trattato, essa comprende – secondo la previsione dell'art. 2, § 2 – le attività di *export* (art. 7), *import* (art. 8), transito e trasbordo (art. 9) e intermediazione (art. 10) di armi. Esula, invece, dal suo perimetro applicativo il mero trasferimento di armi convenzionali operato da uno Stato parte o per conto di esso, a condizione che ne conservi la proprietà (art. 2, § 3). È, inoltre, fatto espresso divieto di autorizzare il commercio di armi nelle ipotesi enunciate dall'art. 6, ovvero in violazione di obblighi che derivino allo Stato parte interessato da misure adottate dal Consiglio di Sicurezza in applicazione del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, quali gli embarghi di armi (§ 1), o ancora da accordi internazionali, riguardanti in particolare il commercio o il traffico illecito di armi (§ 2). Nello stesso divieto incorre anche il Paese che, all'atto di concedere l'autorizzazione, sia consapevole che le armi *de quibus* saranno impiegate per commettere genocidio, crimini contro l'umanità, gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949, attacchi diretti contro obiettivi civili o civili protetti, o altri crimini di guerra, secondo quanto previsto da accordi internazionali cui abbia aderito (§ 3).

In applicazione di tali principi generali, gli Stati parte sono chiamati ad incentivare l'attuazione del trattato in modo coerente, oggettivo e non discriminatorio (art. 5, § 1). A questo fine è previsto un articolato complesso di interventi, a partire dall'istituzione in ciascun Paese di un sistema di controllo nazionale (§ 2) e dalla designazione di autorità na-

zionali incaricate di garantire l'efficacia e la trasparenza del sistema stesso (§ 5). In aggiunta, gli Stati parte designeranno uno o più punti di contatto per lo scambio di informazioni su materie attinenti all'implementazione del trattato (§ 6). Sul piano della normativa interna è, inoltre, sollecitata l'adozione di leggi e regolamenti atti a favorire l'esecuzione delle sue previsioni (art. 14). Delle diverse misure adottate ciascuno Stato parte dovrà rendere conto, entro un anno dall'entrata in vigore del trattato, all'apposito Segretariato – istituito, a norma dell'art. 18, per supportare l'Assemblea degli Stati parte (art. 17) – mediante un rapporto redatto ai sensi dell'art. 13. Altrettanto rigorosi sono poi gli obblighi di documentazione sanciti dall'art. 12, rispetto alla concessione di autorizzazioni alle esportazioni, ai trasferimenti e al transito di armi: al riguardo si dispone, tra l'altro, che i relativi registri siano conservati per un periodo minimo di dieci anni (art. 12, § 4).

Completano il panorama delle modalità di azione, alcune previsioni in tema di cooperazione e di assistenza internazionale. Sul primo versante si stabilisce, in particolare, che gli Stati collaborino – in ossequio ai rispettivi interessi e alla legislazione nazionale – non solo scambiando informazioni ed esperienze e consultandosi reciprocamente, ma anche cooperando nell'indagare, perseguire e giudicare le violazioni delle disposizioni nazionali adottate in attuazione del trattato (art. 15). Sul secondo, si precisa che l'assistenza nei diversi possibili settori d'interesse – giuridico, legislativo, tecnico, materiale o finanziario – potrà essere richiesta, fornita o ricevuta oltre che dalle Nazioni Unite, anche per mezzo di organizzazioni internazionali, regionali, subregionali, nazionali, non governative o su base bilaterale (art. 16).

Il trattato sarà aperto alla firma presso il Quartier Generale delle Nazioni Unite a partire dal 3 giugno 2013 (art. 21, § 1). Ai sensi dell'art. 25, § 1, all'atto della firma o della ratifica è ammessa la formulazione di riserve, salvo che esse risultino incompatibili con l'oggetto e lo scopo del trattato stesso.

IL RAPPORTO DEL COMITATO DEI MINISTRI DEL CONSIGLIO D'EUROPA SULL'ESECUZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA (APRILE 2013)

Nel mese di aprile è stato pubblicato il sesto Rapporto annuale del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa relativo all'esecuzione delle sentenze e delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ai sensi dell'art. 46, § 2 Cedu rientra tra le attribuzioni del Comitato anche quella di «sorvegliare» l'esecuzione delle sentenze definitive della

Corte, cui si è aggiunta, a seguito dell'entrata in vigore – il 1° giugno 2010 – del Protocollo n. 14, quella delle decisioni adottate a norma dell'art. 39, § 3, della Convenzione, in caso di composizione amichevole delle cause.

Il corposo testo del Rapporto, riferito al 2012, è composto da quattro parti, dedicate rispettivamente: I) all'introduzione sugli incontri dedicati ai "diritti umani" (pp. 9-10); II) alle osservazioni del Direttore generale della Direzione generale dei Diritti dell'Uomo (pp. 11-19); III) alla supervisione del Comitato dei Ministri sull'esecuzione delle sentenze e delle decisioni della Corte (pp. 21-29); IV) al miglioramento del processo di esecuzione (pp. 31-36). Seguono sette appendici, costituite da: 1) Statistiche relative al 2012 (pp. 39-64); 2) panoramica tematica delle principali questioni emerse nel processo di supervisione (pp. 69-134); 3) ulteriori sviluppi rilevanti del 2012 (pp. 137-142); 4) regole del Comitato dei Ministri per la supervisione dell'esecuzione delle sentenze e dei termini delle composizioni amichevoli (pp. 145-152); 5) Raccomandazione CM/Rec (2008)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sui mezzi efficaci da adottare a livello interno per l'esecuzione rapida delle sentenze della Corte europea (pp. 153-155); 6) riferimenti utili per trovare ulteriori informazioni sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea (p. 157); 7) incontri sui diritti umani ed elenchi delle abbreviazioni utilizzate (pp. 159-161). Segue un indice dei casi citati (pp. 163-169) [il testo del Rapporto è consultabile, nei testi ufficiali – inglese e francese – nel sito del Consiglio d'Europa, all'indirizzo: www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution].

Nelle pagine del Rapporto non mancano riferimenti alla situazione italiana. Ad esempio, nella parte delle Osservazioni del Direttore generale dedicata alle statistiche – «*positive developments but workload increase*» –, là dove si dà conto del notevole incremento subito dall'ammontare complessivo delle somme liquidate a titolo di equa soddisfazione, a norma dell'art. 41 Cedue, a titolo esemplificativo vengono segnalati «*three exceptional cases*» riguardanti il nostro Paese, caratterizzati da importi particolarmente elevati [Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia, 20 gennaio 2009 e 10 maggio 2012, in tema di confisca; Immobiliare Podere Trieste s.r.l. c. Italia, 16 novembre 2006 e 23 ottobre 2012, in tema di espropriazione forzata; Centro Europa 7 s.r.l. e di Stefano c. Italia, 7 giugno 2012, in tema di diritti radiotelevisivi].

Un ulteriore cenno relativo all'Italia – nella parte intitolata «*Synergies with other bodies*» – concerne il Rapporto (*Report by Nils Muižnieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights, following his visit to Italy, from 3 to 6 July 2012*, nel sito www.coe.int/t/commissioner/Activities/countryreports_en.asp) redatto dal Commissario per i Diritti Umani in seguito alla visita condotta nel nostro Paese e pubblicato poco prima dell'incontro sui Diritti Umani del Comitato dei Ministri del marzo 2013. In esso sono contenute, tra l'altro (nel § I), le valutazioni adottate in esito ai contatti con le autorità italiane in merito all'annosa questione dell'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari.

Di grande interesse risultano, infine, per cogliere le tendenze in atto, le articolate statistiche che corredano il Rapporto.

DE JURE CONDENDO

di Nicola Triggiani

ISTITUZIONE DEL GARANTE NAZIONALE DEI DETENUTI E MODIFICHE AL "DIRITTO DI RECLAMO"

Il 9 maggio 2013 è stato assegnato alla Commissione Giustizia del Senato il d.d.l. S. 383 – *«Istituzione del Garante nazionale per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e delle persone private della libertà personale, nonché modifiche agli articoli 35 e 69 della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti»*, d’iniziativa del sen. Barani.

La proposta, al fine di dare piena attuazione all’art. 27 Cost., laddove è stabilito che “Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”, prevede l’istituzione di una nuova Autorità indipendente, il ‘Garante nazionale per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e delle persone private della libertà personale’, la cui nomina – analogamente a quanto previsto per le altre *Autority* – è affidata ai Presidenti della Camera e del Senato, d’intesa tra loro, e deve ricadere su persone in possesso di adeguato *curriculum* professionale dal quale si evinca una consolidata esperienza nella tutela dei diritti umani e di cittadinanza ovvero nella promozione delle attività sociali dei detenuti (art. 1, commi 1, 2 e 4, d.d.l.).

Come si legge nella Relazione illustrativa, si tratta di un organo che dovrebbe essere in grado di compiere un’attività continua di monitoraggio delle eventuali violazioni dei diritti umani consumate all’interno degli istituti di pena, di segnalarle agli organi competenti e di impegnarsi, nella sua funzione di mediazione – alternativa e tuttavia non preclusiva di quella giurisdizionale –, per la ricerca di una soluzione che sia o che possa essere anche un monito per altri soggetti pubblici e istituzionali.

Merita di essere segnalato che l’idea di istituire un organo di garanzia che, in ambito penitenziario, abbia funzioni di tutela delle persone private, a qualunque titolo, della libertà personale non è

certamente nuova: tra le altre, va ricordata una proposta di legge analoga presentata nella scorsa legislatura alla Commissione Giustizia della Camera (C. 4004/2012), ma mai esaminata dalla Commissione. Del resto, organi di garanzia simili a quello che si vorrebbe istituire sono presenti da tempo, con diverse denominazioni, funzioni e procedure di nomina, in ventidue Paesi dell’Unione europea (Austria, Belgio, Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Gran Bretagna, Grecia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Olanda, Polonia, Portogallo, Repubblica ceca, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia e Ungheria) e nella Confederazione elvetica. In Italia esistono, invece, in talune realtà locali, garanti regionali, provinciali e comunali: organi, questi, le cui funzioni sono attualmente definite dai relativi atti istitutivi, ma che il d.d.l. in esame e un altro d.d.l. assegnato l’8 maggio 2013 alla Commissione Giustizia del Senato (S. 210 – *«Istituzione del Garante, regionale, provinciale, comunale, dei diritti fondamentali dei detenuti e del loro reinserimento sociale»*, d’iniziativa del sen. Torrisi), vorrebbero esplicitamente regolamentare.

Secondo il d.d.l. S. 383, l’ufficio del Garante nazionale deve essere composto anche da un vice Garante nazionale – nominato con le stesse modalità del Garante, di cui assume le funzioni in caso di assenza o impedimento (art. 1, commi 3 e 4, d.d.l.) –, e da un contingente di personale, non superiore alle venti unità, composto da dipendenti dello Stato e di altre amministrazioni pubbliche, collocati fuori ruolo (art. 2, comma 1, d.d.l.).

Il Garante nazionale deve cooperare con gli eventuali garanti dei diritti delle persone private della libertà personale, ove istituiti a livello regionale, provinciale o comunale, prendendo in esame le loro segnalazioni e avvalendosi anche dei loro uffici e del relativo personale – sulla base di apposite convenzioni da stipulare con gli enti interessati –, ed è tenuto a convocarli almeno una volta all’anno; al Garante nazionale devono inoltre essere trasmesse

senza ritardo le relazioni annuali sull'attività svolta dagli uffici dei garanti a livello territoriale, ove istituiti (art. 3 d.d.l.). Nell'esercizio delle sue funzioni, il Garante nazionale può inoltre avvalersi di consulenti (art. 2, comma 4, d.d.l.) e del contributo di organizzazioni non governative, di centri universitari di studio e ricerca, di associazioni che si occupano di diritti umani e di condizioni di detenzione (art. 10 d.d.l.).

Il Garante, i componenti del suo ufficio e – nei territori di rispettiva competenza – i garanti eventualmente istituiti a livello regionale, provinciale e comunale sono dotati di ampi poteri ispettivi, avendo diritto di accesso, anche senza preavviso, in tutti i luoghi ove possono trovarsi persone private della libertà personale: gli istituti penitenziari, gli ospedali psichiatrici giudiziari, gli istituti penali per i minori, i centri di identificazione e di espulsione degli stranieri, le caserme dell'Arma dei Carabinieri e della Guardia di Finanza, nonché i Commissariati di pubblica sicurezza dotati di camere di sicurezza (art. 4, comma 1, d.d.l.). Nei luoghi di detenzione i soggetti ora ricordati possono incontrare chiunque senza restrizioni e consultare qualsiasi fascicolo personale o cartella medica, senza autorizzazione dell'autorità giudiziaria (art. 4, commi 3 e 4, d.d.l.).

Nell'esercizio della funzione di garanzia dei diritti delle persone detenute o comunque private della libertà personale, al Garante nazionale sono attribuiti molteplici compiti. Premesso che tutti i detenuti e i soggetti comunque privati della libertà personale possono rivolgersi al Garante nazionale senza vincoli di forma (art. 5 d.d.l.) e che questi può intervenire non solo nei casi segnalati, ma anche d'ufficio (art. 6 d.d.l.), l'art. 4, comma 2, d.d.l. gli affida specificamente le seguenti funzioni: vigilare affinché la limitazione della libertà personale, comunque disposta, sia attuata in conformità alle norme e ai principi stabiliti dalla Costituzione, dalle Convenzioni internazionali sui diritti umani ratificate dall'Italia, dalle leggi dello Stato e dai regolamenti; adottare le proprie determinazioni in ordine alle istanze e ai reclami ad esso rivolti dai detenuti e dagli internati *ex art.* 35 ord. pen. (come sostituito dall'art. 12 d.d.l.); verificare che le strutture edilizie pubbliche adibite alla restrizione della libertà personale siano idonee a salvaguardarne la dignità con riguardo al rispetto dei diritti fondamentali; verificare le procedure seguite nei confronti dei trattenuti e le condizioni di trattenimento dei medesimi presso le camere di sicurezza eventualmente esistenti presso le caserme dell'Arma dei Carabinieri e del Corpo del-

la Guardia di Finanza e presso i Commissariati di pubblica sicurezza, nonché il rispetto delle procedure previste per il trattenimento presso i centri di identificazione e di espulsione; porre in essere ogni iniziativa necessaria od opportuna al fine di promuovere e facilitare – anche attraverso azioni congiunte con altri soggetti pubblici e con soggetti privati – l'inserimento lavorativo nonché il recupero culturale e sociale e la formazione scolastica e universitaria dei detenuti e delle persone private della libertà personale, intervenendo anche a sostegno della famiglia e in particolare dei figli minori; vigilare affinché sia garantito l'esercizio dei diritti fondamentali da parte dei soggetti ristretti nella libertà personale e dei loro familiari, per quanto di competenza dello Stato, delle regioni, degli enti locali e delle aziende sanitarie locali, rivolgendosi a tale scopo alle autorità competenti per eventuali informazioni, segnalando il mancato o inadeguato rispetto di tali diritti e conducendo un'opera di assidua informazione e di costante comunicazione alle autorità stesse; promuovere iniziative e attivare strumenti di sensibilizzazione pubblica sui temi dei diritti umani delle persone private della libertà personale, del loro recupero sociale e dell'umanizzazione della pena detentiva.

Va segnalato come il d.d.l. in esame miri ad assicurare piena effettività all'azione del Garante nazionale, il quale, ai sensi dell'art. 7, provvede, in via prioritaria, a esercitare una funzione di persuasione nei confronti dell'amministrazione interessata, affinché si adegui a quanto ritenuto opportuno; nei casi di illegittima omissione dei provvedimenti dovuti, può chiedere all'autorità competente l'ottemperanza a quanto segnalato, rivolgendosi ai soggetti superiori gerarchicamente rispetto a quelli rimasti inerti. In caso di riscontrata persistente inadempienza a quanto raccomandato, il Garante nazionale emana una dichiarazione nazionale di biasimo, resa pubblica attraverso i mezzi di informazione e, nei casi più gravi, può richiedere l'attivazione di un procedimento disciplinare, che deve essere obbligatoriamente attivato entro trenta giorni dalla ricevuta informazione. Nel caso in cui emergano fatti che possano costituire reato, il Garante nazionale ha l'obbligo di farne denuncia all'autorità giudiziaria competente (art. 8 d.d.l.).

A norma dell'art. 9 d.d.l., il Garante nazionale è tenuto a presentare annualmente alle Camere una relazione sull'attività svolta nell'anno precedente, indicando il tipo e la natura degli interventi messi in atto, gli esiti degli stessi, le risposte dei responsabili delle strutture interessate, le proposte utili a migliorare le condizioni di detenzione e lo stato dei

diritti umani negli istituti di pena e negli altri luoghi visitati.

Come sopra accennato, il d.d.l. interviene anche a modificare il diritto di reclamo dei detenuti e degli internati, sostituendo il testo dell'art. 35 ord. pen., dichiarato, unitamente al successivo art. 69, costituzionalmente illegittimo nella parte in cui essi 'non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale' (C. cost. n. 26/1999). L'art. 12, comma 1, d.d.l. dispone che i reclami possano essere rivolti non soltanto alle autorità attualmente previste (Direttore dell'istituto, Capo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Ministro della giustizia, Magistrato di sorveglianza, Presidente della Giunta regionale, Capo dello Stato), ma anche al Presidente della Giunta provinciale, al Sindaco, al Garante nazionale per la tutela dei diritti dei detenuti e delle persone private della libertà personale e ai garanti regionali, provinciali o comunali, ove istituiti. Quanto al reclamo al magistrato di sorveglianza, si specifica che può avere ad oggetto un provvedimento adottato, l'omissione di un provvedimento richiesto, la preclusione a uno spazio trattamentale, la determinazione o il mantenimento di una situazione del reclamante che determinano la violazione di un diritto o una condizione del reclamante diversa da quella prevista dalla legge, nonché l'osservanza delle norme riguardanti l'attribuzione della qualifica lavorativa, la retribuzione, lo svolgimento delle attività di tirocinio e di lavoro, le assicurazioni sociali e i provvedimenti di irrogazione delle sanzioni disciplinari sotto il profilo della legittimità e del merito (art. 12, comma 2, d.d.l.). Il procedimento si svolge a norma degli artt. 666 e 678 c.p.p. e si conclude con ordinanza ricorribile per cassazione (art. 12, commi 5 e 7, d.d.l.).

* * *

MODIFICHE IN TEMA DI MISURE CAUTELARI PERSONALI A TUTELA DEL PRINCIPIO DEL FAVOR LIBERTATIS

Il 7 maggio 2013 è stato assegnato alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il d.d.l. C. 631 – «*Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali*», d'iniziativa degli onn. Ferranti ed altri.

Obiettivo dichiarato della proposta – come emerge dalla lettura della Relazione illustrativa – è quello di 'ripristinare una cultura delle cautele penali fondata sul pieno rispetto della presunzione di innocenza e sulla funzione strumentale al processo

delle misure di contenimento anticipate", attraverso la modifica di alcune regole previste dal codice di procedura penale, all'insegna dei principi di *extrema ratio* delle cautele detentive e del *favor libertatis*. Si vuole, insomma, intervenire per reagire all'onda securitaria che negli ultimi anni si è abbattuta sulle norme in tema di misure cautelari, favorendo l'espansione dell'uso della leva detentiva a fini cautelari: situazione, quest'ultima, determinata anche dalla eccessiva lunghezza e complessità dei processi che rendono meno certa e, comunque, molto ritardata l'applicazione della sanzione penale, sicché 'la restrizione cautelare finisce per essere percepita, erroneamente, come l'unica vera pena capace di avere un immediato effetto deterrente e preventivo'.

Il d.d.l. interviene a modificare gli artt. 274 (esigenze cautelari), 275 (criteri di scelta delle misure) e 299 (revoca delle misure cautelari) c.p.p.

In dettaglio, con riferimento al "pericolo di fuga", l'art. 1 d.d.l. in esame interviene a modificare l'art. 274 lett. b) c.p.p., stabilendo che esso debba non solo essere concreto, ma anche "attuale", nel senso che il rischio che la persona possa fuggire deve essere imminente.

L'art. 3 d.d.l., poi, con l'inserimento del comma 1-bis nell'art. 274 c.p.p., prevede che nei casi di pericolo di fuga la sussistenza della situazione di pericolo non può essere desunta esclusivamente dalla gravità del reato imputato.

L'art. 2 d.d.l. mira a circoscrivere i casi di misura applicata per il pericolo di reiterazione di reati della stessa specie (art. 274 lett. c) c.p.p.), richiedendo che anche tale pericolo, come quello di fuga, debba essere non solo concreto, ma altresì 'attuale', così da rafforzare l'esigenza di una valutazione più stringente dell'effettiva pericolosità del prevenuto.

Sempre con riferimento a tale pericolo, il secondo periodo del comma 1-bis che l'art. 3 d.d.l. vorrebbe introdurre nell'art. 274 c.p.p. dispone che la sussistenza della situazione di pericolo 'non può essere desunta esclusivamente dalle modalità del fatto per cui si procede e la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato non può essere desunta unicamente dalle circostanze del fatto addebitato'.

L'art. 4 d.d.l. sostituisce il testo del comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p., prevedendo che, se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena, non possa essere applicata né la misura della custodia cautelare, né quella degli arresti domiciliari.

Gli artt. 5 e 6 d.d.l. intervengono a modificare i criteri di scelta delle misure, sostituendo, rispettivamente, il primo e il secondo periodo del comma

3 dell'art. 275 c.p.p. In particolare, l'art. 5 ribadisce che la custodia cautelare debba costituire l'*extrema ratio*, essendo applicabile soltanto qualora risultino inadeguate le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente. L'art. 6, invece, in linea con le più recenti sentenze della Corte costituzionale in tema di presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere (C. cost., n. 265/2010; C. cost. n. 164/2011; C. cost. n. 231/2011; C. cost. n. 57/2013), mira a ripristinare la versione della seconda parte dell'art. 275, comma 3, c.p.p. voluta dalla l. n. 332/1995 ("Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza, in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270-bis e 416-bis del codice penale è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari") e a sopprimere il terzo periodo del comma 3 dell'art. 275 c.p.p.

L'art. 7 d.d.l. interviene sulla disciplina della revoca delle misure cautelari ex art. 299 c.p.p., modificando il comma 1 e sostituendo il comma 3-ter: si prevede che la revoca possa essere richiesta solo per ragioni sopravvenute e che l'interrogatorio, per il soggetto sottoposto alla misura che ne faccia richiesta, sia obbligatorio solo quando la domanda di revoca si fondi su fatti nuovi.

Di particolare rilievo è, poi, la modifica apportata all'art. 308, comma 2, primo periodo, c.p.p. dall'art. 8 d.d.l. in esame, che estende in modo significativo

il periodo di applicabilità delle misure interdittive, portandolo da due a dodici mesi, nell'ottica di consentire un più proficuo ricorso a queste misure come valida alternativa a quelle detentive.

Merita di essere infine sottolineato che, nonostante i proponenti ritengano auspicabile una revisione dei requisiti edittali per l'applicazione della custodia cautelare, con l'elevazione della soglia ai reati puniti con pena non inferiore a cinque anni, la proposta non incide sull'art. 280 c.p.p., in considerazione del fatto che il legislatore negli ultimi anni è intervenuto a sanzionare con pene fino a quattro anni di reclusione determinate fattispecie proprio al fine di consentire la forma più grave di restrizione della libertà personale, sicché una modifica in tal senso non può non essere contestuale ad una riconsiderazione sistematica e complessiva delle sanzioni da reato e, in particolare, dei livelli edittali. L'unico intervento sul diritto penale sostanziale è quello operato dall'art. 9 d.d.l., che prevede una riduzione del massimo sanzionatorio nell'ipotesi di cessione di una modica quantità di sostanza stupefacente prevista dall'art. 73 comma 5 del T.U. in materia di stupefacenti, che viene portato da sei a tre anni: la *ratio* della modifica va ravvisata nella frequenza con la quale questa ipotesi delittuosa ricorre nella prassi giudiziaria cautelare, sicché una mitigazione della pena dovrebbe determinare una significativa riduzione dei casi di applicazione della custodia cautelare.

CORTI EUROPEE / EUROPEAN COURTS

di Alessio Scarcella

Particolarmente nutrita la Rassegna delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di Strasburgo ha avuto modo di occuparsi, nel precedente bimestre, di numerose questioni che hanno visto sul banco degli imputati numerosi Stati aderenti alla Convenzione, tra cui purtroppo anche il nostro Paese. Si opererà di seguito la consueta sintetica esposizione delle principali questioni affrontate.

* * *

DIVIETO DI TORTURA, ESPULSIONE E "MINACCIA" DI ESPULSIONE- TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI (Corte e.d.u., 26 marzo 2013, ric. n. 33234/07, *Valulienė c. Lituania*)

Corte e.d.u., 28 marzo 2013, ric. n. 2964/12, *I.K. c. Austria*

Corte e.d.u., 2 aprile 2013, ric. n. 27725/10, *Mohammed Hussein c. Italia e Olanda*)

Nella sentenza *Valulienė c. Lituania*, la vicenda concerneva un'ipotesi d'inerzia della pretesa punitiva statale innanzi ad episodi di violenza domestica. In sintesi, la ricorrente, Loreta Valiulienė, cittadina lituana nata nel 1976, nel 2001 presentava una denuncia (richiesta d'accusa privata) a carico del suo convivente, affermando di essere stata picchiata da costui in numerose occasioni. Nel 2002 venivano avviate le indagini preliminari nei confronti dell'aggressore, il quale veniva accusato di percosse e di lesioni. Le indagini venivano successivamente sospese a causa dell'insufficienza di elementi di prova e per la mancata comparizione dell'indagato; il procedimento veniva riavviato a seguito di un ricorso innanzi al magistrato gerarchicamente superiore, vista la necessità d'indagare in modo più approfondito.

L'inchiesta veniva chiusa nel 2005, a seguito della modifica del codice di procedura penale, intervenuta nel 2003, che aveva reso il delitto di lesioni lievi perseguibile a querela. Il pubblico ministero conser-

vava comunque la facoltà – ma non il dovere – di procedere per tali fattispecie laddove il fatto si fosse rivelato d'interesse generale.

La ricorrente presentava, quindi, un'ulteriore domanda d'accusa privata: tale richiesta veniva, tuttavia, rigettata, senza essere esaminata, nel 2007, a seguito dell'intervento della prescrizione. Adita la Corte di Strasburgo, la Sig.ra Valiulienė eccepiva l'inosservanza della Convenzione, quanto all'art. 3 – che vieta la tortura e i trattamenti inumani o degradanti – ed all'art. 8 – che prescrive il rispetto della vita privata e familiare – lamentando l'assenza d'indagini e l'eccessiva durata del procedimento. La Corte ricorda che l'art. 3 deve essere letto in combinato disposto con l'art. 1, secondo il quale le Parti contraenti riconoscono ad ogni persona, sottoposta alla loro giurisdizione, i diritti e le libertà enunciati dalla Convenzione medesima. Da tali norme emerge l'obbligo, in capo agli Stati membri, di garantire i consociati da siffatti comportamenti tra i quali rientrano, senz'altro, i maltrattamenti posti in essere da privati. Affinché uno stato possa essere ritenuto responsabile della violazione di tali disposizioni è necessario dimostrare che l'ordinamento nazionale e, in particolare, le norme penali applicabili nel caso di specie, non sono riusciti a fornire una protezione concreta ed efficace dei diritti in parola.

I Giudici europei rilevano, *in primis*, un'inerzia investigativa quanto al periodo successivo alla ricezione della notizia di reato. La vittima aveva descritto ciascuno degli episodi di violenza subiti ed aveva indicato potenziali testimoni: in tal modo era stata, quindi, acclarata la sussistenza del *fumus* dei delitti in esame. La stasi delle indagini e la successiva ripresa, a seguito dell'intervento del procuratore di rango superiore, indicano, perciò, una grave carenza del sistema. Nonostante la riforma del regime di perseguibilità di tali fattispecie fosse intervenuta nel 2003, il pubblico ministero aveva deciso di rimettere il caso alla pretesa punitiva della vittima solo nel 2005. La Corte afferma, quindi, che gli scopi della

norma incriminatrice vengono senz'altro frustrati qualora il procedimento s'interrompa per il sopravvento della prescrizione, laddove questa sia maturata a causa di omissioni delle competenti autorità. La sussistenza di una violazione dell'art. 3 della Convenzione rendeva superfluo l'esame del caso alla luce dell'art. 8.

Poiché la violenza sulle donne viola tali diritti, la Corte e.d.u. – con alcune eccezioni (v. ad es., *Irene Wilson v. the United Kingdom*, 10601/09, (2012) – ha già accolto diversi ricorsi presentati da dirette interessate e pronunciato sentenze di condanna nei confronti degli Stati coinvolti. Sul tema, in particolare si richiamano le seguenti decisioni: a) *X and Y v. The Netherlands*, 8978/80 (1985); b) *Aydin v. Turkey*, 23178/94 (1997); c) *Y.F. v. Turkey*, 24209/94 (2003); d) *M.C. v. Bulgaria*, 39272/98 (2003); e) *Kontrova v. Slovakia*, 7510/04 (2007); f) *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, 71127/01 (2008); g) *Branko Tomašić v. Croatia*, 46589/06 (2009); h) *Opuz v. Turkey*, 33401/02 (2009); i) *N. v. Sweden*, 23505/09 (2010); l) *A. v. Croatia*, 55164/08 (2010); m) *Hajduová v. Slovakia*, 2660/03 (2010); n) *Kalucza v. Hungary*, 57693/10 (2012).

Le altre due decisioni in materia di divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti riguardano, in particolare, il ricorrente tema delle espulsioni, inserendosi dunque a pieno titolo in quella giurisprudenza della Corte di Strasburgo che ha visto sfortunato protagonista anche il nostro Paese per la violazione dell'art. 3 Cedu.

Si richiamano, sull'argomento, ad esempio, la sentenza *Saadi c. Italia*, n. 37201/06, 28 febbraio 2008, in cui la Corte afferma l'importante principio secondo cui l'articolo 3 della Convenzione, proibendo in termini assoluti la tortura o le pene o i trattamenti inumani e degradanti, sancisce uno dei valori fondamentali delle società democratiche, escludendo la possibilità di deroghe o eccezioni. Pertanto, perché un provvedimento di espulsione sia contrario all'art. 3, è necessaria – e sufficiente – la sussistenza di un rischio reale che il soggetto se respinto possa subire maltrattamenti nel Paese di destinazione. Ai fini di tale valutazione, nel caso *Saadi*, la Corte ribadisce che è influente il tipo di reato di cui è ritenuto responsabile il soggetto da espellere, poiché dal carattere assoluto del principio affermato dall'art. 3, deriva l'impossibilità di operare un bilanciamento tra il rischio di maltrattamenti e il motivo invocato per l'espulsione.

Più *tranchant* appare la Corte di Strasburgo, ad esempio, nel caso *Sellem c. Italia*, n. 12584/08, 5 maggio 2009, in cui la Corte europea ritiene la violazione dell'art. 3 CEDU, nell'ipotesi di espulsione dello straniero verso il Paese di provenienza, nel caso, in

cui appaia prevedibile ipotizzare che, sulla base di comprovate e concrete circostanze fattuali, lo straniero possa, una volta rimpatriato, subire il tangibile rischio di sottoposizione a pratiche inumane o degradanti.

Tornando ad esaminare le recenti decisioni in commento, nel caso *I.K. c. Austria*, il ricorrente era un uomo di origini cecene che si è visto rifiutare per due volte l'asilo richiesto all'Austria, Paese nel quale si era trasferito dopo avere abbandonato la propria terra natale a seguito delle persecuzioni operate dalla Russia contro la propria minoranza di appartenenza. L'Austria rigettava per due volte la richiesta di asilo di I.K., ritenendola insufficientemente motivata. Il padre, infatti, prima di essere ucciso davanti ai suoi occhi, era una guardia del corpo del leader separatista Maskhadov. Per questa ragione era stato anche lui minacciato e maltrattato. Tra l'altro, l'uomo contestava il rifiuto di concedergli lo *status* di rifugiato, osservando che tutta la sua famiglia si trovava rifugiata in Austria, e che, per tale ragione, rifiutare la sua richiesta di asilo significherebbe scindere la loro unità familiare. Inoltre, la madre, nella sua richiesta di asilo poi accolta, aveva fatto menzione proprio della morte del marito e dei maltrattamenti subiti dal figlio, sicché era assolutamente illogico ritenere tali argomenti validi per la concessione dell'asilo alla madre, ma non per lui. Il ricorrente, allora si rivolgeva alla Corte di Strasburgo che, con sentenza del 28 marzo 2013, ne accoglieva le istanze, ritenendo fondato il timore di trattamenti inumani o degradanti – e quindi contrari all'art. 3 della Convenzione ed u – nel caso in cui I.K. fosse stato rimpatriato in Russia. La Corte, quindi, ribadisce – anche in materia di espulsione – un principio già affermato in ambito di estradizione: ogni provvedimento di un'autorità statale che indirizzi un soggetto verso un Paese laddove vi sia pericolo di trattamenti contrari alla dignità umana, integra perciò stesso lesione dei principi convenzionali. Ed è sufficiente il pericolo, purché fondato: nel caso in parola, infatti, l'atteggiamento dell'autorità russa verso la minoranza cecena è tale da ritenere che ragionevolmente il ricorrente, una volta tornato in patria, avrebbe subito lesioni o danni alle proprie integrità e dignità per il solo fatto di appartenere all'etnia cecena.

Infine, il caso *Mohammed Hussein c. Italia e Olanda*, la cui decisione è definitiva, riguardava una donna di origine somala, entrata in Italia nel 2008. Qui, avanzava domanda di protezione internazionale e veniva accolta nel Centro di Accoglienza per Richiedenti Asilo (CARA) di Massa Carrara. Il 28 gennaio 2009 alla ricorrente veniva riconosciuta la protezione sussidiaria. Successivamente, la ricorrente si re-

CORTI EUROPEE

cava in Olanda, dove il 18 maggio 2009 – incinta di 7 mesi – presentava un'altra domanda di asilo. Dalla verifica delle impronte digitali con quelle contenute nel database di *Eurodac* emergeva la precedente domanda presentata in Italia. La ricorrente, ascoltata dalle autorità olandesi, a queste riferiva che in Italia non le era stato permesso di chiedere asilo, né le era stata offerta accoglienza o assistenza sanitaria. Affermava di aver subito violenza sessuale alla stazione di Firenze. In risposta alla richiesta dell'Olanda, l'Italia riconosceva la propria responsabilità sul caso della ricorrente e, il 5 marzo 2010, la domanda di asilo della stessa veniva rigettata dalle autorità olandesi le quali rifiutavano l'argomento secondo cui l'Italia avrebbe violato i propri obblighi internazionali in materia di asilo e, dopo aver rigettato anche il ricorso dell'interessata, programmavano il suo trasferimento verso l'Italia per il 17 giugno 2010. La ricorrente si rivolgeva dunque alla Corte europea per i diritti dell'uomo, che – ritenendo opportuno applicare l'art. 39 del Regolamento della Corte – intimava al governo olandese di astenersi dal rinviarla in Italia fino alla definizione del caso davanti alla Corte europea. Alla fine del 2011 la ricorrente – che nel frattempo aveva avuto una seconda figlia – presentava un'ulteriore domanda di asilo in Olanda. In tale occasione, riconosceva di aver in realtà ricevuto dall'Italia un permesso di soggiorno valido per tre anni, ma affermava di essere stata obbligata a lasciare il centro di accoglienza una volta ottenuta la protezione sussidiaria senza aver ricevuto indicazioni su dove rivolgersi per trovare un lavoro e assistenza.

I giudici di Strasburgo analizzano quindi la procedura di asilo in Italia e la fase di accoglienza dei richiedenti asilo, facendo riferimento alle *"Raccomandazioni dell'UNHCR sugli aspetti rilevanti della protezione dei rifugiati in Italia"* (documento del luglio 2012), al rapporto del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa del settembre 2012, nonché a due rapporti di ONG sull'applicazione del Regolamento Dublino. Nei paragrafi da 51 a 55 della Decisione vengono anche descritte le prassi di alcuni altri Stati europei in materia di rinvii verso l'Italia ai sensi del Regolamento Dublino. In particolare, mentre in Belgio e in Germania alcuni giudici hanno bloccato dei trasferimenti in Italia per timore di violazione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo, nel Regno Unito un caso analogo – *EM (Eritrea) and others v. the Secretary of State for the Home Department* [2012] EWCA Civ 1336 – è stato risolto in maniera opposta, in quanto i giudici hanno ritenuto che non fosse dimostrato che il sistema di asilo italiano, per quanto altamente problematico, presentasse caren-

ze sistemiche tali da far sospendere il trasferimento, facendo riferimento anche alla sentenza della Corte di Giustizia UE nel caso NS e ME.

La ricorrente, nel ricorso alla Corte europea per i diritti dell'uomo, afferma, nel ricorso contro l'Olanda, che il suo rinvio in Italia violerebbe l'art. 3 della Cedu (*"Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti"*) sia perché lei ed i suoi figli non avrebbero accesso ad alcuna forma di alloggio e sostegno e finirebbero dunque per trovarsi "in strada", sia perché vi sarebbe il rischio di un rinvio dall'Italia alla Somalia. In collegamento con tali rischi, la ricorrente lamenta anche una violazione dell'art. 13 della Cedu (*Diritto a un ricorso effettivo*), in quanto non avrebbe avuto accesso a un rimedio effettivo. Infine, la ricorrente lamenta anche una possibile violazione dell'art. 8 della Cedu (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) in quanto lei ed i suoi figli non sarebbero in grado, in Italia, di costruirsi una normale vita familiare e rischierebbero di essere separati. La ricorrente afferma, infine, nel ricorso contro l'Italia, di aver subito in Italia dei trattamenti contrari all'art. 3 Cedu e, in relazione a tale violazione, di non aver avuto accesso a un rimedio effettivo ai sensi dell'art. 13 Cedu; inoltre, lamenta anche una violazione dell'art. 8.

La Corte e.d.u., nota innanzitutto le incongruenze nel racconto della ricorrente, la quale aveva inizialmente affermato che non le era stato permesso di chiedere asilo in Italia e che non le era stata offerta alcuna accoglienza, mentre – a seguito delle dichiarazioni del governo italiano – aveva ammesso di aver ricevuto un permesso di soggiorno valido per tre anni e di aver avuto accesso all'accoglienza (par. 63 della decisione della Corte). Tuttavia, i giudici non ritengono nemmeno necessario esaminare se il ricorso in questione sia o meno basato su fatti deliberatamente inventati o distorti, in quanto lo considerano – a prescindere da ciò – manifestamente infondato (par. 64). Nel ricordare i principi generali che regolano la materia, la Corte (al par. 70) sottolinea, tra l'altro, che: 1) il mero fatto che una persona espulsa si troverà, nello Stato di destinazione, in una condizione economica peggiore rispetto a quella attuale, non è sufficiente perché ci si trovi in presenza di una violazione dell'art. 3 Cedu; 2) l'art. 3 Cedu non può essere interpretato nel senso che gli Stati siano obbligati a fornire a tutte le persone che si trovano sotto la loro giurisdizione un alloggio, né si può ritenere che tale articolo obblighi gli Stati a fornire ai rifugiati l'assistenza finanziaria necessaria per mantenere un certo standard di vita.

La Corte passa quindi all'esame del caso di specie e lo fa mettendo subito in luce una differenza so-

stanziale rispetto al caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, n. 30696/09, 21 gennaio 2011, in cui la Grande Camera della Corte ha, tra le altre cose, condannato il Belgio per il rinvio di un richiedente asilo in Grecia ai sensi del Regolamento Dublino, di fatto sospendendo momentaneamente tali rinvii verso la Grecia. Ebbene, la Corte osserva (ai par. 72 e 73) che in questo caso la ricorrente – tre giorni dopo essere arrivata in Italia – è stata accolta presso il CARA di Massa Carrara e che, nel giro di 5 mesi dalla presentazione della domanda di asilo, ha ricevuto una risposta positiva dalla competente Commissione Territoriale, un permesso di soggiorno valido per tre anni e un titolo di viaggio. Tutto ciò, continua la Corte, le dava accesso al lavoro e ad una serie di diritti (in materia sociale, sanitaria, lavorativa, educativa, alloggiativa) alla pari dei cittadini italiani. Inoltre, la ricorrente è rimasta nel CARA per altri due mesi e mezzo dopo la decisione della Commissione Territoriale, allontanandosi nell'aprile 2009. Anche ammettendo che la ricorrente sia stata in realtà allontanata dal CARA per far posto a nuovi richiedenti asilo, la Corte ritiene che il fatto che fosse incinta le avrebbe dato priorità per l'ingresso nello SPRAR (Sistema di Protezione per Richiedenti Asilo e Rifugiati). Tuttavia, non vi è alcuna indicazione che la ricorrente abbia cercato assistenza in Italia per trovare un lavoro o un'altra accoglienza al momento della sua uscita dal CARA (par. 74). Pertanto, la Corte ritiene che il trattamento della ricorrente in Italia non possa essere considerato in violazione dell'art. 3 Cedu né ritiene che la ricorrente abbia dimostrato che il suo rinvio in Italia possa comportare un rischio reale e imminente di subire dei trattamenti di una gravità tale da violare l'art. 3 Cedu ed ha, dunque, dichiarato il ricorso in questione "manifestamente infondato", respingendolo *ex art. 35 (4) Cedu* in quanto irricevibile, anche con riferimento alle asserite violazioni degli artt. 13 e 8 Cedu.

* * *

VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCESSO – DIRITTO ALLA PROVA

(Corte e.d.u., 9 aprile 2013, n. 17520/04, *Flueras c. Romania*)

Altro tema di interesse, nuovamente affrontato di recente dalla Corte di Strasburgo, è quello concernente il delicato tema del diritto alla prova, previsto dall'art. 6 (*Diritto a un equo processo*).

Nel caso *Flueras c. Romania*, il ricorrente lamentava la violazione del diritto ad un equo processo, in quanto, dopo essere stato assolto in primo gra-

do e in appello, veniva condannato il 18 dicembre 2003 dalla Corte d'Appello di Timișoara, senza una nuova ammissione diretta delle prove e senza essere previamente sentito.

Il signor Flueras e N.S. erano stati rinviati a giudizio in quanto ritenuti organizzatori di un traffico di sostanze stupefacenti. Costoro erano stati accusati di aver reclutato, addestrato e finanziato M.M. e M.H. per effettuare un trasporto di cocaina dal Brasile, via Mosca, tra il novembre 1996 e il gennaio 1997. L'accusa si basava sulla testimonianza di M.M. e M.H. i quali sostenevano che l'imputato avesse convinto M.M. a far parte dell'operazione. È opportuno rilevare, inoltre, che M.M. e M.H. erano già stati condannati dal Tribunale di Mosca nel gennaio 1998 e condannati per contrabbando e traffico di cocaina dopo la scoperta, da parte delle autorità russe, di circa un chilogrammo di droga nel loro bagaglio. Alcuni membri della famiglia di M.M. avevano dichiarato, dopo l'arresto di quest'ultimo in Russia, che il ricorrente avesse detto loro di averlo convinto a partecipare all'operazione, e che i genitori dell'istante si fossero raccomandati di non riferire alla polizia della partecipazione all'operazione di N.S. e di loro figlio.

Con sentenza emessa in data 18 dicembre 2003, il Giudice di merito aveva considerato le prove poco credibili e contraddittorie e aveva assolto l'istante del reato di cui all'articolo 312, § 2 del codice penale. Tuttavia, egli aveva condannato N.S. a otto anni di carcere per aver tentato di organizzare un traffico di droga nel Paese, a norma dell'articolo 10 in combinato disposto con l'articolo 3 § 2 della legge n. ° 143/2000. La sentenza veniva impugnata dal P.M. solo nei confronti del signor Flueras, richiedendone la condanna, e il Giudice di secondo grado lo riconosceva colpevole del reato ascrittogli, condannandolo ad una pena di dieci anni di reclusione, sulla base della medesima testimonianza assunta nel procedimento di primo grado. Il 7 gennaio 2004, veniva emesso un mandato di cattura nei confronti del ricorrente, mai eseguito perché costui nel frattempo aveva lasciato la Romania.

Nel 2008, sulla base del nuovo articolo 386 lett. e) del CPP, la parte ricorrente aveva impugnato la sentenza di primo grado sostenendo che le nuove disposizioni codicistiche sarebbero state ignorate perché la Corte d'Appello lo aveva condannato senza averlo previamente ascoltato e senza che avesse potuto fornire alcuna prova a suo discarico. Con sentenza del 27 giugno 2008, la Corte d'appello di Timișoara accoglieva il ricorso straordinario, annullando la sentenza del 18 dicembre 2003 e ordinando il riesame dell'intero procedimento. Il ricorrente ave-

CORTI EUROPEE

va proposto due questioni di legittimità costituzionale ritenendo che alcuni articoli del nuovo codice di procedura penale violassero quello che nel nostro ordinamento si sostanzia nel "diritto di difendersi provando". La Corte costituzionale respingeva i ricorsi per infondatezza e a seguito del procedimento di riesame l'imputato veniva condannato a quindici anni di reclusione.

Nel ricorso presentato alla Corte e.d.u. il ricorrente sostiene di non essere stato giudicato con un processo equo essendo stato condannato dal Giudice di appello, sia nel 2003 che nel 2011, senza una nuova udienza e senza introduzione diretta delle prove in quanto erano state utilizzate per la decisione quelle raccolte in primo grado. La parte ricorrente lamenta, inoltre, la violazione dei diritti di difesa non essendogli stato consentito di esaminare i testimoni dinanzi alla Corte di appello di Timișoara, che aveva basato le decisioni del 2003 e del 2011 su documenti dei pubblici ministeri prodotti in assenza sua e del suo avvocato, in violazione dell'articolo 6 §§ 1 e 3 della Convenzione. Il Governo rumeno sosteneva che il processo originario era stato completamente riesaminato e per tale ragione l'istante non potesse far valere le sue doglianze in sede europea dal momento che il secondo procedimento si era svolto in ossequio dei principi del giusto processo. L'annullamento della prima sentenza e la regressione del procedimento *ab origine*, quindi, dovevano ritenersi strumenti sufficienti di equità processuale. Le prove, anche se precostituite, erano state valutate liberamente dal Giudice d'appello, così come consentito dal codice di rito penale e nessun diritto della difesa, quindi, era stato violato.

La Corte e.d.u., dopo aver dichiarato ricevibile il ricorso, ricorda, in via preliminare, che il sistema europeo di protezione dei diritti umani si fonda sul principio di sussidiarietà. Gli Stati membri, quindi, hanno il diritto di correggere eventuali violazioni attraverso strumenti correttivi interni. Tuttavia, "il principio di sussidiarietà non implica la rinuncia [della Corte europea, *n.d.r.*] ad ogni controllo sui risultati ottenuti con l'uso del rimedio domestico" (*Mostacciuolo c. Italia* (n. 2) [GC], n. 65102/01, § 81, 29 marzo 2006). La stessa Corte ritiene, nel caso in esame, che la revisione del procedimento potesse, in linea teorica, assurgere a rimedio sufficiente per rimuovere le precedenti violazioni, ma è necessario, a tal fine, considerare l'intera procedura. Questo approccio consente di trovare un equilibrio tra il principio di sussidiarietà e l'efficacia degli strumenti correttivi interni. Il nuovo procedimento, infatti, deve essere condotto rapidamente e nel rispetto delle garanzie di cui all'articolo 6 Cedu.

Per quanto riguarda il caso di specie, la Corte e.d.u. osserva, anzitutto, come sia pacifico che il ricorrente è stato condannato dalla Corte d'appello senza un nuovo esame dei testimoni, ma è necessario verificare se tale procedura fosse risultata necessaria per giungere ad una equa decisione. La Corte d'appello rumena, infatti, aveva condannato il ricorrente sulla base di una nuova interpretazione di testimonianze già acquisite e senza una nuova audizione dell'imputato, giudicando in senso contrario alle sentenze dei giudici di merito che lo avevano assolto sulla base, tra l'altro, di quelle stesse testimonianze, riducendo, così, significativamente i suoi diritti della difesa e violando l'art. 6 della Cedu.

In sintesi, la Corte ritiene che la mera riapertura del procedimento non sia di per sé una soluzione adeguata e sufficiente per il ripristino di pregresse violazioni. L'imputato, infatti, deve poter disporre di idonei strumenti di controllo e di impugnazione anche sul nuovo procedimento, che deve svolgersi, comunque, nel rispetto dei principi del giusto processo. Il Giudice di appello nazionale, nel caso concreto, avrebbe dovuto assicurare la tutela di tali principi e se fosse stata prevista un'audizione pubblica in primo grado, l'assenza di contraddittorio tra le parti, a seguito di impugnazione, avrebbe potuto essere eccezionalmente giustificata solo dalla peculiarità del procedimento, dalla natura del sistema di impugnazioni interno, dal modo in cui gli interessi del ricorrente erano stati effettivamente presentati e tutelati in precedenza o dalla tipologia delle questioni oggetto della decisione (cfr. *Botten c. Norvegia*, 19 febbraio 1996, § 39). Tuttavia, quando un Giudice di appello deve trattare questioni di fatto e di diritto per valutare la colpevolezza o l'innocenza, non può, per ragioni di equità processuale, decidere senza l'introduzione diretta delle prove presentate dall'accusato assolto in primo grado (v., per tutte: Corte e.d.u., 26 maggio 1988, ric. n. 10563/83, § 33, *Ekbatani c. Svezia*).

* * *

DETENUTI MINORENNI – DIRITTO AD UN TRATTAMENTO DIFFERENZIATO – ARRESTO ILLEGITTIMO
(Corte e.d.u., 2 maggio 2013, n. 36657/11, *Barjamaj c. Grecia*)

Il tema oggetto di attenzione nella decisione in esame attiene al Diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 5 Cedu), con particolare riferimento alla detenzione di un minore d'età.

Nel caso *Barjamaj c. Grecia*, il ricorrente è un cittadino albanese che lamentava di essere stato ille-

gittimamente arrestato per l'ingresso clandestino in territorio greco. Costui, all'epoca dei fatti, era minorenne e viveva con i genitori che risiedevano stabilmente in Grecia da oltre dieci anni. Lo stesso giovane aveva frequentato le scuole locali e il padre risultava titolare di un regolare rapporto di lavoro. Dopo l'arresto il ricorrente veniva collocato in una camera di sicurezza della polizia locale, che non disponeva di apposite celle per detenuti minorenni, in attesa dell'espulsione che, secondo la legge greca, doveva avvenire entro quarantotto ore. Per non meglio precisate ragioni di pubblica sicurezza e per un supposto pericolo di fuga, nei confronti del ricorrente veniva estesa la durata della misura cautelare "per non oltre sei mesi", ma il giovane detenuto, nel ricorso presentato alla Corte e.d.u., sostiene di non averne mai ricevuto notizia. Il ricorrente, tramite il difensore, poneva a giustificazione dell'irregolarità della propria posizione il fatto che, essendo minorenne, non avrebbe potuto autonomamente avviare le pratiche per ottenere il permesso di soggiorno e che, tuttavia, aveva richiesto di assumere lo status di rifugiato politico per motivi umanitari. Sulla base dell'articolo 32 della legge n° 3907 del 2011, inoltre, il legale aveva eccepito che il minore avrebbe potuto essere detenuto solo per l'impossibilità di applicazione di misure meno restrittive, nel caso in cui, per esempio, la distanza dalla sua terra di origine o dalla sua famiglia avrebbe potuto esporlo ad un grave pericolo per la propria salute e incolumità. Il 4 maggio 2011 il ricorrente veniva rilasciato in quanto non ritenuto pericoloso dalle autorità, poiché non aveva precedenti penali e per l'accertata presenza del nucleo familiare sul territorio greco.

Davanti alla Corte e.d.u., il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 5 §§ 1 e 4 per aver subito una misura restrittiva della libertà personale illegittima sia sotto il profilo formale che sostanziale, perché eccessivamente protrattasi nel tempo e senza motivazioni e perché non avvenuta nel rispetto delle condizioni del minore.

La Corte di Strasburgo afferma che affinché una misura cautelare personale sia legittima non solo deve essere conforme ai profili processuali e sostanziali dell'ordinamento interno, ma deve rispettare altresì la normativa comunitaria. Pertanto, è essenziale che le condizioni di privazione della libertà ai sensi del diritto nazionale siano chiaramente definiti e che la legge stessa sia prevedibile nella sua applicazione al fine di soddisfare il criterio di "legalità" istituito dalla Convenzione, che richiede che tutto il diritto sia sufficientemente preciso per consentire alla persona – con la consulenza adeguata – di prevedere, nelle circostanze del caso di specie, le con-

seguenze che possano derivare da una determinata azione (*Baranowski c. Polonia*, n. 28358/95, § § 50-52, Cedu 2000-III). La detenzione di soggetti in attesa di espatrio per clandestinità, quindi, per non essere considerata come "arbitraria", deve essere in buona fede, finalizzata ad evitare l'introduzione illegale nel territorio, conforme al decoro, rispettosa della condizione della persona e strettamente limitata alla persecuzione degli scopi per cui è stata attuata.

Per tali motivi e ritenendo attendibile la versione dei fatti fornita dalla parte ricorrente la Corte edu ha condannato lo stato greco per violazione dell'art. 5 §§ 1 e 4 della Convenzione.

* * *

DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO – CONTROESAME – LIBERTÀ MORALE – PREPARAZIONE DELLA DIFESA
(Corte e.d.u., 25 aprile 2013, n. 51198/08, *Erkapic c. Croazia*)

Corte e.d.u., 16 maggio 2013, n. 35227/06, *Chorniy c. Ucraina*)

Meritano, ancora, di essere segnalate, in relazione alla violazione del diritto ad un equo processo (art. 6 Cedu), altre due decisioni che si soffermano, rispettivamente, ad analizzare la violazione dell'art. 6 § 3, d) – ossia del diritto di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico – e dell'art. 6 § 3, lett. b) – ossia, del diritto di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa.

Nel caso *Erkapic c. Croazia*, il ricorrente, cittadino croato, residente a Zagabria, lamentava l'iniquità del processo penale a conclusione del quale egli era stato riconosciuto colpevole di traffico d'eroina. Adita la Corte di Strasburgo, l'Erkapic eccepiva la violazione dell'art. 6 della Convenzione, asserendo che la condanna pronunciata nei suoi riguardi si basava unicamente sulle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria da soggetti coindagati, eroinomani ed in crisi d'astinenza al momento della deposizione. Questi ultimi, peraltro, nel corso dell'istruttoria dibattimentale, avevano ritrattato le precedenti dichiarazioni, affermando, innanzi al giudice, di essere stati sottoposti, da parte della polizia, a pressioni di vario genere – quali, ad esempio, il diniego dell'assistenza medica o dell'avvocato di fiducia – finalizzate all'ottenimento di delazioni. Il ricorrente aveva, quindi, chiesto, senza successo, l'espunzione di siffatti verbali dal fascicolo, asserendo che si trattava di elementi di prova acquisiti in violazione della legge. Tra i motivi di ricorso egli affermava,

CORTI EUROPEE

da un lato, di non essere stato posto nelle condizioni di confrontarsi con i propri accusatori nel corso dell'interrogatorio di polizia e, dall'altro, che l'autorità giudiziaria nazionale, nel valutare le prove, non aveva considerato con sufficiente circospezione quanto narrato dai coimputati, i quali – giova ricordare – a differenza dei testimoni, non hanno l'obbligo di rendere dichiarazioni, avendo peraltro anche la possibilità di mentire, se necessario ai fini della propria difesa.

La Corte di Strasburgo, nel valutare i motivi, rammenta *in primis* che l'art. 6 – il quale garantisce il c.d. *fair trial* innanzi ad un tribunale chiamato a pronunciarsi sulla fondatezza dell'accusa – trova applicazione anche nel corso della fase delle indagini: detta norma viene, infatti, in considerazione anche nel momento anteriore al rinvio a giudizio, laddove l'equità del processo stesso rischi di essere compromessa a causa del mancato rispetto dei principi e delle regole che da essa discendono. Nel vagliare l'equità di un processo è, infatti, necessario avere riguardo al rispetto dei diritti difensivi, chiedendosi se l'imputato sia stato posto nelle condizioni di confutare la genuinità delle prove ed eventualmente di opporsi all'utilizzo delle stesse. Dev'essere valutata, inoltre, la "qualità" della prova stessa, con particolare riferimento alle circostanze in cui questa è stata acquisita, ponendo in dubbio l'attendibilità e la precisione della medesima.

I Giudici di Strasburgo rammentano, quindi, che l'equità ed il carattere *adversary* di un processo presuppongono che venga attribuito maggior peso alle dichiarazioni rese dal testimone innanzi al tribunale, piuttosto che ai *dicta* raccolti dall'organo dell'accusa nella fase d'indagine, salvo non ci siano ragioni atte a giustificare una diversa valutazione. Nel corso del procedimento, infatti, l'accusa raccoglie informazioni in vista del processo, al fine di supportare la strategia da adottare innanzi al tribunale; il giudice, invece, chiamato a decidere sulla colpevolezza dell'imputato, è tenuto ad effettuare un'equa valutazione dell'intero compendio probatorio, attraverso un diretto apprezzamento dei dati conoscitivi acquisiti. Sebbene le dichiarazioni predibattimentali siano state rese unilateralmente dai coimputati, il ricorrente, nota la Corte, è stato posto nelle condizioni di confutare le accuse nel corso del dibattimento, fase in cui le stesse sono state oggetto di ritrattazione. Quel che la Corte europea pone in dubbio è se al Sig. Erkapic sia stata garantita un'effettiva possibilità di contestare l'autenticità delle conoscenze inferibili dalle dichiarazioni rese dai coimputati alla polizia e di opporsi all'utilizzo delle stesse. I tribunali nazionali, nota la Corte di Strasburgo, si sono

limitati a constatare che dai verbali delle dichiarazioni non emergeva alcun indizio d'illegittimità: nessun approfondimento è stato effettuato quanto alle circostanze che circondavano gli interrogatori condotti dalla polizia. Ciò appare particolarmente insufficiente alla luce delle concordanti obiezioni sollevate dal ricorrente e dai coimputati. Siffatte dichiarazioni costituivano una prova – se non l'unica – quantomeno decisiva a carico dell'imputato. Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto che il ricorrente sia stato sottoposto ad un processo iniquo e che, pertanto, vi sia stata una violazione dell'art. 6 Cedu.

Nel caso *Chorniy c. Ucraina*, I.M.G., cittadino ucraino, si era rivolto alla Corte e.d.u. per lamentare la violazione dell'art. 6 § 3, lett. b) della Convenzione, non essendo stato posto nella condizione di preparare un'adeguata difesa a causa della mancata notifica della sentenza di condanna. Nella ricostruzione del ricorrente, in udienza il giudice aveva letto solo il dispositivo del provvedimento; successivamente, le richieste di I.M.G. di accedere al fascicolo in modo da prendere visione della motivazione non erano andate a buon fine, perché gli atti non erano ancora stati depositati in cancelleria. Quando finalmente il cittadino ucraino era riuscito ad ottenere una copia della sentenza, erano già scaduti i termini per proporre impugnazione. Secondo il governo ucraino, invece, era vero che la sentenza non era stata notificata al ricorrente, ma quest'ultimo ne aveva ricevuto comunque conoscenza in uno dei suoi accessi alla cancelleria.

La Corte premette che, nonostante nel ricorso si lamenti la violazione soltanto dell'art. 6 § 3, lett. b), l'istanza viene esaminata ai sensi del combinato disposto dell'art. 6 § 1 e dell'art. 6 § 3, lett. b) della Convenzione, dal momento che quest'ultimo deve essere visto come un aspetto particolare del più ampio diritto ad un equo processo garantito dalla prima disposizione (v. *Hadjianastassiou v. Greece*, 16 dicembre 1992, § 31, Series A n. 252, e *G.B. v. France*, n. 44069/98, § 57, ECHR 2001 X). Le norme appena considerate – proseguono i giudici di Strasburgo – riconoscono all'imputato il tempo e le facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa, principio che deve valere in ogni stato e grado del procedimento (v. *D.M.T. e D.K.I. v. Bulgaria*, n. 29476/06, § 81, 24 luglio 2012). Questo diritto comprende anche quello disporre di un adeguato lasso temporale per riflettere sul se e sul come impugnare i provvedimenti. Cosa che non è avvenuta nel caso concreto per mancata notifica della sentenza di condanna in tempo utile per predisporre adeguatamente l'eventuale atto impugnativo. La Corte, quindi, ha accolto

il ricorso del cittadino ucraino, rilevando una violazione del diritto ad un equo processo, ai sensi del combinato disposto dell'art. 6 § 1 e dell'art 6 § 3, lett. b), Cedu.

* * *

DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – PROVA SCIENTIFICA

(Corte e.d.u., 18 aprile 2013, n. 19522/09, M. K. c. Francia)

Infine, per completare il quadro della Rassegna delle principali decisioni, si segnala l'importante sentenza emessa nel caso M. K. c. Francia, in cui la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la violazione dell'art. 8 della Convenzione, affermando l'importante principio secondo cui la conservazione di dati personali, quali le impronte digitali, di un innocente viola il diritto al rispetto della vita privata.

Il ricorrente è un cittadino francese, nato nel 1972 e residente a Parigi. Nel 2004 e nel 2005 le sue impronte digitali erano state rilevate nel contesto di due distinte indagini su un presunto furto di libri. La prima si era conclusa con la sua assoluzione e, la seconda, con una sentenza di non luogo a procedere. Nel 2006 il ricorrente aveva scritto al procuratore della Repubblica richiedendo l'eliminazione delle proprie impronte digitali dal *database*. La sua richiesta era stata accolta solo in relazione alle impronte digitali rilevate durante il primo procedimento, sicché questi si era rivolto al giudice, che aveva però respinto la sua istanza. Il Presidente della Divisione investigativa della Corte d'appello di Parigi aveva poi confermato tale decisione, nel 2006. M.K. aveva quindi proposto ricorso per cassazione, che era stato respinto dalla Corte di Cassazione nel 2008. Basandosi principalmente sull'art. 8 Cedu, il ricorrente lamentava che la conservazione dei dati che lo riguardavano nella banca dati informatizzata delle impronte digitali violava il suo diritto al rispetto della vita privata; inoltre, aveva anche denunciato una violazione dell'art. 6.

La Corte di Strasburgo ha riconosciuto che il diritto al rispetto della vita privata, garantito dall'art. 8 della Convenzione, è stato violato dalla decisione delle Autorità francesi di non ordinare la cancellazione delle impronte digitali del ricorrente, assolto per i reati per i quali dette impronte erano state rilevate.

In particolare, la Corte ha ritenuto che la conservazione delle impronte digitali di M.K. da parte delle autorità nazionali era equivalente ad un'interferenza con il suo diritto al rispetto della sua vita

privata. Tale ingerenza era stata conforme alla legge (vale a dire il Codice di procedura penale, oltre ad un decreto del 1987), ed aveva perseguito il legittimo obiettivo di prevenire la criminalità. Tuttavia, la Corte ha ribadito che la protezione dei dati personali, è di importanza fondamentale per assicurare ad una persona il godimento del proprio diritto al rispetto della vita privata. Questo principio va applicato con forza ancora maggiore quando tali dati sono stati sottoposti ad un trattamento automatizzato e utilizzati per fini di polizia. La legge nazionale avrebbe pertanto dovuto garantire che tali dati fossero pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali erano stati memorizzati nel *database*. Lo stesso vale per il periodo di tempo per il quale gli stessi vengono mantenuti. Nel caso in esame, il motivo opposto dal pubblico ministero nel rifiutarsi di disporre la rimozione dal *database* delle impronte digitali assunte in occasione della seconda indagine era fondato sulla necessità di proteggere il ricorrente contro il furto di identità. A parere della Corte, tale argomento – che peraltro non aveva fondamento nella legislazione – potrebbe finire per giustificare una misura estrema quale quella di memorizzare in un *database* dati personali di tutta la popolazione. Inoltre, il decreto richiamato dal P.M. era presumibilmente finalizzato a rendere più facile il perseguimento di soggetti implicati in procedimenti penali e che necessitavano di essere identificati, ma non specificava se la sua portata era stata effettivamente limitata ad illeciti penali. Inoltre, la norma non faceva alcuna distinzione in base alla gravità delle accuse, dal momento che si applicava anche a reati di minore gravità. Infine, era stato applicato indiscriminatamente, ossia sia a soggetti condannati sia a coloro che, come il ricorrente, non erano mai stati riconosciuti colpevoli di un reato e che, quindi, correvano il rischio di essere stigmatizzati, in violazione del loro diritto alla presunzione di innocenza. Infine, le disposizioni in questione non avevano garantito sufficiente protezione alle persone interessate. La richiesta di rimuovere i dati è infatti considerata tale, dalla legislazione francese, da essere in contrasto con l'interesse dei Servizi investigativi al mantenimento di un *database* contenente tutte le informazioni possibili, ciò che costituisce una contraddizione in sé. Di conseguenza, dal momento che le prospettive di successo nell'ottenere la rimozione erano incerte, anche il periodo di conservazione delle impronte, fissato in 25 anni, equivale in pratica alla conservazione per un periodo indeterminato.

La Corte ha quindi concluso che i giudici francesi avevano oltrepassato il loro margine di apprezzamento e non erano riusciti a trovare un giusto equi-

CORTI EUROPEE

librio tra gli interessi in gioco pubblici e privati. La conservazione delle impronte digitali di M.K. equivale dunque ad un'interferenza sproporzionata con il diritto al rispetto della sua vita privata e non può dunque essere considerata necessaria in una società democratica.

Il tema della tutela della *privacy* in presenza di attività d'indagine che potenzialmente violino il diritto alla vita privata (e, di conseguenza, l'art. 8 Cedu) è stato affrontato a più riprese dalla giurisprudenza di Strasburgo. Tra i precedenti più noti, in particolare, per quanto concerne dati personali custoditi dalle autorità giudiziarie, si segnalano i seguenti casi: a) *Bouchacourt c. Francia*, *Gardel c. Francia* e *M.B. c. Francia*, tutti decisi in data 17 dicembre 2009 (in cui la Corte, riaffermando il ruolo fondamentale della protezione dei dati personali sottoposti a trattamento automatico, in particolare quando tali dati vengono utilizzati per scopi di polizia, ha concluso che, nel caso dei ricorrenti, il loro ingresso nei database nazionali tra i sospettati di reati sessuali non aveva violato l'art. 8); b) *Dimitrov-Kazakov c. Bulgaria*, deciso in data 10 febbraio 2011 (in cui il nome del ricorrente era stato iscritto nel registro della polizia, con riferimento ad uno stupro, come un "delinquente",

dopo essere stato interrogato in occasione di un'indagine per stupro, anche se non era mai stato incriminato per tale reato; egli successivamente era stato sottoposto dalla polizia ad una serie di controlli relativi a denunce di violenza o di scomparsa di giovani ragazze e per la mancanza di un rimedio giudiziario per ottenere un riesame: in quel caso la Corte aveva ritenuto violato l'art. 8 perché l'inserimento del nominativo del ricorrente nel registro elettronico della polizia non era conforme alla legge, oltre alla violazione dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 8); c) *Khelili c. Svizzera*, deciso in data 18 ottobre 2011 (riguardante la classificazione di una donna francese come "prostituta" nel database informatico della polizia di Ginevra, per cinque anni; in tal caso la Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 8). Per quanto riguarda i dati biologici, v., invece, il noto caso *S. e Marper c. Regno Unito*, deciso dalla Grande camera con la sentenza del 4 dicembre 2008 (per un'interessante rassegna delle principali decisioni della Corte di Strasburgo sul tema della protezione dei dati personali, v. la relativa scheda sul sito della Corte http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4FCF8133-AD91-4F7B-86F0-A448429BC2CC/0/FS_Data_ENG.pdf).

CORTE COSTITUZIONALE

di Francesca Corsano

LA DUPLICE VALENZA DEL CRITERIO DELLA «NECESSITÀ» PROCESSUALE IN TEMA DI UTILIZZAZIONE DI INTERCETTAZIONI TELEFONICHE
(C. cost., sent. 23 aprile 2013, n. 74)

La Corte costituzionale ha dichiarato l'ammissibilità del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorto a seguito di una deliberazione della Camera dei deputati che ha negato l'autorizzazione -richiesta dal Giudice per le indagini preliminari, ai sensi dell'art. 6, comma 2, della legge 20 giugno 2003, n. 140 («Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato»)- a utilizzare intercettazioni telefoniche nei confronti di un parlamentare.

Nel dirimere tale conflitto, la cui ammissibilità era stata già dichiarata con ordinanza n. 327 del 2011, la Corte costituzionale ha riconosciuto che la Camera dei deputati, nel negare l'autorizzazione, avrebbe esorbitato dai limiti delle proprie attribuzioni, stabiliti dall'art. 68 della Costituzione, in quanto la relativa delibera sarebbe stata assunta alla stregua di criteri discrezionalmente scelti volta per volta e sulla base di valutazioni sul merito degli atti di indagine che l'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003 attribuirebbe in via esclusiva al giudice penale.

Il Giudice delle leggi ha peraltro osservato che l'art. 6 della legge n. 140 del 2003, al pari delle altre disposizioni sulle immunità e prerogative a tutela della funzione parlamentare, deroga al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione – principio che è «alle origini della formazione dello Stato di diritto» (sentenze n. 262 del 2009 e n. 24 del 2004) – e deve, quindi, «essere interpretat[o] nel senso più aderente al testo normativo» (sentenza n. 390 del 2007).

Tale esigenza è stata rafforzata dalla riforma dell'art. 68 Cost., avvenuta con legge costituzionale 29 ottobre 1993, n. 3, che ha sostituito l'originaria

autorizzazione a procedere nei confronti dei membri del Parlamento con un sistema basato su specifiche autorizzazioni *ad acta*. Dunque, nell'attuale sistema delle immunità e delle prerogative parlamentari, «non più l'intero procedimento, ma solo tali atti sono considerati idonei a incidere sulla libertà e l'indipendenza della funzione parlamentare», e «queste sono suscettibili di sacrificio nei limiti in cui il compimento in concreto di taluno di essi – in relazione alla sua attitudine tipica – corrisponda alle specifiche esigenze procedimentali e, in particolare, investigative» (sentenza n.188 del 2010).

Alla luce di tali considerazioni, la Corte costituzionale ha osservato che l'art. 6 della legge n. 140 del 2003 stabilisce che il corretto esercizio del potere giurisdizionale nei confronti dei membri delle Camere va valutato in base al criterio della «necessità» processuale. Tale criterio – deciso con legge dal Parlamento stesso – ha una duplice valenza: opera come condizione per l'utilizzazione delle intercettazioni nel corso del processo e come limite dell'attività dell'autorità giudiziaria nei confronti dei parlamentari.

Ne consegue che soltanto qualora la richiesta di autorizzazione avanzata dal giudice per le indagini preliminari abbia ad oggetto intercettazioni fortuite la cui utilizzazione non risponda al richiamato criterio di «necessità», l'esercizio del potere giudiziario andrebbe ritenuto illegittimo e riveli l'intento persecutorio della richiesta.

È, dunque, esclusa la possibilità che la Camera, alla quale appartiene il parlamentare le cui conversazioni siano state intercettate, decida su una richiesta di autorizzazione avanzata ai sensi dell'art. 6 della legge n. 140 del 2003 alla stregua di criteri discrezionalmente scelti caso per caso o comunque diversi da quello indicato dallo stesso Parlamento in sede legislativa, nei limiti di cui all'art. 68 Cost.

Ciò stabilito in termini generali, occorre individuare, avendo riguardo al caso concreto, gli ambiti di valutazione che, rispetto al requisito della neces-

CORTE COSTITUZIONALE

sità, competono, rispettivamente, al giudice richiedente e alla Camera di appartenenza del parlamentare.

In base all'art. 6, comma 2, della legge n. 140 del 2003, il giudice per le indagini preliminari chiede l'autorizzazione all'utilizzazione di intercettazioni o tabulati nei confronti del parlamentare qualora lo «ritenga necessario». Su questa base, la Corte ha precisato che «la valutazione circa la sussistenza, in concreto, di tale "necessità" spetta indubbiamente all'autorità giudiziaria richiedente», la quale è peraltro tenuta «a determinare in modo specifico i connotati del provvedimento e a dare adeguato conto delle relative ragioni, con motivazione non implausibile, nella richiesta di autorizzazione ad eseguirlo, così da porre la Camera competente in condizione di apprezzarne compiutamente i requisiti di legalità costituzionale» (sentenza n.188 del 2010).

L'art. 6 della legge n. 140 del 2003 non assegna, infatti, al Parlamento un potere di riesame di dati processuali già valutati dall'autorità giudiziaria. Consente, tuttavia, alle Camere di verificare che la richiesta di autorizzazione sia coerente con l'impianto accusatorio e che non sia, dunque, pretestuosa.

A tal fine, la Camera alla quale appartiene il parlamentare le cui conversazioni siano state captate deve accertare che il giudice abbia indicato gli elementi su cui la richiesta si fonda – ovvero, «da un lato, le specifiche emergenze probatorie fino a quel momento disponibili e, dall'altro, la loro attitudine a fare sorgere la "necessità" di quanto si chiede di autorizzare» – e che la asserita necessità dell'atto sia «motivata in termini di non implausibilità» (sentenza n.188 del 2010).

Tuttavia, nell'apprezzare i requisiti di legalità costituzionale della richiesta di autorizzazione all'utilizzazione delle intercettazioni e, segnatamente, il requisito della necessità, la Camera – come si è anticipato – non può sostituirsi al giudice per le indagini preliminari nella «valutazione circa la sussistenza, in concreto, di tale "necessità"», giacché questa «spetta indubbiamente all'autorità giudiziaria richiedente», ma deve valutare la coerenza tra la richiesta e l'impianto accusatorio e, in particolare, se l'addotta necessità sia stata «motivata in termini di non implausibilità» (sentenza n.188 del 2010).

INSUSSISTENZA DELL'INCOMPATIBILITÀ ALLA TRATTAZIONE DEL GIUDIZIO ABBREVIATO DEL GIUDICE CHE, PER REATI ASSOCIATIVI, ABBA PRONUNCIATO, ALL'ESITO DELL'UDIENZA PRELIMINARE, IL DECRETO

CHE DISPONE IL GIUDIZIO NEI CONFRONTI DI ALCUNI COIMPUTATI PER I MEDESIMI REATI
(C. cost., ord. 14 maggio 2013, n. 86)

La Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 36, comma 1, lettera g), del c.p.p., in combinato disposto con l'articolo 34 dello stesso codice, e dell'articolo 36, comma 3, del c.p.p., in combinato disposto con l'articolo 34 dello stesso codice, sollevate in riferimento agli articoli 3, 24, 25, 101 e 111 della Costituzione; nonché la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 34, comma 2, del c.p.p., in combinato disposto con l'articolo 36 dello stesso codice, sollevate, in riferimento agli articoli 3, 24, 25 e 111 della Costituzione, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla trattazione del giudizio abbreviato del giudice che, per reati associativi, abbia pronunciato, all'esito dell'udienza preliminare, il decreto che dispone il giudizio nei confronti di alcuni coimputati per i medesimi reati.

In riferimento alla prima delle q.l.c. proposte, la Corte costituzionale ha evidenziato, infatti, che, fuori dalla specifica ipotesi introdotta dalla sentenza n. 371 del 1996 pronunciata dalla stessa Corte, l'art. 34, comma 2, c.p.p., come in genere l'istituto dell'incompatibilità, si riferisce a situazioni di pregiudizio per l'imparzialità del giudice che si verificano all'interno del medesimo procedimento (sentenze n. 283 e n. 113 del 2000 e ordinanza n. 490 del 2002) e concernono perciò la medesima regiudicanda (sentenza n. 186 del 1992), sicché esso non comprende l'ipotesi del giudice che, dopo aver disposto il rinvio a giudizio di alcuni imputati, procede con il rito abbreviato nei confronti dei coimputati del medesimo reato.

In tale ipotesi, infatti, ci si trova -secondo il giudice delle leggi- in presenza di diversi procedimenti, alcuni dei quali destinati, dopo la separazione, alla successiva definizione dibattimentale e altri alla trattazione nelle forme del giudizio abbreviato.

Rispetto a questi ultimi, perciò, non si determina una situazione di incompatibilità.

Allo stesso modo, la Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 34, comma 2, del c.p.p., in combinato disposto con l'articolo 36 dello stesso codice, sollevate in riferimento agli articoli 3, 24, 25 e 111 della Costituzione, nella parte in cui lo stesso non prevede, tra le ipotesi di incompatibilità, il caso del giudice che, disposto il rinvio a giudizio di alcuni imputati, sia chiamato a procedere con il rito abbreviato nei confronti dei coimputati concorrenti negli stessi reati.

A tal riguardo, la Corte, riportandosi ad un orientamento ormai consolidato, ha avuto modo di ricordare che nel caso di concorso di persone nel reato, «alla comunanza dell'imputazione fa riscontro una pluralità di condotte distintamente ascrivibili a ciascuno dei concorrenti, tali da formare oggetto di autonome valutazioni, scindibili l'una dall'altra, salve le ipotesi estreme, prese in esame dalle sentenze n. 371 del 1996 e n. 241 del 1999 e precisate da successive decisioni (in particolare, la sentenza n. 113 del 2000), che giustificano l'operatività dell'istituto dell'incompatibilità anche quando le funzioni pregiudicante e pregiudicata si collocano in procedimenti diversi» (ordinanza n. 367 del 2002, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a celebrare l'udienza preliminare del giudice che abbia già valutato la posizione degli imputati in altro processo definito con sentenza a seguito di giudizio abbreviato "nei confronti di coimputati concorrenti necessari" nel medesimo reato).

Ne deriva che, al di là delle ipotesi particolari che hanno dato luogo alle sentenze n. 371 del 1996 e n. 241 del 1999, pur non potendo escludersi che, per il peculiare atteggiarsi delle singole fattispecie, l'attività che il giudice abbia compiuto in un precedente procedimento possa determinare un pre-

giudizio alla sua imparzialità nel successivo procedimento a carico di altro o di altri concorrenti, in simili casi soccorre sia l'art. 36, comma 1, lettera h), c. p. p., nell'interpretazione non restrittiva alla quale vincola il principio del giusto processo (sentenza n. 113 del 2000), sia l'art. 37 c. p. p., come risultante dalla sentenza n. 283 del 2000 della stessa Corte, attribuendosi in tal modo ai più duttili strumenti dell'astensione e della riconsuazione il compito di realizzare il principio del giusto processo attraverso valutazioni caso per caso e senza oneri preventivi di organizzazione delle attività processuali» (ordinanza n. 441 del 2001, in una fattispecie analoga a quella del giudizio *a quo*).

Pertanto, tenuto conto della diversa sfera di operatività degli istituti dell'incompatibilità e dell'astensione-riconsuazione, egualmente preordinati alla piena tutela del principio del giusto processo (ordinanza n. 367 del 2002), in ogni ipotesi, «lo strumento di tutela contro l'eventuale pregiudizio all'imparzialità del giudice – pregiudizio da accertarsi in concreto –, derivante da una sua precedente attività compiuta in un separato procedimento nei confronti di coimputati del medesimo fatto-reato, non può essere ravvisato in ulteriori pronunce sull'art. 34, comma 2, c. p. p., ma deve essere ricercato nell'ambito degli istituti dell'astensione e della riconsuazione» (ordinanza n. 441 del 2001).

SEZIONI UNITE

di Alessandro Diddi

LA MUTUAL CORROBORATION DELLE CHIAMATE DI CORREO DE RELATO

(Cass., sez. un., 14 maggio 2013, n. 20804)

Con la sentenza annotata (che vede la inconsueta presenza di due magistrati in veste di relatori), le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere il contrasto giurisprudenziale esistente sulla possibilità che la *chiamata in reità o in correità de relato, in assenza della possibilità di esaminare anche la fonte diretta, abbia come unico riscontro, ai fini della prova di responsabilità penale dell'accusato, un'altra chiamata de relato*.

Sul punto, infatti, si contrapponevano due diversi orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

Un primo indirizzo, escludente che la chiamata in correità o in reità *de auditu*, non confermata dalla fonte di riferimento, potesse essere riscontrata, ai fini della prova della colpevolezza del chiamato, esclusivamente da altra chiamata di analoga natura, esigeva che i riscontri estrinseci, a confronto di dichiarazioni caratterizzate da "credibilità congenitamente carente", dovessero essere certi, univoci, specifici, individualizzanti, sì da consentire un collegamento diretto ed obiettivo con i fatti contestati e con la persona imputata. E poiché la chiamata in correità *de relato* – così, ancora, il primo indirizzo – sarebbe riconducibile al *genus* degli indizi, la conferma dell'attendibilità non solo avrebbe richiesto di essere particolarmente rigorosa, ma, di regola, tra i riscontri estrinseci non avrebbero potuto essere ricomprese altre dichiarazioni *de relato*, stante la congenita debolezza dimostrativa delle medesime. Sebbene, sempre secondo tale orientamento, non si possa escludere in astratto la *mutual corroboration* tra dichiarazioni *de auditu*, cionondimeno per poter operare in tal modo, ciascuna di esse avrebbe dovuto, a sua volta, essere assistita da riscontri specifici di diversa natura (Cass., sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 16939; Cass., sez. V, 9 luglio 2010, n. 37239; Cass., sez. V, 9 maggio 2002, n. 43464).

Un secondo orientamento, invece, escludeva che dai criteri di valutazione della prova codificati nell'art. 192 c.p.p. potessero ricavarsi limitazione all'idoneità della chiamata in correità o in reità *de relato*, riscontrata da altra chiamata di identica natura, ad integrare la prova del giudizio di responsabilità penale. Secondo tale indirizzo, infatti, sarebbe solo necessario che dette chiamate siano sottoposte ad un più penetrante vaglio critico e che esse si rivelino, oltre che intrinsecamente attendibili, convergenti, specifiche, soprattutto indipendenti, vale a dire non frutto di pregresse intese fraudolente, e autonome, cioè derivanti da una fonte diretta non comune e non espressione della c.d. "circolarità della notizia" (Cass., sez. I, 4 aprile 2012, n. 33398; Cass., sez. I, 28 febbraio 2012, n. 34545; Cass., sez. I, 23 giugno 2010, n. 31695; Cass., sez. I, 21 novembre 2006, n. 1560; Cass., sez. I, 20 ottobre 2006, n. 1263; Cass., sez. V, 24 giugno 2004, n. 36451; Cass., sez. IV, 16 marzo 2003, n. 35569; Cass., sez. I, 13 giugno 2001, n. 29679; Cass., sez. V, 15 giugno 2000, n. 9001; Cass., sez. II, 17 dicembre 1999, n. 3616; Cass., sez. V, 8 ottobre 1999, n. 14272; Cass., sez. IV, 31 marzo 1998, n. 6343; Cass., sez. I, 10 maggio 1993, n. 11344).

Risolviendo il contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite, nel fare proprio il secondo dei citati orientamenti, hanno affermato due principi. Il primo che «la chiamata in correità o in reità *de relato*, anche se non asseverata dalla fonte diretta, il cui esame risulti impossibile, può avere come unico riscontro, ai fini della prova di responsabilità penale dell'accusato, altra o altre chiamate di analogo tenore». Il secondo, che «per il conseguimento del fine precisato si richiede: a) la valutazione positiva della credibilità soggettiva di ciascun dichiarante e dell'attendibilità intrinseca di ogni singola dichiarazione, in base ai criteri della specificità, della coerenza, della costanza, della spontaneità; b) l'accertamento dei rapporti personali tra il dichiarante e la fonte diretta, per inferirne dati sintomatici della corrispondenza al vero di quanto dalla seconda confidato al primo; c) la convergenza delle varie chiamate, che devono riscontrarsi

reciprocamente in maniera individualizzante in relazione a circostanze rilevanti del thema probandum; d) l'indipendenza delle chiamate, nel senso che non devono rivelarsi frutto di eventuali intese fraudolente; e) l'autonomia genetica delle chiamate, vale adire la loro derivazione da fonti d'informazione diverse».

La soluzione alla quale perviene la decisione annotata pone, anzitutto, una precisazione e cioè che la chiamata *de relato* non può dirsi vietata trovando essa, infatti, impliciti riconoscimenti in talune disposizioni del codice (così art. 210, commi 5 e 6, c.p.p. che, a proposito dell'esame della persona imputata in un procedimento connesso, richiama l'art. 195 c.p.p.). Piuttosto, secondo la Corte, deve essere rilevata la particolarità del regime della dichiarazione *de relato* quando essa proviene da un imputato. A differenza, infatti, dell'ipotesi in cui il dichiarante rivesta la qualifica di testimone, anche assistito (che si caratterizza per il fatto che la fonte diretta, di regola, può – salvo casi di oggettiva impossibilità per morte, infermità o irreperibilità – essere sempre escussa), nel caso in cui il dichiarante *de relato* sia imputato e, a sua volta, operi una chiamata in correità, esso fatalmente si riferisce ad un imputato dello stesso processo o ad un imputato di un processo collegato. In simili evenienze, non solo la dichiarazione dell'autore della confidenza non può essere assicurata (in ragione della incoercibilità della presenza dell'imputato nel suo processo e per il fatto che il dichiarante diretto potrebbe sempre avvalersi della facoltà di non rispondere), ma dalla sua mancata escussione non discende l'inutilizzabilità della prova.

Ciò posto, secondo la Corte, se, da un lato, occorre affermare che la chiamata in correità o in reità *de relato*, anche se non asseverata dalla fonte diretta, può comunque essere utilizzata, dall'altro è pur tuttavia indispensabile rimarcare la necessità di un maggior rigore nella valutazione della dichiarazione non potendosi il giudice, a tal fine, avvalere del contributo della fonte diretta.

La possibilità che la chiamata *de relato* possa avere come unico riscontro, ai fini della prova di responsabilità penale dell'accusato, altra o altre chiamate di analogo tenore, poi, secondo la Corte, si deduce dalla posizione in cui sono collocate le disposizioni contenute nell'art. 192 c.p.p. Quest'ultimo, infatti, pur stabilendo i requisiti di talune tipologie di prova, conferma la centralità del principio del libero convincimento nella valutazione della prova e, dunque, l'inapplicabilità di vincoli di valutazione della chiamata in correità o reità predeterminati o gerarchizzati. L'unico requisito che si deduce dall'art. 192 c.p.p. è che il giudice deve in ogni caso tenere

conto della dinamica operativa del singolo mezzo di prova all'interno del contesto processuale in cui viene acquisito. Proprio con riferimento a tale ultimo aspetto la chiamata *de relato* esige particolari cautele in ragione del fatto che la persona che riferisce in giudizio le percezioni altrui, a lei confidate, del fatto da provare finisce con l'offrire una attestazione non originale del fatto medesimo con il conseguente accrescimento delle possibilità di errore o addirittura di inganno, che si riverberano sul fatto da accertare, sfumandone progressivamente i contorni.

Con specifico riferimento alla chiamata *de auditu* non asseverata dalla fonte primaria, la corte offre un catalogo di verifiche che il giudice dovrà compiere. Richiamandosi alla propria giurisprudenza (cfr. Cass., sez. un., 21 ottobre 1992, n. 1652) e, dunque, alla esigenza di procedere ad una puntuale verifica della attendibilità intrinseca soggettiva e di quella oggettiva della chiamata in correità, la corte ha, anzitutto, ricordato che, allorquando questa assume il contenuto di dichiarazione *de relato*, sia necessario, da un lato, svolgere un'indagine molto attenta sulla *causa scientiae* del dichiarante (la cui conoscenza, traendo origine dalla trasmissione di informazioni ad opera di un altro soggetto, può essere esposta a maggiori rischi di errore) e, dall'altro, svolgere una doppia verifica dell'attendibilità intrinseca soggettiva ed oggettiva: la prima riferita al dichiarante in relazione al fatto storico della narrazione percepita; la seconda all'attendibilità della fonte primaria di conoscenza ed alla genuinità del suo narrato che, in definitiva, integra l'elemento di prova più significativo del fatto *sub iudice*.

La valutazione della credibilità intrinseca della dichiarazione richiederà, poi, di apprezzarne la spontaneità, la coerenza, la costanza e la precisione, indagando, in particolare, proprio per il maggiore rigore valutativo imposto dalla peculiarità del caso, sulle circostanze concrete di tempo e di luogo in cui avvenne il colloquio tra il *loquens* e il soggetto di riferimento nonché sulla natura dei rapporti (di frequentazione e di familiarità) tra i due, sì da giustificare le confidenze, di tenore certamente compromettente, ricevute dal primo.

Quanto, infine, ai necessari «convergenti e individualizzanti riscontri esterni in relazione al fatto che forma oggetto dell'accusa e alla specifica condotta criminosa dell'incolpato» che il giudice dovrà ricercare ai fini dell'utilizzabilità della dichiarazione (cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2003, n. 45276), nel caso in cui essi siano costituiti da altre dichiarazioni *de relato* occorrerà che queste siano caratterizzate dalla necessaria estraneità – nel senso di provenienza *ab externo* – rispetto alle dichiarazioni medesime onde

SEZIONI UNITE

scongiurare una verifica tautologica, autoreferenziale ed affetta dal vizio della circolarità.

Non è privo di rilievo osservare come la conclusione rassegnata sia stata dalla stessa Corte posta in raffronto con i principi contenuti nella convenzione dei diritti dell'uomo e dei più recenti orientamenti della Corte e.d.u. In particolare, la Corte si è posta il problema di un possibile *vulnus* del principio del contraddittorio che, nella specie, potrebbe risultare eluso nella oggettiva impossibilità per l'imputato di contro-esaminare la prova diretta.

Preso atto che non esistono nel panorama giurisprudenziale europeo specifici precedenti che

impediscono l'utilizzo processuale della dichiarazione *de relato*, tenuto conto che, in base ai principi contenuti nella convenzione, il contraddittorio non risulta vulnerato allorquando sia assicurata, attraverso solide garanzie procedurali, l'equità complessiva del processo e nell'ipotesi in cui la prova formata senza il contraddittorio non abbia esercitato una funzione unica e determinante nella decisione del giudice, il particolare rigore imposto dai criteri elaborati in materia di chiamata *de relato*, ridurrebbe la forza "determinante" derivante dalla prova rappresentativa mediata dalla dichiarazione *de auditu*.

Il diritto al contraddittorio sull'accusa è violato se la riqualificazione giuridica non è prevedibile

Corte di Cassazione, Sezione II, sentenza 14 gennaio 2013, n. 1625 – Pres. Macchia; Est. Rago

Deve ritenersi violato il principio del giusto processo, sotto il profilo del diritto alla difesa e del contraddittorio, ove, all'esito del giudizio abbreviato incondizionato, l'originaria imputazione di furto venga riqualificata in ricettazione se, in concreto, per l'imputato non fosse sufficientemente prevedibile che l'accusa inizialmente formulata nei suoi confronti potesse essere riqualificata e, quindi, non sia stato messo in concreto nella possibilità di difendersi.

[Omissis]

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con sentenza del 31/10/2011, la Corte di Appello di Cagliari confermava la pronuncia resa dal Tribunale di Lanusei in data 04/11/2010 con la quale *Omissis* era stato condannato per il reato di ricettazione di una betoniera di proprietà di *Omissis*, così diversamente qualificata l'originaria imputazione di furto aggravato ex art. 624 c.p., e art. 625 c.p., n. 7, a lui ascritta. La Corte di Appello confermava altresì l'impugnata sentenza relativamente alle statuizioni a favore della costituita parte civile.

2. Avverso la suddetta sentenza l'imputato, a mezzo del proprio difensore, ha proposto ricorso per cassazione, deducendo i seguenti motivi:

2.1. Nullità della decisione impugnata e di quella di primo grado per avere la Corte territoriale violato il principio di correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza: secondo il ricorrente, poichè la difesa aveva chiesto il giudizio abbreviato allo stato degli atti ex art. 438 c.p.p., comma 1, e non, come aveva affermato il giudice di primo grado alla pag. 2 della sentenza, quello "condizionato", sia il Tribunale sia la Corte di Appello, non avrebbero dato la possibilità all'imputato di revocare eventualmente la richiesta di definizione allo stato degli atti con conseguente prosecuzione del processo nelle forme ordinarie. Sostiene il ricorrente che i giudici di merito non avrebbero potuto condannarlo per il reato di ricettazione senza previamente informarlo in modo da metterlo in condizione di difendersi con specifico riferimento alla diversa imputazione; in alternativa, avrebbero dovuto disporre la trasmissione degli atti al P.M. ex art. 423 c.p.p..

Inoltre, secondo il ricorrente, la differente qualificazio-

ne giuridica del fatto sarebbe avvenuta sul presupposto di due ulteriori violazioni.

Innanzitutto, la Corte avrebbe violato l'art. 27 Cost., commi 1 e 2, avendo ritenuto corretta la diversa qualificazione del fatto originariamente contestato sulla base di una illegittima valutazione del silenzio serbato dall'imputato: secondo la difesa, il mutamento della qualificazione giuridica della fattispecie in ricettazione sarebbe stato motivato valorizzando la mancanza di una dichiarazione confessoria da parte del M. in relazione al furto contestatogli.

In secondo luogo, sarebbe stato violato l'art. 63 c.p.p., comma 2, in quanto la Corte di merito aveva giustificato la diversa qualificazione del fatto utilizzando le dichiarazioni autoaccusanti rese dal M. alla Polizia Giudiziaria, non verbalizzate ma semplicemente specificate nella C.N.R., sulle modalità di acquisto della betoniera asseritamente sottratta al C.: il ricorrente sostiene che tali dichiarazioni sarebbero inutilizzabili perchè, nel momento in cui erano state rese, si sarebbero dovute assicurare al *Omissis* le garanzie difensive necessariamente connesse alla sua sostanziale qualità di persona indagata.

2.2. Insussistenza dell'aggravante di cui all'art. 625 c.p.p., n. 7, in quanto la betoniera era stata sottratta da un terreno di proprietà della parte offesa di cui la stessa non aveva neppure descritto le caratteristiche: in conseguenza di ciò, la Corte avrebbe dovuto dichiarare non doversi procedere per mancanza di querela.

2.3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 192 c.p.p., commi 1 e 2, e art. 533 c.p.p., comma 1, e contraddittorio e illogica motivazione per avere la Corte di Appello condannato l'odierno ricorrente nonostante l'assoluta inconsistenza delle prove a suo carico. La difesa rileva che le caratteristiche della betoniera descritte dal C. erano del tutto

generiche, trattandosi di un bene privo di segni identificativi, in possesso del *Omissis* ben prima del furto ed avente ammaccature derivanti dall'uso non certo esclusive, peraltro coperte da una recente verniciatura. Il ricorrente, inoltre, evidenzia che il G.I.P. del Tribunale di Lanusei, stante l'incertezza in ordine all'individuazione del mezzo, aveva revocato il provvedimento di restituzione già disposto in precedenza in favore del C. dal P.M.. Ancora, la Corte territoriale non avrebbe tenuto in considerazione le dichiarazioni rese dal sig. D., il quale aveva riferito che l'imputato deteneva quella betoniera, di cui aveva descritto le caratteristiche, da ben prima che si perpetrasse il furto in danno del C., senza motivare alcunchè riguardo a tale circostanza. Infine, il comportamento del C. desterebbe delle perplessità in quanto avrebbe denunciato il furto solo circa quattro mesi dopo la sottrazione della betoniera e si sarebbe recato spontaneamente in caserma per riferire di avere trovato in circostanze casuali il bene presso l'abitazione del genero del *Omissis*: secondo il ricorrente, la ritardata denuncia potrebbe essere spiegata soltanto con l'intento, da parte della persona offesa, di identificare "a tutti i costi e con notevoli forzature" la betoniera del *Omissis* con quella sottrattagli.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso è fondato per le ragioni di seguito indicate.
2. Dagli atti di causa, la vicenda processuale in esame può essere riassunta nei termini che seguono.

Il *Omissis* era tratto a giudizio per il "delitto di cui all'art. 624 c.p., e art. 625 c.p., n. 7, perchè, al fine di trarne profitto, s'impadroniva di una betoniera di proprietà di *Omissis*;

fatto aggravato perché commesso su cose esposte per necessità alla pubblica fede. In (OMISSIS)".

Il difensore, munito di procura speciale, richiedeva che il processo fosse definito con il rito abbreviato allo stato degli atti non formulando alcuna istanza probatoria.

Il giudice, peraltro, disponeva l'esame testimoniale degli agenti di P.G. che avevano proceduto al sequestro e redatto il relativo verbale.

All'esito della discussione, il P.m. chiedeva la condanna a mesi due di reclusione ed Euro 50,00 per il reato di furto, mentre il difensore concludeva per l'assoluzione.

Con sentenza pronunciata in data 4/11/2010, il giudice monocratico del Tribunale di Lanusei, riqualificava il fatto in ricettazione e condannava l'imputato alla pena di mesi dieci, giorni venti di reclusione ed Euro 90,00 di multa. Il giudice escludeva che "potesse sussistere una violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza perchè il contenuto essenziale della seconda imputazione doveva ritenersi compreso nella più ampia previsione dell'originaria contestazione di furto" (cfr pag. 2 sentenza di appello).

La suddetta sentenza, nonostante l'appello dell'imputato che aveva dedotto, fra l'altro, la violazione dell'art. 522 c.p.p., era confermata dalla Corte di Appello la quale respingeva la suddetta doglianza osservando che: a) l'imputato non aveva mai confessato di aver rubato la betoniera in questione; b) non era configurabile alcuna violazione del principio della correla-

zione tra accusa e sentenza in quanto "la qualificazione ha costituito oggetto di dibattito nel giudizio di merito ed è stata presa in considerazione, avendo l'imputato sostenuto di avere acquistato la betoniera da persona di cui non ha voluto o saputo indicare il nominativo, sulla base di un annuncio pubblicato sul giornale (*Omissis*)" (cfr pag. 4 sentenza).

Va osservato che la suddetta dichiarazione la Corte l'ha tratta dalla Comunicazione della Notizia di Reato data (*Omissis*) nella quale la P.G. scriveva che il M. aveva sostenuto di avere acquistato la betoniera "mediante un annuncio gratuito sul giornale (*Omissis*) da un signore di (*Omissis*) non meglio identificato...": sul punto, peraltro, il ricorrente, ha obiettato che "dalla lettura della c.n.r. non si capisce neppure se dette dichiarazioni siano state rese spontaneamente o meno. Ciò che conta è che così facendo la Corte di Appello ha completamente obliterato i principi... di assoluta inutilizzabilità delle dichiarazioni ("spontanee dichiarazioni") di persona nella veste di cui all'art. 63 c.p.p., che facciano riferimento a fatti, dati o circostanze che abbiano un rapporto processuale con quelli per cui si procede": cfr pag. 8 ricorso.

3. Nella presente fattispecie confluiscono una serie di principi che è opportuno rammentare tornando utili alla decisione.

4. L'art. 521 c.p.p., stabilisce che il giudice può dare al fatto storico una definizione giuridica diversa da quella dell'imputazione, purchè il fatto non ecceda la sua competenza nè risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anzichè monocratica.

La ratio del principio di correlazione tra contestazione e sentenza, va rinvenuta nel diritto di difesa e del contraddittorio sul contenuto dell'accusa, non potendo l'imputato "essere giudicato e condannato per fatti relativamente ai quali non sia stato in condizioni di difendersi": ex plurimis Cass. 21094/2004, rv. 229021.

Sul punto, le Sezioni Unite hanno affermato che "per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume la ipotesi astratta prevista dalla legge, si da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l'indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perchè, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione: SSU 16/1996, rv. 205619.

Valorizzando, da una parte, la citata ratio del principio di correlazione e, dall'altra, il criterio teleologico del mancato pregiudizio per la difesa dell'imputato, quale limitazione di derivazione giurisprudenziale del generale principio di cui all'art. 521 c.p.p., funzionale alla garanzia del contraddittorio, il costante orientamento di legittimità afferma, quindi, che "non può ravvisarsi immutazione non consentita del fatto qualora quello ritenuto in sentenza,

IL DIRITTO AL CONTRADDITTORIO SULL'ACCUSA

ancorché diverso da quello contestato con l'imputazione, sia stato prospettato dallo stesso imputato quale elemento a sua discolpa ovvero per fame derivare, in via eventuale, una sua penale responsabilità per reato di gravità minore: in tal caso l'imputato si è fatto automaticamente carico del suo assunto ed in relazione al diverso fatto ha apprestato le sue difese". Cass. 5777/1995, rv. 201673; Cass. 9178/1997, rv. 209363; Cass. 5329/2000, rv. 215903; Cass. 20118/2010, rv. 247330; Cass. 23288/2010, rv. 247761) In particolare, quanto alla possibilità di mutare la qualificazione giuridica dall'originaria imputazione di furto a quella di ricettazione, questa Corte ha ritenuto che "(...) qualora venga dedotta la violazione del principio di necessaria correlazione fra accusa contestata e sentenza, al fine di verificare se vi sia stata una trasformazione, sostituzione o variazione dei contenuti essenziali dell'addebito, non soltanto va apprezzato in concreto se nella contestazione, considerata nella sua interezza, non si rinvergono gli stessi elementi del fatto costitutivo del reato ritenuto in sentenza, ma anche se una tale trasformazione, sostituzione o variazione abbia realmente inciso sul diritto di difesa dell'imputato, e cioè se egli si sia trovato o meno nella condizione concreta di potersi difendere. È il caso di osservare che, sulla base delle considerazioni appena svolte, risulta ormai superato quell'orientamento giurisprudenziale, che, in tema di qualificazione giuridica del fatto come furto a quella di ricettazione e viceversa, si era espresso nel senso che è ammissibile e legittima solo la riqualificazione del fatto originariamente contestato come furto in quello di ricettazione e non il contrario, facendo leva sul criterio della "continenza del fatto" (rv 219818; rv 152273; rv 179538). Invero, secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente, condiviso dal Collegio, il criterio da applicare è quello "teleologico" del mancato pregiudizio per la difesa dell'imputato, quale limitazione di derivazione giurisprudenziale del generale principio di cui all'art. 521 c.p.p., funzionale alla garanzia del contraddittorio, con la precisazione che il criterio è operante a prescindere dalle strategie processuali dell'imputato e dalla opzione, dallo stesso eventualmente effettuata, di non fornire una propria versione dei fatti, atteso che la concreta possibilità di difendersi consiste non soltanto nella scelta di rispondere o meno alle domande delle parti, ma nell'insieme delle opzioni difensive che si esplicano in tutte le fasi e gli stati del giudizio (cfr. Cass. pen., Sez. 5^a, 13/12/2007, n. 3161). Ne consegue che quando nel capo di imputazione originario siano contestati gli elementi fondamentali idonei a porre l'imputato in condizione di difendersi dal fatto poi ritenuto in sentenza, non sussiste violazione del principio di doverosa correlazione tra accusa e sentenza; risultando legittima in tale prospettiva non solo l'ipotesi (che qui ricorre) di riqualificazione del furto in ricettazione, ma anche quella opposta di riqualificazione della ricettazione come furto (Cass. n. 3161/2007 cit.): Cass. 38889/2008 rv 241446.

5. I suddetti principi sono stati ritenuti applicabili anche al giudizio abbreviato.

Si è, infatti, osservato che "il potere del giudice di dare in sentenza al fatto una definizione giuridica diversa da

quella enunciata nell'imputazione, previsto dall'art. 521 c.p.p., comma 1, è esercitarle anche con la sentenza emessa a seguito di giudizio abbreviato", non rilevando "che in tale rito non sia applicabile, per l'esclusione fattane dall'art. 441 c.p.p., l'art. 423 c.p.p., in quanto tale ultima norma prevede soltanto la facoltà del pubblico ministero di modificare l'imputazione procedendo alla relativa contestazione, non avendo nulla a che vedere con l'autonomo ed esclusivo potere-dovere del giudice di dare al fatto una diversa definizione giuridica, contemplato dall'art. 521 c.p.p., comma 1, applicabile, benché non specificamente richiamato in sede di giudizio abbreviato": ex plurimis Cass. 9213/1996, rv. 206207.

È stato anche ritenuto che "sono utilizzabili nel giudizio abbreviato le dichiarazioni spontanee rese dalla persona sottoposta alle indagini alla polizia giudiziaria, anche se inserite in un verbale di perquisizione o sequestro e non in un altro autonomo verbale": ex plurimis Cass. 8675/2011 rv. 252279.

6. Nell'ambito della suddetta problematica, s'inserisce, ora, anche l'art. 6, comma 3, lett. a) e b), della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, a norma del quale "1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, (...), da un tribunale (...) il quale sia chiamato a pronunciarsi (...) sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. (...) 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (...)"

Secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, la suddetta norma esige che l'imputato, una volta informato dell'accusa, sia anche messo in condizione di poter discutere su ogni profilo che investe i fatti contestatigli e la qualificazione giuridica ad essi attribuita.

La Corte Edu, nel caso *Drassich vs Italia* deciso in data 11/12/2007 – in un processo penale nel quale la Corte di Cassazione, riqualificando i fatti contestati, nella fattispecie di cui all'art. 319 ter c.p., aveva rigettato il ricorso dell'imputato condannato dai giudici di merito in relazione al diverso reato di cui all'art. 319 c.p. – in applicazione dell'art. 6, paragr. 3, ha affermato che:

"... le disposizioni del paragrafo 3 dell'articolo 6 rivelano la necessità di porre una cura particolare nel notificare l'accusa all'interessato.

Poiché l'atto d'accusa svolge un ruolo fondamentale nel procedimento penale, l'art. 6 p.3 a) riconosce all'imputato il diritto di essere informato non solo del motivo dell'accusa, ossia dei fatti materiali che gli vengono attribuiti e sui quali si basa l'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti (Pelissier e Sassi e. Francia GC, n. 25444/94, 51, CEDU 1999- 11). La portata di questa disposizione deve essere valutata in particolare alla luce del più generale diritto a un processo equo sancito dal paragrafo 1 dell'art. 6 della Convenzione. In materia penale, una informazione precisa e completa delle accuse a carico di un imputato, e dunque la qualificazione giuridica che la giurisprudenza potrebbe considerare nei suoi confron-

ti, è una condizione fondamentale dell'equità del processo. Peraltro, le cose non cambiano in materia civile, dato che la Corte ha affermato che il giudice deve rispettare il principio del contraddittorio e dare alle parti la possibilità di conoscere e discutere tutte le questioni fondamentali per l'esito del procedimento, in particolare quando esso rigetta un ricorso per cassazione o pone fine a una causa sulla base di un motivo sollevato d'ufficio (Clinique des Acacias e altri c. Francia, nn. 65399/01, 65406/01, 65405/01 e 65407/01, 38, 13 ottobre 2005; Prikyan e Angelova c. Bulgaria, n. 44624/98, 52, 16 febbraio 2006). Le disposizioni dell'art. 6 p.3 a) non impongono alcuna forma particolare per quanto riguarda il modo in cui l'imputato deve essere informato della natura e del motivo dell'accusa formulata nei suoi confronti. Esiste peraltro un legame tra i commi a) e b) dell'art. 6, p.3, e il diritto di essere informato della natura e del motivo dell'accusa deve essere considerato alla luce del diritto per l'imputato di preparare la sua difesa (Pelissier e Sassi c. Francia già cit., 52-54). Se i giudici di merito dispongono, quando tale diritto è loro riconosciuto nel diritto interno, della possibilità di riqualificare i fatti per i quali sono stati regolarmente aditi, essi devono assicurarsi che gli imputati abbiano avuto l'opportunità di esercitare i loro diritti di difesa su questo punto in maniera concreta ed effettiva. Ciò implica che essi vengano informati in tempo utile non solo del motivo dell'accusa, cioè dei fatti materiali che vengono loro attribuiti e sui quali si fonda l'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti".

In particolare, la Corte Edu, nella suddetta sentenza, ha precisato che, al fine di verificare se vi sia stata o meno violazione della Convenzione, il giudice deve procedere ad un triplice accertamento:

a) deve, innanzitutto, verificare, in concreto "se fosse sufficientemente prevedibile per il ricorrente che l'accusa inizialmente formulata nei suoi confronti fosse riqualificata";

b) "la fondatezza dei mezzi di difesa che il ricorrente avrebbe potuto invocare se avesse avuto la possibilità di discutere della nuova accusa formulata nei suoi confronti";

c) quali siano state "le ripercussioni della nuova accusa sulla determinazione della pena del ricorrente".

Alla stregua dei suddetti principi, la Corte Edu, conclude che, nel caso Drassich, vi era stata violazione dell'art. 6 p.1 e 3 a) e b) della Convenzione.

Va rilevato che, questa Corte di legittimità, ha poi precisato, proprio a seguito del caso Drassich, che:

- "In tema di correlazione tra sentenza ed accusa contestata, la regola di sistema espressa dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (sentenza 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia), secondo cui la garanzia del contraddittorio deve essere assicurata all'imputato anche in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto operata dal giudice ex officio, è conforme al principio statuito dall'art. 111 Cost., comma 2, che investe non soltanto la formazione della prova, ma anche ogni questione che attiene la valutazione giuridica del fatto commesso. Ne consegue che si impone al giudice una interpretazione dell'art. 521 c.p.p., comma 1, adeguata

al *decisum* del giudice Europeo e ai principi costituzionali sopra richiamati": Cass. 45807/2008 riv 241754;

- la garanzia del contraddittorio in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto deve ritenersi assicurata anche quando venga operata dal giudice di primo grado nella sentenza pronunciata all'esito del giudizio abbreviato, in quanto con i motivi d'appello l'imputato è posto nelle condizioni di interloquire sulla stessa, richiedendo una sua rivalutazione e l'acquisizione di integrazioni probatorie utili a smentirne il fondamento: Cass. 10093/2012 Rv. 251961.

7. Resta ora da valutare se e come i suddetti principi di diritto siano stati applicati al concreto caso di specie.

L'osservazione preliminare dalla quale occorre partire è che l'imputato chiese che il processo si celebrasse con rito abbreviato incondizionato, non avendo richiesto l'ammissione di alcun mezzo di prova.

L'imputato chiese, quindi, di accedere ad un rito a "prova contratta" accettando che la sua vicenda processuale fosse definita alla stregua degli atti di indagine già acquisiti e rinunciando a chiedere ulteriori mezzi di prova, così consentendo di attribuire agli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari quel valore probatorio di cui essi sono normalmente sprovvisti nel giudizio che si svolge, invece, nelle forme ordinarie del dibattimento.

Ora, fermo restando che va confermato l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale è possibile riqualificare il fatto da furto a ricettazione, quello che va verificato è se il diritto di difesa e del contraddittorio, nel caso di specie, sia o no stato violato.

L'esame, come stabilito dalla Corte Edu, deve svolgersi sotto un triplice profilo:

a) se, in concreto, fosse sufficientemente prevedibile per il ricorrente che l'accusa inizialmente formulata nei suoi confronti potesse essere riqualificata;

b) quali mezzi di difesa che l'imputato avrebbe potuto invocare se avesse avuto la possibilità di discutere della nuova accusa formulata nei suoi confronti;

c) quali siano state le ripercussioni della nuova accusa sulla determinazione della pena.

Al punto sub a), nonostante il contrario avviso dei giudici di merito, deve darsi risposta negativa.

L'imputato fu tratto a giudizio con uno specifico e puntuale capo d'imputazione nel quale, anche per come era stato formulato, è problematico ipotizzare che potesse in sé comprendere la diversa ipotesi della ricettazione.

La Corte territoriale sostiene che l'imputato ebbe modo di difendersi e trae questa conclusione da quanto scritto dalla P.G. nella notizia di reato.

In realtà, se è vero che, nel giudizio abbreviato, possono essere utilizzate anche le dichiarazioni "spontanee" rese dall'imputato, è anche vero che tale particolare principio va filtrato alla luce della regola di cui all'art. 521 c.p.p..

Nel caso di specie, infatti, l'imputato era stato messo conoscenza che era indagato di furto (e non di ricettazione), sicché si limitò a negare l'addebito.

La Corte sostiene che tale circostanza sarebbe già di per sé idonea a far ritenere che l'imputato introdusse

IL DIRITTO AL CONTRADDITTORIO SULL'ACCUSA

nella dialettica processuale, l'eventualità che il fatto (furto) potesse essere diversamente qualificato in ricettazione.

Sennonché, deve ribattersi che la suddetta circostanza è del tutto neutra ai fini della qualificazione giuridica, essendosi l'imputato limitato ad esercitare il suo diritto primario di difesa che non può che esprimersi nel negare ogni responsabilità: negare l'addebito di furto non significa, di per sé, ammettere o introdurre nella dialettica processuale, la diversa e più grave ipotesi di ricettazione.

La Corte, ha, poi, sostenuto che "la qualificazione ha costituito oggetto di dibattito nel giudizio di merito ed è stata presa in considerazione, avendo l'imputato sostenuto di avere acquistato la betoniera da persona di cui non ha voluto o saputo indicare il nominativo, sulla base di un annuncio pubblicato sul giornale (*Omissis*)".

Ma, sul punto, è difficile dare torto al ricorrente che, giustamente, ha obiettato che non si trattava di un vero e proprio esame né di un'affermazione effettuata nella pienezza del contraddittorio, ma di un'affermazione riportata dalla P.G. nella Comunicazione della Notizia di Reato datata 18/11/2005 dalla cui lettura non si capisce quando, come e in che contesto quelle dichiarazioni furono rese: ben altro valore, invece, avrebbero avuto dichiarazioni rese ragione cognita.

E che quelle dichiarazioni non avessero una particolare valenza autoaccusatoria, lo si desume dal fatto che lo stesso P.M., all'esito del giudizio, e nonostante l'integrazione probatoria disposta dal giudice ex officio, non ritenne di mutare la qualificazione giuridica, avendo insistito per la condanna dell'imputato per il reato di furto.

Si può, quindi, affermare che, nel caso di specie, non era prevedibile per il ricorrente, anche all'esito del processo, che l'accusa di furto, inizialmente formulata nei suoi confronti, potesse essere riqualificata in quella di ricettazione.

Quanto al punto sub b) – ossia quali mezzi di difesa l'imputato avrebbe potuto invocare in grado di appello – va premesso che, come si è detto, il M. aveva chiesto di accedere al rito abbreviato incondizionato.

In relazione a tale forma di giudizio, questa Corte di legittimità ha costantemente enunciato i seguenti principi:

- la celebrazione del rito abbreviato, se non impedisce al giudice di appello di esercitare i suoi poteri d'ufficio di integrazione probatoria, esclude che esista un diritto dell'imputato giudicato con rito abbreviato alla richiesta di rinnovazione del dibattimento ed un obbligo per il giudice di motivare la reiezione della richiesta di rinnovare il dibattimento. Infatti, con la richiesta di essere giudicato alla stato degli atti l'imputato ha rinunciato all'acquisizione di ulteriori prove, tranne quelle alla cui acquisizione, eventualmente, il giudizio abbreviato era stato subordinato: Cass. 3609/2011 Rv. 249161; Cass. 15296/2004 Rv. 228535; Cass. 15573/2005 Rv. 233956;

- il mancato esercizio da parte del giudice d'appello dei poteri officiosi di rinnovazione dell'istruttoria, sollecitato a

norma dell'art. 603 c.p.p., comma 3, dall'imputato che abbia optato per il giudizio abbreviato "senza integrazione probatoria", non costituisce un vizio deducibile mediante ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. d): Cass. 7485/2008 Rv. 242905; Cass. 25659/2009 Rv. 244163.

Ciò, quindi, sta a significare che l'imputato non solo non aveva alcuna possibilità di dedurre (nuove) prove a suo discarico nel giudizio di appello ma non avrebbe avuto, in caso di diniego da parte del giudice di appello, neppure la possibilità di censurare la decisione in sede di legittimità: invero, una cosa è dedurre prove, altra cosa è potersi limitare a sollecitare il giudice di appello ad assumerle d'ufficio e non avere neppure la possibilità di censurare la decisione eventualmente negativa.

È del tutto irrilevante, poi, che, nel caso in esame, l'imputato non abbia dedotto alcuna prova perché ciò che rileva è che la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello nel rito abbreviato incondizionato rappresenta, in virtù del descritto meccanismo processuale, di per sé, una evidentissima compressione del diritto di difesa tale da frustrare, in pratica, ogni diritto di difesa nell'ipotesi in cui venga mutata, ex officio, la qualificazione giuridica del fatto.

Infine, quanto al punto sub c) – ossia se e quali siano state le ripercussioni della nuova accusa sulla determinazione della pena – è appena il caso di rilevare che il reato di furto è meno grave della ricettazione, tant'è che, a fronte di una richiesta di condanna da parte del P.M. di mesi due ed Euro 50,00 di multa, l'imputato si è ritrovato condannato ad una pena di mesi dieci, giorni venti di reclusione ed Euro 90,00 di multa.

8. In conclusione, entrambe le sentenze vanno annullate e gli atti trasmessi al P.M. presso il Tribunale di Lanusei alla stregua del seguente principio di diritto: "Deve ritenersi violato il principio del giusto processo, sotto il profilo del diritto alla difesa e del contraddittorio, ove, all'esito del giudizio abbreviato incondizionato, l'originaria imputazione di furto venga riqualificata in ricettazione se, in concreto, per l'imputato non fosse sufficientemente prevedibile che l'accusa inizialmente formulata nei suoi confronti potesse essere riqualificata e, quindi, non sia stato messo in concreto nella possibilità di difendersi. Le genetiche affermazioni dell'imputato riportate nella comunicazione di notizia di reato redatta dalla Polizia Giudiziaria, non possono – nel giudizio abbreviato incondizionato – essere valorizzate ai danni dell'imputato in relazione al diverso e più grave reato di ricettazione, ove, sulle medesime, non sia stata attivata alcuna forma di contraddittorio.

P.Q.M.

ANNULLA la sentenza impugnata e quella di primo grado e DISPONE trasmettersi gli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Lanusei.

Così deciso in Roma, il 12 dicembre 2012.

Depositato in Cancelleria il 14 gennaio 2013

ROBERTO PUGLISI*

Dottore di ricerca in Procedura penale – Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'

Iura novit curia e contraddittorio nel giudizio abbreviato*Iura novit curia and right to be heard in "summary trial"*

Il coinvolgimento del principio *iura novit curia* da parte della Corte di cassazione appare funzionale a una sua (più) corretta applicazione e più netta astrazione rispetto al fatto. Il riconoscimento del più ampio recupero di garanzie offerto dalla trasmissione degli atti al p.m. segna un cambiamento nella stessa giurisprudenza di legittimità e, pur ponendo perplessità interpretative, rappresenta certamente un'indiscussa avanguardia nella tutela del diritto di difesa. Si offre all'imputato la completa disponibilità dei mezzi difensivi imponendo al p.m. una corretta contestazione.

The involvement of the principle iura novit curia is useful to its (more) adequate implementation and clearer abstraction as opposed to the fact. The broader recovery of guarantees offered by the records transmission to prosecutor marks a change in case law and, though placing interpretation doubts, is certainly an avantgarde in the protection of the right of defense. To the defendant it's offered the full availability of defensive means imposing to prosecutor the burden of a proper charge.

QUALIFICAZIONE FLUIDA E GIUDIZIO ABBREVIATO

Il tema è la riqualificazione giuridica del fatto e le sue ricadute sul diritto di difesa dell'imputato. Nell'affrontarlo, la Corte di cassazione deve tenere conto del particolare scenario offerto dal giudizio abbreviato. L'operazione è complessa se si considera la controversa natura del procedimento speciale in questione così come consegnatoci da una stratificazione giurisprudenziale non sempre lineare.

La mutevolezza della qualificazione giuridica durante l'accertamento penale è fenomeno destinato, com'è noto, a lasciare spesso inappagato l'interprete per l'ambiguità di fondo che l'attraversa, a cominciare dalla distinguibilità o meno tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*.¹ Non occorre, comunque, affron-

tare il tema dei rapporti tra giudizio di esistenza e giudizio giuridico, per rilevare come l'imprevedibilità delle ricadute processuali di una riqualificazione giuridica del fatto suggerisca, in ogni caso, cautela nell'applicazione del principio *iura novit curia*. In quest'ottica, desta perplessità la possibilità di ergere a principio generale il potere del giudice di cambiare gli articoli di legge indicati nell'imputazione².

L'art. 521, comma 1, c.p.p. consegna nelle mani del giudice il potere di dare al fatto contestato una qualificazione giuridica diversa rispetto a quella contenuta nell'imputazione.³ Presupposta l'identità del fatto contestato, la regola apre alla fluidità del suo inquadramento normativo; per rispettare i confini così segnati dal legislatore, l'oggetto del giudizio non deve essere contaminato da mutazioni del fatto originariamente contestato. Lo spirito della norma è (solo) la negazione di vincoli per il giudice nell'applicazione della norma penale: si fa prevalere l'aderenza del fatto alla norma rispetto alla correlazione (in diritto) tra accusa e sentenza. Già prima che la

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

¹ Sul tema, v. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1966, 624: «la distinzione fra fatto e diritto nell'economia della decisione è uno dei bersagli preferiti dai cultori del non-ragionamento»; Id., *Giudizio, Dig. disc. pen.*, Torino, 1991, V, 505 ss.; Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, Aa. Vv., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2005, 292 ss.; Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 292: «quando... giudizio storico e giudizio giuridico si presentino quali enunciati, i fattori che possono determinare ambiguità nella sceverazione dell'uno dall'altro attoniscono al combinarsi» di limiti semantici; Ubertis, *fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 70: «Il fatto

'in quanto tale' non può mai essere posto in una posizione dicotomica rispetto al diritto 'in quanto tale'».

² Cfr. Capone, *Iura novit curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto del processo penale*, Padova, 2010, 9.

³ Si è seguita, così, l'impostazione già presente nel codice di procedura penale del 1930 (art. 477).

IL DIRITTO AL CONTRADDITTORIO SULL'ACCUSA

giurisprudenza europea allignasse,⁴ si temevano pericoli per il diritto di difesa a causa della mancanza di contraddittorio;⁵ eventuali soluzioni alternative furono abbandonate per soddisfare esigenze di economia processuale.⁶

Ciò considerato, va subito registrato come, alla regola riconosciuta espressamente dagli artt. 521 e 597 c.p.p., venga affidata una valenza generale per tutte le fasi del procedimento penale.⁷ Anche all'indomani del caso Drassich,⁸ la Corte di cassazione, richiamando l'art. 521, comma 1, c.p.p., continua a parlare di "funzione indefettibile del giudice".⁹ Il costante appello al principio di legalità per sottolineare come il potere di definire correttamente il fatto sia «connaturale allo stesso esercizio della giurisdizione», tuttavia, nasconde un'insidia; infatti, ferma la possibilità per il giudice di sussumere senza limiti un fatto di reato nella fattispecie astratta di riferimento, per l'imputato possono conseguire effetti pregiudizievoli da un mutamento, in corso d'opera, della norma incriminatrice contestatagli. Lo stesso giudice di legittimità, del resto, prosegue rilevando che la «regola è indefettibile, mentre il modulo operativo è emendabile». ¹⁰ A ben vedere, dunque, l'alternativa non va posta tra la necessità di una corretta qualificazione e il diritto al contraddittorio. Le due

esigenze possono divenire contrastanti se il metodo prescelto per perseguire la prima si disinteressa delle ricadute sul secondo; l'incompatibilità è, invece, indiscutibile se nello spazio operativo concesso dall'art. 521, comma 1, c.p.p. si lasciano entrare giudizi su fatti diversi rispetto a quelli contestati.

In tale scenario, si inserisce l'affanno a verificare se dietro l'assegnazione di un *nomen iuris* diverso rispetto alla contestazione originaria possa, in realtà, celarsi un processo non equo. Così, all'interprete viene consegnato un compito impegnativo che lo costringe a destreggiarsi tra aspetti (ritenuti) essenziali dell'esercizio del potere giurisdizionale e presupposti ineliminabili del diritto di difesa.

Tale visuale offuscata si annebbia maggiormente, poi, nel momento in cui il principio *iura novit curia* si deve calare nel procedimento abbreviato, caratterizzato da una congeniale refrattarietà a mutazioni dell'imputazione cui fanno da sponda le ridotte possibilità di recupero difensivo nelle fasi successive alla decisione di primo grado.¹¹ Invero, una delle ragioni che possono condurre a scegliere la strada del rito abbreviato è (o, perlomeno, dovrebbe essere) rappresentata dalla cristallizzazione degli elementi di giudizio e, dunque, dell'accusa a proprio carico; è vero che i poteri istruttori del giudice ridimensionano tale convinzione, ma, ad ogni modo, la possibilità di tornare sulla strada ordinaria *ex art. 441 bis*, comma 1, c.p.p. può leggersi come garanzia dell'accennata stabilità dell'imputazione nel giudizio abbreviato (salvo il consenso anche tacito dell'imputato). Se a ciò si aggiunge l'assenza di un diritto alla rinnovazione dell'istruttoria in appello per l'imputato che abbia optato per il rito abbreviato,¹² l'esigenza di preservare l'originaria contestazione (in tutte le sue componenti) emerge più evidente. Una conferma di tali conclusioni può rinvenirsi in quella giurisprudenza che limita l'integrazione probatoria in sede di appello su abbreviato solamente a quella «*in bonam partem*», dal momento che l'acquisizione di elementi a carico dell'imputato potrebbe incidere sulla originaria determinazione di richiedere il rito alternativo, scelta non più modificabile». ¹³

⁴ Sul ruolo svolto dalla giurisprudenza della Corte e.d.u., si rinvia al § successivo.

⁵ Cfr. Illuminati, *Giudizio*, Conso-Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, 727; Rafaraci, *Le nuove contestazioni*, cit., 302.

⁶ V. Corte cost., sent. 17 marzo 2010, n. 103, <http://www.giurcost.org>, in cui si richiamano le scelte compiute dal legislatore così come risultanti dalla stessa *Relazione al Progetto preliminare c.p.p. 1988*, G.U. 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 93, 119: «le alternative avrebbero potuto essere una disciplina costruita in modo analogo a quella concernente la contestazione del fatto diverso (iniziativa del pubblico ministero, termine a difesa, eventuale trasmissione degli atti); ovvero la previsione di un dovere del giudice di rendere nota preventivamente la decisione di modificare la qualificazione giuridica, consentendo la discussione sul punto. Entrambe avrebbero però comportato un dispendio di attività probabilmente eccessivo e il rischio in pratica di indurre il giudice a conformarsi in ogni caso al *nomen iuris* contestato».

⁷ In questo senso, Cass., sez. un., 22 ottobre 1996, n. 16, *CED Cass.*, 205617, seguita da una giurisprudenza pressoché unanime. Con riferimento all'art. 423 c.p.p., in cui non è menzionato un espresso potere di riqualificazione *ope iudicis*, salvo qualche iniziale tentennamento (cfr. Cass., sez. VI, 13 ottobre 1993, *Cass. pen.*, 1996, 904, che rileva l'assenza di un autonomo potere correttivo analogo a quello dell'art. 521, comma 1, c.p.p.), in giurisprudenza si è costantemente allargato all'udienza preliminare il generale potere di riqualificazione menzionato dall'art. 521, comma 1, c.p.p. per il dibattimento (*ex plurimis*, Cass., sez. III, 1° dicembre 2012, n. 1803, *CED Cass.*, 249334; Cass., sez. VI, 12 ottobre 2005, n. 6838, *CED Cass.*, 23599). V., anche, Corte cost., sent. 17 marzo 2010 n. 103, cit.

⁸ V. § seguente.

⁹ Così, Cass., sez. VI, 11 dicembre 2008, n. 45807, *CED Cass.*, 241754.

¹⁰ Cass., sez. VI, 11 dicembre 2008, n. 45807, cit.

¹¹ Sul tema della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello a seguito di giudizio abbreviato, cfr. Cass., sez. III, 11 gennaio 2012, n. 430, <http://www.altalex.com>, adesiva all'orientamento prevalente secondo cui «l'imputato che chiede il giudizio abbreviato rinuncia all'acquisizione di ulteriori elementi di prova concernenti la sussistenza del fatto e la responsabilità che ne deriva». Confermata da Cass., sez. II, 28 marzo 2013, n. 14649, www.processopenaleegiustizia.it.

¹² Cass., sez. II, 1° febbraio 2011, n. 3609, *C.E.D. Cass.*, 249161.

¹³ Così, Cass., sez. II, 28 marzo 2013, n. 14649, cit.

Con la sentenza in commento, si afferma la sussistenza di una violazione del principio del giusto processo qualora, all'esito di un giudizio abbreviato incondizionato, si proceda a una riqualificazione giuridica del fatto originariamente contestato senza che ciò fosse "sufficientemente prevedibile" per l'imputato (ecco l'affioramento di criteri incerti già declinati, in realtà, dalla Corte e.d.u. nel caso Drassich). Al di là del carattere impalpabile del parametro della sufficiente prevedibilità (sul quale si dovrebbe misurare l'equità del processo), la Corte di cassazione stabilisce che contraddittorio e diritto di difesa vengono menomati laddove l'imputato non sia stato posto nelle condizioni di potersi difendere contro il nuovo titolo di reato, tanto più se dal nuovo *nomen iuris* possano scaturire effetti pregiudizievoli per lo stesso.

DIRITTO DI CONOSCERE LA NATURA DELL'ACCUSA

Il principio espresso dalla Corte si inserisce in uno scenario interpretativo dell'art. 521, comma 1, c.p.p. nell'ambito del quale aleggia l'ingombrante presenza della giurisprudenza sovranazionale.

Le decisioni della Corte e.d.u. rappresentano, ormai, un abituale punto di partenza dei ragionamenti sul processo penale. L'impostazione europea dettata sui temi dell'accertamento processuale dei reati è una prospettiva che, talvolta, assume i caratteri di vere e proprie linee-guida per l'interprete. È il caso dei rapporti tra il diritto dell'accusato a essere informato sulla natura dell'accusa (art. 6, par. 3, Cedu) e la riqualificazione giuridica del fatto *ope iudicis*. Così, la mutazione dell'inquadramento giuridico della condotta operata originariamente dall'accusa può, dal 2007, rappresentare un prezzo troppo alto da pagare. Infatti, con la sentenza data nel caso Drassich c. Italia, il giudice di Strasburgo incide sul modulo processuale della libera sussunzione, da parte del giudice, di un fatto nella fattispecie astratta.¹⁴

Occupandosi di una delle tante sfaccettature del diritto a un processo equo, la Corte e.d.u. afferma che «poiché l'atto d'accusa svolge un ruolo fondamentale nel procedimento penale, l'articolo 6, § 3, lett. a), riconosce all'imputato il diritto di essere informato non solo del motivo dell'accusa, ossia dei fatti materiali che gli vengono attribuiti e sui quali si basa l'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata,

della qualificazione giuridica data a tali fatti».¹⁵ Cogliendo lo stretto nesso tra effettività della difesa e consapevolezza della fattispecie astratta contestata, si evidenzia l'autonoma importanza della qualificazione dei fatti contestati rispetto ai fatti medesimi; non è sufficiente conoscere l'accusa nella sua dimensione fattuale per consentire una piena esplicazione del diritto di difendersi, poiché ogni norma incriminatrice può essere densa di ricadute diverse sulle scelte processuali da compiere.¹⁶

Nel suo punto più significativo, la sentenza Drassich introduce il tema della necessità di informare l'imputato *in tempo utile non solo del motivo dell'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti*. In tale contesto, il giudice europeo specifica come non sia rilevante e necessario verificare la fondatezza dei mezzi di difesa che l'imputato avrebbe potuto esperire qualora fosse stato correttamente informato; si «osserva semplicemente che è plausibile sostenere che tali mezzi sarebbero stati diversi da quelli scelti per contestare l'azione principale». Si tratta di rendere immanente il principio del contraddittorio su ogni profilo dell'accusa.¹⁷

A tal fine, afferma la Corte e.d.u., occorrerebbe verificare quantomeno la "sufficiente prevedibilità" della riqualificazione dell'accusa originaria.

Volgendo lo sguardo all'ordinamento interno, ci si può accorgere come già l'art. 111, commi 2 e 3, Cost., in realtà, riservi alla persona accusata il diritto al contraddittorio e ad essere, «nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico» in modo da potere disporre «del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa». Il giudice europeo si è limitato, dunque, ad amplificare il dettato normativo interno.

Anche questa volta, il caratteristico pragmatismo della Corte e.d.u., pur consegnando nelle mani dell'interprete strumenti interpretativi poco certi per tornare sulle questioni normative interne, sembra raggiungere il cuore della problematica. Nel declinare l'importanza della qualificazione giuridica nel caso specifico (passaggio dal reato di corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio – art. 319 c.p.p. – a quello di corruzione in atti giudiziari – art. 319 *ter* c.p.), si introducono i concetti di "sufficien-

¹⁵ Così, già, Corte e.d.u., 25 marzo 1999, Pelissier e Sassi c. Francia, ric. n. 25444/94.

¹⁶ V. Caianiello, *Mutamento del nomen iuris e diritto di conoscere la natura e i motivi e la natura dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, *Giust. pen.*, 2008, I, 171.

¹⁷ Testualmente, Cass., sez. VI, 11 dicembre 2008, n. 45807, cit.

¹⁴ Corte e.d.u., 11 dicembre 2007, ric. n. 25575/04, Drassich c. Italia, *Giur. it.*, 2008, 11, 2581. Sul tema, in precedenza, Corte e.d.u., 25 marzo 1999, Pelissier e Sassi c. Francia, ric. n. 25444/94; 17 luglio 2001, Sadak e altri c. Turchia, ric. nn. 29900/96, 29901/96, 299902/96, 29903/96.

IL DIRITTO AL CONTRADDITTORIO SULL'ACCUSA

te prevedibilità" – che può prestarsi a molteplici fraintendimenti – e di "diversi mezzi difensivi per contrastare l'accusa" – che lascia un ampio spazio di discrezionalità nella posologia del contraddittorio.

La sentenza in commento offre utili spunti per misurare, alla luce dei due concetti da ultimo richiamati, le risposte date dall'ordinamento interno.

LO STATO DELL'ARTE INTERNO SUL POTERE DI RIQUALIFICAZIONE

Le reazioni applicative interne agli impulsi europei non sono di agevole decifrazione. Invero, l'insieme dei temi connessi alla riqualificazione giuridica contestualmente alla deliberazione si presenta triedrico, involgendo, oltre al corretto inquadramento del fatto nella norma, il diritto di difesa e la correlazione tra accusa e sentenza. Sono tre piani che, intersecandosi, non lasciano totalmente libera la visuale.

I maggiori problemi provengono dallo scveramento fra trasformazioni della sola sfera giuridica dell'imputazione e riqualificazioni che, invece, portano con sé anche un cambiamento del fatto contestato. Come già detto, il potere sancito dall'art. 521, comma 1, c.p.p. contrappone una fluidità della qualificazione a un'immutata fattispecie concreta; se, viceversa, cambiano entrambi i termini della questione, si rientra nell'ambito operativo dell'art. 521, comma 2, c.p.p.¹⁸ Nonostante la Corte e.d.u. si rivolga solo alla dimensione giuridica della correlazione, sembra inevitabile rimanere su tale dicotomia nella misura in cui lo stesso giudice europeo non distoglie lo sguardo da entrambi introducendo il concetto di "prevedibilità".

Inserendosi in tale dibattito, la Corte di cassazione offre qualche riflessione per fare il punto sull'attuale prassi applicativa dell'art. 521, comma 1, c.p.p.¹⁹

Il giudice di legittimità, affermando la violazione del "principio del giusto processo" a seguito di una riqualificazione giuridica, piuttosto che solo a questa sembra, in realtà, interessato a non camuf-

fare, sotto tale etichetta, mutazioni del fatto contestato.²⁰

Il primo dato da considerare è, al riguardo, la non "sufficiente prevedibilità" che funge da presupposto per la violazione del giusto processo. I parametri sui quali verificare detta facoltà di previsione non sono chiari; tuttavia, il richiamo di tale concetto dà un taglio alla reale natura del contraddittorio di cui trattasi: sul fatto e non sul (mero) diritto.²¹ Infatti, la prevedibilità (concetto di matrice sostanziale) della riqualificazione può sussistere solo nella misura in cui vi sia stato un sufficiente contraddittorio sul fatto.²² Non vi potrebbe essere, in altre parole, affermazione di imprevedibilità della riqualificazione (e, quindi, illegittimità della stessa) in presenza di un'informazione completa sulla dimensione fattuale dell'accusa. In tale prospettiva, perciò, il coinvolgimento del principio *iura novit curia* è funzionale a una sua (più) corretta applicazione e più netta astrazione rispetto al fatto; è un tentativo che, dunque, interessa più da vicino quell'area grigia in cui, confondendosi giudizi di valore e giudizi di esistenza, si può dare adito a mutazioni del fatto sotto l'egida del potere di riqualificazione. Laddove, invece, l'incompatibilità tra fatto contestato e norma indicata è prevedibile, la ritenuta inseparabilità tra *quaestio iuris* e *quaestio facti* può, forse, passare in secondo piano nella tutela del contraddittorio.²³

In questo quadro, un ulteriore spunto di riflessione è rappresentato dal dispositivo della decisione in commento. La Corte annulla la sentenza impugnata e dispone la trasmissione degli atti al procuratore della Repubblica presso il tribunale. Tale soluzione, propria dell'annullamento senza rinvio per diver-

¹⁸ Già Pisapia, *Contestazione di nuovi fatti e correlazione tra accusa e sentenza: in tema di concubinato e di violazione degli obblighi di assistenza coniugale*, Riv. it. dir. pen., 1951, 127, sottolineava l'indissolubile legame tra potere di riqualificazione e medesimezza del fatto contestato.

¹⁹ All'indomani della sentenza Drassich, si è messa in discussione la possibilità di distinguere fatto e diritto su cui è fondato il principio *iura novit curia*. Cfr. Caianiello, *Mutamento del nomen iuris e diritto di conoscere la natura e i motivi e la natura dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, cit., 171; Zacché, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, Dir. pen. proc., 2009, 785-786. Nella stessa impostazione dei ricorsi alla Corte di legittimità, talvolta, traspare tale sovrapposizione (v. Cass., sez. VI, 24 gennaio 2013, n. 3776, inedita).

²⁰ V. Rafaraci, *Le nuove contestazioni*, cit., 296: «La commistione, nell'accusa o in sentenza, di profili di fatto e profili normativi non è, quindi, un fattore né necessario, né naturale del giudizio sintetico... ma un frequente limite operativo».

²¹ V. Cordero, *Procedura penale*, cit., 624: «Se i seguaci della moda irrazionalistica fossero usciti dal solito repertorio,... si darebbero accorti che i giudizi di valore giuridico contenuti nella sentenza non sono storici e che quelli storici non sono di valore giuridico... essi prediligono chiaroscuri ermetici che non espongono al rischio di confutazioni».

²² Cfr. Iacobacci, *Riqualificazione giuridica del fatto ad opera della Corte di cassazione: esercizio di una facoltà legittima o violazione del diritto di difesa?*, Giur. it., 2008, 2584: «presupposto della qualificazione giuridica è la comprensione-interpretazione del fatto storico in tutte le sue componenti rilevanti ai fini del diritto penale».

²³ V. Marini, sub art. 521 c.p.p., Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1991, 476: le garanzie difensive «sono sostanzialmente rispettate allorché la difesa ha potuto interloquire sull'intero fatto contestato ed ha così avuto la possibilità di affrontare – volendo – anche gli aspetti nascenti di una qualificazione giuridica diversa».

sità del fatto contestato,²⁴ male si attaglia alla sola riqualificazione giuridica del fatto. Se veramente il riferimento normativo interno per i ragionamenti della Corte e.d.u. fosse l'art. 521, comma 1, c.p.p. (e non il comma successivo), difficilmente si potrebbe ammettere un simile epilogo salvo ipotizzare una nullità intermedia dell'atto di accusa.

Impiegando lo strumento indicato dal legislatore per la mancata correlazione tra fatto contestato e sentenza, la Corte di cassazione dimostra, così, di pensare ad altro quando parla di contraddittorio sui profili (solo) nominalistici della contestazione.²⁵

A volere ritenere che l'oggetto di tutela sia il diritto di difendersi rispetto al *nomen iuris*, mancherebbe lo strumento processuale per adeguare il dettato codicistico ai parametri europei.²⁶ La questione si porrebbe, invero, anche in primo grado per il giudice che, accingendosi a riqualificare il fatto in sentenza, ritenesse di ledere il diritto al contraddittorio dell'imputato. Si dovrebbe immaginare una trasmissione degli atti al p.m. fondata sulla violazione del diritto di difesa nella formulazione dell'atto di imputazione;²⁷ «al momento è proprio l'art. 521 comma 1 c.p.p. a rendere inaccessibile» l'«applicazione analogica dell'art. 521 comma 2 c.p.p.» senza un «via libera» della Corte costituzionale.²⁸ La stessa

Consulta esclude una pronuncia additiva, in quanto non costituzionalmente obbligata in una materia riservata alla discrezionalità del legislatore.²⁹

Non sembra, pertanto, potersi affermare un ridimensionamento del (mero) potere di riqualificazione giuridica del fatto intesa, quest'ultima, come assegnazione di un diverso *nomen iuris* a un fatto su cui vi sia stata piena possibilità di contraddire. L'impressione è, piuttosto, che la Corte di cassazione introduca un limite operativo al principio *iura novit curia* solo laddove lo stesso nasconda mutamenti fattuali dell'accusa.³⁰ La differenza è notevole; in tale prospettiva, infatti, non si mette in discussione la valenza generale del principio (né la differenza tra fatto e diritto che lo fonda), ma ci si limita a marcarne maggiormente il confine con l'area della correlazione in fatto tra accusa e sentenza.³¹ Si tratta di garantire il contraddittorio sulla formazione del giudizio di esistenza, lasciando, poi, libero il giudice di progredire «ad ulteriori sviluppi» e «qualificare il fatto dal punto di vista del diritto».³²

Il risultato può, tuttavia, ritenersi più che benevolo nella misura in cui, pur senza approdare a un contraddittorio sul *nomen iuris* contestato, lo si garantisce a pieno sul fatto. Ovviamente, l'operazione tiene solo nella misura in cui la prevedibilità venga parametrata sulle contestazioni formali mosse dal p.m. (con l'imputazione originaria ovvero i meccanismi modificativi di cui agli artt. 516 ss. c.p.p.). Si tornerebbe, invece, alle vecchie pratiche se qualsiasi elemento probatorio emerso durante tutto il corso del procedimento si considerasse utile alla formazione della consapevolezza difensiva.³³

²⁴ V. Bargi, sub art. 620 c.p.p., Corso (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, 2008, 2716. Così, Cass., sez. IV, 9 febbraio 2010, n. 18135, C.E.D. Cass., 247534; Cass., sez. II, 25 settembre 1996, Cass. pen., 1997, 1842.

²⁵ Il pensiero va alle neutralizzazioni di «vere e proprie divergenze dai termini fattuali dell'imputazione... facendo uso... di criteri teleologici» (così, Rafaraci, *Poteri d'ufficio e contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto*, Giur. cost., 2010, 1165). V., altresì, Tassi, sub art. 521, Conso-Grevi, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, 1837. Cfr. Cass., sez. II, 13 ottobre 2011, n. 36891, CED Cass., 251122, in cui la denunciata mancanza di contraddittorio sulla qualificazione diversa viene risolta con esclusivo riferimento al rispetto dell'art. 521, comma 2, c.p.p.

²⁶ Paradossalmente, i problemi riscontrati nel recepire a posteriori l'impostazione dettata dalla Corte e.d.u. si presenterebbero anche nell'affrontare la questione durante il processo ancora in corso. V. Cass., sez. VI, 11 dicembre 2008, n. 45807, cit., con commento di Zacché, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, cit., 781. Per una ricostruzione completa della questione, Geraci, *Sentenze della Corte e.d.u. e revisione del processo penale. I. Dall'autarchia giudiziaria al rimedio straordinario*, Roma, 2013, passim.

²⁷ Si avvicina a tale soluzione, glissando tuttavia sulla questione dell'imprevedibilità, Cass., sez. I, 11 maggio 2011, n. 18590, CED Cass., 250275, che riconosce la violazione del contraddittorio «attraverso la interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 521 c.p.p., comma 1, la quale, escludendo la possibilità dell'attuazione «a sorpresa» del potere di nuova (e diversa) qualificazione della condotta, ne condizioni l'esercizio alla preventiva promozione a opera del giudice del contraddittorio tra le parti sulla *quaestio iuris* relativa».

²⁸ Così, Rafaraci, *Poteri d'ufficio e contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto*, cit., 1165.

²⁹ Corte cost., sent. 17 marzo 2010 n. 103, <http://www.giurcost.org>.

³⁰ Cfr. Rafaraci, *Le nuove contestazioni*, cit., 295: «la confusione tra fatto e qualifica giuridica ha luogo soltanto in quanto il soggetto tenuto ad allegare (o a descrivere in decisione) il fatto da qualificare non si attenga al vincolo di enunciazione empirica che gli deriva dal carattere concreto e individuale dell'accadimento per cui si procede».

³¹ V. Corte cost., sent. 17 marzo 2010 n. 103, cit.

³² V. Cordero, *Giudizio*, cit., 510.

³³ Sembra andare in tal senso la giurisprudenza di legittimità che ritiene di allinearsi alla sentenza Drassich considerando rispettato il contraddittorio se l'imputato ha potuto interloquire sul tema «in una delle fasi del procedimento, ed in particolare anche nell'ipotesi in cui la diversa qualificazione giuridica abbia formato oggetto di discussione nel corso del procedimento incidentale *de libertate*» (Cass., sez. I, 8 marzo 2010, n. 9091, Cass. pen., 2011, 630). In precedenza, Cass., sez. un., 22 ottobre 1996, n. 16, cit.: «l'indagine non va esaurita nel mero e pedissequo confronto puramente letterale tra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto della imputazione»; recentemente confermata da Cass., sez. II, 13 ottobre 2011, n. 36891, cit.

IL DIRITTO AL CONTRADDITTORIO SULL'ACCUSA

La Corte include, poi, nel suo ragionamento le eventuali ripercussioni negative della nuova qualificazione sulla determinazione della pena; solo in presenza di peggioramenti si potrebbe riscontrare la violazione. Se la questione venisse impostata solo sui profili giuridici dell'accusa, il rilievo sarebbe puntuale; un intervento modificativo del titolo di reato ascritto ma privo di effetti pratici non giustificherebbe correzioni. Se, viceversa, il discorso finisce per vertere, come visto, sullo scrupoloso rispetto della correlazione tra fatto contestato e sentenza, la verifica sulle ricadute peggiorative o meno – già affrontato incidentalmente anche dalla Corte e.d.u. – non appare dirimente per valutare la violazione o meno del contraddittorio sull'imputazione.³⁴ Eventuali conseguenze peggiorative del *quantum* di pena irrogato non aggiungono nulla rispetto alla mancanza di una corretta informazione sul contenuto fattuale dell'accusa.³⁵ Il diritto di difesa, del resto, è garanzia che deve prescindere da verifiche quantitative sulla sanzione inflitta, nella misura in cui anche dietro un "miglioramento" in termini di diminuzione di pena può persistere un'ingiustificata violazione del contraddittorio.

GARANZIE DIFENSIVE E TEMPISTICA PROCESSUALE

Diversa importanza assume, comunque, il ruolo delle garanzie difensive da riconoscere all'imputato. Sotto questo profilo, va anzitutto rilevata una divergenza tra quanto espresso dal giudice europeo e la Corte di legittimità. Per affermare la violazione del giusto processo, infatti, il primo si limita a sottolineare il possibile impiego di diversi mezzi difensivi dinanzi a una accusa diversa.³⁶ La Corte di cassazione, invece, considera necessaria anche la verifica sulla fondatezza di tali mezzi difensivi, spingendosi a valutare le potenzialità difensive nel giudizio di appello a un giudizio abbreviato. Al di là del riscontro positivo nel caso di specie – fondato sulla mancanza, in appello, di un diritto alla prova dell'impu-

tato che abbia richiesto l'abbreviato³⁷ – è, questo, un ridimensionamento non da poco che va considerato unitamente alla veste con la quale si sceglie di proteggere il contraddittorio sull'accusa.³⁸

Come già rilevato, la Corte di legittimità riconosce il più ampio recupero di garanzie trasmettendo gli atti al p.m.; una scelta che segna un cambiamento nella stessa giurisprudenza di legittimità e che, pur ponendo perplessità interpretative, rappresenta certamente un'indiscussa avanguardia nella tutela del diritto di difesa. Si offre all'imputato la completa disponibilità dei mezzi difensivi imponendo al p.m. una corretta contestazione.

Di primo acchito, invece, la risposta della Corte di cassazione non è stata delle più generose. Nello stesso procedimento che aveva dato spunto ai ragionamenti della Corte e.d.u., si adotta – ma lo scenario è completamente diverso, intervenendo su un giudicato interno a seguito della pronuncia della Corte e.d.u. – quale soluzione "riparatrice" quella di revocare la sentenza per la nuova trattazione del ricorso.³⁹ Ciò male si concilia con l'impostazione che sembra trasparire dalla decisione in commento che, invece, sembra concentrarsi sul contraddittorio rispetto sul fatto. La Corte di cassazione (caso Drassich), operando un sostanziale rinvio a se stessa tramite l'istituto di cui all'art. 625-bis, c.p.p., immagina solo un "contraddittorio argomentativo sulla modifica del titolo del reato"⁴⁰. Dunque, un diritto di difesa assai ridotto da esplicitare negli stretti margini del giudizio di legittimità; diritto del tutto virtuale se si considera come, nel successivo giudizio svolto per la correzione, la Corte abbia rigettato la richiesta di rendere nota all'imputato la possibilità di una diversa qualificazione stante il disposto dell'art. 614 c.p.p. che non ne prevede la partecipazione al giudizio di legittimità.⁴¹ Ma, in questo caso, forse, a condizionare le scelte è stato il carattere "postumo" dell'intervento del giudice di legittimità, in affanno nella ricerca di un mezzo per accogliere le istanze (non accolte) provenienti da Strasburgo.⁴²

³⁴ L'argomento può divenire rischioso se legato a un'interpretazione di "fatto" ex art. 521, comma 2, c.p.p. che consideri irrilevante l'elemento soggettivo contestato; per tale impostazione, Cass., 15 gennaio 2013, n. 1763, inedita, che limita all'elemento materiale del reato la necessaria identità del fatto. Sul punto, v. Siracusano, *Il giudizio*, Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, Milano, 2001, 285.

³⁵ Incidentalmente, considerazioni analoghe in Cass., sez. I, 11 maggio 2011, n. 18590.

³⁶ Posizione già manifestata in un precedente (Corte e.d.u., 25 marzo 1999, Pelissier e Sassi c. Francia, ric. n. 25444/94, cit.: «It is not for the Court to assess the merits of the defences... is plausible to argue that the defence would have been different from the defence to the substantive charge»).

³⁷ V., *supra*, nota 12.

³⁸ Illuminati, *Giudizio*, Conso-Grevi-Bargis, *Compendio di procedura penale*, 2012, 843: «in caso di modifica dibattimentale» è «ora diventata sempre doverosa la contestazione della corretta qualificazione giuridica prima della pronuncia di una sentenza di condanna».

³⁹ Ciò avvenne tramite lo strumento del ricorso straordinario ex art. 625 bis c.p.p. (Cass., sez. VI, 11 dicembre 2008, n. 45807, cit.).

⁴⁰ V. Zacché, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, 785.

⁴¹ Cass., sez. VI, 18 settembre 2009, n. 36323, *CED Cass.*, 244972, che individua, nelle statuizioni del precedente rinvio ex art. 625 bis c.p.p., l'attuazione delle richieste europee.

⁴² Sullo stesso fronte si attestano le posizioni che affidano

Più vicina agli attuali approdi è la posizione che opta per un riavvolgimento processuale fino al giudizio di appello, se questo è il momento in cui è avvenuta la violazione (art. 597, comma 3, c.p.p.). Ciò in quanto il «diritto al contraddittorio e alla difesa anche in ordine alle questioni giuridiche di qualificazione del fatto deve essere garantito, normalmente, nella stessa fase in cui si verifica la modificazione dell'imputazione, considerato che l'impugnazione non sempre può avere un effetto equipollente al mancato contraddittorio».⁴³ Pur ravvisando l'insufficienza del giudizio di cassazione a garantire il contraddittorio, il principio convince poco per due ragioni. Innanzitutto, come nell'epilogo del caso Drassich,⁴⁴ si riduce il dovere di informazione nei confronti dell'accusato (e, dunque, la prevedibilità da parte sua) al dispositivo di rinvio della Corte di cassazione; è come se la violazione cessasse per il solo fatto di averla

rilevata. In secondo luogo, si sviscerano le potenzialità difensive limitandole (ragionando all'opposto della sentenza commentata⁴⁵) alla possibilità di rinnovazione dell'istruttoria.

I dubbi nei confronti di tale impostazione derivano dalla diversa ampiezza delle facoltà difensive a seconda della fase procedimentale di riferimento. Se si pensa al regime di preclusioni e alla necessità dell'imputato di calibrare le proprie strategie sulla contestazione mossagli, appare chiaro come una ritardata consapevolezza sull'accusa rappresenti di per sé una menomazione; il pregiudizio per l'imputato è direttamente proporzionale al ritardo con il quale interviene la definizione delle contestazioni. È la stessa Corte e.d.u., del resto, a sottolineare come il diritto dell'accusato ad essere informato circa la qualificazione giuridica dei fatti debba pervenire "*in tempo utile*".⁴⁶ In una prospettiva difensiva, non è neutrale il momento in cui l'imputato prende cognizione della fattispecie contestata.

peso alla permanenza anche di una minima porzione processuale per ritenere rispettato il diritto di difesa.

⁴³ Così, Cass., sez. VI, 28 maggio 2010, n. 20500, in *CED Cass.*, n. 247371.

⁴⁴ V. *sub* nota 41.

⁴⁵ V. *sub* nota 12.

⁴⁶ Corte e.d.u., 11 dicembre 2007, ric. n. 25575/04, Drassich c. Italia, cit.

Mandato d'arresto europeo e consegna del condannato in contumacia

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, sentenza 26 febbraio 2013 nella causa C-399/11

«Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – Mandato d'arresto europeo – Procedure di consegna tra Stati membri – Decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente – Esecuzione di una pena irrogata in absentia – Possibilità di revisione della sentenza»

L'art. 4-bis della decisione quadro 2002/584/GAI esclude che l'autorità giudiziaria richiesta possa subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, emesso all'esito di un procedimento in absentia, alla condizione che l'interessato abbia la facoltà di chiedere la revisione della sentenza di condanna nello Stato membro emittente.

[Omissis]

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione, ed eventualmente sulla validità, dell'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (GU L 190, pag. 1), come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009 (GU L 81, pag. 24; in prosieguo: la «decisione quadro 2002/584»). Essa invita inoltre la Corte a valutare, se del caso, se uno Stato membro possa rifiutarsi di eseguire un mandato d'arresto europeo sulla base dell'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta») a motivo della violazione dei diritti fondamentali della persona in questione, garantiti dalla Costituzione nazionale.

Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra il sig. Melloni e il Ministero Fiscal (Pubblico ministero) relativa all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso dalle autorità italiane per l'esecuzione della sentenza di condanna ad una pena detentiva irrogata al primo in contumacia.

Contesto normativo

La Carta

L'articolo 47, secondo comma, della Carta stabilisce quanto segue:

«Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare».

Ai sensi dell'articolo 48, paragrafo 2, della Carta:

«Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato».

L'articolo 52, paragrafo 3, della Carta stabilisce quanto segue:

«Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali [firmata a Roma il 4 novembre 1950; in prosieguo: la «CEDU»] il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

L'articolo 53 della Carta, rubricato «Livello di protezione», stabilisce quanto segue:

«Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione [europea] o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla [CEDU], e dalle costituzioni degli Stati membri».

Le decisioni quadro 2002/584 e 2009/299

L'articolo 1, paragrafi 2 e 3, della decisione quadro 2002/584 stabilisce quanto segue:

«2. Gli Stati membri danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alle disposizioni della presente decisione quadro.

3. L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificat[o] per effetto della presente decisione quadro».

L'articolo 5 della suddetta decisione quadro, nella sua versione originaria, era formulato come segue:

«L'esecuzione del mandato d'arresto europeo da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione può essere subordinata dalla legge dello Stato membro di esecuzione ad una delle seguenti condizioni:

1) Se il mandato di arresto europeo è stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata "in absentia", e se l'interessato non è stato citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione pronunciata in absentia, la consegna può essere subordinata alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente e di essere presenti al giudizio.

(...).

La decisione quadro 2009/299 precisa i motivi di non riconoscimento dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo nel caso in cui la persona in questione non sia comparsa al proprio processo. I suoi considerando 1-4 e 10 affermano quanto segue:

«(1) Il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo rientra nel diritto a un equo processo previsto dall'articolo 6 della [CEDU], secondo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte ha affermato inoltre che il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo non è assoluto e che a determinate condizioni l'imputato può, di sua spontanea volontà, esplicitamente o tacitamente ma in modo inequivocabile, rinunciare.

(2) Le varie decisioni quadro che applicano il principio del reciproco riconoscimento alle decisioni giudiziarie definitive non affrontano in modo uniforme la questione delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente. Questa diversità potrebbe complicare il lavoro degli operatori del settore e ostacolare la cooperazione giudiziaria.

(3) (...) La decisione quadro 2002/584/GAI (...) consente all'autorità di esecuzione di esigere che l'autorità di emissione fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro di emissione e di essere presenti al giudizio. Spetta all'autorità di esecuzione decidere se le assicurazioni fornite siano sufficienti ed è pertanto difficile sapere con esattezza quando l'esecuzione possa essere rifiutata.

(4) È quindi necessario prevedere motivi chiari e comuni per il non riconoscimento delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente. La presente decisione quadro mira a precisare la definizione di tali motivi comuni consentendo all'autorità di esecuzione di eseguire la decisione nono-

stante l'interessato non sia [stato] presente al giudizio, pur rispettando pienamente il diritto alla difesa dell'interessato. La presente decisione quadro non intende disciplinare le forme e i metodi, ivi compresi i requisiti processuali, utilizzati per raggiungere i risultati specificati nella stessa, i quali interessano il diritto interno degli Stati membri.

(...)

(10) Il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione pronunciata al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente non dovrebbero essere rifiutati qualora l'interessato, essendo al corrente del processo fissato, sia stato patrocinato in giudizio da un difensore a cui aveva conferito il relativo mandato, assicurando un'assistenza legale concreta ed efficace. In tale contesto, non dovrebbe interessare se il difensore sia stato scelto, nominato e retribuito dall'interessato ovvero se sia stato nominato e retribuito dallo Stato, fermo restando che l'interessato deve aver scelto deliberatamente di essere rappresentato da un difensore invece di comparire personalmente al processo. (...).

Ai sensi dell'articolo 1, paragrafi 1 e 2, della decisione quadro 2009/299:

«1. La presente decisione quadro ha lo scopo di rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale, di facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale e, in particolare, di migliorare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri.

2. L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali sanciti dall'articolo 6 del trattato [UE, nella versione anteriore al Trattato di Lisbona], incluso il diritto di difesa delle persone sottoposte a procedimento penale, non è modificato per effetto della presente decisione quadro e qualsiasi obbligo che incombe alle autorità giudiziarie al riguardo rimane impregiudicato».

Al suo articolo 2, la decisione quadro 2009/299 ha soppresso l'articolo 5, punto 1, della decisione quadro 2002/584 ed ha introdotto, in quest'ultima, un articolo 4 bis, relativo alle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente, il quale è formulato come segue:

«1. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione può altresì rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà se l'interessato non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione, salvo che il mandato d'arresto europeo indichi che l'interessato, conformemente agli ulteriori requisiti processuali definiti nel diritto interno dello Stato membro emittente:

a) a tempo debito:

i) è stato citato personalmente ed è quindi stato informato della data e del luogo fissati per il processo terminato con la decisione o è stato di fatto informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo, in modo tale che si è stabilito inequivocabilmente che era al corrente del processo fissato;

e

ii) è stato informato del fatto che una decisione poteva

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E CONSEGNA DEL CONDANNATO IN CONTUMACIA

essere emessa in caso di mancata comparizione in giudizio;

o

b) essendo al corrente della data fissata, aveva conferito un mandato ad un difensore, nominato dall'interessato o dallo Stato, per patrocinarlo in giudizio, ed è stato in effetti patrocinato in giudizio da tale difensore;

o

c) dopo aver ricevuto la notifica della decisione ed essere stato espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria:

i) ha dichiarato espressamente di non opporsi alla decisione;

o

ii) non ha richiesto un nuovo processo o presentato ricorso in appello entro il termine stabilito;

o

d) non ha ricevuto personalmente la notifica della decisione, ma:

i) riceverà personalmente e senza indugio la notifica dopo la consegna e sarà espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria;

e

ii) sarà informato del termine entro cui deve richiedere un nuovo processo o presentare ricorso in appello, come stabilito nel mandato d'arresto europeo pertinente.

(...).

Ai sensi dell'articolo 8, paragrafi 1-3, della decisione quadro 2009/299:

«1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni della presente decisione quadro entro il 28 marzo 2011.

2. La presente decisione quadro si applica a decorrere dalla data indicata nel paragrafo 1 al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo.

3. Se all'atto dell'adozione della presente decisione quadro uno Stato membro dichiara di avere seri motivi di supporre che non sarà in grado di ottemperare alle disposizioni in essa previste alla data di cui al paragrafo 1, la presente decisione quadro si applica, al più tardi, a decorrere dal 1° gennaio 2014 al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo che emanano dalle autorità competenti di tale Stato membro. (...).

**Procedimento principale
e questioni pregiudiziali**

Con ordinanza del 1° ottobre 1996, la prima sezione della camera penale della Audiencia Nacional (Tribunale centrale, Spagna) ha concesso l'extradizione verso l'Italia del sig. Melloni, affinché questi potesse essere ivi giudicato per i fatti esposti nei mandati d'arresto nn. 554/1993 e 444/1993, emessi, rispettivamente, il 13 maggio e il 15 giu-

gno 1993 dal Tribunale di Ferrara. Essendo stato rimesso in libertà dietro una cauzione di ESP 5 000 000, da lui versata il 30 aprile 1996, il sig. Melloni si è dato alla fuga, e dunque non ha potuto essere consegnato alle autorità italiane.

Con decisione del 27 marzo 1997, il Tribunale di Ferrara ha rilevato la mancata comparizione del sig. Melloni e ha autorizzato l'esecuzione delle notifiche presso i difensori di fiducia da lui nominati. Con sentenza del Tribunale di Ferrara del 21 giugno 2000, confermata poi con sentenza della Corte d'appello di Bologna del 14 marzo 2003, il sig. Melloni è stato condannato in contumacia per bancarotta fraudolenta alla pena di dieci anni di reclusione. Con decisione del 7 giugno 2004, la quinta sezione penale della Corte Suprema di Cassazione ha respinto il ricorso proposto dai difensori del sig. Melloni. L'8 giugno 2004, il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Bologna ha emesso il mandato d'arresto europeo n. 271/2004 ai fini dell'esecuzione della sentenza di condanna pronunciata dal Tribunale di Ferrara.

In seguito all'arresto del sig. Melloni da parte della polizia spagnola avvenuto il 1° agosto 2008, il Juzgado Central de Instrucción n. 6 (Spagna) ha disposto, con ordinanza del 2 agosto 2008, la trasmissione degli atti relativi al suddetto mandato di arresto europeo alla prima sezione della camera penale della Audiencia Nacional.

Il sig. Melloni si è opposto alla propria consegna alle autorità italiane, sostenendo, in primo luogo, che durante il procedimento di appello egli aveva nominato un avvocato diverso dai due che lo avevano rappresentato, revocando la nomina conferita a questi ultimi, e che, nonostante tale revoca, le autorità avevano continuato ad effettuare le notifiche presso di loro. In secondo luogo, egli ha sostenuto che il diritto processuale italiano non prevede la possibilità di impugnare le sentenze di condanna pronunciate in absentia e che dunque l'esecuzione del mandato d'arresto europeo avrebbe dovuto essere subordinata, se del caso, alla condizione che la Repubblica italiana garantisse la possibilità di impugnare la sentenza di condanna.

Con ordinanza del 12 settembre 2008, la prima sezione della camera penale della Audiencia Nacional ha autorizzato la consegna del sig. Melloni alle autorità italiane ai fini dell'esecuzione della sentenza di condanna inflittagli dal Tribunale di Ferrara per il reato di bancarotta fraudolenta, sulla base del fatto che, da un lato, non era stato dimostrato che gli avvocati da lui nominati avevano cessato di rappresentarlo a partire dal 2001 e, dall'altro, che i suoi diritti della difesa erano stati rispettati, dal momento che egli era venuto previamente a conoscenza della celebrazione del processo, si era volontariamente reso contumace e aveva nominato due avvocati ai fini della sua rappresentanza e difesa, i quali erano intervenuti, a tale titolo, nel procedimento di primo grado, in quello di appello e in cassazione, esaurendo così i mezzi di ricorso.

Il sig. Melloni ha proposto, dinanzi al Tribunal Constitucional, un «recurso de amparo» (ricorso di costituzionalità) contro la suddetta ordinanza. A fondamento del suo ricorso, egli deduce una violazione indiretta dei requisiti tassativamente imposti dal diritto a un processo equo sancito dall'articolo 24, paragrafo 2, della Costituzione spa-

gnola. La concessione dell'extradizione verso Stati che, in caso di reati molto gravi, considerano legittime le sentenze di condanna pronunciate in absentia, senza subordinare la consegna del condannato alla condizione che quest'ultimo possa impugnare tali sentenze di condanna per tutelare i suoi diritti della difesa, risulterebbe infatti lesiva del contenuto essenziale dell'equo processo in modo tale da ledere la dignità umana.

Con ordinanza del 18 settembre 2008, la prima sezione del Tribunal Constitucional ha dichiarato ricevibile il «recurso de amparo» e ha disposto la sospensione dell'esecuzione dell'ordinanza del 12 settembre 2008. Con ordinanza del 1° marzo 2011, la seduta plenaria del Tribunal Constitucional ha deciso di esaminare essa stessa tale ricorso.

Il giudice del rinvio riconosce di aver affermato, nella sua sentenza 91/2000 del 30 marzo 2000, che il contenuto vincolante dei diritti fondamentali è più limitato quando essi vengono applicati ad extra, dato che solo i requisiti più basilari ed elementari possono essere ricollegati all'articolo 24 della Costituzione spagnola e rivelare un'incostituzionalità indiretta. Tuttavia, secondo tale giudice, costituisce una violazione «indiretta» dei requisiti del diritto a un processo equo, in quanto lede il contenuto essenziale di un processo equo in modo da ledere la dignità umana, la decisione dei giudici spagnoli di concedere l'extradizione verso Stati che, in caso di reati molto gravi, considerano legittime le sentenze di condanna pronunciate in absentia, senza subordinare la consegna del condannato alla condizione che quest'ultimo possa impugnare tali sentenze di condanna per tutelare i suoi diritti della difesa.

Il giudice del rinvio ricorda che tale giurisprudenza nazionale è applicabile anche nell'ambito della procedura di consegna istituita con la decisione quadro 2002/584 per due ordini di ragioni. La prima è relativa al fatto che la condizione cui è subordinata la consegna di una persona condannata è inerente al contenuto essenziale del diritto costituzionale ad un processo equo. Quanto alla seconda, essa si basa sul fatto che l'articolo 5, punto 1, di tale decisione quadro, nella formulazione allora vigente, contemplava la possibilità che l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso per dare esecuzione ad una condanna pronunciata in absentia fosse subordinata «dalla legge dello Stato membro di esecuzione», in particolare, alla condizione che «l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente che garantisca i loro diritti della difesa e di essere presenti al giudizio» (sentenza del Tribunal Constitucional 177/2006, del 5 giugno 2006).

Il giudice del rinvio ricorda infine che, con la sua sentenza 199/2009 del 28 settembre 2009, esso ha accolto il «recurso de amparo» proposto contro un'ordinanza che autorizzava la consegna della persona in questione alla Romania, in esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una sentenza di condanna a quattro anni di reclusione pronunciata in absentia, senza fare riferimento al requisito secondo cui la condanna in questione poteva essere oggetto di revisione. A tal

fine, la suddetta sentenza ha respinto l'argomento della Audiencia Nacional secondo cui la sentenza di condanna non sarebbe stata effettivamente pronunciata in absentia, dal momento che il ricorrente aveva conferito mandato a un avvocato, il quale era comparso in giudizio in qualità di suo difensore.

Secondo il Tribunal Constitucional, le difficoltà derivano dal fatto che la decisione quadro 2009/299 ha soppresso l'articolo 5, punto 1, della decisione quadro 2002/584 e ha introdotto nella stessa un nuovo articolo 4 bis. Orbene, tale articolo 4 bis impedirebbe di «rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà se l'interessato non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione» quando l'interessato «essendo al corrente della data fissata, aveva conferito un mandato ad un difensore, nominato dall'interessato o dallo Stato, per patrocinarlo in giudizio, ed è stato in effetti patrocinato in giudizio da tale difensore». Il giudice del rinvio osserva che, nell'ambito del procedimento sfociato nel giudizio di controllo della legittimità costituzionale dinanzi ad esso pendente, è pacifico che il sig. Melloni aveva dato mandato a due avvocati di sua fiducia, ai quali il Tribunale di Ferrara ha notificato la futura celebrazione del processo, cosicché egli ne aveva conoscenza. È altresì assodato, secondo lo stesso giudice, che il sig. Melloni è stato effettivamente difeso da tali due avvocati durante il processo di primo grado e nei successivi ricorsi in appello e in cassazione.

Secondo il Tribunal Constitucional, si pone dunque la questione di stabilire se la decisione quadro 2002/584 impedisca ai giudici spagnoli di subordinare la consegna del sig. Melloni alla possibilità di revisione della sentenza di condanna in questione.

A questo proposito, il giudice del rinvio respinge l'argomento del Ministerio Fiscal secondo cui il rinvio pregiudiziale non sarebbe necessario, in quanto la decisione quadro 2009/299 sarebbe inapplicabile *ratione temporis* al procedimento principale. Infatti, oggetto di quest'ultimo sarebbe quello di determinare non tanto se l'ordinanza del 12 settembre 2008 abbia violato tale decisione quadro, quanto piuttosto se abbia violato indirettamente il diritto ad un processo equo tutelato dall'articolo 24, paragrafo 2, della Costituzione spagnola. Orbene, la stessa decisione quadro dovrebbe essere presa in considerazione per determinare il contenuto di tale diritto che produce effetti ad extra, poiché essa rappresenta il diritto dell'Unione applicabile al momento della valutazione della costituzionalità della suddetta ordinanza. Una simile considerazione sarebbe imposta anche dal principio dell'interpretazione del diritto nazionale in modo conforme alle decisioni quadro (v. sentenza del 16 giugno 2005, Pupino, C-105/03, Racc. I-5285, punto 43).

Alla luce di tali considerazioni, il Tribunal Constitucional ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI, nella sua versione oggi vigente derivante dalla decisione quadro 2009/299/GAI, debba essere

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E CONSEGNA DEL CONDANNATO IN CONTUMACIA

interpretato nel senso che vieta alle autorità giudiziarie nazionali, nei casi indicati dalla medesima disposizione, di subordinare l'esecuzione di un mandato di arresto europeo alla condizione che la sentenza di condanna di cui trattasi possa essere riesaminata al fine di garantire i diritti della difesa dell'interessato.

2) In caso di soluzione affermativa della prima questione, se l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI sia compatibile con le esigenze derivanti dal diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo, previsto dall'articolo 47 della Carta (...), nonché con i diritti della difesa garantiti dall'articolo 48, paragrafo 2, della medesima Carta.

3) In caso di soluzione affermativa della seconda questione, se l'articolo 53 della Carta, interpretato sistematicamente in relazione ai diritti riconosciuti dagli articoli 47 e 48 della stessa, consenta ad uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata in absentia alla condizione che la sentenza di condanna possa essere riesaminata nello Stato richiedente, riconoscendo così a tali diritti un livello di protezione più elevato rispetto a quello derivante dal diritto dell'Unione europea, al fine di evitare un'interpretazione limitativa o lesiva di un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione di tale Stato membro».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

Alcune delle parti interessate che hanno presentato osservazioni dinanzi alla Corte sostengono che la presente domanda di pronuncia pregiudiziale dovrebbe essere considerata irricevibile in quanto l'articolo 4 bis della decisione quadro 2002/584 sarebbe inapplicabile *ratione temporis* alla procedura di consegna del ricorrente nel procedimento principale. Esse sostengono che la data del 12 settembre 2008, cioè quella dell'ordinanza con cui la Audiencia Nacional ha deciso la consegna di quest'ultimo alle autorità italiane, è anteriore alla data di scadenza del termine per l'attuazione della decisione quadro 2009/299, fissata al 28 marzo 2011 dall'articolo 8, paragrafo 1, della stessa. In aggiunta, esse sostengono che, inoltre e in ogni caso, la Repubblica italiana si è avvalsa della possibilità offerta dal paragrafo 3 dello stesso articolo 8, disposizione che permette di rimandare fino al 1° gennaio 2014 l'applicazione della decisione quadro 2009/299 al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo dalle autorità italiane competenti. Le condizioni per la consegna del sig. Melloni da parte delle autorità spagnole alle autorità italiane resterebbero dunque disciplinate dall'articolo 5, punto 1, della decisione quadro 2002/584.

A tale proposito, si deve rammentare anzitutto che, nell'ambito del procedimento ex articolo 267 TFUE, spetta soltanto al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emandata decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze del caso, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale al fine di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono

sull'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (v., in particolare, sentenza dell'8 settembre 2011, *Paint Graphos e a.*, da C-78/08 a C-80/08, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 30 e giurisprudenza citata).

La presunzione di pertinenza che inerisce alle questioni proposte in via pregiudiziale dai giudici nazionali può essere esclusa solo in casi eccezionali, qualora risulti manifestamente che la sollecitata interpretazione delle disposizioni del diritto dell'Unione considerate in tali questioni non ha alcun rapporto con la realtà o con l'oggetto della controversia principale, o qualora il problema sia di natura ipotetica, o ancora qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per risolvere utilmente le questioni che le vengono sottoposte (v. in tal senso, in particolare, sentenza *Paint Graphos e a.*, cit., punto 31 e giurisprudenza citata).

Nel caso di specie, non risulta manifestamente che l'interpretazione dell'articolo 4 bis della decisione quadro 2002/584, richiesta dal giudice del rinvio, non abbia alcun rapporto con la realtà o con l'oggetto della controversia principale o riguardi un problema di natura ipotetica.

Quanto all'applicabilità *ratione temporis* dell'articolo 4 bis della suddetta decisione quadro, è opportuno rilevare, in primo luogo, che la lettera stessa dell'articolo 8, paragrafo 2, della decisione quadro 2009/299 stabilisce che, a decorrere dalla data del 28 marzo 2011, quest'ultima «si applica (...) al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo», senza fare alcuna distinzione a seconda che le suddette decisioni siano anteriori o posteriori a tale data.

L'interpretazione letterale è confermata dal fatto che, dal momento che le disposizioni dell'articolo 4 bis della decisione quadro 2002/584 devono essere considerate come norme processuali (v., per analogia, sentenze del 1° luglio 2004, *Tsapalos e Diamantakis*, C-361/02 e C-362/02, Racc. pag. I-6405, punto 20, nonché del 12 agosto 2008, *Santesteban Goicoechea*, C-296/08 PPU, Racc. pag. I-6307, punto 80), esse sono applicabili alla procedura di consegna del ricorrente nel procedimento principale, che è tuttora in corso. Infatti, secondo una giurisprudenza costante si ritiene in generale che le norme processuali si applichino a tutte le controversie pendenti all'atto della loro entrata in vigore, a differenza delle norme sostanziali, generalmente interpretate nel senso che esse non riguardano situazioni maturate anteriormente alla loro entrata in vigore (v., in particolare, sentenze del 12 novembre 1981, *Meridionale Industria Salumi e a.*, da 212/80 a 217/80, Racc. pag. 2735, punto 9; del 28 giugno 2007, *Dell'Orto*, C-467/05, Racc. pag. I-5557, punto 48, e *Santesteban Goicoechea*, cit., punto 80).

In secondo luogo, il fatto che la Repubblica italiana si sia avvalsa della possibilità offerta all'articolo 8, paragrafo 3, della decisione quadro 2009/299 di rimandare fino al 1° gennaio 2014 al più tardi l'applicazione di tale decisione al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo dalle autorità italiane competenti non può determinare l'irricevibilità della presente domanda di pronuncia pregiudiziale. Infatti, dalla decisione di rinvio emerge che, al fine di interpre-

tare i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione spagnola conformemente ai trattati internazionali ratificati dal Regno di Spagna, il giudice del rinvio intende prendere in considerazione le disposizioni pertinenti del diritto dell'Unione al fine di stabilire il contenuto essenziale del diritto ad un processo equo garantito dall'articolo 24, paragrafo 2, di tale Costituzione.

Dall'insieme delle considerazioni che precedono emerge che la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal Constitucional è ricevibile.

Nel merito

Sulla prima questione

Con la sua prima questione, il Tribunal Constitucional chiede, in sostanza, se l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 debba essere interpretato nel senso che osta a che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, nei casi indicati dalla medesima disposizione, subordini l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata in absentia possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente.

È bene ricordare che la suddetta decisione quadro, come risulta in particolare dal suo articolo 1, paragrafi 1 e 2, nonché dai suoi considerando 5 e 7, è intesa a sostituire il sistema multilaterale di estradizione tra gli Stati membri con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie delle persone condannate o sospettate, ai fini dell'esecuzione di sentenze o dell'instaurazione di azioni penali, fondato sul principio del reciproco riconoscimento (v. sentenza del 29 gennaio 2013, Radu, C-396/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 33).

La suddetta decisione quadro 2002/584 è quindi diretta, mediante l'instaurazione di un nuovo sistema semplificato e più efficace di consegna delle persone condannate o sospettate di aver violato la legge penale, a facilitare e ad accelerare la cooperazione giudiziaria allo scopo di contribuire a realizzare l'obiettivo assegnato all'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia fondandosi sull'elevato livello di fiducia che deve esistere tra gli Stati membri (sentenza Radu, cit., punto 34).

A norma dell'articolo 1, paragrafo 2, della suddetta decisione quadro 2002/584, gli Stati membri sono tenuti, in linea di principio, a dar corso ad un mandato d'arresto europeo. Infatti, ai sensi delle disposizioni di tale decisione quadro, gli Stati membri possono rifiutare l'esecuzione di un mandato siffatto soltanto nei casi di non esecuzione obbligatoria previsti all'articolo 3 della stessa decisione nonché nei casi di non esecuzione facoltativa di cui ai suoi articoli 4 e 4 bis. Inoltre, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo soltanto alle condizioni di cui all'articolo 5 della suddetta decisione quadro (sentenza Radu, cit., punti 35 e 36).

Al fine di stabilire la portata dell'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, oggetto della presente questione, occorre esaminarne il tenore letterale, il contesto e lo scopo.

Dal tenore letterale dell'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 risulta che tale disposizione

ne prevede un motivo facoltativo di non esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, per il caso in cui l'interessato non sia comparso personalmente al processo conclusosi con la sentenza di condanna. Tale facoltà è tuttavia accompagnata da quattro eccezioni che privano l'autorità giudiziaria dell'esecuzione della possibilità di rifiutare l'esecuzione del mandato d'arresto europeo in questione. Ne risulta che tale articolo 4 bis, paragrafo 1, impedisce all'autorità giudiziaria di esecuzione, in questi quattro casi, di subordinare la consegna di una persona condannata in absentia alla possibilità di una revisione, da effettuarsi alla sua presenza, della sentenza di condanna.

Una tale interpretazione della lettera dell'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 è confermata dall'analisi sistematica di tale disposizione. L'oggetto della decisione quadro 2009/299 è, da un lato, quello di abrogare l'articolo 5, punto 1, della decisione quadro 2002/584, che consentiva, a certe condizioni, di subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo ai fini dell'esecuzione di una pena irrogata in absentia alla condizione che nello Stato membro emittente fosse garantito un nuovo procedimento giudiziario che si svolgesse alla presenza dell'interessato e, dall'altro, quello di sostituire tale disposizione con l'articolo 4 bis. Ormai, quest'ultimo limita la possibilità di rifiutare l'esecuzione di un tale mandato stabilendo, come indicato dal considerando 6 della decisione quadro 2009/299, «le condizioni in base alle quali il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione pronunciata al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente non dovrebbero essere rifiutati».

In particolare, l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 prevede in sostanza, alle lettere a) e b), che, quando la persona condannata in absentia è stata informata, a tempo debito, della fissazione del processo e del fatto che una decisione poteva essere emessa in caso di mancata comparizione, oppure, essendo al corrente della data fissata per il processo, ha conferito un mandato ad un difensore per patrocinarla in giudizio, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta a procedere alla consegna di tale persona, senza poter subordinare tale consegna alla possibilità di un nuovo processo alla sua presenza nello Stato membro emittente.

Una simile interpretazione del suddetto articolo 4 bis è confermata anche dagli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione. Tanto dai considerando 2-4 quanto dall'articolo 1 della decisione quadro 2009/299 emerge che il legislatore dell'Unione, con l'adozione di questa decisione, ha inteso facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale, migliorando il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri attraverso un'armonizzazione dei motivi di non riconoscimento delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente. Come sottolineato, in particolare, nel considerando 4, il legislatore dell'Unione, con la definizione di tali motivi comuni, ha voluto consentire «all'autorità di esecuzione di eseguire la decisione nonostante l'interessato non sia presente al

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E CONSEGNA DEL CONDANNATO IN CONTUMACIA

giudizio, pur rispettando pienamente il diritto alla difesa dell'interessato».

Come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 65 e 70 delle sue conclusioni, la soluzione adottata dal legislatore dell'Unione, consistente nel prevedere in maniera esaustiva le fattispecie nelle quali l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una decisione pronunciata in absentia deve essere considerata non lesiva dei diritti della difesa, è incompatibile con il mantenimento della possibilità, per l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, di subordinare tale esecuzione alla condizione che la sentenza di condanna in questione possa essere oggetto di revisione per garantire i diritti della difesa dell'interessato.

Quanto all'argomento invocato dal giudice del rinvio secondo cui l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali sanciti dall'articolo 6 TUE autorizerebbe le autorità giudiziarie dell'esecuzione a rifiutare l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, anche nei casi previsti dall'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, quando la persona interessata non può beneficiare di un nuovo processo, occorre sottolineare che un tale argomento conduce, in realtà, ad interrogarsi sulla compatibilità dell'articolo 4 bis della decisione quadro 2002/584 con i diritti fondamentali protetti nell'ordinamento giuridico dell'Unione, il che è oggetto della seconda questione.

Dall'insieme delle considerazioni che precedono emerge che l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 deve essere interpretato nel senso che osta a che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, nei casi indicati dalla medesima disposizione, subordini l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata in absentia possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente.

Sulla seconda questione

Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio interroga la Corte, in sostanza, sulla compatibilità dell'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 con le esigenze derivanti dal diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo previsto dall'articolo 47 della Carta nonché dai diritti della difesa garantiti dall'articolo 48, paragrafo 2, della stessa.

Va ricordato che, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta, «che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

Per quanto riguarda la portata del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo previsto dall'articolo 47 della Carta nonché dei diritti della difesa garantiti dall'articolo 48, paragrafo 2, della stessa, si deve precisare che, sebbene il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo costituisca un elemento essenziale del diritto a un equo processo, tale diritto non è assoluto (v., in particolare, sentenza del 6 settembre 2012, Trade Agency, C-619/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 52 e 55). L'imputato può rinunciare, di sua spontanea volontà, espressamente o tacitamente, a condizione che la rinuncia risulti in modo inequivocabile, che sia ac-

compagnata da garanzie minime corrispondenti alla sua gravità, e che non contrasti con un interesse pubblico importante. In particolare, anche quando l'imputato non sia comparso personalmente, la violazione del diritto ad un equo processo non sussiste allorché egli è stato informato della data e del luogo del processo o è stato assistito da un difensore da lui nominato a tal fine.

Questa interpretazione degli articoli 47 e 48, paragrafo 2, della Carta, è conforme alla portata riconosciuta ai diritti garantiti dall'articolo 6, paragrafi 1 e 3, della CEDU da parte della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (v., in particolare, Corte eur. D.U., sentenze Medenica c. Svizzera del 14 giugno 2001, ricorso n. 20491/92, §§ 56-59; Sejdivic c. Italia del 1° marzo 2006, ricorso n. 56581/00, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-II, §§ 84, 86 e 98, nonché Haralampiev c. Bulgaria del 24 aprile 2012, ricorso n. 29648/03, §§ 32 e 33).

Occorre rilevare, inoltre, che l'armonizzazione delle condizioni di esecuzione dei mandati d'arresto europei emessi ai fini dell'esecuzione delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente, attuata dalla decisione quadro 2009/299, tende, come indica l'articolo 1 della stessa, a rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale, migliorando al contempo il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri.

L'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 stabilisce dunque, alle lettere a) e b), i presupposti in presenza dei quali si ritiene che l'interessato abbia rinunciato volontariamente e in modo inequivocabile a comparire nel processo a suo carico, con la conseguenza che l'esecuzione del mandato d'arresto europeo ai fini dell'applicazione della pena alla persona condannata in absentia non può essere subordinata alla condizione che essa possa beneficiare di un nuovo processo alla sua presenza nello Stato membro emittente. Ciò vale vuoi, come stabilisce il paragrafo 1, lettera a), quando l'interessato non è comparso personalmente al processo nonostante fosse stato citato personalmente o informato ufficialmente della data e del luogo fissati per questo, vuoi, come stabilisce lo stesso paragrafo, lettera b), quando, essendo al corrente della data fissata, egli ha scelto di essere rappresentato da un difensore anziché di comparire personalmente. Quanto al suddetto paragrafo 1, lettere c) e d), esso enuncia i casi in cui l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta ad eseguire il mandato d'arresto europeo nonostante l'interessato abbia diritto a un nuovo processo, in quanto il suddetto mandato d'arresto indica o che l'interessato non ha chiesto di beneficiare di un nuovo processo, oppure che sarà espressamente informato del suo diritto a un nuovo processo.

Tenuto conto di quanto precede, occorre dichiarare che l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 non lede né il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo né i diritti della difesa, garantiti rispettivamente dagli articoli 47 e 48, paragrafo 2, della Carta.

Dalle considerazioni che precedono risulta che occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 è

compatibile con le esigenze derivanti dagli articoli 47 e 48, paragrafo 2, della Carta.

Sulla terza questione

Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 53 della Carta debba essere interpretato nel senso che esso consente allo Stato membro di esecuzione di subordinare la consegna di una persona condannata in absentia alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione.

A questo proposito, il giudice del rinvio considera innanzitutto l'interpretazione secondo la quale l'articolo 53 della Carta autorizzerebbe in maniera generale uno Stato membro ad applicare lo standard di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando questo è più elevato di quello derivante dalla Carta e ad opporlo, se del caso, all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione. Una simile interpretazione permetterebbe in particolare a uno Stato membro di subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una decisione pronunciata in absentia a condizioni finalizzate ad evitare un'interpretazione limitativa dei diritti fondamentali riconosciuti dalla propria Costituzione o lesiva degli stessi, anche se l'applicazione di tali condizioni non fosse autorizzata dall'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584.

Una simile interpretazione dell'articolo 53 della Carta non può essere accolta.

Infatti, tale interpretazione dell'articolo 53 della Carta sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato.

Secondo una giurisprudenza consolidata, infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, che è una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione (v. pareri 1/91, del 14 dicembre 1991, Racc. pag. I-6079, punto 21, e 1/09, dell'8 marzo 2011, Racc. pag. I-1137, punto 65), il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato (v. in tal senso, in particolare, sentenze del 17 dicembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Racc. pag. 1125, punto 3, e dell'8 settembre 2010, Winner Wetten, C-409/06, Racc. pag. I-8015, punto 61).

È vero che l'articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.

Tuttavia, come emerge dal punto 40 della presente sentenza, l'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 non attribuisce agli Stati membri, quando l'interessato si trova in una delle quattro situazioni indicate in tale disposizione, la facoltà di rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo.

Si deve ricordare peraltro che l'adozione della decisione quadro 2009/299, la quale ha inserito tale disposizione nella decisione quadro 2002/584, mira a rimediare alle difficoltà del riconoscimento reciproco delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al suo processo, che derivano dall'esistenza, negli Stati membri, di differenze nella tutela dei diritti fondamentali. A tal fine, tale decisione quadro procede ad un'armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un mandato d'arresto europeo in caso di condanna in absentia, che riflette il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate in absentia raggiunte da un mandato d'arresto europeo.

Di conseguenza, permettere ad uno Stato membro di valersi dell'articolo 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata in absentia alla condizione, non prevista dalla decisione quadro 2009/299, che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti della difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione, comporterebbe, rimettendo in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito da tale decisione quadro, una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per l'effettività della suddetta decisione quadro.

Tenuto conto delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla terza questione dichiarando che l'articolo 53 della Carta deve essere interpretato nel senso che non consente a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata in absentia alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione.

Sulle spese

Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) L'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, deve essere interpretato nel senso che osta a che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, nei casi indicati dalla medesima disposizione, subordini l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E CONSEGNA DEL CONDANNATO IN CONTUMACIA

alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata in absentia possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente.

2) L'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, come modificata dalla decisione quadro 2009/299, è compatibile con le esigenze derivanti dagli articoli 47 e 48, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

3) L'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che non consente a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata in absentia alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione.

MARCELLO D'AIUTO*

Dottore di ricerca in Procedura penale – Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'

Processo in absentia ed esecuzione del M.a.e.: la conoscenza legale del procedimento obbliga l'autorità richiesta a consegnare il condannato

*Trial in absentia and execution of Mae:
legal knowledge of the procedure
obliges the required authority to deliver the condemned*

La Corte di giustizia conferma l'impostazione efficientista del M.a.e. che, anche alla luce della decisione quadro 299/2009/GAI, non tiene in grande conto il diritto dell'imputato a partecipare al suo processo. La semplice conoscenza legale del procedimento, infatti, impone all'autorità richiesta di eseguire il mandato d'arresto senza che al soggetto sia riconosciuto il diritto di ottenere un nuovo giudizio sull'accusa.

The European Court of Justice confirms the European arrest warrant formulation that doesn't consider the accused right to take part in his trial. The simple legal knowledge of the trial imposes, on the required authority, to execute the European arrest warrant, without accused right to have a new judgment.

IL CASO

La sentenza in commento presenta profili interessanti per le future ricadute che l'interpretazione propugnata potrà avere sull'operatività, *extra* territoriale, delle sentenze di condanna pronunciate in *absentia*. La decisione interviene in un ambito disciplinare da sempre molto controverso, soprattutto per la scarsa attitudine del legislatore italiano a far tesoro delle censure mosse a livello europeo¹.

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

¹ La disciplina sulla contumacia dettata dal codice di rito

Essa prende le mosse dalla domanda di pronuncia pregiudiziale del *Tribunal Constitucional* spagnolo-

italiano, ha rappresentato a lungo un ostacolo alla operatività dell'istituto dell'estradiizione nei rapporti con quei Paesi, quali ad esempio la Spagna, che non ammettono la celebrazione del giudizio in assenza dell'imputato. L'esigenza di superare questo inconveniente aveva condotto alla stipula tra i due Stati dell'Accordo di Roma del 28 novembre 2000 «per il perseguimento di gravi reati attraverso il superamento dell'estradiizione in uno spazio di giustizia comune». Con esso le Parti riconoscevano efficacia nel proprio territorio alle sentenze penali di condanna emesse all'esito di procedimenti relativi a fatti di reato particolarmente gravi, quali il terrorismo, la criminalità organizzata, il traffico di stupefacenti. Al riguardo si veda Selvaggi, *Filo diretto tra giudici e Stato straniero per la domanda di consegna dei ricercati*, Guida dir., 2001, 3, 109.

lo riguardo alla corretta interpretazione dell'art. 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/299/GAI, introdotto dalla decisione quadro 2009/299/GAI. In particolare, il giudice del rinvio ha sottoposto all'apprezzamento della Corte l'interrogativo se la consegna di un soggetto condannato *in absentia* possa essere subordinata alla condizione che lo stesso abbia la facoltà di chiedere la revisione della sentenza.

L'occasione per la domanda era fornita da un ricorso *de amparo* proposto dal sig. Melloni avverso la decisione della camera penale della *Audiencia Nacional* che ne aveva autorizzato la consegna alle autorità italiane ai fini dell'esecuzione di una sentenza di condanna, per bancarotta fraudolenta, inflittagli dal Tribunale di Ferrara. Con ordinanza del 12 settembre 2008, infatti, il Giudice spagnolo aveva ritenuto che i diritti di difesa del condannato erano stati rispettati dal momento che egli, venuto a conoscenza del procedimento a suo carico, si era sottratto volontariamente alla giurisdizione italiana.

Il sig. Melloni, a questo punto, ricorreva al *Tribunal Constitucional* lamentando la violazione indiretta dei requisiti imposti dal diritto a un processo equo sancito dall'art. 24, paragrafo 2, della Costituzione spagnola. In primo luogo, infatti, egli sosteneva di aver nominato un altro difensore di fiducia in appello, revocando i due legali che lo avevano difeso in primo grado ma che, nonostante tale revoca, le autorità avevano continuato ad effettuare le notifiche presso questi ultimi. Inoltre, egli lamentava che l'ordinamento italiano non prevedesse la possibilità di impugnare le sentenze di condanna pronunciate *in absentia* e che, per questo, l'esecuzione del mandato d'arresto europeo avrebbe dovuto essere subordinata alla condizione che la Repubblica italiana garantisse la possibilità di impugnare la sentenza di condanna.

La seduta plenaria del *Tribunal Constitucional* riteneva ammissibile il ricorso e decideva di esaminarlo essa stessa. Il giudice del rinvio riconosceva che la decisione dei giudici spagnoli di concedere l'extradizione verso Stati che considerano legittime le sentenze di condanna pronunciate *in absentia*, senza subordinare la consegna alla condizione che il condannato possa impugnare tali sentenze, integrasse una violazione «indiretta» dei requisiti del processo equo². L'originaria disciplina sul Mae con-

sentiva alla Corte spagnola di ritenere valida tale impostazione in quanto la condizione a cui la consegna era subordinata atteneva proprio al contenuto essenziale del diritto costituzionale ad un processo equo.

La questione che si pone, però, riguarda la possibilità di coltivare tale giurisprudenza alla luce della decisione quadro 2009/2009/GAI che ha sostituito l'art. 5, punto 1, della decisione quadro 2002/584/GAI con l'art. 4-bis.

In particolare l'interrogativo sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea attiene alla possibilità che le autorità giudiziarie nazionali possano sottoporre l'esecuzione di un Mae alla condizione che il condannato abbia la facoltà di impugnare la sentenza pronunciata *in absentia* e se, tale impostazione, sia compatibile con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo sanciti dall'art 47 della Carta nonché con i diritti di difesa di cui all'art. 48 della medesima Carta.

MUTUO RICONOSCIMENTO E PROCESSO IN ABSENTIA

La disamina della pronuncia in commento non può prescindere dalla consapevolezza che la stessa è parte di un disegno ben più ampio, finalizzato alla creazione di uno spazio giuridico comune a tutti gli Stati membri dell'Unione. Tale obiettivo è particolarmente ambizioso soprattutto in ambito penale, dove si registrano le maggiori resistenze, anche in ragione delle ricadute sul piano dei diritti fondamentali riconosciuti alla persona dalle Costituzioni di ciascun Paese membro. Proprio la difficoltà di immaginare un'omologazione delle normative nazionali, ha indotto l'Unione a perseguire il principio del mutuo riconoscimento³ delle decisioni giudiziarie quale prospettiva realizzabile di rafforzamento della cooperazione in materia penale⁴.

za, aveva concesso la consegna ritenendo rispettati i diritti di difesa dell'imputato nei giudizi che si erano conclusi con la sua condanna poiché questi aveva rinunciato ad essere presente in giudizio. Il *Tribunal Constitucional*, viceversa, riteneva che per i reati di grave entità la rinuncia a comparire deve essere espressa o formulata in termini inequivoci.

³ Il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie è l'autentica pietra angolare della cooperazione giudiziaria nell'Unione: così Caprioli, *Cooperazione giudiziaria e processo in absentia*, Ramacci (a cura di), *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, 391.

⁴ Il mutuo riconoscimento non richiede l'uniformità dei precetti normativi nazionali, essendo sufficiente, ai fini della sua concreta attuazione, la corrispondenza delle garanzie procedurali e dei principi cardine propri dei diversi sistemi repressivi statali, così Siracusano, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedura di consegna e processo in absentia*, Riv. it. dir. proc. pen., 2010, 115.

² La Corte costituzionale spagnola nell'ordinanza di rinvio fa esplicito riferimento ad un suo precedente, la sentenza 91/2000, con cui aveva accolto in parte il ricorso *de amparo* di Domenico Paviglianti annullando la sua estradizione in Italia per quel che riguardava alcune condanne, per gravi delitti, che gli erano state inflitte in contumacia. L'*Audiencia Nacional*, in preceden-

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E CONSEGNA DEL CONDANNATO IN CONTUMACIA

Il mutuo riconoscimento, veicolo *extra* territoriale delle sentenze, porta in dote il necessario superamento della componente discrezionale che caratterizza la procedura di estradizione per condurre a meccanismi automatici di esecuzione dei provvedimenti stessi⁵. In questo senso, la decisione quadro sul M.a.e., ha rappresentato l'approdo di un percorso di semplificazione dei rapporti di cooperazione giudiziaria tra gli Stati dell'Unione garantito da una crescente e reciproca fiducia nella capacità di assicurare un adeguato livello di garanzie alle persone sottoposte a procedimento penale⁶. Il M.a.e., infatti, ha definitivamente svincolato la procedura di consegna dalla discrezionalità dell'esecutivo per consegnarla completamente al contatto diretto tra autorità giudiziarie.

Nel fare ciò, la decisione quadro ha dovuto tener conto dell'ampia diversità di modelli processuali adottati nei vari Paesi membri, ciascuno caratterizzato da un proprio *standard* di protezione dell'imputato. L'architettura giuridica del mandato d'arresto, anche alla luce della novella del 2009, proprio per questo, risente di una forte tensione tra due, spesso contrapposte, esigenze: il contrasto alla criminalità, da una parte; la tutela delle libertà fondamentali sancite dalla C.e.d.u. e dalle singole Costituzioni degli Stati membri, dall'altra.

Tra questi ultimi, ruolo assolutamente centrale, assume il diritto dell'imputato a partecipare al processo, baluardo essenziale del più ampio diritto di difesa. Tale principio, ormai universalmente acquisito⁷, trova riconoscimento sia nel Patto internazionale dei diritti civili e politici, che nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Mentre il primo, però, riserva al diritto in parola una specifica disposizione – l'art. 14 comma 3 lett. d) – la C.e.d.u. non fa altrettanto⁸. Il diritto dell'im-

putato a partecipare al suo processo, emerge, piuttosto, da un'esegesi illuminata dell'art. 6 C.e.d.u., quale presupposto imprescindibile perché l'imputato possa esercitare tutte le prerogative da esso riconosciutigli⁹. La norma, infatti, conferisce diritti quali il «difendersi da sé», «interrogare o far interrogare i testimoni», «farsi assistere gratuitamente da un interprete», che non si realizzerebbero se non con la presenza in aula del soggetto accusato¹⁰.

Ad ogni modo, né la C.e.d.u. né il Patto internazionale considerano il diritto a presenziare al proprio processo come irrinunciabile. I Giudici di Strasburgo, ad esempio, consentono che un individuo sottoposto a processo penale rifiuti le garanzie offerte dalla Convenzione, a condizione, però, che sia una scelta volontaria e consapevole¹¹. Sotto questo aspetto, la giurisprudenza della Corte ha piuttosto sottolineato la necessità di procedere ad un'accurata ricerca dell'accusato, al fine di renderlo personalmente edotto dell'accusa mossa a suo carico; sicché, prima di poter affermare che il soggetto abbia rinunciato al diritto, deve essere dimostrato che abbia potuto prevedere le conseguenze della propria scelta abdicativa¹².

La giurisprudenza europea, dunque, non approda ad un paradigma rigido di trattamento del feno-

processo senza imputato. Più specificamente, da tale risoluzione è sinteticamente ricavabile una serie di principi. A) Un processo senza imputato può essere celebrato, con la garanzia della difesa tecnica e senza limitazioni nel diritto alla prova, solo se l'accusato, in tempo utile per esercitare il suo diritto di difesa anche personale, sia stato effettivamente raggiunto da una citazione e non sussistano elementi che facciano supporre l'esistenza di un suo impedimento a comparire. B) La sentenza deve essere ritualmente notificata all'imputato e dal momento della sua effettiva conoscenza devono decorrere i termini per presentare le stesse impugnazioni che sarebbero previste qualora fosse stato presente. C) In ogni caso, all'imputato citato ritualmente va riconosciuto il diritto alla ripetizione del processo, qualora la sua mancata partecipazione alle precedenti attività e l'omesso preavviso di essa al giudice fossero dovuti a una causa indipendente dalla sua volontà; In tema, Ubertis, *Come rendere giusto il processo senza imputato*, *Leg. pen.*, 2004, 607.

⁹ Si è osservato che la presenza dell'imputato è «connaturata a quello stesso diritto d'ascolto che sta alla base delle altre garanzie processuali previste da tale articolo», Chiavario, *sub art. 6*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela di diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti e Raimondi Padova, 2001, 234.

¹⁰ Il diritto di intervento dell'imputato è visto piuttosto nel suo aspetto dinamico, attraverso le attività che presuppongono la presenza dello stesso; mentre nell'art. 14 Patto int. dir. civ. pol. È riconosciuto nel suo aspetto statico, «a prescindere, cioè, da eventuali attività processuali personalmente esercitabili dall'imputato», Vigoni, *Giudizio senza imputato e cooperazione internazionale*, Padova, 1992, 5.

¹¹ Cfr. Corte e.d.u., 15 giugno 2004, *S.C. v. Regno Unito*; Corte e.d.u., 23 febbraio 1994, *Stanford v. Regno Unito*.

¹² Angeloni, *La restituzione nel termine per impugnare le sentenze contumaciali*, *Cass. pen.*, 2008, 258; vedi inoltre Corte e.d.u., 12 dicembre 2006, *Battisti v. Francia*.

⁵ Per una più ampia disamina sul M.a.e. si veda Chelo, *Il mandato d'arresto europeo*, Padova, 2012; Zanetti, *Il Mandato d'arresto europeo e giurisprudenza italiana*, Milano, 2009; Pansini-Scalfati (a cura di), *Il Mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005; Bargis-Selvaggi (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005.

⁶ «Tra fiducia e armonizzazione ci deve essere interazione, non contrapposizione o sovrapposizione dell'una sull'altra», le parole sono di Chiavario, *Giustizia europea e processo penale*, *Legisl. Pen.*, 2008, 468.

⁷ Per Moscarini, *Autodifesa, processo in absentia e consegna del condannato*, *Dir. pen. proc.*, 2007, 404, la presenza dell'imputato al suo processo è un principio di civiltà giuridica ormai universalmente acquisito.

⁸ Il diritto ad essere presente viene esplicitamente derivato dalla *fairness* processuale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo conformemente anche alla Risoluzione n. 11 adottata il 21.05.1975 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, contenente nove «regole minime», che dovrebbero essere rispettate da quegli ordinamenti che prevedono un

meno della mancata comparizione dell'imputato¹³. L'assenza di un modello di riferimento, pertanto, rende ugualmente legittime le due soluzioni a cui sono ispirati gli ordinamenti europei: prevedere la sospensione del processo durante l'assenza dell'imputato, secondo alcuni; stabilire strumenti successivi alla condanna che assicurino al soggetto la possibilità di ottenere la celebrazione di un nuovo processo, secondo altri¹⁴.

Alla luce del variegato contesto di riferimento, il M.a.e. ha dovuto cercare un minimo comune denominatore tra le diverse ipotesi normative che, al contempo, assicurasse l'efficienza dell'istituto¹⁵. Per questo, l'originaria disciplina dettata dalla decisione quadro 2002/584/GAI, prevedeva, al par. 1 dell'art. 5, la condizione facoltativa per cui «se il mandato di arresto europeo è stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata *in absentia*, e se l'interessato non è stato citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione pronunciata *in absentia*, la consegna può essere subordinata alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente e di essere presenti al giudizio»¹⁶.

¹³ L'espressione è mutuata da Quattrocchio, *Contumacia (dir. proc. pen.)*, Enc. dir., Milano, 2008, 196.

¹⁴ Al riguardo appare utile sottolineare che la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha mai affermato che la presenza dell'imputato al processo risulti essenziale per poter parlare di *due process*, ma ha statuito come gli Stati siano liberi di muoversi tra le due opposte soluzioni della sospensione durante l'assenza dell'imputato ovvero della predisposizione di strumenti tali da consentire al soggetto condannato a sua insaputa di ottenere un nuovo processo si veda Milani, *Il processo contumacia tra garanzie europee e prospettive di riforma*, Cass. pen., 2009, 2180. Come riferisce, Siracusano, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, Riv. it. dir. proc. pen., 2010, 120, esistono aree del panorama europeo in cui la celebrazione del processo *in absentia* risulta prevista, tollerata e praticata; altre in cui, invece, essa viene esclusa o, comunque, limitata a situazioni particolari e marginali.

¹⁵ La scelta di procedere con una decisione quadro non è priva di implicazioni. La forza precettiva delle disposizioni in essa contenute si esaurisce nell'individuazione dello scopo da realizzare e del termine entro cui realizzarlo, essendo rimessa, invece, alla discrezionalità degli organi legislativi nazionali l'elaborazione delle soluzioni normative più idonee al raggiungimento del risultato, si veda Della Monica, *Il mandato di arresto europeo*, Torino, 2012, 6.

¹⁶ L'originaria proposta formulata dalla Commissione forniva una definizione di sentenza *in absentia*, intendendo con ciò una sentenza «emessa da un giudice in un processo penale alla cui udienza la persona condannata non è stata personalmente presente», precisando, però, che non rientrava nella previsione «la sentenza pronunciata in un processo durante il quale sia stato accertato senza dubbio che la persona è stata raggiunta dalla

La disciplina, quindi, consentiva di subordinare la consegna del soggetto alla semplice condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisse assicurazioni sufficienti circa la possibilità del consegnando di ottenere un nuovo giudizio¹⁷. La scelta di prevedere le garanzie poste a tutela del contumace solo quali elementi idonei a condizionare la consegna e non come presupposti necessari per eseguirla, tradiva l'intenzione di orientare la disciplina verso uno spiccato efficientismo¹⁸. Il legislatore europeo si preoccupava di assicurare l'esecuzione dell'euro-mandato piuttosto che garantire i diritti del soggetto coinvolto¹⁹. Ad ogni modo, ciò che la decisione quadro istitutiva del M.a.e. non eliminava era la discrezionalità: riservata all'esecutivo nella procedura di estradizione, assegnata all'autorità giudiziaria richiesta nel M.a.e.

Per altro, tale condizione, in fase di recepimento, è stata prevista come obbligatoria dall'Italia che, addirittura, ha riprodotto alla lettera il contenuto della norma²⁰. Sulla base della normativa attualmente in

citazione () ma che deliberatamente ha deciso di non comparire e non farsi rappresentare».

¹⁷ La disposizione aveva suscitato notevoli critiche in quanto sembrava introdurre un criterio meno rigido rispetto alla previsione omologa dell'art. 3 del secondo Protocollo addizionale della Convenzione europea di estradizione; la norma al riguardo prevede che «quando una Parte Contraente chiede a un'altra Parte Contraente l'extradizione di una persona allo scopo di eseguire una pena o una misura di sicurezza pronunciata nei suoi confronti con sentenza contumaciale, la Parte richiasta può rifiutare l'extradizione a tale scopo se, a suo parere, la procedura giudiziale non ha rispettato i diritti minimi della difesa riconosciuti a ogni persona accusata di un reato. L'extradizione sarà nondimeno concessa se la Parte richiedente offre garanzie ritenute sufficienti per assicurare all'estradando il diritto a un nuovo processo che salvaguardi i diritti della difesa. Questa decisione autorizza la Parte richiedente, sia a eseguire la sentenza in questione se il condannato non si oppone, sia, se questi si oppone a perseguire l'estradato. 2. Quando la Parte richiasta comunica all'estradando la sentenza contumaciale pronunciata nei suoi confronti, la Parte richiedente non considererà questa comunicazione come una notificazione comportante gli effetti previsti dalla procedura penale di questo Stato».

¹⁸ Se da un lato la decisione si presenta molto dettagliata, per altri è molto lacunosa. Sotto il primo profilo, risalta il puntuale enunciato dei casi di consegna obbligatoria, delle ipotesi di rifiuto della consegna, delle statuizioni in materia di arresto presso lo Stato richiesto. Sotto il secondo punto di vista, tuttavia, la decisione ha tralasciato il richiamo specifico alle garanzie fondamentali come condizioni per la consegna, in questi termini, Scalfati, *Mandato d'arresto europeo: giudici garanti dell'efficienza dello strumento*, Guid. dir., 2008, 40, 110.

¹⁹ A dirla tutta, la stessa previsione appare corrispondere ad una presa di coscienza dell'affettiva eterogeneità dei sistemi giuridici dei Paesi dell'Unione e, soprattutto, delle differenti garanzie riconosciute a livello costituzionale, in questi termini, Chelo, *Nuove regole per l'esecuzione delle sentenze emesse in absentia*, Dir. pen. proc., 2010, 112.

²⁰ Al riguardo si veda Marino, *L'apparato di tutela preteso nei confronti del Paese richiedente, in Il mandato d'arresto europeo*, Pansini-Scalfati (a cura di), Napoli, 2005, 169, che sottolinea la

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E CONSEGNA DEL CONDANNATO IN CONTUMACIA

vigore, la consegna da parte dell'Italia, in caso di sentenze rese *in absentia*, infatti, è sempre sottoposta alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni sufficienti in merito alla possibilità del consegnando di ottenere una nuova pronuncia sul merito dell'accusa a suo carico²¹.

IL M.A.E. ALLA LUCE DELLA DECISIONE QUADRO 2009/299/GAI

La procedura di consegna appena esaminata, però, è stata oggetto di un ampio intervento riformatore teso, almeno nelle intenzioni, a bilanciare efficienza e tutela dei diritti in tema di giudizio *in absentia*²². La decisione quadro 2009/299/GAI ha introdotto, infatti, nella precedente 2002/299/GAI, l'art. 4-bis, rubricato '*Decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente*', abrogando, al contempo l'art. 5.

La novella interviene per rafforzare le prerogative del soggetto coinvolto, attribuendo centralità alla presenza dell'imputato nel procedimento a suo carico²³. La contumacia, infatti, diviene motivo di non esecuzione del mandato d'arresto europeo²⁴. Il rifiu-

to, però, è posto in termini di mera facoltà, che non potrà essere esercitata in caso in cui l'autorità giudiziaria richiedente fornisca precise assicurazioni in ordine alle garanzie riconosciute al condannato in contumacia.

La nuova impostazione, rispetto alla precedente, inverte il rapporto di interlocuzione tra richiedente e richiesto, in quanto fa carico al primo di allegare al mandato d'arresto i necessari chiarimenti circa la situazione processuale passata e futura del condannato, al fine di ottenere la consegna. Se l'abrogato art. 5, infatti, contemplava la possibilità che l'esecuzione del Mae fosse subordinata dalla legge dello Stato membro di esecuzione; l'art. 4-bis, invece, impone la consegna alle condizioni previste dall'ordinamento dello Stato emittente.

In realtà, però, benché il rifiuto della consegna, nell'ipotesi di imputato giudicato *in absentia*, sia posto come la regola, la norma contempla alcune eccezioni che di fatto ne sminuiscono la portata.

La prima, di cui alla lett. a) dell'art. 4-bis, riguarda l'eventualità che il soggetto sia stato citato personalmente ovvero con altri mezzi, ed informato della data e del luogo fissati per il processo a suo carico nonché dell'eventualità che, in caso di mancata comparizione, sarà comunque assunta una decisione²⁵. La previsione se appare inoppugnabile con riferimento alla prima eventualità, suscita più di una perplessità quando rimanda, genericamente, ad «altri mezzi» di informazione²⁶. La mancata tipizzazione di modalità che assicurino l'effettiva conoscenza del procedimento apre, nelle diverse legislazioni nazionali, a soluzioni molteplici e difformi²⁷. Inoltre, qualora la notificazione non sia stata eseguita personalmente all'interessato, occorrerebbe verificarne caso per caso l'esito. Non si capisce, al riguardo, se un simile controllo competa all'autorità emitten-

perfetta coincidenza della norma interna con il testo della decisione quadro.

²¹ Per il vero il criterio della «sufficienza» introduce un ampio margine di discrezionalità nella decisione di consegnare il condannato. Al riguardo la giurisprudenza ha chiarito che la condizione in questione non deve essere apposta dalla Corte d'Appello nel provvedimento di consegna in tutti i casi in cui l'ordinamento dello Stato che ha emesso il Mae consente di impugnare la sentenza emessa in assenza dell'imputato entro un termine il cui decorso inizi dal momento in cui lo stesso abbia avuto effettiva conoscenza della decisione, *ex pluriis*, Cass., sez. VI, 16 ottobre 2008, Mironica, C.E.D. Cass., 242232; Cass, sez. VI, 28 aprile 2008, Chaloppe, C.E.D. Cass., 239650.

²² Il legislatore europeo, premesso il riconoscimento della centralità del diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo, sposta il tema della contumacia dalle cause di condizionamento alla consegna, alle ipotesi di rifiuto facoltativo, così Siracusano, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie*, cit., 133.

²³ Se è vero che la decisione quadro in oggetto non intende armonizzare le legislazioni interne, è anche vero che spinge gli Stati ad allinearsi alle condizioni indicate in tema di contumacia al fine di utilizzare il mandato di arresto europeo senza difficoltà, così Castellaneta, *Sentenze in contumacia: Mae senza esecuzione se l'imputato non si è sottratto in modo volontario*, in Guida dir., Milano, 2009, 16, 111.

²⁴ Nel *considerandum* n. 8 della Decisione in oggetto si afferma con chiarezza che l'esercizio del diritto di comparire personalmente al processo presuppone che l'interessato ne sia al corrente: la conoscenza del processo, ovviamente, deve esser garantita da ciascuno Stato membro in conformità del rispettivo diritto interno, fermi restando, tuttavia, i requisiti dettati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretati dalla costante elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, De Amicis, *Mandato d'arresto europeo e sentenze contumaciali: le modifiche introdotte dalla Decisione quadro n. 2009/299/GAI*, in Cass. pen., Milano, 2009, 3613.

²⁵ È da ritenere che il dato testuale voglia fare riferimento, nel primo caso, ad una citazione a mani, come quella prevista dall'art. 157 c.p.p.; nel secondo caso, invece, essa dovrebbe riferirsi ad altre modalità di notifica, quale la posta, il fax o l'email.

²⁶ Benché il *considerandum* n. 7 prescriva che le forme di comunicazione devono essere tali da dimostrare in modo inequivocabile l'avvenuta conoscenza, il richiamo a meccanismi che si limitano a richiedere una conoscenza legale, induce a ritenere che le ipotesi di cui alla lett. a) si fondano più che sulla preventiva conoscenza, su di una presunzione di preventiva conoscenza, al riguardo si veda Siracusano, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie*, cit., 137.

²⁷ *Quid iuris*, se un Paese, quale Stato d'esecuzione, ritenesse che il mezzo utilizzato per informare il soggetto non consenta di stabilire inequivocabilmente che l'interessato era al corrente del processo fissato? Sarà sufficiente l'attestazione dell'autorità giudiziaria emittente, oppure quelle di esecuzione potrà spingersi ad un tale sindacato? In questi termini, Chelo, *Nuove regole per l'esecuzione delle sentenze emesse in absentia*, cit., 115.

te il Mae ovvero a quella che, dovendo eseguire il provvedimento, è tenuta a verificarne i presupposti. La seconda eccezione riguarda l'eventualità che l'imputato abbia nominato un difensore e sia stato effettivamente patrocinato da questi in giudizio. La nomina di un difensore di fiducia, dunque, soddisfa il legislatore europeo che desume da essa la conoscenza del procedimento da parte dell'interessato²⁸. Ad ogni modo, la nomina deve intervenire dopo la comunicazione della data e del luogo dell'udienza; non avendo peso, allo scopo, un'eventuale nomina intervenuta nella fase delle indagini²⁹. Si tratta, comunque, di *facta concludentia* dai quali desumere l'avvenuta conoscenza del procedimento. In questo senso, il legislatore europeo si è distaccato dalla giurisprudenza della Corte europea che ha sempre ritenuto non sufficiente una conoscenza «vaga e non ufficiale» da parte dell'imputato³⁰.

Le prime due eccezioni riguardano rimedi intervenuti nel corso del giudizio, capaci, per il legislatore europeo, di legittimare un procedimento svolto senza la partecipazione dell'imputato; le successive, invece, si atteggiavano quali sanatorie successive di un procedimento viziato dalla mancata conoscenza da parte dell'interessato.

Entrando nello specifico, il terzo presupposto, che impedisce il rigetto della richiesta di consegna, ricorre quando l'imputato abbia ricevuto la notifica della decisione e, dopo essere stato informato della possibilità di impugnare il provvedimento, abbia «dichiarato espressamente di non opporsi». La norma prevede l'ipotesi in cui l'interessato, che non abbia avuto contezza del procedimento fino alla condanna, sia reintegrato nei suoi diritti ma vi ri-

nunci espressamente³¹. La Corte europea dei diritti dell'uomo, come in precedenza già riferito, ha specificato che un processo celebrato in assenza dell'imputato non è di per sé incompatibile con il disposto dell'art. 6 Cedu; è necessario, però, qualora manchi la prova che l'accusato abbia rinunciato a comparire, che l'ordinamento interno appresti un rimedio tale da reintegrare lo *status quo ante*³²; postulata tale garanzia, poi, l'interessato può decidere se avvalersene o meno.

La lett. d) dell'art. 4-bis, infine, prevede che la consegna deve avvenire, anche se il condannato non abbia mai avuto notizia del procedimento, purché l'euromandato dia atto che questi riceverà «personalmente e senza indugio» la notifica della decisione subito dopo l'esecuzione. Si tratta, di fatto, di una sanatoria postuma di un procedimento gravemente viziato.

Dalla disciplina appena tratteggiata, può desumersi come l'art. 4-bis contempla eccezioni che sanno farsi regola. Alla luce delle possibili circostanze che consentono la consegna, infatti, il proposito di non eseguire il mandato in caso di processo *in absentia*, rimane una dichiarazione d'intenti priva di implicazioni certe.

LIMITI DEL MODELLO ITALIANO ED ESECUZIONE DELL'EUROMANDATO

La richiesta di pronuncia pregiudiziale del *Tribunal Constitucional* spagnolo riporta, per l'ennesima volta, l'attenzione proprio sulla disciplina italiana della contumacia. Occorre, a questo punto però, capire se le lacune del sistema italiano, più volte segnalate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sotto forma di violazioni dell'art. 6 Cedu, interferiscano sull'esecuzione del M.a.e.

Le problematiche sono ormai note e riguardano lo svolgimento del processo nel caso in cui l'imputato sia assente perché ignaro del procedimento. È soprattutto l'ipotesi del soggetto ritenuto irreperibile, per il quale l'ordinamento non appronta una normativa adeguata ad assicurare la conoscenza del

²⁸ La norma si riferisce genericamente ad un difensore non specificando se deve trattarsi di difensore di fiducia o anche d'ufficio. Al riguardo appare controverso anche il *considerandum* n. 10 della stessa decisione quadro, secondo il quale «non dovrebbe interessare se il difensore sia stato scelto, nominato e retribuito dall'interessato ovvero se sia stato nominato e retribuito dallo Stato, fermo restando che l'interessato deve aver scelto deliberatamente di essere rappresentato da un difensore invece di comparire personalmente al processo». Ad ogni modo, l'interpretazione più corretta sembra includere nella previsione solo la nomina di fiducia che legittimamente fa supporre l'avvenuta conoscenza del procedimento; altrettanto, infatti, non può dirsi della nomina, da parte dell'autorità giudicante di un difensore di ufficio.

²⁹ La previsione normativa muove dal presupposto che l'interessato fosse «al corrente della data fissata». Tale premessa, però, non deve interpretarsi nel senso che l'atto di citazione in giudizio gli debba essere stato notificato in precedenza o che con altri mezzi egli sia stato informato del giudizio a suo carico. In un'ipotesi simile si ricadrebbe nella previsione *sub* lett. a), in questi termini, Chelo, *Nuove regole per l'esecuzione delle sentenze emesse in absentia*, cit., 116.

³⁰ Al riguardo, Corte e.d.u., 12 ottobre 1992, T. c. Italia; id., 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia.

³¹ Il sistema di «reintegrazione successiva», secondo la giurisprudenza della Corte europea deve concretizzarsi alternativamente, o in un giudizio d'impugnazione o in un nuovo processo di merito, tra gli altri si veda Tamietti, *Processo contumacia e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*, Cass. pen., 2005, 983.

³² Se l'individuo non possa ottenere che la giurisdizione statuisca di nuovo, dopo aver sentito l'imputato, sul merito dell'accusa in fatto e in diritto, «vi è un diniego di giustizia», Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Somogyi v. Italia; 10 novembre 2004, Sejdovic v. Italia.

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO E CONSEGNA DEL CONDANNATO IN CONTUMACIA

procedimento ovvero la sospensione dello stesso³³. Ma la stessa condizione ricorre ogni qualvolta la *vocatio in iudicium* non sia portata a conoscenza diretta dell'interessato ma sia notificata in tutti gli altri modi previsti dall'art. 157 c.p.p. Al riguardo, i controlli rimessi al giudice al momento della costituzione delle parti, in ordine alla conoscenza dell'atto, appaiono davvero inadeguati³⁴. La disciplina, però, sarebbe legittima se l'ordinamento consentisse *ex post* all'interessato di ottenere un nuovo giudizio sull'accusa, così come imporrebbe l'art. 6 C.e.d.u.³⁵.

La normativa italiana al riguardo, tuttavia, lungi dal dare seguito ai dettami della Corte europea, prevede strumenti davvero inadatti al recupero delle prerogative difensive del contumace ignaro. L'interessato, infatti, seppure restituito nel termine per impugnare, deve provare, per ottenere la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, di non aver avuto conoscenza, per fatto non dovuto a sua colpa, del decreto di citazione³⁶. In altre parole, la restituzione nel termine non determina la regressione del procedimento ma consente semplicemente al soggetto di impugnare il provvedimento ritenuto sfa-

vorevole³⁷. Il diritto alla prova, corollario necessario del diritto di difesa, è affidato, invece, all'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, *ex art.* 603, comma 4, c.p.p., che fa esplicitamente carico all'imputato di dimostrare la sua incolpevole ignoranza perché possa ottenere il beneficio in parola³⁸.

È evidente, dunque, quanto la disciplina italiana sia lontana dal consentire al contumace, seppure inconsapevole, un nuovo giudizio sull'accusa. La circostanza, però, non sembra avere ripercussioni sull'esecuzione dell'euromandato.

La decisione quadro 2002/584/GAI, infatti, legittima, ai fini della consegna, il sistema italiano delle notificazioni che si basa sulla mera conoscenza legale del procedimento. L'art. 4-bis, infatti, prima attribuisce valore ad altri mezzi di comunicazione diverse dalla consegna dell'atto direttamente all'interessato; poi consente di presumere la conoscenza del procedimento dalla nomina di un difensore di fiducia.

Dalla presunzione di conoscenza, inoltre, discende la presunzione di rinuncia a comparire. Sotto questo aspetto, le ipotesi tipizzate dalle lettere a) e b) della norma rappresentano i presupposti in presenza dei quali si ritiene che l'interessato abbia rinunciato volontariamente ed in modo inequivocabile a comparire nel processo a suo carico. Tale rinuncia, anche nel percorso argomentativo della Corte di giustizia, non consente al condannato nemmeno di invocare il diritto ad un nuovo giudizio sull'accusa. Una doppia presunzione, dunque, che consente la consegna anche senza che vi sia la prova dell'avvenuta conoscenza del procedimento da parte del condannato.

La disciplina, come formulata, ha lo scopo di favorire l'esecuzione dei provvedimenti giudiziari pure quando l'autorità richiesta contempla standard di protezione più elevati rispetto allo Stato richiedente. Questo il principio affermato dalla Corte di giustizia, teso a superare i limiti al reciproco riconoscimento delle sentenze. Al riguardo la sen-

³³ Il nostro rito per la prima notifica all'imputato irreperibile non pare offrire, segnatamente nel caso d'esecuzione mediante consegna ad un difensore d'ufficio, grande attendibilità quanto alla conoscenza dell'atto da parte del suo vero destinatario, così Moscarini, *Autodifesa, processo in absentia e consegna del condannato*, *Dir. pen. proc.*, 2007, 406. La giurisprudenza, poi, ha specificato che in tema di irreperibilità, per la validità del relativo decreto, non è richiesto l'esperimento del tentativo di notificazione, ai sensi dell'art. 157 c.p.p., ove le indagini della polizia giudiziaria, le ricerche anagrafiche e le informazioni dell'amministrazione penitenziaria abbiano palesato *ab initio* l'assoluta impraticabilità della notifica nei luoghi indicati nella disposizione predetta, Cass., 21 febbraio 2008, n. 20634, *CED Cass.*, 239988.

³⁴ Il giudice non ha il dovere di verificare la effettiva conoscenza della citazione ma, più semplicemente, di accertare se l'atto sia pervenuto nella sfera di conoscibilità del destinatario; in questi termini, Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Peroni (a cura di), Padova, 2000, 300.

³⁵ Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo occorre porre il ricorrente, il più possibile, in una posizione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stato il mancato rispetto delle esigenze dell'art. 6 C.e.d.u., Corte e.d.u., *Somogyi c. Italia*, cit., § 86. Al riguardo si veda Ubertis, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra CEDU e Trattato di Lisbona*, *Cass. pen.*, 2010, 2494.

³⁶ Per il futuro è prevedibile che il soggetto processato in *absentia* ottenga quasi automaticamente la restituzione nel termine per impugnare, una volta fattane richiesta; ma anche che, poi, gli risultati assai difficile ottenere davvero un giudizio *ex novo* in appello (Moscarini, *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 853). La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è cosa ben diversa dalla ripetizione del processo richiesta dall'art. 6 CEDU (Ubertis, *Contumaci doppia restituzione in termini. Ma la legge italiana non risulta ancora adeguata alla CEDU*, *Dir. e giust.*, 2006, 3, 50).

³⁷ Restano preclusi al contumace i riti alternativi e la possibilità di fruire di un ulteriore grado di giudizio, in questi stessi termini, Ariolli, *La richiesta di restituzione nel termine*, in *Cass. pen.*, Milano, 2006, 3143. Si veda, sul punto, anche Milani, *I limiti di compatibilità del processo contumacia con la CEDU*, *Cass. pen.*, 2009, 2182.

³⁸ Le condizioni sono sensibilmente diverse da quelle previste dall'art. 175, comma 2, c.p.p.; pertanto può accadere che l'imputato venga restituito nel termine per impugnare ma non abbia poi il diritto alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, ed è chiaro che in un caso del genere non si può dire che al contumace sia garantito quel «nuovo processo» che le convenzioni internazionali richiedono, così Lattanzi, *Costretti dalla Corte di Strasburgo*, *Cass. pen.*, 2005, 1132.

tenza sottolinea che gli Stati membri sono tenuti, in linea di principio, a dar corso al mandato d'arresto europeo; a meno che non ricorra una delle condizioni di rifiuto obbligatorio di cui all'art. 3. L'art. 4-bis, al contrario, prevede un motivo facoltativo di non esecuzione, accompagnato, per altro, da quattro eccezioni che privano l'autorità giudiziaria dell'esecuzione della possibilità di rifiutare la consegna. Una simile interpretazione, secondo la Corte, è confermata anche dagli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione che, con l'adozione della decisione quadro 299/2009/GAI ha inteso facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale, migliorando il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

In conclusione, solo in presenza di una divergenza tale da escludere radicalmente, o comprimere in maniera sensibile, il diritto di difesa, l'autorità richiesta potrebbe opporre il suo rifiuto alla consegna. Al di là di ipotesi simili, invece, le fisiologiche differenziazioni di natura procedurale non devono fungere da ostacolo al riconoscimento della decisione emessa dall'autorità giudiziaria straniera.

CONCLUSIONI

La sentenza della Corte di giustizia pone, però, un problema non trascurabile. Fino a quando gli Stati membri non adotteranno, in materia di contumacia, un unico modello di riferimento, l'autorità richiesta si troverà ad eseguire provvedimenti non improntati alle garanzie previste sia dall'ordinamento interno che dalla C.e.d.u.

Questo, se da una parte agevola la circolazione delle decisioni giudiziarie, dall'altro impone all'autorità richiesta di applicare condizioni diverse a seconda dello Stato in cui il soggetto abbia riportato la condanna.

Interventi di armonizzazione processuale, soprattutto in un ambito disciplinare tanto sensibile, appaiono, pertanto, necessari e improcrastinabili³⁹. Del resto, perché il principio del mutuo riconoscimento sia pienamente efficace, è necessaria la creazione di una cultura giudiziaria comune che avvicini gli ordinamenti soprattutto per quello che attiene ai diritti processuali. È di tutta evidenza che, il perdurare di differenti garanzie di trattamento dell'imputato deprima la reciproca fiducia tra Stati membri e rallenti il processo di cooperazione.

Il principio del mutuo riconoscimento, allora, non può prescindere da una sistematica attività di armonizzazione dei sistemi penali degli Stati membri⁴⁰. In tale prospettiva, assumono un ruolo fondamentale il Parlamento europeo ed il Consiglio che, ex art. 82 TFUE, sono titolari del potere di stabilire «norme minime» ogni qual volta ciò sia «necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie».

³⁹ In questi termini, Siracusano, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie*, cit., 117.

⁴⁰ Si tratta di un'operazione che andrebbe condotta tenendo conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. La progressiva armonizzazione fra gli ordinamenti non può che giovare all'instaurazione di una reale fiducia e facilita la cooperazione nella lotta contro la criminalità (Chiavario, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, *Legisl. pen.*, 2008, 468).

La sentenza d'appello può essere motivata *per relationem*, ma entro certi limiti

Corte di Cassazione, Sezione IV, sentenza 9 gennaio 2013, n. 1033 – Pres. Romis; Est. Dell'Utri

Mentre la motivazione per relationem può ritenersi ammissibile nell'ambito della mera ricostruzione del fatto, per le parti della sentenza non impugnate o in presenza di manifesta infondatezza o non specificità dei motivi d'appello, nell'ipotesi in cui l'imputato svolga, sulla base di precise considerazioni, specifiche censure su uno o più punti della prima pronuncia, il giudice di secondo grado non può limitarsi a richiamare i contenuti di quella, essendo tenuto a rispondere in modo puntuale alle singole doglianze prospettate; venendo meno, in caso contrario, la funzione stessa del doppio grado di giurisdizione e rimanendo priva di ogni concreto contenuto la previsione di un secondo controllo giurisdizionale.

[Omissis]

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. – Con sentenza resa in data 26.9.2011, la Corte d'appello di Palermo ha parzialmente riformato la sentenza del Tribunale di Agrigento del 21.12.2009, con la quale Omissis, Omissis, Omissis e Omissis sono stati condannati alla pena della reclusione e della multa, diversamente commisurate tra loro, in relazione alla commissione di diversi reati (anche in concorso) di furto semplice o in abitazione, anche aggravati, consumati o tentati e in continuazione tra loro, oltre a un'ipotesi di porto abusivo d'arma a carico di Omissis e Omissis.

Con la sentenza d'appello impugnata, la corte palermitana, dichiarata l'intervenuta prescrizione in relazione ai restanti reati contestati, ha confermato la sentenza di primo grado in relazione ai capi d'imputazione contrassegnati con le lettere L) e P) della rubrica a carico di Omissis e di Omissis (furto aggravato in concorso e porto illegale di arma con matricola abrasa), rideterminando le pene loro inflitte in tre anni e quattro mesi di reclusione ed Euro 500,00 di multa a carico di Omissis, e in tre anni e un mese di reclusione ed Euro 350,00 di multa a carico di Omissis (pene condonate nella misura di tre anni di reclusione ed Euro 500,00 di multa per il

Omissis, e di tre anni di reclusione ed Euro 350,00 di multa per il Omissis, ai sensi della L. n. 241 del 2006).

Avverso tale sentenza, hanno proposto ricorso per cassazione Omissis e Omissis ciascuno sulla base di un articolato complesso di motivazioni.

2.1. – Con il proprio ricorso, Omissis censura la sentenza d'appello per inosservanza o erronea applicazione del-

la legge penale, o altre norme di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale, in relazione all'art. 192 c.p.p., e art. 530 c.p.p., comma 2; inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o di decadenza, in relazione all'art. 159 c.p.p.; mancanza o manifesta illogicità della motivazione della sentenza.

In particolare, il ricorrente si duole che la sentenza d'appello abbia del tutto trascurato la censura sollevata con riferimento all'assoluto difetto di prova che la Fiat Tipo oggetto del furto contestato non fosse stata sottratta al Omissis in data Omissis in quanto – come dallo stesso dichiarato in sede di denuncia – detta autovettura era parcheggiata presso il piazzale di un autosalone sin dal Omissis.

Lo stesso ricorrente sottolinea come in sede di appello avesse evidenziato come le risultanze delle rilevazioni GPS avevano individuato l'Opel Corsa del Omissis, tra le 21.02 le 21.11, in un luogo completamente diverso da quello del presunto furto.

Dalle stesse risultanze delle intercettazioni telefoniche, del resto, era emersa l'assenza di alcuna prova dell'effettiva commissione del furto da parte dell'imputato.

L'imputato censura inoltre la contraddittorietà tra la sentenza d'appello e quella di primo grado in relazione alla contestata circostanza aggravante di cui all'art. 625 c.p., n. 2, avendo il giudice d'appello riconosciuto l'uso del mezzo fraudolento a fronte della contrapposta considerazione del giudice di primo grado, il quale aveva piuttosto sottolineato, ai fini del riscontro della medesima aggravan-

te, l'estremo della violenza adoperata dall'imputato per la sottrazione dell'autovettura.

A tale contraddizione, si aggiunge, secondo la prospettazione dell'imputato, l'assoluta assenza di prova in ordine al ricorso della circostanza aggravante contestata.

Sotto altro profilo, il ricorrente censura la sentenza d'appello nella parte in cui non offre elementi di prova incontrovertibili in ordine all'effettiva identità dell'autovettura rubata con quella della parte offesa, lasciata sul piazzale antistante l'autosalone, stante il contenuto delle intercettazioni in cui espressamente si parla di un garage.

Quanto al reato contestato in relazione al capo P) della rubrica, il ricorrente si duole del difetto di motivazione della sentenza impugnata, avendo il giudice d'appello omissso di esaminare la doglianza prospettata dal medesimo imputato in relazione alla circostanza della insussistenza di alcun apprezzabile rapporto tra il *Omissis* e l'arma contestata, atteso che, come emerso dal contenuto delle intercettazioni telefoniche, lo stesso imputato aveva mantenuto un comportamento del tutto passivo e di mera osservazione della medesima arma, come tale insufficiente a configurare i presupposti per l'integrazione del reato di porto abusivo d'arma.

Da ultimo, il ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui non supera l'assoluta incertezza in ordine al fatto che la pistola menzionata nelle intercettazioni fosse un'autentica pistola ovvero una mera scaccia cani, ed inoltre che non vi fosse prova alcuna della sussistenza della contestata matricola abrasa, stante l'equivocità delle intercettazioni telefoniche sul punto.

2.2. – Con il proprio ricorso, *Omissis* censura la sentenza d'appello per violazione di legge e vizio di motivazione, inosservanza o erronea applicazione della legge penale, o di altre norme giuridiche di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale, in relazione all'art. 192 c.p.p., e art. 530 c.p.p., comma 2.

In particolare, il ricorrente reitera, con riferimento alla reato di cui al capo L) della rubrica, le medesime censure illustrate dal *Omissis* con riferimento alle rilevazioni del GPS riferite al posizionamento dell'autovettura Opel Corsa del *Omissis* e l'ubicazione dell'auto oggetto del furto, nonché con riferimento alle risultanze dette intercettazioni telefoniche.

Allo stesso modo, il ricorrente riprende le censure illustrate dal *Omissis* con riferimento all'identità dell'autovettura sottratta e in relazione alla sussistenza e alla prova delle circostanze aggravanti contestate.

Da ultimo, il *Omissis* si duole dell'erroneità della sentenza d'appello con riguardo all'effettiva sussistenza della circostanza dell'abrasione della matricola sull'arma oggetto d'indagine, peraltro mai sequestrata, nonché con riguardo all'assenza di riscontri obiettivi in ordine alla conversazione che ha portato all'incriminazione dello stesso, oltre alla mancata prova della circostanza che l'oggetto in esame fosse un'arma vera e propria e non già una scaccia cani.

MOTIVI DELLA DECISIONE

3. – I due ricorsi proposti dagli imputati sono fondati in forza delle medesime considerazioni di seguito riportate e appaiono, pertanto, congiuntamente esaminabili.

Entrambi i ricorrenti si dolgono del difetto di motivazione della sentenza d'appello nella parte in cui, in modo inammissibilmente generico, richiama i contenuti della sentenza di primo grado senza affrontare, in modo puntuale, le specifiche doglianze illustrate nei motivi d'appello, con particolare riguardo alla ricostruzione dell'effettiva sussistenza dei fatti criminosi per come contestati e del relativo coinvolgimento dei due imputati.

In particolare, in corrispondenza dei reati in relazione ai quali la corte territoriale ha ritenuto residua la potestà punitiva dello stato, non essendosi gli stessi ancora estinti per prescrizione (capi L) e P) della rubrica), i passaggi motivazionali della sentenza d'appello danno conto, in modo estremamente sintetico, che la condanna di primo grado è stata pronunciata sulla base di specifiche fonti di prova (denunce della persona offesa e intercettazioni) e in forza di una ricostruzione di detti elementi istruttori operata in modo "completo e verosimile", in tal senso sostanzialmente affidando, l'impianto giustificativo della conferma della condanna di primo grado, a una tecnica di motivazione cd. per relationem.

Sul tema della motivazione della sentenza d'appello per relationem alla motivazione della sentenza dettata dal giudice di primo grado, questa Corte ha già avuto modo di sottolineare (v. Cass., Sez. 3, n. 24252/2010, Rv. 247287) come debba ritenersi viziata da difetto di motivazione la sentenza d'appello che, in presenza di specifiche censure su uno o più punti della decisione impugnata, detti una motivazione per relationem, limitandosi al mero richiamo del dictum del primo giudice.

In particolare, mentre la motivazione per relationem può ritenersi ammissibile nell'ambito della mera ricostruzione del fatto, per le parti della sentenza non impugnate o in presenza di manifesta infondatezza o non specificità dei motivi d'appello, nell'ipotesi in cui l'imputato svolga, sulla base di precise considerazioni, specifiche censure su uno o più punti della prima pronuncia, il giudice di secondo grado non può limitarsi a richiamare i contenuti di quella, essendo tenuto a rispondere in modo puntuale alle singole doglianze prospettate; venendo meno, in caso contrario, la funzione stessa del doppio grado di giurisdizione e rimanendo priva di ogni concreto contenuto la previsione di un secondo controllo giurisdizionale.

Tali principi riprendono e confermano la decisione adottata da Cass., Sez. 6, n. 35346/2008, Rv. 241188, secondo cui deve ritenersi sussistente il vizio di motivazione della sentenza d'appello – sindacabile ai sensi dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e) – quando il giudice del gravame si limita a respingere i motivi d'impugnazione specificamente proposti dall'appellante, e a richiamare la contestata motivazione del giudice di primo grado in termini apodittici o meramente ripetitivi, senza farsi carico di argomentare sull'inconsistenza, ovvero sulla non pertinenza delle relative censure.

Allo stesso modo, per Cass. Sez. 6, n. 6221/2005, Rv. 233082, la sentenza di appello, confermativa della decisione di primo grado, deve ritenersi viziata per carenza di motivazione, ponendosi dunque al di fuori dal pur

LA SENTENZA D'APPELLO PUÒ ESSERE MOTIVATA PER RELATIONEM

legittimo ambito del ricorso alla motivazione per relationem, là dove sia limitata ad una mera riproduzione della decisione confermata, dichiarando, in termini apodittici e stereotipati, di aderirvi, senza dare conto degli specifici motivi di impugnazione che censurino in modo puntuale le soluzioni adottate dal giudice di primo grado, e senza argomentare sull'inconsistenza o sulla non pertinenza di detti motivi.

Il richiamato legittimo ambito del ricorso alla motivazione per relationem viene individuato, da Cass., Sez. 4, n. 38824/2008, Rv. 241062, nei soli casi in cui le censure formulate a carico della sentenza del primo giudice non contengano elementi di novità rispetto a quelli già esaminati e disattesi dallo stesso.

Nello stesso senso, prima ancora, secondo Cass., Sez. 6, n. 31080/2004, Rv. 229299, la motivazione della sentenza di appello per relationem con riferimento alla pronuncia di primo grado, è consentita nel caso in cui le censure formulate a carico della sentenza del primo giudice non contengano elementi di novità rispetto a quelli già esaminati e disattesi dallo stesso: il giudice del gravame non è infatti tenuto a riesaminare una questione formulata genericamente nei motivi di appello che sia stata già risolta dal giudice di primo grado con argomentazioni corrette ed immuni da vizi logici.

Con riguardo alla sentenza oggetto dell'odierno ricorso per cassazione, mette conto di evidenziare come la corte territoriale abbia del tutto omesso di rispondere, in modo puntuale, alle doglianze specificamente rappresentate negli atti d'appello; e tanto, con particolare riferimento alle parti in cui gli imputati, nel censurare criticamente le asserzioni del giudice di primo grado, hanno contestato, tra l'altro: 1) il contenuto delle conversazioni intercettate poste a fondamento della condanna pronun-

ciata e il significato ad esse ascritto dal primo giudice; 2) la prova della data del furto dell'auto relativa all'imputazione di cui al capo L) della rubrica; 3) la partecipazione effettiva del *Omissis* alla conversazione indicata dal tribunale a sostegno della motivazione di condanna per il furto; 4) il contrasto tra le perizie effettuate sulle rilevazioni del GPS e i movimenti effettivi della macchina del *Omissis*, che il tribunale ha indicato come presente sul luogo del furto di cui al citato capo L); 5) la prova della sussistenza, concreta ed effettiva, delle aggravanti del furto richiamato; 6) la natura di scacciacani dell'arma relativa all'imputazione di cui al capo P) della rubrica; 7) l'effettiva abrasione della matricola di detta arma e la sussistenza di eventuali contatti penalmente rilevanti del *Omissis* con la stessa.

Ciascuna di tali doglianze, già contenute negli atti d'appello proposti dai due imputati, appare dotata di adeguata specificità, coinvolgendo, rispetto ai passaggi della sentenza di primo grado, sicuri elementi di novità critica che il giudice d'appello ha del tutto trascurato di considerare, così incorrendo in una palese frustrazione della funzione del doppio grado di giurisdizione, rendendo priva di ogni concreto contenuto la previsione di un secondo controllo giurisdizionale sui fatti oggetto delle accuse sollevate nei confronti degli imputati.

Tali premesse impongono di considerare radicalmente viziata la motivazione della sentenza in questa sede impugnata, ai sensi dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), con la conseguente pronuncia dell'annullamento con rinvio della stessa alla Corte d'appello di Palermo, affinché provveda all'integrale revisione della motivazione censurata tenendo conto delle argomentazioni più sopra illustrate.

[*Omissis*]

FEDERICO BARDELLE*

Dottore in Giurisprudenza

Sentenza d'appello motivata per relationem

Appeal decision motivated per relationem

Il lavoro prende l'abbrivio da una decisione della Suprema Corte avente ad oggetto la legittimità di una sentenza d'appello motivata per relationem al dictum del giudice di prima istanza.

Definiti i caratteri generali dei due tipi di pronuncia di secondo grado, di riforma o di conferma, l'analisi si concentra sull'apparato giustificativo dell'ultima. Ad un breve excursus storico delle posizioni di dottrina e giurisprudenza circa la possibilità per il giudice di seconda istanza di motivare la sentenza facendo riferimento alla decisione di primo grado, segue la ricostruzione dell'attuale disciplina giurisprudenziale sul punto.

Infine, il lavoro dà conto delle principali problematiche in materia, cui tenta di fornire una prima soluzione.

The work involves a judgment of the Supreme Court concerning the legitimacy of an appeal decision motivated per relationem to the dictum of the court of first instance.

After a survey of the nature of the judgment of second instance, reform or confirmation, the analysis focuses on the reason of the second type of decision. For a brief historical overview of the positions of doctrine and jurisprudence on the possibility for the court of appeal to justify the sentence referring to the decision at first instance, followed the reconstruction of the governing case law on point.

Finally, the work gives an account of the main issues in the field, which attempts to provide a first solution.

LA VICENDA

La decisione in commento¹ costituisce il punto ultimo di un processo nel quale gli imputati, dopo essere stati condannati in primo ed in secondo grado, ricorrevano per cassazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., lamentando il difetto di motivazione della sentenza d'appello, che avrebbe trascurato di esaminare una delle doglianze contenute nell'atto di impugnazione, limitandosi ad affermare la correttezza dell'istruttoria e delle argomentazioni presenti nella pronuncia di primo grado².

Trattasi della legittimità e dei limiti della sentenza d'appello dotata di una motivazione *per relationem* all'apparato giustificativo delineato dal giudice di prime cure.

NATURA DELLA SENTENZA D'APPELLO E MOTIVAZIONE

L'art. 605 c.p.p. descrive le vesti che la pronuncia di secondo grado può assumere: riforma o conferma, salvo che non rilevi questioni di nullità³.

Con la sentenza di riforma il giudice accoglie tutti o alcuni dei motivi di appello, modificando in tutto o in parte la decisione di primo grado; mentre con la sentenza di conferma vengono ritenute non fondate le ragioni dell'impugnazione, mantenendosi così

ferma la pronuncia emessa in prima istanza. "Riforma" e "conferma" si predicano del dispositivo, non certo della motivazione⁴. Il dispositivo, infatti, può contenere clausole di stile, che si riferiscono alla natura – riformatrice o confermativa – della sentenza. La motivazione, invece, necessita di un *quid pluris*, prescritto dal combinato disposto dell'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p. e dell'art. 192, comma 1, c.p.p., in base al quale il giudice deve dare conto, oltre dei motivi in fatto e in diritto che fondano la decisione, anche delle prove poste alla base della stessa e delle ragioni che hanno spinto il giudice a non ritenere attendibili le prove contrarie.

La natura della sentenza d'appello incide sulla motivazione della medesima.

Ciò appare chiaro *ictu oculi* nel caso di provvedimento di riforma. Il giudice d'appello, che sia di diverso avviso rispetto a quello di prima istanza e intenda ribaltarne la sentenza, dovrà indicare dettagliatamente le ragioni poste a fondamento della modifica⁵. Lo sforzo argomentativo, in particolare, dovrà essere massimo nel caso di rivisitazione in senso peggiorativo della pronuncia di primo grado, praticata sullo stesso materiale probatorio già acquisito in prima istanza ed ivi ritenuto inidoneo a giustificare una condanna.

Il panorama si complica se si tratta di provvedimento di conferma. La complessità deriva dalla

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

¹ Cass., sez. IV, 9 gennaio 2013, n. 1033, *www.processopenaleggiustizia.it*.

² Nel testo della sentenza sopra citata si legge che «i ricorrenti si dolgono del difetto di motivazione della sentenza d'appello nella parte in cui, in modo inammissibilmente generico, richiama i contenuti della sentenza di primo grado senza affrontare, in modo puntuale, le specifiche doglianze illustrate nei motivi d'appello»; «i passaggi motivazionali della sentenza d'appello danno conto, in modo estremamente sintetico, che la condanna di primo grado è stata pronunciata sulla base di specifiche fonti di prova... e in forza di una ricostruzione di detti elementi istruttori operata in modo "completo e verosimile"».

³ Secondo Zappalà, sub art. 605, Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale*, VI, Torino, 1991, 219, «nonostante che la disposizione esordisca affermando che l'alternativa vale fuori dei casi previsti dall'art. 604, non c'è dubbio che anche tra tali casi può trovare posto una pronuncia di sentenza di conferma o di riforma, tutte le volte in cui, per esempio, il giudice d'appello trattiene gli atti del processo e decide sul merito (art. 604 commi 5 e 6)».

⁴ Fiorio, *Funzioni, caratteristiche ed ipotesi del giudizio d'appello*, Gaito (a cura di), *Le impugnazioni penali*, I, Torino, 1998, 364; Zappalà, sub art. 605, cit., 220; Tranchina-Di Chiara, *Appello*, *Enc. Dir.*, III Agg., Milano, 1999, 215.

⁵ Cfr. Cass., sez. V, 18 maggio 2001, n. 25007, *Dir. e giustizia*, 2001, 31, 79, che richiede al giudice d'appello uno sforzo argomentativo massimo nel caso in cui voglia riformare in senso peggiorativo la sentenza di primo grado sulla base dello stesso materiale probatorio già acquisito in primo grado ed ivi ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza: «in presenza di una sentenza di primo grado assolutoria, sul giudice di appello, che emana una sentenza di condanna, incombe non soltanto l'obbligo di motivare in ordine alla diversa interpretazione degli elementi probatori acquisiti al processo ma in una certa misura anche quello di dar conto delle ragioni che lo inducono a disattendere le argomentazioni del giudice di primo grado». Il principio è punto fermo della giurisprudenza attuale (*ex multis* Cass., sez. II, 19 marzo 2013, n. 12792, *inedita*), così come di quella sotto la vigenza del Codice Rocco (Cass., 25 ottobre 1983, *Giust. pen.*, 1985, III, 36; Cass., 16 marzo 1982, *Cass. pen.*, 1984, 99; Cass., 21.6.1974, *Cass. pen.*, 1975, 833; Cass., 27 settembre 1972, *Cass. pen.*, 1974, 1156).

LA SENTENZA D'APPELLO PUÒ ESSERE MOTIVATA PER RELATIONEM

possibile doppia natura di questo tipo di decisione; infatti, il giudice d'appello può giungere alle medesime conclusioni del primo grado sia seguendo un percorso argomentativo differente, sia allineandosi al pensiero del giudicante di prima istanza.

Il giudice d'appello che voglia emettere una sentenza di conferma giustificata sulla base di un iter argomentativo diverso rispetto a quello seguito in primo grado, dovrà stendere una motivazione da cui emergano le ragioni che lo hanno spinto a prendere le distanze dalle argomentazioni del giudice prime cure, pur condividendone il punto di arrivo.

È, però, la seconda ipotesi – sentenza d'appello di conferma con percorso argomentativo identico a quello del giudice di primo grado – a suscitare maggiore interesse ai fini della presente analisi. Se è palese la necessità di una motivazione dettagliata per una sentenza di riforma, il dibattito si accende quando si consideri una decisione che si limita a confermare quanto contenuto nella pronuncia di primo grado sulla base delle medesime argomentazioni.

SENTENZA D'APPELLO DI CONFERMA E MOTIVAZIONE PER RELATIONEM

Punto di partenza è quali siano i requisiti minimi della motivazione della sentenza d'appello di conferma, che si fondi su argomentazioni analoghe a quelle poste alla base della pronuncia di primo grado, con particolare riferimento all'ammissibilità di una motivazione *per relationem*.

Preliminarmente è opportuno chiarire che questo fenomeno si realizza quando la motivazione a sostegno di un determinato provvedimento – la sentenza d'appello di conferma – non è formulata in modo autonomo ma è indicata tramite richiamo o rinvio alle ragioni contenute in altro provvedimento – la pronuncia di primo grado⁶. Ed è proprio il richiamo a quest'altra decisione che permette di distinguere l'ipotesi in parola da quella di motivazione implicita⁷.

Dottrina e giurisprudenza non hanno un'opinione uniforme circa la legittimità del ricorso da parte

del giudice di seconde cure ad un apparato motivazionale che si limiti a richiamare quanto contenuto nella sentenza di primo grado.

La dottrina prevalente tende a respingere la motivazione *per relationem*⁸. Non bisogna dimenticare, infatti, che esiste un obbligo di motivare, imposto dal collegamento tra gli artt. 111, comma 6, Cost., 546, comma 1, lett. e), c.p.p. e 192, comma 2, c.p.p. La lettura sistematica delle norme citate delinea lo schema legale di motivazione secondo un modello "fatto probatorio-massima d'esperienza-fatto accertato"⁹, che mal si concilia sia con le motivazioni apodittiche, sia con quelle *per relationem*¹⁰.

Sotto questo profilo si predica la necessità di un adeguato supporto logico per tutti i punti della decisione oggetto di doglianza, a prescindere dalla formula finale della pronuncia adottata dal giudice di seconde cure, sia essa di riforma o di conferma¹¹; infatti, «risulta necessario correlare al dovere di decidere un dovere di motivare, non assolto rinviando alle argomentazioni elaborate in prima istanza»¹².

Accanto a tale posizione, senz'altro prevalente, tuttavia, esiste un orientamento minoritario secondo cui, in tutti i casi di sentenza d'appello confermativa, per l'adempimento dell'obbligo motivazionale è sufficiente un rinvio all'impianto logico della pronuncia impugnata¹³.

Ancora, c'è chi sostiene che questa tipologia di motivazione, pur non essendo indice di particolare sollecitudine e creatività del giudice, non costituisce un problema di creatività processuale, ma assume solo rilevanza deontologica¹⁴.

La giurisprudenza, che in passato registrava posizioni assai differenti, negli ultimi tempi sembra aver consolidato un certo tipo di posizione.

Sotto la vigenza del Codice Rocco si era, infatti, affermato un orientamento, ancora oggi valido, secondo il quale era possibile ricorrere alla motivazione *per relationem* qualora le censure mosse alla sentenza di primo grado non contenessero elementi ed

⁶ Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, 292; Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, Enc. dir., XXVII, Milano, 1977, 230.

⁷ Siracusano, *I provvedimenti penali e le motivazioni implicite, per relationem e sommarie*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1958, 367, che distingue la motivazione per relazione da quella c.d. implicita sul rilievo che «per individuare il relativo regolamento giudiziale deve prendersi in considerazione non solo il provvedimento della cui motivazione si discute, ma anche un atto diverso cui quel provvedimento si riporta in base ad un'inversione cronologica nell'ordine di formazione della motivazione».

⁸ Bargi, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004, 40.

⁹ L'espressione è di Amodio, *Motivazione della sentenza*, cit., 209.

¹⁰ Zappalà, *La deliberazione della sentenza e gli atti successivi*, Difesa pen., 1989, 171.

¹¹ Menna, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1996, 381; Zappalà, sub art. 605, cit., 222; Foschini, *Deduzioni della difesa e motivazione della decisione*, Giur. it., 1957, II, 33.

¹² Spangher, *Appello nel diritto processuale penale*, Dig. pen., I, Torino, 1987, 222.

¹³ Giustozzi, *Le impugnazioni*, Fortuna-Dragone-Fassone-Giustozzi, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, 2007, 1287; Fumu, *È valido il provvedimento motivato per relationem*, Dir e giustizia, 2004, 6, 14.

¹⁴ Iacoviello, *La motivazione della*, cit., 292.

argomenti diversi da quelli già esaminati e disattesi dal giudice di prima istanza¹⁵.

Nel primo decennio di vita del nuovo Codice di procedura penale aveva preso piede una regola generale, in base alla quale la motivazione *per relationem* era ammissibile a patto che fosse assicurato un controllo sui motivi che avevano spinto il giudice a rigettare i rilievi prospettati con l'atto impugnativo¹⁶. Tuttavia, tale massima, a causa dell'eccessiva genericità, era insufficiente a risolvere le problematiche emergenti nelle singole controversie, contribuendo ad alimentare le discussioni e, quindi, gli orientamenti sul punto. Così, secondo alcune pronunzie, emesse sulla scia dell'orientamento prevalente sotto la vigenza del Codice Rocco, la motivazione *per relationem* era ammissibile in tutti i casi in cui il giudice d'appello emanasse una sentenza di conferma della decisione di primo grado¹⁷. Secondo altre, invece, tale modello motivazionale era legittimo in rapporto alle parti della sentenza di primo grado non contestate nell'atto di impugnazione, mentre era necessaria una motivazione analitica sia per le parti della decisione oggetto di gravame¹⁸, sia per le questioni sollevate con riferimento alla parte impugnata¹⁹.

Negli anni la giurisprudenza ha cominciato a prendere una posizione uniforme, tanto che la Suprema Corte, con la sentenza a Sezioni Unite "Primavera", ha tentato di individuare una serie di canoni di ammissibilità della motivazione *per relationem* di un provvedimento giudiziale. In particolare è necessario che «1) [la motivazione] faccia riferimento, recettizio o di semplice rinvio, ad un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; 2) [la motivazione] fornisca la dimo-

strazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; 3) l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione»²⁰.

Ad oggi, la posizione giurisprudenziale è ben consolidata.

La motivazione *per relationem* non è ammissibile qualora l'atto impugnativo contenga censure specifiche sui punti della decisione di primo grado²¹; in questi casi, il giudice d'appello, pur volendo confermare la sentenza, non potrà pretermettere una congrua risposta alle singole doglianze dell'appellante, ma dovrà prendere posizione su quei punti, indicando i motivi per i quali non li ritiene attendibili²². Tale è anche la posizione della sentenza in

¹⁵ Cass., 9 maggio 1989, *Cass. pen.*, 1990, 1513; Cass., 14 novembre 1985, *Riv. pen.*, 1986, 820; Cass., 20 aprile 1985, *Riv. pen.*, 1985, 892; Cass., 27 marzo 1984, *Riv. pen.*, 1984, 894; Cass., 29 ottobre 1981, *Mass. Cass. pen.*, 1982, 153605; Cass., 2 giugno 1981, *Mass. Cass. pen.*, 1981, 152119; Cass., 6 febbraio 1981, *Cass. pen.*, 1982, 1561; Cass., 6 marzo 1980, *Cass. pen.*, 1981, 1817; Cass., 13 maggio 1978, *Cass. pen.*, 1979, 610; Cass., 21 novembre 1977, *Cass. pen.*, 1978, 1349; Cass., 13 dicembre 1976, *Cass. pen.*, 1978, 84; Cass., 15 novembre 1976, *Cass. pen.*, 1978, 396; Cass., 11 dicembre 1968, *Cass. pen.*, 1969, 1561.

¹⁶ Cass., sez. I, 18 marzo 1994, n. 4827, *CED Cass.*, 198613.

¹⁷ Cass., sez. I, 27 giugno 1995, n. 10077, *CED Cass.*, 202280.

¹⁸ Cass., sez. III, 14 febbraio 1994, 4700, *Cass. pen.*, 1995, 2921, secondo cui «la motivazione per "relationem" è legittima nell'ambito della mera ricostruzione del fatto e nelle parti della sentenza di primo grado, non impugnate. Nell'ipotesi in cui l'interessato con precise considerazioni svolga specifiche censure sui singoli capi e punti della pronunzia, oggetto di gravame, il giudice di secondo grado non può però limitarsi a richiamare la stessa, ma deve rispondere in modo congruo alle singole doglianze prospettate; né può esaurire il suo compito nella mera ritrascrizione della precedente decisione».

¹⁹ Cass., sez. I, 17 dicembre 1998, n. 1507, *CED Cass.*, 212276.

²⁰ Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, *CED Cass.*, 216664. La fattispecie concerneva provvedimenti di autorizzazione all'intercettazione di conversazioni e di proroga delle originarie autorizzazioni, in relazione ai quali la Suprema Corte ha affermato che, ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di motivazione, è sufficiente che dalla lettura del provvedimento si possa dedurre l'iter cognitivo e valutativo seguito dal giudice e se ne possano conoscere i risultati, che devono essere conformi alle prescrizioni di legge, con la precisazione ulteriore, per i provvedimenti di proroga, che essi possono scontare un minore impegno motivazionale quanto ai presupposti, se accertati come ancora sussistenti, ma devono ugualmente dar conto della ragione di persistenza dell'esigenza captativa.

²¹ Cass., sez. VI, 12 giugno 2008, n. 35346, *CED Cass.*, 241189: «sussiste il vizio di motivazione, sindacabile ai sensi dell'art. 606, comma primo, lett. e), cod. proc. pen., quando il giudice del gravame si limita a respingere i motivi d'impugnazione specificamente proposti dall'appellante e a richiamare la contestata motivazione del giudice di primo grado in termini apodittici o meramente ripetitivi, senza farsi carico di argomentare sull'inconsistenza ovvero sulla non pertinenza delle relative censure». Nello stesso senso, Cass., sez. VI, 20 aprile 2005, n. 6221, *CED Cass.*, 233082: «la sentenza di appello confermativa della decisione di primo grado è viziata per carenza di motivazione, e si pone dunque fuori dal pur legittimo ambito del ricorso alla motivazione "per relationem", se si limita a riprodurre la decisione confermata dichiarando in termini apodittici e stereotipati di aderirvi, senza dare conto degli specifici motivi di impugnazione che censurino in modo puntuale le soluzioni adottate dal giudice di primo grado, e senza argomentare sull'inconsistenza o sulla non pertinenza di detti motivi». Per l'applicazione della medesima regola in tema di misure cautelari, Cass., sez. I, 1 ottobre 2004, n. 43464 *CED Cass.*, 231022, dove si legge che «l'obbligo di motivazione non può ritenersi adempiuto qualora l'ordinanza di riesame contenga una motivazione per relationem che si risolva nel mero richiamo alle argomentazioni svolte nel provvedimento impugnato, omettendo la valutazione delle doglianze contenute nella richiesta di riesame; in tal caso, infatti, si vanifica la garanzia del doppio grado di giurisdizione e viene meno lo stesso oggetto del procedimento di riesame, costituito dalla revisione critica della precedente statuizione, alla luce dei rilievi svolti dall'imputato».

²² Zappalà, sub art. 605, cit., 221-222, secondo cui «una mo-

LA SENTENZA D'APPELLO PUÒ ESSERE MOTIVATA PER RELATIONEM

commento, ove si legge che «[deve] ritenersi viziata da difetto di motivazione la sentenza d'appello che, in presenza di specifiche censure su uno o più punti della decisione impugnata, detti una motivazione per relationem, limitandosi al mero richiamo al dictum del primo giudice [...] nell'ipotesi in cui l'imputato svolga, sulla base di precise considerazioni, specifiche censure su uno o più punti della prima pronuncia, il giudice di secondo grado non può limitarsi a richiamare i contenuti di quella, essendo tenuto a rispondere in modo puntuale alle singole doglianze prospettate»²³. Invero, l'onere della motivazione è variabile e direttamente proporzionale allo spessore dei motivi di impugnazione²⁴. Maggiori sono le censure specifiche in essi contenute, maggiore è l'onere del giudice di appello di motivare sulle critiche formulate nell'atto impugnativo. Viceversa, minore è la consistenza dei motivi di appello, minore è l'obbligo di motivazione della sentenza di secondo grado. Da tali premesse discende che, se l'atto impugnativo contiene motivi generici e meramente ripetitivi di argomentazioni già respinte dal giudice di primo grado con motivazione congrua, la sentenza d'appello può legittimamente contrarsi ai minimi termini rappresentati dal rinvio al dictum del primo giudice.

Alla medesima conclusione si giunge anche tramite considerazioni che coinvolgono le regole in tema di giudizio innanzi alla Suprema Corte. È opinione consolidata, infatti, che la sentenza emessa dal giudice di seconde cure ha una funzione integratrice di quella di prima istanza, di modo che la sua struttura motivazionale si salda con quella che definisce il grado precedente per formare un unico complesso corpo argomentativo²⁵.

tivazione ben congegnata non può eludere le argomentazioni critiche avanzate con l'atto d'impugnazione rinviando tout court alle considerazioni contenute nella sentenza di primo grado: queste possono essere assunte a premesse del ragionamento decisorio del giudice d'appello, ma le conclusioni, anche se di conferma, non possono ritenersi ben fondate se non risultino conseguenti ad una esposizione critica delle ragioni per le quali le argomentazioni contrarie esposte nei motivi d'appello debbano essere disattese». Nello stesso senso: Amodio, Motivazione della sentenza, cit., 209.

²³ Cass., sez. IV, 9 gennaio 2013, n. 1033, cit., che annulla la sentenza impugnata e rinvia per nuovo esame alla Corte d'appello di Palermo, proprio sulla base di quelle argomentazioni, perché «ciascuna di tali doglianze, già contenute negli atti d'appello proposti dai due imputati, appare dotata di adeguata specificità, coinvolgendo, rispetto ai passaggi della sentenza di primo grado, sicuri elementi di novità critica che il giudice d'appello ha del tutto trascurato di considerare, così incorrendo in una palese frustrazione della funzione del doppio grado di giurisdizione, rendendo priva di ogni concreto contenuto la previsione di un secondo controllo giurisdizionale sui fatti oggetto delle accuse sollevate nei confronti degli imputati».

²⁴ Amodio, Motivazione della sentenza, cit., 224.

²⁵ In dottrina: Nuzzo, L'appello nel processo penale, Milano, 2008, 286 ss.; Nappi, Guida al codice di procedura penale, Milano, 2007, 944. In giurisprudenza: Cass., sez. II, 10 gennaio 2007, n.

Ciò, tuttavia, non è possibile, se le due sentenze non hanno utilizzato argomentazioni analoghe; in tali casi, la Suprema Corte non può ovviare al vizio di motivazione della sentenza d'appello, fatto valere in sede di gravame, facendo riferimento alle argomentazioni contenute nella decisione di primo grado²⁶. Ne discende un implicito monito ai giudici dell'appello, che intendono discostarsi dalla motivazione della decisione di prima istanza, a prendere posizione sulle censure proposte dalle parti con l'impugnazione, perché eventuali lacune non potranno essere "sanate" dai giudici della Cassazione mediante un mero richiamo alla sentenza di primo grado.

Viceversa, il ricorso alla motivazione per relationem è legittimo laddove le censure dedotte nell'atto d'impugnazione non contengano elementi o argomentazioni diversi da quelli sottoposti al primo giudice, essendo questioni già esaminate e, quindi, risolte²⁷. La posizione è confermata anche dalla sentenza in commento, secondo cui «il richiamato legittimo ambito del ricorso alla motivazione per relationem viene individuato nei soli casi in cui le censure formulate a carico della sentenza del primo giudice non contengano elementi di novità rispetto a quelli già esaminati e disattesi dallo stesso»²⁸.

Ancora, si verte in una delle ipotesi in cui l'uso della motivazione per relationem è ammesso, qualora le istanze dell'atto impugnativo siano generiche, palesamente inconsistenti o manifestamente infon-

5606, CED Cass., 236181; Cass., sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 11868, CED Cass., 224079; Cass., sez. I, 7 novembre 2002, n. 754, Guida dir., 2003, 13, 84; Cass., sez. I, 26 giugno 2000, n. 8868, Cass. pen., 2001, 2723; Cass., sez. II, 13 novembre 1997, n. 11220, CED Cass., 209145; Cass., sez. III, 14 febbraio 1994, n. 4700, CED Cass., 197497; Cass., sez. un., 4 febbraio 1992, n. 6682, Cass. pen., 1992, 2662.

²⁶ Cass., sez. III, 1 febbraio 2002, n. 10163, Cass. pen., 2003, 1237, secondo cui «la possibilità di procedere all'integrazione delle sentenze di primo e secondo grado, così da farle confluire in un prodotto unico cui il giudice di legittimità deve fare riferimento, richiede che le due decisioni abbiano utilizzato criteri omogenei e seguito un apparato logico argomentativo uniforme; in assenza di tali condizioni non è possibile integrare le argomentazioni della Corte d'Appello con quelle adottate dalla motivazioni di primo grado ed eventuali carenze della seconda decisione in ordine alle censure contenute nell'atto d'impugnazione non sono superabili mediante il richiamo agli argomenti adottati dalla prima sentenza».

²⁷ In giurisprudenza: Cass., sez. VI, 29 aprile 2009, n. 22120, CED Cass., 243946; Cass., sez. IV, 17 settembre 2008, n. 38824, CED Cass., 241062; Cass., sez. VI, 14 giugno 2004, n. 31080, CED Cass., 229299; Cass., sez. V, 23 settembre 2003, n. 38080, CED Cass., 226230; Cass., sez. V, 15 febbraio 2000, n. 3751, CED Cass., 215722; Cass., sez. V, 22 aprile 1999, n. 7572, CED Cass., 213643; Cass., sez. V, 5 marzo 1999, n. 4415, CED Cass., 213113; Cass., sez. VI, 18 settembre 1999, n. 15083, CED Cass., 192134. In dottrina: Fiorio, Funzioni, caratteristiche, cit., 364; Strina-Bernasconi, Persona offesa parte civile, Milano, 2001, 447.

²⁸ Cass., sez. IV, 9 gennaio 2013, n. 1033, cit.

date²⁹: per dirla con le parole della sentenza oggetto di analisi, «il giudice del gravame non è tenuto a riesaminare una questione formulata genericamente, risolta dal giudice di primo grado con argomentazioni corrette e immune da vizi logici [...] la motivazione per *relationem* può ritenersi ammissibile nell'ambito della mera ricostruzione del fatto, per le parti della sentenza non impugnate o in presenza di manifesta infondatezza o non specificità dei motivi d'appello»³⁰.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, questo passaggio della sentenza suscita qualche perplessità.

Innanzitutto, affermare che la motivazione per *relationem* può ritenersi ammissibile nell'ambito della mera ricostruzione del fatto per le parti della sentenza non impugnate, è superfluo; infatti, in base al principio del *tantum devolutum quantum appellatum*, esulando dal *devolutum*, non sarebbe necessaria neppure una motivazione per *relationem*. Altrettanto può dirsi con riferimento alla non specificità dei motivi d'appello, che comporta l'inammissibilità dell'impugnazione ai sensi dell'art. 591 lett. c) c.p.p. e, cioè, per violazione dell'art. 581 c.p.p.; anche in questi casi non si pone il problema della motivazione per *relationem*, perché l'accertamento dell'inammissibilità rende superfluo, se non preclude, l'esame del merito, per cui, una volta accertata la non specificità, la motivazione può – e, forse, deve – concludersi con tale rilievo.

PERICOLI

La motivazione per *relationem* trova la propria *ratio* nelle esigenze di economia processuale. Non va trascurato, tuttavia, che, nel giudizio d'appello, accanto a quel valore, esistono altri principi fondamentali. In *primis* il diritto ad un secondo grado di giudizio effettivo. Come è stato giustamente osservato, l'allargamento eccessivo delle ipotesi di uso legittimo di motivazione per relazione alla decisione di primo grado, «rischia di vanificare, in nome dell'economia processuale, la funzione stessa del giudizio d'appello, riducendolo ad uno stereotipo del giudizio di prima istanza»³¹; infatti, qualora fosse ammissibile per il giudice d'appello motivare la sentenza limitandosi

al mero richiamo del *dictum* di primo grado, la funzione stessa del doppio grado di giurisdizione verrebbe meno e la previsione di un secondo controllo giurisdizionale rimarrebbe priva di contenuto.

Resterebbe inattuato, inoltre, il principio di correlazione quantitativa tra dispositivo ed apparato giustificativo, vanificato dal rinvio alla giustificazione di un altro atto, seppur di natura giurisdizionale³².

Non va dimenticato, ancora, che «questa prassi contrasta con la funzione extraprocessuale della motivazione, tant'è che il rinvio a fonti esterne alla sentenza ne rende problematica la ricostruzione completa da parte dei cittadini»³³.

La sentenza d'appello motivata per *relationem* alla decisione di primo grado, infine, rischia di compromettere l'esito dell'eventuale ricorso in cassazione.

Si parta dall'assunto, sostenuto da giurisprudenza costante³⁴, per cui la sentenza d'appello e quella di primo grado si integrano a vicenda in modo da formare un unico complesso corpo argomentativo, in cui le argomentazioni del giudice di seconda istanza si aggiungono a quelle di primo grado. Ora, quando la decisione d'appello è motivata per *relationem* alla pronuncia di primo grado, gli argomenti del giudicante di seconda istanza – non tanto si aggiungono, quanto – rafforzano quelli di primo grado.

Ciò provoca un accrescimento del *quantum* di probabilità logica del giudizio sul fatto, che la sentenza di primo grado porta *in re ipsa* e che la sentenza d'appello di conferma motivata per *relationem* aumenta. In altre parole, una decisione di secondo grado con motivazione per relazione alla pronuncia di prima istanza produce l'effetto di rendere – o, quantomeno, far sembrare – più probabile il fatto oggetto di giudizio. La relazione di proporzionalità inversa che lega l'aumento del grado di probabilità logica del giudizio sul fatto alla diminuzione della probabilità che il vizio di motivazione venga ritenuto fondato è testimoniato dal fatto che nella prassi accade raramente che una doppia conforme venga annullata per vizio di motivazione.

Ecco, allora, il pericolo celato dietro alla motivazione per *relationem*: che il giudice di legittimità sia influenzato dalla convergenza totale delle argomentazioni e delle conclusioni dei due giudici di merito.

²⁹ Cass., sez. V, 5 marzo 1999, n. 4415, CED Cass., 213114; Cass., sez. V, 26 settembre 2003, n. 2663, Giur. it., 2004, 1238, con nota adesiva di Gaito, *Omesso controllo sulla ritualità di atti compiuti all'estero, per la quale «è insufficiente ed inappagante la motivazione del giudice d'appello che nulla dica sui problemi specificamente sollevati con i motivi d'appello, come illustrati in una successiva nota difensiva analiticamente indicante tutti gli atti di cui si eccipeva la inutilizzabilità»*.

³⁰ Cass., sez. IV, 9 gennaio 2013, n. 1033, cit.

³¹ Spangher, *Appello nel diritto*, cit., 222.

³² Leone, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1971, 832.

³³ Menna, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, 199.

³⁴ *Ex multis* Cass., sez. II, 10 gennaio 2007, n. 5606, CED Cass., 236181; Cass., sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 11868, CED Cass., 224079; Cass., sez. I, 7 novembre 2002, n. 754, Guida dir., 2003, 13, 84; Cass., sez. I, 26 giugno 2000, n. 8868, Cass. pen., 2001, 2723.

LA SENTENZA D'APPELLO PUÒ ESSERE MOTIVATA PER RELATIONEM

REGOLE AUREE

Forse dottrina e giurisprudenza dovrebbero concentrare le forze verso un duplice obiettivo.

Da un lato, bisognerebbe limitare la possibilità di utilizzare la motivazione *per relationem* ai casi strettamente necessari.

In tal senso, si dovrebbe respingere quell'indirizzo giurisprudenziale, maturato sotto il vigore del Codice Rocco e giunto fino ai giorni nostri, secondo il quale il giudice d'appello può utilizzare la motivazione *per relationem* sugli elementi dedotti nei motivi di gravame, ma già discussi e valutati in prima istanza; è evidente, infatti, che «nel riproporre nei motivi [di gravame] gli elementi difensivi già prospettati in prima istanza, si tende a provocare un novum iudicium su di essi, con conseguente obbligo di motivare sui medesimi»³⁵.

Inoltre, dovrebbe essere abbandonata la pratica³⁶ di utilizzare la motivazione *per relationem* nel caso in cui i motivi dedotti con il gravame risultino manifestamente infondati. Anche perché tale massima sembra fondarsi su un'ambiguità terminologica; infatti, mentre per quanto attiene al ricorso per cassazione, l'art. 606, comma 3, c.p.p. prevede espressamente che il ricorso sia inammissibile anche nelle ipotesi di motivi manifestamente infondati, nel giudizio d'appello non vi è una norma omologa, pertanto, la manifesta infondatezza non è motivo di inammissibilità³⁷; e, anche se lo fosse, non si comprende perché il giudice di secondo grado, da una parte, debba dar conto delle ragioni per cui ha ritenuto i motivi manifestamente infondati, ma, d'altra parte, non abbia l'obbligo di motivare in modo adeguato³⁸.

D'altro canto, sarebbe necessario controbilanciare la potenziale deriva, componendo un catalogo di regole da rispettare nelle ipotesi in cui il giudice d'appello intenda far ricorso alla tecnica motivazionale per relazione.

La Suprema Corte, in una pronuncia recentissima³⁹, ha ribadito una serie di condizioni necessarie,

affinché un provvedimento possa essere motivato *per relationem*. In estrema sintesi, la motivazione deve far riferimento ad un atto del procedimento, di cui il giudice ha preso cognizione e che la parte interessata ha conosciuto: «il testo chiamato ad integrare la parte motiva del provvedimento impugnato dev'essere accessibile alle parti, così da consentire alla motivazione (pur incompleta) di adempiere le sue funzioni; d'altra parte, il testo oggetto d'integrazione deve rendere percettibile al controllo della Cassazione che, comunque, istanze, richieste, motivi d'impugnazione siano stati realmente esaminati, anche se l'esito della disamina sia riferito ad un quid esterno rispetto alla motivazione»⁴⁰.

Appare essenziale, inoltre, che la sentenza d'appello e quella di primo grado si integrino in modo tale che «la motivazione attinente ai punti non impugnati continu[i] a sussistere anche dopo la pronuncia della sentenza d'appello e finisc[a] per formare un discorso organico con quest'ultimo»⁴¹.

Indipendentemente dai casi in cui sia legittimo l'utilizzo di una motivazione *per relationem*, questa non dovrebbe limitarsi ad un integrale rinvio ai motivi contenuti nella sentenza di primo grado, ma avrebbe bisogno di un richiamo alle singole argomentazioni, così da non incappare in mere ripetizioni nell'argomentare su singole questioni⁴².

D'altro canto, però, non bisogna indulgere a formalismi di maniera e ritenere inappropriato un modello di motivazione che dal complesso tessuto argomentativo consenta di desumere facilmente un'implicita valutazione negativa di alcuni dati di giudizio che andavano vagliati. È auspicabile, semmai, che le considerazioni contenute nella sentenza di primo grado abbiano una funzione di orientamento – e non di giustificazione – della pronuncia di secondo grado, in altre parole, costituiscano il punto di partenza – e non il punto di arrivo – del percorso decisorio del giudice d'appello⁴³.

³⁵ Menna, *Il giudizio*, cit., 382, che riferisce la posizione di Amodio, *Motivazione della sentenza*, cit., 233.

³⁶ Vedi nota 27.

³⁷ Spangher, *Appello nel diritto*, cit., 222.

³⁸ Ferrua, *Appello (dir. proc. pen.)*, *Enc. giur.*, I, Roma, 1998, 24.

³⁹ Cass., sez. VI, 7 marzo 2013, n. 10903, <http://www.businessjus.com/contributi/CONTRI387.pdf>: «nel nostro ordinamento processuale la motivazione c.d. per relationem è considerata legittima, purché siano osservate determinate condizioni; a) faccia riferimento a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; b) fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la decisione; c) l'atto di riferimento sia conosciuto dall'interessato, attraverso l'allegazione o la trascrizione nel provvedimento in questione, o quanto meno ostensibile nel momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica e di gravame, consentendo il controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione».

⁴⁰ Valentini, *Ricorso per cassazione*, *Dig. Pen.*, VI Agg., II, 2011, 526.

⁴¹ Amodio, *Motivazione della sentenza*, cit., 232.

⁴² Così Menna, *Il giudizio*, cit., 381.

⁴³ Zappalà, sub art. 605, cit., 221, secondo cui «è ben vero che il giudice d'appello valuta un materiale probatorio raccolto nel giudizio precedente (tranne, naturalmente, che abbia proceduto alla rinnovazione); ma anche in tale ipotesi una motivazione ben congegnata non può eludere le argomentazioni critiche avanzate con l'atto d'impugnazione rinviando tout court alle considerazioni contenute nella sentenza di primo grado: queste possono essere assunte a premesse del ragionamento decisorio del giudice d'appello».

La violazione della disciplina della *privacy* non determina inutilizzabilità della prova

Corte di cassazione, Sezione II, sentenza 12 febbraio 2013, n. 6812 – Pres. Carmenini; Rel. Gallo

Le videoregistrazioni dell'impianto di sorveglianza apposto dalla persona offesa all'esterno del suo negozio non possono essere considerate prove illegittimamente acquisite ai sensi dell'art. 191, trattandosi di prove documentali di cui il codice di rito espressamente consente l'acquisizione. In tale contesto è del tutto irrilevante che le registrazioni siano state effettuate in conformità o meno delle istruzioni del Garante per la Protezione dei dati personali, non costituendo la disciplina sulla privacy sbarramento all'esercizio dell'azione penale.

[Omissis]

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con sentenza in data 8/11/2011, la Corte di appello di Milano, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Monza, in data 21/7/2010: esclusa la continuazione interna quanto al reato di atti persecutori di cui al capo E) ed, in accoglimento dell'appello del P.G., escluse le attenuanti generiche per tale reato, condannava V.L. alla pena di mesi 16, giorni 20 di reclusione;

ritenuta la continuazione fra i reati di cui ai capi A, B, C e D (tentata estorsione, molestie, danneggiamento ed ingiurie) con i fatti di cui alla sentenza della Corte d'appello di Milano in data 27/11/2008, rideterminava la pena complessiva in anni 2, mesi 6 di reclusione ed Euro 1.050,00 di multa, confermando le statuizioni civili.

3. Avverso tale sentenza propone ricorso l'imputato per mezzo del suo difensore di fiducia, sollevando tre motivi di gravame con il quali deduce:

3.1 Violazione di norme processuali stabilite a pena di nullità per inosservanza od erronea applicazione dell'art. 191 c.p.p., in relazione al D.lgs. n. 196 del 2003, art. 11, comma 2.

Al riguardo ripropone l'eccezione di inutilizzabilità dei filmati dell'impianto di videosorveglianza installato all'esterno del negozio della persona offesa, assumendo che tali videoregistrazioni erano state effettuate in violazione del codice della privacy e pertanto, non potevano essere utilizzate, trattandosi di prova illegittimamente acquisita, ex art. 191 c.p.p.

3.2. Violazione di legge e di norme processuali stabilite a pena di nullità con riferimento alla pena da applicare in continuazione per il reato di ingiuria, in relazione al

D.lgs. n. 274 del 2000, artt. 52 e 63, eccependo l'illegittimità dell'aumento di mesi 1 di reclusione ed Euro.50,00 di multa per il reato di ingiuria.

3.3. Violazione di legge e di norme processuali stabilite a pena di nullità con riferimento all'esclusione delle attenuanti generiche per il reato di cui al capo E). Al riguardo eccepisce che il ricorso del P.M. doveva ritenersi inammissibile in quanto proponeva delle censure di merito.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso è infondato.

2. Per quanto riguarda il primo motivo di ricorso, le censure sono destituite di fondamento. L'art. 234 del codice di rito testualmente statuisce: "È consentita l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo".

3. Pertanto le videoregistrazioni dell'impianto di sorveglianza apposto dalla persona offesa all'esterno del suo negozio non possono essere considerate prove illegittimamente acquisite ai sensi dell'art. 191, trattandosi di prove documentali di cui il codice di rito espressamente consente l'acquisizione. In tale contesto è del tutto irrilevante che le registrazioni siano state effettuate, in conformità o meno, delle istruzioni del Garante per la Protezione dei dati personali, non costituendo la disciplina sulla privacy sbarramento all'esercizio dell'azione penale. Del resto, con riferimento alle videoriprese effettuate dalla Polizia giudiziaria, questa Corte ha avuto modo di statuire che sono legittime le videoriprese, eseguite dalla polizia giudiziaria, in assenza di autorizzazione del giudice, mediante telecamera esterna all'edifi-

LA VIOLAZIONE DELLA DISCIPLINA DELLA PRIVACY

cio e aventi per oggetto l'inquadrimento del davanzale della finestra e del cortile dell'abitazione, trattandosi di luoghi esposti al pubblico e, pertanto, oggettivamente visibili da più persone. Ne deriva che, in virtù di detta percepibilità esterna, non sussiste alcuna intrusione nella privata dimora o nel domicilio e non sussistono, pertanto, le ragioni di tutela, sub specie di diritto alla riservatezza o alla "privacy", ad essi connesse, potendosi, in tal caso, sostanzialmente equipararsi l'uso della videocamera ad una operazione di appostamento, eseguita nei limiti dell'autonomia investigativa, senza alcuna neces-

sità di autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria (Cass. Sez. 4, Sentenza n. 10697 del 24/01/2012 ud. (dep. 19/03/2012) Rv. 252673).

[Omissis]

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali, nonché alla rifusione in favore della parte civile, M.P., delle spese del grado che liquida in complessivi Euro 3.500,00, oltre IVA e CPA. Così deciso in Roma, il 31 gennaio 2013.

PIERGIORGIO LAVIANI*

Dottorando di Procedura penale – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Le videoriprese tra privacy e processo penale

The video footage between privacy and criminal trial

La violazione delle norme del Codice della *privacy* (d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196) non determina l'inutilizzabilità delle videoriprese nel processo se realizzate a fini probatori, essendo prevalente l'esigenza processuale su quella della riservatezza. È lo stesso codice della *privacy* che stabilisce che le regole sul trattamento dei dati si applicano solo quando il privato li destina ad una comunicazione sistematica e per un uso personale in cui non rientrano le ragioni di giustizia.

The infringement of the Privacy Code (D.lgs. No. 196, June 30, 2003) does not cause the impossibility to use video recording in a trial, since assessing if a crime has been committed is a prevalent purpose on "privacy" matters. The same Privacy Code states that the rules concerning the processing of personal data are applied just in case of systematic communication or personal aims, which have nothing to do with criminal proceedings.

LA DECISIONE

La sentenza in esame, sebbene motivando in modo piuttosto laconico, fissa il principio secondo cui la violazione delle norme del Codice della *privacy* in tema di trattamento dei dati personali non impedisce alla persona offesa dal reato di far valere le proprie ragioni servendosi delle videoriprese di un impianto di sorveglianza posto al di fuori dalla propria attività commerciale. Secondo la Suprema Corte, infatti, non si configurerebbe l'inutilizzabilità probatoria ai sensi dell'art. 191c.p.p. trattandosi

di prove documentali, acquisibili a norma dell'art. 234 c.p.p.

A sostegno dell'assunto la Cassazione precisa come la violazione della disciplina sulla *privacy* non costituisce un limite per l'esercizio dell'azione penale, anche quando avvenga sulla base delle videoriprese effettuate dalla polizia giudiziaria in luoghi esposti al pubblico, senza la preventiva autorizzazione del giudice. Si tratterebbe, in questo caso, di un'attività di appostamento atipica, comunque legittima perché eseguita nei limiti dell'autonomia investigativa. Inoltre, verrebbe meno anche

il requisito della riservatezza stante la percepibilità esterna dei comportamenti ripresi. Occorrerà, pertanto, dopo aver brevemente delineato la disciplina delle videoriprese – soffermandosi in particolare su quella che regola tali operazioni in luoghi pubblici, aperti o esposti al pubblico- esaminare la normativa sul trattamento dei dati personali, specie sotto il profilo del se e perché le violazioni di tali norme e delle istruzioni del Garante della *privacy*¹ non integri inutilizzabilità delle prove acquisite.

LE VIDEORIPRESE TRA DOCUMENTO, INTERCETTAZIONI E PROVA ATIPICA

Come è noto, il fenomeno delle videoriprese e della loro utilizzabilità in seno al processo penale non è oggetto di una specifica normativa, ma è frutto di una ricca elaborazione dottrinale² e giurisprudenziale, in cui si collocano in posizione preminente gli arresti della Corte costituzionale³ e della Corte di

cassazione⁴. Il Supremo Collegio della Corte di legittimità, più specificamente, con riferimento alle videoriprese realizzate in luoghi pubblici da privati mediante impianti di videosorveglianza posti davanti a negozi, istituti di credito o stadi, hanno affermato che i dati così captati sono annoverabili nella categoria dei documenti di cui all'art. 234 c.p.p., essendo rappresentazioni di fatti, persone o cose mediante una forma assimilabile alla "cinematografia", non conosciuta dal legislatore ai tempi della redazione del codice di rito. In questi casi, non rileva che siano stati ripresi comportamenti comunicativi (colloqui; comunicazione gestuale; esibizione di cartelli, ecc.) o non comunicativi (immagini di persone ferme o in movimento; ambienti con oggetti e suoni, etc.).

Una siffatta attività di captazione rientrerebbe tra i documenti, se svolta fuori dal procedimento penale, non necessariamente prima di esso, e per fini diversi dallo stesso. Il valore probatorio di tali dati è quello contenutistico, cioè inerente ai fatti su cui si deve fondare la decisione del giudice e non costituisce prova del corretto svolgimento dell'atto processuale, come avviene per la documentazione.

Più complessa la disciplina delle videoriprese allorché siano compiute dalla polizia giudiziaria.

Al riguardo, occorre, innanzitutto, fare una distinzione fondamentale in base al contenuto della captazione, ossia se essa abbia ad oggetto comportamenti comunicativi o non comunicativi. Nel primo caso, si applicherà la normale disciplina delle intercettazioni di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p., con l'ulteriore distinguo, che ove essa avvenga nei luoghi di cui all'art. 614 c.p., le intercettazioni ambientali sarebbero consentite solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

Nel caso in cui, invece, la p.g. effettui videoriprese di comportamenti non comunicativi a rilevare è il luogo in cui tali attività si verificano. La giurisprudenza della Corte di cassazione, riprendendo l'orientamento della Consulta, ha affermato che, stante la doppia riserva di legge e di giurisdizione prevista a tutela del domicilio ai sensi dell'art. 14

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

¹ L'art. 134 del c.d. codice della *privacy* (d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196) proprio in merito agli impianti di videosorveglianza individua una delle materie in cui il Garante si serve della procedura di cui all'art. 12 c.d.p. (*Codici di deontologia e di buona condotta* che al comma 3 stabilisce espressamente « Il rispetto delle disposizioni contenute nei codici di cui al comma 1 costituisce condizione essenziale per la liceità e correttezza del trattamento dei dati personali effettuato da soggetti privati e pubblici ». Si veda altresì, il *Provvedimento del Garante in materia di videosorveglianza* 8 aprile 2010, Gazzetta Ufficiale 29 aprile 2010, n. 99, che, richiamando la disciplina generale del trattamento dei dati personali, prevede specifiche norme per la videosorveglianza, stabilendo che l'immagine rientra nei dati personali (art. 1 Premessa); che anche la raccolta a fini probatori (art. 2, comma 2, n. 4) deve essere fatta nel rispetto delle regole del trattamento dei dati personali, su presupposti di liceità (funzioni istituzionali di soggetti pubblici o adempimento di un obbligo di legge o bilanciamento di interessi se realizzato da privati); che le riprese mediante videosorveglianza non devono determinare un'ingerenza ingiustificata nei diritti e nelle libertà fondamentali degli interessati, ma essere effettuate nel rispetto dei principi di necessità e di proporzionalità. Particolare attenzione viene riservata all'informativa mediante apposito cartello, da apporsi prima del raggio d'azione della telecamera o nelle sue immediate vicinanze, perché l'interessato, così informato, scelga, per atti conclusivi, di esporsi alla videoripresa (art. 3 Adempimenti applicabili a soggetti pubblici e privati) e alla deroga al consenso del trattamento dei dati (6.2.2 del citato Provvedimento).

² In merito al dibattito dottrinale su prova atipica e videoriprese cfr. Camon, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»* Cass.pen., 1999, 1192 ss.; Caprioli, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione «per immagini»*, Giur. cost., 2002, 2182 ss.; Saponaro, *Sulla vexata quaestio della natura delle videoregistrazioni* in Cass. pen., 2004, X, 3282 ss.

³ C. cost., 24 aprile 2002, n. 135, Giur. cost., 2002, 1062 ss. In argomento cfr.: Bricchetti, *Spetta al legislatore regolare le riprese di tipo non comunicativo*, Guida dir., 2002, 20, 73 ss.; Caprioli, cit., Giur. cost., 2002, 2176 ss.; Carli, *Videoregistrazione di immagini e tipizzazione di prove tipiche*, Dir. pen. proc., 2003, 41 ss.; Longo,

Le garanzie costituzionali dell'intercettazioni visive: un'occasione mancata per la Corte, Giur. cost., 2002, 2208 ss.; Marini, *La Costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà «sottordinata»?*, Giur. cost., 2002, 1076 ss.; Pace, *Le videoregistrazioni «ambientali» tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, Giur. cost., 2002, 1070 ss.

⁴ Cass., sez. un., 28 luglio 2006, n. 26795, Cass. pen., 2006, 4344 ss. Di Bitonto, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni Unite*, Cass. pen. 2006, XII, 3950; Ruggieri, *Riprese visive e inammissibilità della prova*, Cass. pen. 2006, 12, 3945; Beltrani, *Le videoriprese? Sono una prova atipica Ma le Sezioni unite non sciolgono il nodo*, Dir. e giust. 2006, 34, 0040.

LA VIOLAZIONE DELLA DISCIPLINA DELLA PRIVACY

Cost. e mancando una espressa disciplina di tali attività di indagine, le videoriprese in detto ambiente sarebbero inammissibili perché lesive dei limiti costituzionali; pertanto, ove effettuate, sarebbero inutilizzabili. Nel caso, invece, di captazioni effettuate in luoghi diversi dal domicilio, occorre distinguere ulteriormente se trattasi di luoghi riservati (*toilettes* di locali pubblici; *privés* di discoteche, etc.) ovvero pubblici, aperti o esposti al pubblico. Nei primi non vi sarebbe il limite della inviolabilità del domicilio di cui all'art. 14 Cost., ma quello più tenue della riservatezza di cui all'art. 2 Cost.; sicché risulterebbe ammissibile tale tipo di operazione previo provvedimento autorizzativo da parte dell'autorità giudiziaria (decreto motivato del p.m.). Nel secondo caso, invece, la ripresa è effettuabile liberamente da parte della polizia giudiziaria anche di propria iniziativa nel corso di operazioni investigative (ad esempio in occasione di pedinamenti, appostamenti, etc.)⁵, dovendosi tali attività classificare come documentazione dell'attività stessa. Si tratterebbe dell'utilizzazione di un mezzo per fissare e prolungare la visione dell'operatore di p.g. e, al tempo stesso, una modalità di adempimento dell'obbligo di riferire l'attività investigativa compiuta a corredo di annotazioni o verbali. Tali operazioni, effettuate solitamente in un determinato tempo e luogo, hanno natura di atti irripetibili⁶.

Il distinguo tra documento e documentazione rileva anche ai fini dell'introduzione delle videoriprese quali elementi di prova nel fascicolo del dibattimento: quelle effettuate dal privato, come si è detto, vi transitano secondo la normativa dei documenti; quelle degli operatori di p.g., secondo le regole degli atti irripetibili. Da tali differenti regimi scaturisce che, per i documenti, sussiste un unico limite all'ac-

quisizione costituito dalla previsione dell'art. 240 comma 2 c.p.p., che vieta quelli formati attraverso la raccolta illegale di informazioni; per gli atti irripetibili della polizia giudiziaria, ritenuti prova atipica ai sensi dell'art. 189 c.p.p.⁷, vale invece quello di cui all'art. 191 c.p.p. riguardante le prove illegittimamente acquisite. La violazione di entrambi i divieti è sanzionata con l'inutilizzabilità.

RACCOLTA ILLEGALE DI INFORMAZIONI E PROVE ILLEGITTIMAMENTE ACQUISITE

Occorre fare chiarezza sui concetti di "illiceità", "illegittimità" ed "illegalità" riferiti alle prove, stante la rilevante conseguenza della loro inutilizzabilità⁸.

Il codice di rito, per riferirsi alle prove vietate, utilizza soltanto il concetto di "legittimità" (artt. 191 e 526 c.p.p.). I termini di "illecito" ed "illegale" non vi compaiono. La dottrina utilizza quelli di "illiceità" ed "illegittimità" per indicare, rispettivamente, la prova assunta in violazione delle norme penali sostanziali e quella contraria ad una norma processuale stabilita a pena di inutilizzabilità. La "illiceità" di una prova, però, non comporta anche, automaticamente l'"illegittimità" processuale, giacché quest'ultima può dipendere solo da una espressa previsione codicistica.

Nel diritto penale, ricorrono le categorie di "illiceità" ed "illegalità" e quest'ultima è usata come sinonimo di "illecito" ed "illegittimo", allorché si faccia riferimento alla contrarietà a norme extrapenal, giuridiche o extragiuridiche,⁹ che determinano una "antigiuridicità speciale".

⁵ È il caso dei c.d. comportamenti non riservati (es. avvenuti su un balcone; dietro i vetri di una finestra attraverso cui si vede l'ambiente interno) che la Corte costituzionale equipara alle attività in luogo pubblico (cfr. C. cost., 7 maggio 2008, n.149, *Cass. pen.*, 2008, 4109).

⁶ Sulla fondamentale distinzione tra atti e documenti si veda: Grevi, *Prove*, Conso Grevi, *Compendio di procedura penale*, III ed., Milano 2006, 343; Illuminati, *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, II ed., Torino, 2005, 142; Voena, *Atti*, Conso Grevi, *Compendio cit.*, 165 ss.; in giurisprudenza cfr. *Cass.*, sez. V, 16 marzo 1999, n. 5337 in *CED Cass.*, 213183; *Cass.*, sez. V, 13 aprile 1999, n. 6887, *Cass. pen.* 2000, 409; La ritengono forma di allegazione alla relazione della p.g. ex art. 134 comma 4 c.p.p. avente ad oggetto l'attività di osservazione e pedinamento, per cui risulterebbe atto irripetibile ex art. 431 lett. b) c.p.p.: *Cass.*, sez. II, 26 marzo 1997, n. 4095 *Cass. pen.*, 1999, 249; *Cass.*, sez. un., 28 ottobre 1998, n. 13 *Cass. pen.*, 1999, 2074; Camon, *Le riprese visive*, cit., *Cass. pen.*, 1999, 1196 ss.; sul distinguo tra videoriprese, rilievi ed ispezioni si veda Di Bitonto, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni Unite*, *Cass. pen.*, 2006, 4364 ss.

⁷ *Cass.*, sez. IV, 16 marzo 2000, n. 7063 *CED Cass.*, 217688; in dottrina si propende per l'inquadramento come mezzo atipico di ricerca della prova; in questo senso: Tieghi, *La videoregistrazione nelle indagini preliminari*, *Studium iuris*, 2003, 573 ss.; oggi appaiono superate le critiche di Filippi, *L'home watching: documento, prova atipica o prova incostituzionale?*, *Dir. pen. proc.*, 2001, 95, in merito all'impossibilità di fare ricorso all'art. 189 c.p.p. che necessiterebbe del contraddittorio anticipato tra le parti sull'assunzione della prova.

⁸ Preziosa la ricostruzione fatta da Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 91 ss.; per completezza si vedano anche Scalfati, *Premesse sulla prova penale*, Spangher (diretto da) *Trattato di procedura penale*, 2- tomo I, Milano, 2009, 39 ss.; Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzioni del vizio*, Milano, 2008, 62 ss.

⁹ Si vedano l'art. 606 c.p. «arresto illegale» eseguito dal pubblico ufficiale «abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni»; l'art. 692 c.p. «Detenzione di misure e pesi illegali» che si configura detenendo misure o pesi diversi da quelli stabiliti dalla legge o usando misure o pesi senza osservare le prescrizioni di legge; l'art. 53 c.p. «uso legittimo delle armi» che considera legittimo l'uso delle armi effettuato da persona «legalmente» richiesta dal pubblico ufficiale; l'art. 385 c.p. che punisce l'evasione della persona «legalmente» arrestata o detenuta; l'art. 650 c.p. che punisce l'inosseranza di un provvedimento «legalmente» dato dall'autorità.

Nel diritto civile, il termine “legale” è sinonimo di “legittimo”,¹⁰ e l’aggettivo “illecito” ha una serie di utilizzi: si pensi all’illecito extracontrattuale o da fatto ingiusto e a quello contrattuale o da inadempimento; anche l’invalidità del contratto potrebbe derivare dalla illiceità della causa, se contraria a norme imperative, all’ordine pubblico e al buon costume (*ex art. 1343 c.c.*), o dei motivi, quando le parti sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe (*art. 1345 c.c.*).

Nel diritto amministrativo, invece, per “illegittimità dell’atto amministrativo” si intende la difformità dal modello legale, che comporta l’invalidità dell’atto stesso; alla “illiceità”, invece, si fa riferimento per qualificare il comportamento dell’amministrazione in caso di responsabilità penale, civile o amministrativa¹¹. La “illegittimità” dà luogo ad un vizio, l’“illegittimità” ad una sanzione.

Ciò posto va osservato che l’art. 240, comma 6, c.p.p. disciplina il contenuto del verbale di distruzione¹² sul presupposto che il giudice dia atto della “illecita” acquisizione o detenzione di dati. Tale operazione avverrà in tutte le ipotesi di “illegalità” indicati dal comma 2. Quindi, è lo stesso legislatore che impiega il termine “illegale” come sinonimo di “illecito”¹³; pertanto “prova illegale” è la “prova illecita” cioè i dati formati, acquisiti o raccolti mediante atti illeciti *contra ius*.

Ma qual è lo *ius*, violato il quale, si avrebbe “illiceità”? A livello dottrinario si è passati da un uso del concetto “a maglie larghe”, che ricomprendeva ogni tipo di norma comprese quelle costituzionali, ad uno, più recente e consolidato, che limita l’illiceità alla violazione delle sole norme penali.

In particolare, l’art. 240 comma 2 c.p.p., in cui rientrerebbero tutte le norme che sanzionano penalmente la formazione, acquisizione o raccolta di informazioni private o segrete di cui all’art. 615 *bis* c.p., è stato costruito sul modello del codice della *privacy*, il che indurrebbe a pensare che ogni violazione di tale testo unico produca un dato illegittimamente acquisito e, quindi, inutilizzabile. Come vedremo, tale equivalenza è esclusa ed il campo di indagine è stato ristretto alle sole violazioni penali del codice

della *privacy*. Occorre, pertanto, esaminare la normativa sul trattamento dei dati, e valutare, poi, se le sanzioni penali del codice della *privacy* determinino effettivamente anche l’inutilizzabilità prevista dal codice di rito.

IL CODICE DELLA PRIVACY E LA VALUTAZIONE DELL’AMBITO DI RILEVANZA DELLE SUE VIOLAZIONI

L’art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 196 del 2003 dispone che il codice in materia di protezione dei dati personali «garantisce che il trattamento [degli stessi] si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell’interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all’identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali».

È lo stesso codice che fornisce all’art. 4 il “glossario” per comprendere cosa si intende per “trattamento” e per “dati personali”.

Trattamento è «qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l’ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l’organizzazione, la conservazione, la consultazione, l’elaborazione, la modificazione, la selezione, l’estrazione, il raffronto, l’utilizzo, l’interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati».

Per “dato personale” si intende, invece, «qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale. Sottocategorie dei dati personali sono i “dati identificativi”, che permettono l’identificazione diretta dell’interessato; i “dati sensibili”, idonei a rivelare l’origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l’adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale. Infine i “dati giudiziari”, idonei a rivelare provvedimenti di cui all’articolo 3, comma 1, lettere da a) a o) e da r) a u), del d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o di indagato ai sensi degli artt. 60 e 61 c.p.p.».

L’art. 11 dello stesso codice disciplina le modalità e i requisiti dei dati per ogni forma di trattamento. I dati personali, in particolare, vanno trattati in modo lecito e secondo correttezza; raccolti e registrati per

¹⁰ Es. artt. 751; 834; 1054; 2702 c.c.

¹¹ Virga *Illiceità e illegittimità: rapporti tra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa*, in AA.VV., *Studi in onore di Benvenuto*, VI, Modena, 1996, 1735.

¹² Nell’art. 240 c.p.p. come modificato dal d.l. 22 settembre 2006, n. 259 convertito con l. 20 novembre 2006, n. 281 è stato prevista una ipotesi di inutilizzabilità rafforzata con relativa procedura di distruzione a tutela della *privacy*.

¹³ In tal senso Filippi, *Intercettazioni: decreto necessario, ma da correggere*, *Unione Sarda*, 25 settembre 2006, 1.

LA VIOLAZIONE DELLA DISCIPLINA DELLA PRIVACY

scopi determinati, espliciti e legittimi; utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi. Devono essere esatti e, se necessario, aggiornati; pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati. Essi vanno conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati. I dati personali trattati in violazione del codice non possono essere utilizzati.

Occorre subito precisare, però, che tale inutilizzabilità è circoscritta agli usi regolati dal codice della *privacy* diversi da quello a fini probatori nel processo penale, posto, tra l'altro, che lo stesso art. 160 comma 6 c.d.p. deroga alla disciplina di cui all'art. 11 c.d.p.¹⁴, stabilendo che «la validità, l'efficacia e l'utilizzabilità di atti, documenti e provvedimenti nel procedimento giudiziario basati sul trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge o di regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali nella materia civile e penale¹⁵».

Ugualmente le prove raccolte nel corso delle investigazioni difensive in violazione delle regole sul trattamento dei dati sono considerate, comunque, utilizzabili sia che le si consideri ricomprese nella richiamata deroga dell'art. 160, comma 6, c.d.p., sia che per esse si ritenga la preminenza del diritto di difesa su quello alla riservatezza¹⁶. Ciò vale anche quando sia stato il privato a raccogliere, a scopo probatorio, dati in violazione delle norme sul trattamento.

Appare chiaro che l'"inutilizzabilità" di cui all'art. 11, comma 2, c.d.p. non è, quindi, un "trasformatore automatico" di ogni violazione delle norme della *privacy* in "inutilizzabilità ai fini processuali".

¹⁴ In tal senso: Modaferrì, *Commento all'art. 160, AA.VV., Codice della privacy*, II, Milano, 2004, 2109; *contra* Maietta, *I trattamenti in ambito giudiziario, da parte delle forze di polizia e per la difesa e la sicurezza dello Stato*, Cardarelli, Sica, Zeno Zencovich, *Il codice dei dati personali*, Milano, 2004, 178, secondo cui l'art. 11, comma 2 prevarrebbe, posto «che si presenta come una norma con forte slancio di novità ed in sintonia con la *ratio legis* che ispira l'intero Codice Privacy».

¹⁵ In realtà l'impianto del codice della *privacy* prevede un regime differente per i dati personali quando vengano utilizzati a fini probatori: cfr. art. 13, comma 5, lett. *b* in tema di deroga all'informativa; art. 24, comma 1, lett. *f*, in tema di deroga al consenso al trattamento; art. 25, comma 2, che deroga al divieto di comunicazione e diffusione; art. 26, comma 4, lett. *c* in tema di deroga alle garanzie per i dati sensibili.

¹⁶ In tal senso Tonini, *Manuale di procedura penale* 6° ed. Milano 2006, 537-538; Gualtieri, *Indagini difensive e privacy*, relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. su *Le investigazioni difensive*, Roma, 4 febbraio 2004.

C'è da chiedersi, allora, se tale conseguenza derivi dalla violazione di norme penali.

Il codice della *privacy* fissa al capo II del titolo III della parte III quali siano gli illeciti penali conseguenti alle violazioni delle proprie prescrizioni¹⁷. Secondo parte della dottrina¹⁸ solo questi fatti riempirebbero di contenuto il concetto di illegalità dell'art. 240 comma 2 c.p.p., unitamente alle norme penali che tutelano la riservatezza (artt. 615 *bis* ss. c.p.), con la conseguenza della inutilizzabilità a fini processuali.

L'orientamento della Suprema Corte appare, invece, ampiamente permissivo in merito all'utilizzabilità delle videoriprese in luogo pubblico, non riconoscendo effetto preclusivo alla violazione del trattamento dei dati e ciò per l'irrinunciabile valore probatorio di un siffatto documento. Non solo, quindi, prevale l'esigenza del privato di provare le proprie pretese nel processo penale, ma anche quella del giudice di "guardare con i propri occhi" la completa dinamica dei fatti costituenti reato, per una decisione giurisdizionale oltre ogni ragionevole dubbio.

La Corte, infatti, ha distinto¹⁹ tra l'inutilizzabilità sancita dal codice della *privacy* e quella prevista dal codice di rito: la prima è sanzione esclusiva per le violazioni di cui all'art. 11 c.d.p., mentre l'altra è comminata, in casi tassativi, a tutela delle procedure di formazione della prova. Quest'ultima finalità processuale ha portato ad escludere che le stesse violazioni penali a tutela della riservatezza possano incidere sulla utilizzabilità degli elementi di prova.

Tale ragionamento deriva dalla finalità dell'art. 191, comma 1 c.p.p., che commina l'inutilizzabilità della prova solo quando essa sia illegittima in sé, vizio che deve essere desunto dalla norma o dal complesso di norme che la disciplinano e non già dal fatto che la prova sia stata soltanto irrualmente acquisita. Dunque, la previsione che "prove diverse da quelle legittimamente acquisite" non possano essere utilizzate, deve essere intesa come prove non acquisibili in conseguenza dell'esistenza di un espresso o implicito divieto²⁰.

¹⁷ Si tratta dell'art. 167 Trattamento illecito di dati; dell'art. 168 Falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante; dell'art. 170 Inosservanza di provvedimenti del Garante; dell'art. 171 Altre fattispecie. Il codice della Privacy prevede anche all'art. 169 le misure di sicurezza e all'art. 172 quale pena accessoria per uno dei delitti previsti anche la pubblicazione della sentenza.

¹⁸ Conti, *Accertamento del fatto*, cit., 117.

¹⁹ Cass., sez. un., 16 maggio 1996, *Cass. pen.*, 1996, 3268; Cass., sez. un., 13 luglio 1998, *Cass. pen.*, 1999, 465; Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, n.6, *Cass. pen.*, 2000, 2595.

²⁰ Cass., sez. II, 27 marzo 2008, 15877.

Tale costante orientamento della Suprema Corte non è, però, ancorato ad un ragionamento esclusivamente formale, in quanto, a ben vedere, lo stesso codice della *privacy*²¹, stabilisce che le regole del trattamento dei dati personali debbano essere osservate da parte del privato solo quando il dato raccolto è destinato ad essere diffuso in maniera sistematica.

²¹ Art. 5 c.d.p. Oggetto ed ambito di applicazione 1. Il presente codice disciplina il trattamento di dati personali, anche detenuti all'estero, effettuato da chiunque è stabilito nel territorio dello Stato o in un luogo comunque soggetto alla sovranità dello Stato. 2. Il presente codice si applica anche al trattamento di dati personali effettuato da chiunque è stabilito nel territorio di un Paese non appartenente all'Unione europea e impiega, per il trattamento, strumenti situati nel territorio dello Stato anche diversi da quelli elettronici, salvo che essi siano utilizzati solo ai fini di transito nel territorio dell'Unione europea. In caso di applicazione del presente codice, il titolare del trattamento designa un proprio rappresentante stabilito nel territorio dello Stato ai fini dell'applicazione della disciplina sul trattamento dei dati personali. 3. Il trattamento di dati personali effettuato da persone fisiche per fini esclusivamente personali è soggetto all'applicazione del presente codice solo se i dati sono destinati ad una comunicazione sistematica o alla diffusione. Si applicano in ogni caso le disposizioni in tema di responsabilità e di sicurezza dei dati di cui agli articoli 15 e 31.

Se invece, come nel caso della videosorveglianza davanti ad un negozio, serve solo a fini di protezione, sussiste esclusivamente l'obbligo di non cagionare danno ai soggetti ripresi e di assicurare lo standard di sicurezza dei dati raccolti²². L'uso non divulgativo da parte di un soggetto persona fisica fa sì che la videocamera debba essere considerata la *longa manus* del titolare del diritto e atto di esercizio dello stesso. Pertanto, la prova che ne deriva è utilizzabile ex art. 234 c.p.p.

²² Art. 15 c.d.p. Danni cagionati per effetto del trattamento 1. Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile. 2. Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 11. Art. 31 c.d.p. Obblighi di sicurezza 1. I dati personali oggetto di trattamento sono custoditi e controllati, anche in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico, alla natura dei dati e alle specifiche caratteristiche del trattamento, in modo da ridurre al minimo, mediante l'adozione di idonee e preventive misure di sicurezza, i rischi di distruzione o perdita, anche accidentale, dei dati stessi, di accesso non autorizzato o di trattamento non consentito o non conforme alle finalità della raccolta.

ELENA ZANETTI

Ricercatore confermato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Milano

La cooperazione con la Corte penale internazionale nella legge italiana di adeguamento (l. n. 237 del 2012)

Cooperation with the International Criminal Court according to the implementation Italian Law (l. n. 237/2012)

Con l'adozione della l. 20 dicembre 2012, n. 237 il nostro Paese ha completato, sul fronte degli adempimenti interni, il percorso avviato nel 1999 con la ratifica del Trattato istitutivo della Corte penale internazionale. Si è, così provveduto, in particolare, alla definizione normativa degli strumenti da utilizzare ai fini della cooperazione con la Corte, in ossequio a quanto previsto dagli artt. 86 e 88 dello Statuto. In questa prospettiva, premessi alcuni cenni relativi ai limiti dell'azione della Corte e ai principi generali in materia di cooperazione, vengono illustrate le soluzioni operative adottate dal legislatore in tema di "consegna", assistenza giudiziaria ed esecuzione dei provvedimenti della Corte.

By enacting law 20 December 2012, no. 237 our country has completed a process started back in 1999 with the ratification of the UN treaty for creation of the International Criminal Court. Therefore, the implementation of instruments to ensure cooperation with the Court has started, pursuant to articles 86 and 88 of the Statute. In the light of this, after a brief introduction on the limits of the Court's action, and the general principles of cooperation, the operational solutions adopted by the lawmaker in terms of "surrender", judicial assistance and enforcement of the Court's decisions are outlined.

L'ISTITUZIONE DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE: LUCI ED OMBRE

È trascorso ormai più di un decennio dall'entrata in funzione – il 1° luglio 2002¹ – della Corte penale in-

ternazionale (ICC). Si tratta di un lasso di tempo sufficientemente lungo per consentire alla Corte, dopo un avvio alquanto stentato, di andare a regime², ma

¹ In quella data si è, infatti, perfezionata la condizione posta dall'art. 126, § 1 dello Statuto per l'attivazione della Corte, ossia il decorso del «primo giorno del mese dopo il sessantesimo giorno successivo alla data di deposito del sessantesimo strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione, o di adesione». Il deposito del sessantesimo strumento di ratifica era stato conseguito l'11 aprile 2002, con il deposito contestuale

degli strumenti di ratifica da parte di dieci Stati. Per gli Stati che ratifichino lo Statuto in epoca successiva, esso entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo al sessantesimo giorno che segue il deposito del rispettivo atto di ratifica o di accettazione (art. 126, § 2).

² Nel 2003 si è svolta all'Aia (sede della Corte, ai sensi dell'art. 3 dello Statuto) la cerimonia d'inaugurazione con l'insediamento dei primi diciotto giudici eletti dall'Assemblea degli Stati Parte. Una volta ultimate le procedure relative alla nomina dei diversi

non per dissipare le ombre che ne hanno segnato la nascita, pure salutata da più parti come un evento epocale³.

Essa rappresenta, come è noto, il primo esempio di organismo internazionale permanente, dotato di giurisdizione non retroattiva, istituito, al fine di giudicare «i più gravi crimini di portata internazionale» (art. 1, Statuto ICC)⁴, per via pattizia. A differenza di quanto avvenuto per i suoi antecedenti più prossimi, i Tribunali *ad hoc* per la ex-Jugoslavia e per il Ruanda – creati per mezzo di apposite risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, in forza del Capitolo VII della Carta O.N.U.⁵ – la Corte trae, infatti, la fonte della sua legittimazione dal Trattato istitutivo, che ne contiene lo Statuto, sottoscritto a Roma il 17 luglio 1998⁶. Poste queste caratteristiche, è indubbio che

essa rappresenti un traguardo senza precedenti sul fronte della giustizia penale internazionale. È, però, altrettanto vero che numerosi sono i limiti – interni ed esterni – con cui l'azione della Corte è stata ed è costretta a misurarsi.

Un primo limite di carattere preliminare, connesso alla sua stessa essenza, deriva proprio dalla matrice di ordine convenzionale, che pure segna un notevole salto di qualità rispetto alle precedenti esperienze in materia⁷. In virtù del principio consensualistico, la sua giurisdizione vincola infatti unicamente, su base volontaria, gli Stati disposti a riconoscerla, divenendo “parti” dello Statuto, attraverso il meccanismo della ratifica, o in virtù di un apposito accordo (art. 12, § 2 Statuto ICC)⁸. In applicazione di quel principio la Corte esercita – di norma⁹ – la propria giurisdizione soltanto sui crimini, ricompresi nel suo mandato, che siano stati commessi nel territorio di uno Stato parte o da un suo cittadino. In ragione di quel limite si è detto che la Corte non può essere considerata un organismo “sovra-nazionale” in senso proprio, ma piuttosto di tipo “inter-nazionale”¹⁰.

Condizionamenti significativi all'azione della Corte derivano, poi, dal modo in cui essa è stata configurata. L'impatto delle scelte di compromesso tra visioni diverse della giustizia penale internazionale operate nello Statuto è di particolare evidenza nel modo in cui sono state disciplinate le relazioni tra la Corte e gli ordinamenti nazionali degli Stati parte. Questi ultimi, abbandonato il criterio della “primazia” seguito dagli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, continuano, infatti, ad avere prevalenza nei confronti della giurisdizione

organismi, ed avviate le prime indagini (relative alle “situazioni” di Uganda, Repubblica democratica del Congo e Repubblica Centrafricana), nel 2005 sono stati emessi i primi ordini di arresto. Nel 2009 è stato emesso l'ordine di arresto (tuttora non eseguito) nei confronti del presidente sudanese Omar al-Bashir ed è iniziato il processo nei confronti di Thomas Lubanga Dyilo, accusato di crimini di guerra in relazione all'arruolamento di bambini soldato nel conflitto verificatosi nella Repubblica democratica del Congo nel 2002-2003. Il 14 marzo 2012 è stata emessa, proprio a carico di Thomas Lubanga Dyilo, la prima sentenza di condanna, a quattordici anni di reclusione, divenuta definitiva il 10 luglio 2012. Per approfondimenti si rinvia al sito ufficiale della Corte, all'indirizzo: www.icc-cpi.int.

³ La Corte segna il traguardo del lungo cammino verso l'istituzione di una giurisdizione penale internazionale, avviato, di fatto, all'esito degli eventi bellici della seconda guerra mondiale, con la creazione dei Tribunali militari di Norimberga e di Tokyo, i cui prodromi rimandano al Trattato di Versailles del 1919 (artt. 227 e 228). Vastissima la dottrina in argomento: *ex plurimis*, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, Bassiouni, *Indagini e procedimenti penali internazionali: da Versailles a Roma, Legislazione pen.,* 2002, 817. Inoltre Pisani, *La grande guerra, i crimini di guerra e i processi di Lipsia, Criminalia* 2008, 2009, 53.

⁴ Ai sensi dell'art. 5 dello Statuto ricadono sotto la giurisdizione della Corte il genocidio (art. 6), i crimini contro l'umanità (art. 7), i crimini di guerra (art. 8), nonché l'aggressione, la cui definizione è stata rimessa, *ex art. 5, § 2*, all'Assemblea degli Stati Parte, che vi ha provveduto all'esito della Conferenza di Kampala dell'11 giugno 2010. Come è stato osservato in proposito (Bassiouni, *Indagini e procedimenti*, cit., 868), lo Statuto non avrebbe «creato nuove fattispecie», ma avrebbe piuttosto dato «applicazione alle preesistenti previsioni di diritto internazionale».

⁵ In particolare, l'art. 39 della Carta delle Nazioni Unite attribuisce espressamente al Consiglio di Sicurezza, il potere di «*make recommendations, or decide what measures*» adottare, in presenza di una minaccia o di una violazione della pace o di un atto di aggressione, al fine di mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale. A quello scopo, il Consiglio può decidere, a norma dell'art. 41, quali misure, non implicanti l'uso della forza, assumere per attuare le sue decisioni, sollecitando gli Stati membri a realizzarle. In argomento Bazelaire – Cretin, *La justice pénale internationale*, Parigi, 2000, 45 ss.; Castellaneta, *La cooperazione tra Stati e Tribunali penali internazionali*, Bari, 2002, 124 ss.; Vitucci, *Il Tribunale ad hoc per la ex Jugoslavia e il consenso degli Stati*, Milano, 1998, 12 ss.

⁶ Nella capitale italiana si è svolta, dal 15 giugno al 17 luglio 1998, la Conferenza dei plenipotenziari delle Nazioni *Roma della Corte penale internazionale*, Reale (a cura di), *Lo Statuto della*

Corte penale internazionale, Padova, 1999, 35. Inoltre Bassiouni, *Indagini e procedimenti*, cit., 863. La candidatura del nostro Paese ad ospitare l'evento, avanzata dal governo italiano, era stata approvata dall'Assemblea Generale su raccomandazione del Comitato Preparatorio per l'istituzione della Corte.

⁷ V. le considerazioni svolte sul tema dal Segretario Generale delle Nazioni Unite nel *Report of the Secretary – General Pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993)* at para. 19. U.N. Doc. S/25704 (1993).

⁸ I Paesi che formulano la dichiarazione di accettazione sono, infatti, tenuti a cooperare con la Corte «*without any delay or exception in accordance with Part 9*». È, ad esempio, il caso della Costa d'Avorio che, accettando in più occasioni la giurisdizione della Corte, ha dato esecuzione nel novembre 2011 ad un ordine di arresto per crimini contro l'umanità emesso nei confronti dell'ex presidente Laurent Gbagbo.

⁹ Fa eccezione alla regola generale il caso previsto dall'art. 13, lett. b), ai sensi del quale il Consiglio di Sicurezza, agendo in forza dei poteri derivanti dal Capitolo VII della Carta O.N.U., può segnalare, senza alcun limite, al Procuratore ICC una “situazione” in cui appaiano essere stati commessi uno o più reati di competenza della Corte che abbiano comportato una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale. Esercitando tale potere il Consiglio di Sicurezza ha segnalato le “situazioni” riguardanti il Darfur e la Libia, entrambi Stati non parte, rispettivamente con le Risoluzioni n. 1593 del 2005 e n. 1970 del 2011.

¹⁰ Così Bassiouni, *Indagini e procedimenti penali*, cit., 866.

della Corte, che svolge rispetto ad essi, un ruolo di mera "complementarietà". Ne consegue che un suo intervento diretto sia ammesso unicamente alle condizioni previste dall'art. 17 dello Statuto, ossia nelle situazioni di carenza di volontà (*unwillingness*) o di incapacità (*inability*) dello Stato interessato di condurre le indagini o di esercitare l'azione penale per un crimine di competenza della Corte¹¹.

Da quel peculiare assetto di rapporti¹², unito alla scelta di non dotare la Corte di apparati ausiliari e di strutture operative¹³ deriva poi che l'effettività della sua azione dipenda *in toto* dall'ausilio degli Stati parte, chiamati a dare esecuzione, in via di cooperazione, ai provvedimenti e alle decisioni da essa adottati, ivi comprese le sentenze.

Ulteriori limiti di carattere interno derivano poi da specifici articoli dello Statuto. È, ad esempio, il caso dell'art. 16, in virtù del quale il Consiglio di Sicurezza O.N.U. è legittimato a chiedere alla Corte, mediante risoluzione adottata ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, di sospendere le indagini o i procedimenti in corso per un periodo di dodici mesi, con facoltà di rinnovare la richiesta¹⁴. Nella stessa pro-

spettiva va considerata, inoltre, la norma "transitoria" posta dall'art. 124 che consente ad uno Stato, all'atto della ratifica del trattato istitutivo, di non accettare la giurisdizione della Corte per un periodo di sette anni successivo all'entrata in vigore dello Statuto.

Il limite forse maggiore all'azione della Corte è però di natura esterna. Una pesante ipoteca sulle sorti della Corte deriva, infatti, dalla netta presa di distanza dimostrata rispetto ad essa dalle "grandi potenze", che non solo non hanno ratificato lo Statuto¹⁵, ma in qualche caso hanno anche adottato condotte ostruzionistiche. In questa prospettiva è da leggere la prassi degli *exemption agreements*, intese bilaterali concluse – prendendo spunto dall'art. 98 dello Statuto ICC – da parte degli Stati Uniti con un considerevole numero di Stati al fine di impedire l'eventuale consegna alla Corte dei propri cittadini da parte dei Paesi firmatari¹⁶, o ancora l'adozione, da parte del Congresso U.S.A., dell'*American Service-members' Protection Act* n. 107/206, con cui si decise di sospendere l'assistenza militare agli Stati che non si fossero impegnati a rifiutare la consegna di personale militare americano alla Corte¹⁷.

¹¹ Giova ricordare in proposito che la Corte mantiene comunque il potere di accertare – in base a criteri ampiamente discrezionali – l'effettiva esistenza delle situazioni di "indisponibilità" o di "incapacità" che ne consentono l'attivazione in deroga al criterio generale. Sui problemi interpretativi posti dall'art. 17, § 1 v., in dottrina, Bazelaire – Cretin, *La justice pénale*, cit., 98; Castellaneta, *La cooperazione*, cit., 236; Miskowiak, *The International Criminal Court: Consent, Complementarity and Cooperation*, Copenhagen, 2000, 42.

¹² In merito alle diverse implicazioni derivanti al riguardo da un approccio di tipo "orizzontale" o di tipo "verticale" v. Kress e al., *Part 9 – International Cooperation and Judicial Assistance. Preliminary Remarks*, Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes Article by Article*, Baden-Baden, 1999, 1047; Swart, *General Problems*, Cassese – Gaeta – Jones (eds.), *The Rome Statute of International Criminal Court. A Commentary*, II, Oxford, 2002, 1593. Inoltre Ciavola, *Arresto e consegna nel sistema della Corte penale internazionale*, Cassese – Chiavario – De Francesco (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, 432.

¹³ La Corte oltre a non disporre di proprie forze di polizia, neppure possiede strutture carcerarie autonome. Per le esigenze derivanti dall'esecuzione di provvedimenti restrittivi della libertà personale essa può disporre di un *Detention Centre*, costituito da un gruppo di celle nel complesso penitenziario di Scheveningen, nei pressi de l'Aia, messe a disposizione dall'Olanda, in qualità di Paese "ospite", ai sensi dell'art. 103, § 4. Alla gestione della struttura, anche per ciò che attiene al profilo della sicurezza, provvede il Cancelliere (*Registrar*). In argomento v. Bellelli, *L'amministrazione della Corte penale internazionale*, Napoli, 2006, 84.

¹⁴ Di tale potere il Consiglio di Sicurezza si è avvalso per approvare la Risoluzione n. 1422 del 12 luglio 2002, volta a sospendere, per un periodo di dodici mesi, ogni indagine o procedimento nei confronti di militari di uno Stato non parte impegnati in operazioni di *peace-keeping* sotto l'egida delle Nazioni Unite (il testo della Risoluzione è pubblicato in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1172). La proroga della sospensione per ulteriori dodici mesi è stata disposta con la successiva Risoluzione n. 1487

del 12 giugno 2003. Tale iniziativa rispondeva alla richiesta del governo statunitense di ottenere, al momento del rinnovo della missione O.N.U. in Bosnia, idonee "garanzie" per il personale militare impegnato nelle missioni di pace. V. Castellaneta, *La cooperazione*, cit., 249; Della Morte, *Un anno dall'entrata in vigore del trattato e dall'inizio dell'offensiva diplomatica U.S.A. contro di essa*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 917. La scoperta delle atroci vicende legate al carcere iracheno di Abu Ghraib determinò in seguito un clima sfavorevole alla richiesta di successive proroghe.

¹⁵ All'esito della Conferenza di Roma lo Statuto è stato approvato, ad ampia maggioranza, con i voti favorevoli di 120 Stati, 21 astensioni (in base all'art. 37 del Regolamento della Conferenza l'astensione equivaleva alla mancata partecipazione al voto) e 7 voti contrari di Cina, Filippine, India, Israele, Sri Lanka, Stati Uniti e Turchia. In seguito, gli Stati Uniti sottoscrissero lo Statuto, salvo poi a ritirare, il 6 maggio 2002, la firma in precedenza apposta e a comunicare al Segretario Generale O.N.U. l'intenzione di non ratificare il Trattato istitutivo. V. Chiavario, *Sull'efficacia della Corte penale internazionale l'incognita della mancata adesione dei Paesi guida*, *Guida dir.*, 2002, 16, 6. Inoltre Castellaneta, *La cooperazione*, cit., 246; Della Morte, *Un anno*, cit., 917; Pierini, *All'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto della Corte penale internazionale, non più rinviabile l'appuntamento con l'attuazione legislativa*, *Cass. pen.*, 2000, 3318.

¹⁶ La previsione dell'art. 98, § 2 vieta alla Corte di chiedere la consegna di una persona ad uno Stato allorché tale atto contrasterebbe «with its obligations under international agreements». Sulla diffusa pratica di tali accordi si è espresso il Parlamento europeo con una Risoluzione adottata il 26 settembre 2002, nella quale è stata sottolineata/stigmatizzata l'incompatibilità della firma degli *agreements* con l'appartenenza all'Unione, potendo essi pregiudicare l'efficace attuazione dello Statuto di Roma. La questione è stata ripresa anche dal Consiglio dei ministri degli esteri UE, che, sempre nel settembre 2002, ha adottato alcuni principi-guida da rispettare nel caso della conclusione di intese di quel tipo tra Paesi UE e Stati Uniti, poi confermati dal Consiglio UE del 16 giugno 2003.

¹⁷ Le ragioni di tale atteggiamento sono verosimilmente da ricercare, per un verso, nella indisponibilità a consentire

LA COOPERAZIONE CON LA CORTE

Già si è accennato all'importanza della cooperazione per il funzionamento – se non per l'esistenza stessa – della Corte. Se nelle ordinarie relazioni tra Stati sovrani la dimensione della cooperazione assume un ruolo meramente eventuale, legato alla necessità di compiere atti processuali o esecutivi oltre i confini nazionali, il rapporto s'inverte rispetto all'agire della Corte, che con quella dimensione anzi si identifica.

Un'indiretta conferma della correttezza dell'assunto può essere colta nel fatto che lo Statuto¹⁸ dedichi alla disciplina della cooperazione ben due Capitoli, ai quali corrispondono due Capitoli omologhi del Regolamento di procedura e prova (Cap. 11 e 12)¹⁹. In particolare, il Cap. IX (*International cooperation and judicial assistance*)²⁰ regola i profili della “consegna di persone” (art. 89; Regole 176 – 189), riconducibile all'extradizione, e delle «*other forms of cooperation*» (art. 93; Regole 190 – 194) identificabili con la categoria dell'assistenza giudiziaria in senso proprio. Il Cap. X (*Enforcement*) concerne, invece, l'esecuzione delle sentenze di condanna emesse dalla Corte (artt. 103 – 111; Regole 198 – 225)²¹. Le diverse tipologie di atti in essi disciplinati rappresentano la veste ordinaria – se non l'unica – con cui la Corte realizza le proprie attività *lato sensu* processuali ed esecutive. Così le indagini

(art. 53) sono rimesse, in prevalenza²², alla necessaria mediazione degli Stati parte, tenuti a dar seguito alle richieste di assistenza provenienti dalla Corte (artt. 93 ss.) o, in alternativa, a fornire l'opportuna collaborazione al Procuratore che decida di eseguirle direttamente nel territorio del Paese interessato (art. 99, § 4)²³. Del pari, alla “consegna” (*surrender*) dell'imputato da parte dello Stato in cui questi sia stato localizzato ed arrestato (art. 89) è di fatto subordinata la possibilità di celebrare un processo dinanzi alla Corte, essendo esclusa dallo Statuto l'eventualità di un giudizio in contumacia (art. 63, § 1). Sono, infine, gli Stati a dare attuazione, nei rispettivi ordinamenti nazionali, alle decisioni di condanna adottate dalla Corte, sia facendosi carico della detenzione delle persone condannate (art. 103)²⁴, sia eseguendo pene pecuniarie, provvedimenti di confisca ed eventuali ordini di riparazione (art. 109)²⁵.

Il dovere degli Stati parte di cooperare con la Corte è sancito dall'art. 86 dello Statuto, autentica norma “cardine” della materia. Essa prevede, infatti, un generalizzato obbligo di «*fully cooperate with the Court in its investigation and prosecution*», da assolvere, in conformità allo Statuto stesso, nel rispetto del principio di “buona fede”²⁶. Ciò implica, tra l'altro, che lo

limitazioni alla sovranità nazionale, sotto il profilo dell'esercizio della giurisdizione penale, e per l'altro nella volontà di evitare il rischio di strumentalizzazioni, quanto all'impiego del personale militare in missioni di pace all'estero.

¹⁸ Mentre le lingue di lavoro della Corte sono l'Inglese e il Francese (art. 50, § 2 ICC), quelle ufficiali sono le stesse lingue ufficiali delle Nazioni Unite (Arabo, Cinese, Inglese, Francese, Russo e Spagnolo), nelle quali sono state redatte le versioni originali dello Statuto, facenti egualmente fede. Una versione in lingua italiana, non ufficiale, dello Statuto corredata la l. 12 luglio 1999, n. 232 (G.U., 19 luglio 1999, n. 167 suppl. ord.) con cui il nostro Paese ha ratificato lo Statuto. A quel testo si fa riferimento per le citazioni in italiano dello Statuto della Corte nel presente lavoro.

¹⁹ Al Regolamento di procedura e prova, approvato nel 2002 dall'Assemblea degli Stati Parte, a norma dell'art. 51 dello Statuto, si deve il dettaglio, specie in chiave procedurale, delle previsioni in esso contenute, secondo il meccanismo di sinergia già sperimentato con gli Statuti dei Tribunali *ad hoc*.

²⁰ È indubbiamente significativo delle particolarità del regime di cooperazione tra Corte e Stati parte previsto dallo Statuto – e confermato dal Regolamento di procedura e prova – che esso la qualifichi come “internazionale” e non come “mutua” o “reciproca”, alla stregua di quanto avviene invece nei corrispondenti rapporti tra Stati sovrani. Per approfondimenti sull'uso di tale terminologia in relazione alla natura dei rapporti tra Corte e Stati parte Kress e al., *Part 9*, cit., 1048.

²¹ Anche lo Statuto della Corte, come già quelli dei Tribunali *ad hoc*, si limita, infatti, a considerare, in via principale, la sola ipotesi dell'esecuzione di pronunce di condanna, cui si aggiunge quella degli eventuali “ordini di riparazione” emessi in favore delle vittime (art. 75 Statuto ICC; Regole 217 ss.).

²² L'alternativa alla modalità ordinaria di conduzione delle indagini è costituita dal potere del Procuratore di effettuare direttamente, previa autorizzazione della Camera preliminare (art. 57, § 3, lett. d), indagini nel territorio di uno Stato determinato, allorché questo «*due to the unavailability of any authority or any component of its judicial system*» non sia in grado di far fronte alla cooperazione richiesta nelle forme regolate dal Capitolo 9 dello Statuto (art. 57, § 3, lett. d).

²³ Tale ipotesi è però limitata alle attività d'indagine che è possibile compiere senza ricorrere ad «*any compulsory measures*», in particolare, l'art. 99, § 4 considera a tal fine l'“esame volontario” di persone e l'acquisizione di prove, sempre fornite su base volontaria, anche senza la presenza delle autorità dello Stato richiesto, se tale procedura risulti essenziale per dare esecuzione alla richiesta, nonché le ispezioni condotte – «*without modification*» – in siti o altri luoghi pubblici. In argomento Prost – Schlunk, sub art. 99, Triffterer (ed.), *Commentary*, cit., 1135.

²⁴ Da segnalare che gli obblighi di natura “esecutiva” riguardanti le pene detentive, a differenza di quelli derivanti dal Capitolo 9 dello Statuto, non gravano indistintamente su tutti gli Stati parte, ma soltanto su quelli tra di essi che abbiano manifestato, mediante un'apposita dichiarazione, la propria disponibilità in tal senso. La concreta designazione dello Stato di esecuzione verrà operata, di conseguenza, all'interno di un'apposita lista, formata dalla Cancelleria, in cui sono elencate le «*willing Parties*». La scelta della Presidenza sarà guidata dai criteri enunciati dall'art. 103, § 3, tra i quali figurano i principi di «*equitable distribution*» elaborati dalla Regola 201.

²⁵ L'esigenza di portare ad esecuzione una pena pecuniaria in uno Stato parte è legata – come chiariscono le Regole 217 e 146 – alla circostanza che il condannato, su richiesta della Presidenza, rifiuti o comunque non sia in grado di provvedere al pagamento delle somme dovute. V. Kress – Sluiter, *Fines and forfeiture*, Cassese – Gaeta – Jones (eds.), *The Rome Statute*, cit., 1828; Schabas, sub art. 109, Triffterer (ed.), *Commentary*, cit., 1191.

²⁶ V. Kress, sub art. 86, Triffterer (ed.), *Commentary*, cit., 1053.

ZANETTI / LA COOPERAZIONE CON LA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

Stato interessato sia tenuto a dar corso alle richieste di collaborazione in modo tempestivo e con tutta la diligenza necessaria. In aggiunta a tale obbligo, e in funzione strumentale rispetto ad esso, agli Stati parte è, inoltre, fatto carico – in forza dell'art. 88 – di mettere a punto nel rispettivo ordinamento interno le procedure necessarie a rendere operative le diverse forme di cooperazione previste nel Capitolo 9. Dal tenore volutamente generico della norma, deriva che gli Stati risultano vincolati unicamente sotto il profilo del risultato da conseguire, ossia l'adeguamento del sistema interno, e non invece quanto al modo con cui ottenerlo, rispetto al quale lo Statuto non fornisce alcuna indicazione, né pone alcun limite. A seconda delle situazioni, quindi, potranno risultare necessarie revisioni di tipo costituzionale, o essere sufficienti adattamenti legislativi di livello ordinario, o ancora semplici modifiche di rilievo amministrativo²⁷. In tutti i casi, indipendentemente dalla forma e dalla natura dell'intervento richiesto, il profilo dell'adeguamento interno condiziona comunque la possibilità di un'efficace cooperazione con la Corte.

In ragione dell'ampio potere di autodeterminarsi al riguardo di cui godono gli Stati, l'indisponibilità di strumenti idonei a soddisfare la richiesta cooperazione non potrà comunque essere addotta quale valido motivo per rifiutare la collaborazione in favore della Corte. Ciò non toglie che – conferendo in tal modo un certo grado di flessibilità alla portata dell'art. 86 – lo Statuto contempra alcune ipotesi di diniego delle domande di assistenza, in forza delle quali lo Stato richiesto potrà respingere le domande di cooperazione (art. 93, § 4; art. 98), o più semplicemente differirne (art. 90; art. 93, § 9) o sospenderne (art. 89, § 2; art. 95) l'esecuzione²⁸.

IL PROCESSO DI ADEGUAMENTO DELL'ITALIA ALLO STATUTO DELLA CORTE

Il nostro Paese ha proceduto con estrema sollecitudine alla ratifica del Trattato istitutivo della Cor-

te. Già all'indomani della Conferenza di Roma fu avviato il relativo *iter* parlamentare, concluso con l'approvazione della l. 12 luglio 1999, n. 232, seguita, il 26 luglio dello stesso anno, dal deposito dello strumento di ratifica presso il Segretario Generale delle Nazioni Unite. Quel risultato – che permise all'Italia di essere tra i primi Paesi a provvedere in tal senso – fu reso possibile unicamente grazie allo stralcio, dall'iniziale d.d.l. governativo presentato in Senato (S. 3594), della parte contenente le linee-guida relative all'adeguamento interno, deciso in sede parlamentare proprio al fine di accelerare il varo della legge. Con tale obiettivo si intendeva non tanto solennizzare il ruolo svolto dall'Italia in favore dell'adozione dello Statuto, quanto piuttosto incentivare ulteriori ratifiche in vista di una rapida attivazione della Corte²⁹.

Una volta conseguito quello scopo, i tempi di approvazione della legge di adeguamento si sono però sensibilmente dilatati, rendendo di fatto, per un non breve lasso di tempo, il nostro Paese inadempiente rispetto agli obblighi derivanti dallo Statuto sul fronte della cooperazione. Sebbene, nell'ottica dell'art. 11 Cost., non siano stati, infatti, ritenuti necessari interventi di tenore costituzionale³⁰, la mancata indicazione degli strumenti normativi necessari a dare esecuzione alle eventuali richieste provenienti dalla Corte ha indubbiamente rappresentato un *vulnus* in relazione alle previsioni degli artt. 86 e 88, esponendo lo Stato ad una segnalazione all'Assemblea degli Stati parte (o al Consiglio di Sicurezza) ai sensi dell'art. 87, § 7³¹.

La lacuna normativa è stata infine colmata con l'approvazione della l. 20 dicembre 2012, n. 237³². È

²⁹ Da segnalare che il "modello italiano" di ratifica, come ricorda Bellelli, *Come adattare l'ordinamento giuridico italiano allo statuto della Corte dell'Aja*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 1300, fu valutato positivamente anche in seno al Consiglio d'Europa.

³⁰ L'aver equiparato la Corte agli ordinamenti che assicurano «la pace e la giustizia fra le Nazioni» in vista della partecipazione ai quali la Costituzione ammette limitazioni alla sovranità nazionale, ha reso sufficiente, a differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti – è, ad esempio, il caso della Francia, che ha adottato al riguardo la *loi constitutionnelle* n. 99-568 du juillet 1999 – un intervento operato con legge ordinaria. V. Chiavario, *Sull'efficacia della Corte*, cit., 7. Inoltre Bellelli, *Come adattare*, cit., 1299 ss.

³¹ Secondo quanto indicato dal § 7 dell'art. 87 il "deferimento" dell'omissione dovrà essere effettuato al Consiglio di Sicurezza invece che all'Assemblea degli Stati parte allorché il caso per cui si procede sia stato segnalato alla Corte dal Consiglio stesso.

³² L'*iter* parlamentare della legge ha avuto inizio nel luglio 2008, con la presentazione alla Camera del d.d.l. n. 1439, dove dopo essere stato unificato con altre proposte, fu approvato, in prima lettura, l'8 giugno 2011. Trasmesso il giorno successivo all'altro ramo del Parlamento, il d.d.l. S. 2769 fu approvato, con modificazioni, il 19 settembre 2012. Nuovamente trasmesso alla

Inoltre Selvaggi, *La Corte penale internazionale e la cooperazione giudiziaria*, Lattanzi – Monetti (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi – competenza – reati – processo*, Milano, 2006, 1390.

²⁷ Per approfondimenti Chiavario, *Sull'efficacia della Corte*, cit., 6. Inoltre Castellaneta, *La cooperazione*, cit., 345; Ciampi, *The obligation to cooperate*, Cassese – Gaeta – Jones (eds.), *The Rome Statute*, cit., 1626.

²⁸ Qualora, in fase esecutiva, si prospettino problemi o difficoltà tali da compromettere o da intralciare l'esecuzione di una richiesta di cooperazione l'art. 97 dello Statuto prevede, al fine di comporre la questione, l'avvio di apposite procedure di consultazioni tra la Corte e lo Stato interessato, Prost – Schlunk, sub art. 97, Triffterer (ed.), *Commentary*, cit., 1129.

opportuno segnalare, però, come essa disponga unicamente quanto all'adeguamento sotto il profilo processuale, senza prevedere norme di contenuto sostanziale, con la sola eccezione dell'art. 10, riguardante alcuni delitti commessi in danno della Corte e dei suoi membri³³. Non si è, quindi, provveduto ad introdurre nel nostro sistema le fattispecie incriminatrici soggette alla giurisdizione della Corte³⁴ (artt. 5 – 8 ICC), per quanto in esso ancora non compiutamente presenti³⁵, scelta da imputarsi, a quanto emerge dagli atti parlamentari, alla volontà di non prolungare ulteriormente i tempi di approvazione della legge. Quest'ultima si limita così a disciplinare, seguendo l'impianto dei Capitoli 9 e 10 dello Statuto, i due principali ambiti dei rapporti con la Corte, ossia quelli della cooperazione giudiziaria, ai fini rispettivamente di "consegna" e dello svolgimento di atti di indagine nel territorio dello Stato (artt. 11 – 14) e della esecuzione delle pene da essa irrogate (artt. 15 – 24).

Se quanto all'impostazione complessiva sono dunque ben evidenti le ascendenze della l. n. 237 del 2012, egualmente ben identificabili sono i riferimenti cui ricondurre il suo contenuto, sia per quanto con-

cerne i principi generali, sia per ciò che attiene alle soluzioni operative in essa adottate. In tal senso sono da considerare collegamenti sia impliciti che espliciti. Nel primo senso è palese la linea di continuità con le leggi di adeguamento ai Tribunali per la ex-Jugoslavia (d.l. 28 dicembre 1993, n. 544, convertito con modificazioni, in l. 14 febbraio 1994, n. 120) e per il Ruanda (l. 2 agosto 2002, n. 181), delle quali sono stati ripresi non pochi spunti. Altrettanto significativo è, poi, il legame con la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera contenuta nel libro XI del codice di procedura, cui del resto esplicitamente fa rinvio – in funzione residuale – l'art. 3, comma 1, della legge in esame.

Ribadendo la soluzione già sperimentata proprio rispetto ai Tribunali *ad hoc*, neppure in questo caso il legislatore ha, infatti, ritenuto di mettere a punto un "nuovo" modello di cooperazione, limitandosi a riproporre, in linea di massima, ma con alcune significative varianti, il sistema tradizionale della cooperazione tra Stati. Ad unificare queste due linee ispiratrici è poi la prospettiva della tendenziale semplificazione delle forme e dello snellimento delle procedure³⁶, che può essere individuata quale minimo comun denominatore dell'intero provvedimento, in ragione della peculiare natura della Corte e dal carattere cogente dell'assistenza prestata in suo favore. Tale ultimo profilo emerge, infatti, sin dalla rubrica dell'art. 1 (*Obbligo di cooperazione*), che riconduce programmaticamente l'intero ambito della cooperazione, processuale ed esecutiva, dello Stato nell'alveo dello Statuto ICC³⁷.

LA LEGGE DI ADEGUAMENTO: LE DISPOSIZIONI GENERALI

Richiamando un principio consueto in materia³⁸, l'unico limite alla solenne enunciazione di principio contenuta nell'art. 1 della l. 237 del 2012 è rappresen-

Camera è stato, poi, definitivamente approvato il 4 dicembre 2012.

³³ Si devono a tale previsione alcune modifiche al codice penale, funzionali agli obblighi di cooperazione con la Corte. In particolare, grazie ad essa si è provveduto ad estendere agli organi, ai funzionari e al personale della Corte alcune fattispecie di reato già contemplate nell'ambito dei delitti dei pubblici ufficiali e dei privati contro la P.A. e ad introdurre – mediante l'art. 343bis c.p. – di ulteriori, che riproducono alcune delle vigenti ipotesi di delitti contro l'amministrazione della giustizia, sanzionate ora anche se commesse dinanzi alla Corte o al suo Procuratore.

³⁴ In realtà, inizialmente, il testo del d.d.l. all'esame della Camera prevedeva anche una parte di contenuto sostanziale, il cui stralcio fu poi deciso proprio a conclusione dell'esame della Camera. Anche per questa ragione, considera quella operata al riguardo dal nostro legislatore una «scelta al ribasso» Castellaneta, *Nonostante l'introduzione di alcune modifiche al Cp la legge è un testo incompleto e con gravi lacune*, Guida dir., 2013, 10, 53; inoltre Meloni, *Il lento adeguamento dell'Italia allo statuto della Corte penale internazionale: pubblicata la legge sulla cooperazione giudiziaria con la Corte e sull'esecuzione dei suoi provvedimenti*, 11 gennaio 2013, www.penalecontemporaneo.it

³⁵ Considerate le fattispecie *de quibus*, non sembra, infatti, infondato ritenere che esse riguardino comunque, in massima parte, condotte già penalmente rilevanti per il nostro ordinamento interno e che una loro introduzione sarebbe valsa non tanto a renderle sanzionabili *ex novo*, ma piuttosto a sanare eventuali lacune (è, ad esempio il caso della tortura, ricompresa dall'art. 7, § 1, lett. f) dello Statuto ICC tra i crimini contro l'umanità, ma ancora non prevista dalla nostra legislazione) derivanti dalla formulazione estremamente articolata che quei crimini hanno ricevuto nello Statuto. Va, del resto, considerato che molte di esse rimandano al diritto internazionale consuetudinario – v., in tal senso, l'art. 8, lett. b) ed e) dello Statuto che rimanda a «*laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law*» –, per cui non è da escludere che in questo caso possa operare il meccanismo di adeguamento "automatico" previsto dall'art. 10, comma I Cost.

³⁶ Si ispira a questa logica, sebbene nell'ottica della sola "consegna", l'art. 91, § 1, lett. c) dello Statuto ICC, secondo cui le condizioni previste dalla relativa procedura dello Stato richiesto, non solo non dovranno essere più gravose di quelle applicabili in caso di estradizione, ma se possibile dovranno essere rispetto ad esse «*less burdensome*». Sulla valenza generale di tale previsione Bellelli, *Come adattare*, cit., 1302; Pierini, *All'indomani*, cit., 3325.

³⁷ Nessuna menzione viene, invece, fatta dall'art. 1 al Regolamento di Procedura e Prova, la cui Regola 204 viene pure richiamata dall'art. 16, comma 5, con riferimento alle formalità da seguire in caso di accettazione della designazione del nostro Paese quale Stato di esecuzione, all'esito della procedura di riconoscimento della sentenza da eseguire.

³⁸ Il requisito della compatibilità costituzionale compare, infatti, già negli artt. 705 e 720 c.p.p., in tema di estradizione; nell'art. 723, in tema di rogatorie e nell'art. 733, in materia di riconoscimento delle sentenze straniere. V., anche, gli artt. 7, comma 2 d.l. n. 544 del 1993 e l. n. 181 del 2002.

ZANETTI / LA COOPERAZIONE CON LA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

tato dalla necessità che la cooperazione – richiesta e prestata – non contrasti con i «principi fondamentali dell'ordinamento giuridico» dello Stato.

Il vincolo della compatibilità costituzionale condiziona anche, sul piano delle norme applicabili, la possibilità di osservare, nel dar seguito ad una richiesta di assistenza giudiziaria, le forme espressamente richieste dalla Corte (art. 3, comma 2). Quest'ultima previsione rappresenta comunque un'eccezione rispetto alla regola generale, che per il compimento delle attività concernenti la consegna, la cooperazione in senso stretto e l'esecuzione delle sentenze rimanda, per quanto «non diversamente disposto dalla presente legge», alle corrispondenti previsioni codicistiche in tema di estradizione (titolo II), di rogatorie (titolo III) e di riconoscimento delle sentenze straniere (titolo IV).

Secondo un'impostazione consolidata³⁹, il ruolo di autorità centrale e di referente della Corte per gli adempimenti in materia di cooperazione è stato individuato nel Ministro della giustizia, competente in via esclusiva a ricevere e a dar seguito alle richieste provenienti dalla Corte e ad inviare ad essa «ove occorra» atti e richieste (art. 2, comma 1). Del pari il Ministro è indicato quale tramite nel caso in cui l'autorità giudiziaria italiana – avvalendosi dell'art. 93, § 10 dello Statuto ICC – intenda rivolgere richieste di assistenza alla Corte (art. 8, comma 1)⁴⁰.

Nel contesto in esame sono però da segnalare alcune differenze rispetto alle usuali attribuzioni riconosciute al Ministro della giustizia sul fronte della cooperazione giudiziaria internazionale. In primo luogo, diversamente da quanto previsto in ambito codicistico⁴¹, ma del resto in conformità con la natura della collaborazione in favore della Corte, non gli sono conferiti poteri di vaglio, e di conseguente rigetto, delle

domande ricevute: la lettera dell'art. 2, comma 1 non lascia margini per interpretazioni di tipo diverso. Va, quindi, considerata un'eccezione alla regola la limitata ipotesi della sospensione dell'espletamento delle attività richieste, che è prevista dall'art. 5, comma 2, per esigenze legate alla tutela della sicurezza nazionale⁴². Per contro, l'art. 2 valorizza il ruolo del Ministro sotto ulteriori profili. Fermo restando il potere, qualora «ne ricorra la necessità» di concordare la propria azione con altri Ministri interessati, con altre istituzioni o organi dello Stato⁴³, egli dovrà stabilire l'ordine di precedenza nel caso di concorso tra più domande di cooperazione, in applicazione dei criteri previsti dagli artt. 90 e 93 dello Statuto ICC, rispettivamente per le ipotesi di «consegna» e di assistenza giudiziaria⁴⁴. Gli è, infine, attribuito il compito di garantire il carattere riservato delle richieste e di assicurare la celerità e la correttezza delle modalità di esecuzione (art. 2, comma 3).

Le competenze di natura giudiziaria riguardanti le diverse forme di cooperazione con la Corte sono

⁴² In linea con l'art. 93, § 4 dello Statuto ICC, infatti, l'art. 5, comma 2 attribuisce espressamente al Ministro della giustizia il potere di sospendere la trasmissione di determinati atti e documenti, le attività di consegna o di acquisizione di prove, oggetto di richiesta da parte della Corte, ove abbia motivo ritenere, se del caso previa intesa con i ministri interessati, che l'espletamento di quelle attività possa compromettere la sicurezza nazionale. A seguito della sospensione verranno avviate, di concerto con la Corte, le consultazioni previste dall'art. 72 dello Statuto ICC allo scopo di definire la questione. Più stringente si profila, invece, il controllo nel caso di richieste di cooperazione rivolte dall'autorità giudiziaria italiana alla Corte. In virtù dell'espresso rinvio alle norme del capo II del titolo III del libro XI c.p.p. contenuto nell'art. 8, comma 1, il Ministro potrà, infatti, ex art. 727, comma 2, c.p.p. non dar corso alla richiesta, qualora «ritenga che possano essere compromessi la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato».

⁴³ Questa esigenza potrebbe prospettarsi, ad esempio, con riguardo al Ministro della difesa in presenza di richieste di cooperazione che riguardino reati commessi da militari italiani o in loro danno (v. art. 23, comma 3).

⁴⁴ In particolare, l'art. 90 regola le ipotesi del concorso tra richieste di consegna provenienti dalla Corte e domande di estradizione provenienti da uno Stato, dettando una serie di criteri differenziati a seconda che lo Stato richiedente sia o meno uno Stato parte dello Statuto ICC. A questi criteri si farà ricorso, ad esempio, nel caso di richiesta di consegna alla Corte concorrente con un mandato d'arresto europeo. Tale eventualità è, infatti, tutt'altro che ipotetica, dal momento che tra i reati per cui è possibile emettere un m.a.e., elencati dall'art. 2, § 2 della Decisione-quadro n. 584 del 2002, figurano anche «i reati che rientrano nella competenza della Corte penale internazionale». A ciò si aggiunge che l'art. 16, § 4 della stessa Decisione-quadro «lascia impregiudicati gli obblighi degli Stati membri che derivano dallo Statuto istitutivo della Corte». Sul punto Lanciotti, *Rapporti tra l'attuazione del mandato di arresto europeo e la giurisdizione della Corte penale internazionale*, Pansini – Scalfati (a cura di), *Il mandato di arresto europeo*, Napoli, 2005, 194. In base ai criteri dettati – a titolo esemplificativo – dall'art. dall'art. 697, comma 2 c.p.p., il Ministro stabilirà, invece, l'ordine di priorità nel caso di concorso tra più domande, in quell'ipotesi, di estradizione.

³⁹ La soluzione, abituale nella cooperazione giudiziaria in materia penale, trova riscontro, infatti, sia nel libro XI del codice di procedura (v., tra gli altri, gli artt. 697, 703, 708, 709, 714, 723, 724, 730, 731), sia nelle leggi di adeguamento ai Tribunali *ad hoc* (v. artt. 2, comma 2 d.l. n. 544 del 1993 e l. n. 181 del 2002).

⁴⁰ Per questa eventualità l'art. 8, comma 1 dispone che l'autorità giudiziaria interessata invii la richiesta al Procuratore generale presso la corte di appello di Roma perché questi la trasmetta, a propria volta, al Ministro che ne curerà l'inoltro alla Corte. In caso di ritardi negli adempimenti successivi, applicandosi l'art. 727, comma 4, il Procuratore generale potrà provvedere direttamente alla trasmissione, informando semplicemente il Ministro (art. 8, comma 2).

⁴¹ Cfr., sul punto, gli artt. 703, comma 1, c.p.p., in merito al potere del Ministro di respingere una richiesta di estradizione, e 723 c.p.p., quanto ai possibili motivi di rigetto di una richiesta di rogatoria passiva. L'art. 2, comma 1 trova, invece, piena corrispondenza sul punto con gli artt. 2, comma 2 del d.l. n. 544 del 1993 e della l. n. 181 del 2002. V. Chiavario, *Manuale dell'extradizione e del mandato d'arresto europeo*, Torino, 2013, 107.

state, invece, accentrate – con qualche limitata eccezione (art. 4, comma 5) – presso la corte di appello di Roma. Il Procuratore generale presso tale corte è, infatti, chiamato a dare esecuzione, a prescindere dal loro contenuto, alle richieste ricevute dal Ministro della giustizia e da questi trasmesse. In alternativa, egli potrebbe essere chiamato a fornire la necessaria collaborazione al Procuratore della Corte penale internazionale che decidesse di portare direttamente a compimento – ai sensi dell'art. 99, § 4 dello Statuto – atti d'indagine nel territorio dello Stato (art. 4, comma 1). Nel Procuratore generale è, inoltre, stato individuato il soggetto incaricato di partecipare per l'Italia alle "consultazioni" con Corte penale internazionale previste dallo Statuto (art. 9)⁴⁵.

Attesa la natura dei crimini soggetti alla giurisdizione della Corte, la legge in esame prevede opportunamente anche una norma in tema di riparto di competenze tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione militare⁴⁶. A tal proposito, infatti, l'art. 23, comma 1 stabilisce che le regole vigenti in materia si applichino anche ai fini della cooperazione con la Corte. Ne consegue che, per i fatti sottoposti alla giurisdizione militare, le funzioni giudiziarie siano esercitate dalla corte d'appello militare di Roma al cui Procuratore generale il Ministro della giustizia dovrà trasmettere le relative richieste. Le funzioni espressamente attribuite al Ministro verranno da questi esercitate di concerto con il Ministro della difesa (art. 23, comma 2), salvo per quanto concerne le attribuzioni riguardanti l'ordinamento penitenziario militare, conferite a quest'ultimo in via esclusiva (art. 23, comma 3).

Da segnalare, infine, l'estensione delle disposizioni in tema di patrocinio a spese dello Stato (d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 e successive modifiche) alle procedure di esecuzione delle richieste provenienti dalla Corte da eseguire nel territorio dello Stato. In forza dell'art. 7, la persona nei cui confronti la Corte procede potrà, quindi, essere ammessa, previa verifica della sussistenza delle necessarie condizioni, a beneficiare del gratuito patrocinio⁴⁷.

⁴⁵ Le "consultazioni" tra Corte penale internazionale e Stati interessati sono uno strumento previsto con una certa frequenza dallo Statuto al fine di risolvere, in prospettiva negoziale, eventuali ostacoli o difficoltà che possano insorgere, in particolare, nello svolgimento delle attività di cooperazione. È, tra gli altri, il caso dell'art. 91, § 4, in tema di consegna, e dell'art. 93, § 3 e § 9, in tema di assistenza giudiziaria.

⁴⁶ Su alcuni profili dei problemi inerenti al riparto di giurisdizione Pierini, *All'indomani*, 3322.

⁴⁷ In questo caso, in ossequio al rinvio alle "disposizioni" del d.p.r. n. 115 del 2002 contenuto nell'art. 7, competente a ricevere le istanze di ammissione al gratuito patrocinio e a decidere su di esse, in qualità di giudice che procede (art. 93, comma 1 e 96, comma 1, d.p.r. n. 115 del 2002), è la corte di appello di Roma.

L'ASSISTENZA GIUDIZIARIA

L'art. 4 – come del resto l'art. 93 dello Statuto «*Other forms of cooperations*» – non fornisce alcuna definizione della nozione di "cooperazione giudiziaria", né dà indicazioni circa le tipologie di atti ad essa riconducibili⁴⁸, limitandosi a disciplinarne le modalità di esecuzione.

A tale riguardo è previsto che il Ministro della giustizia inoltri la richiesta proveniente dalla Corte penale internazionale⁴⁹ al Procuratore generale presso la corte di appello di Roma, perché ne curi l'esecuzione nel territorio dello Stato⁵⁰. Qualora il Procuratore della Corte penale internazionale non si avvalga del potere di svolgere direttamente le indagini *in loco*, ex art. 4, comma 1, le richieste che abbiano ad oggetto attività di indagine, in senso lato, o di acquisizione di prove troveranno esecuzione mediante un procedimento "semplificato". A differenza di quanto previsto dall'art. 724, comma 1, c.p.p. per la corrispondente fase in caso di rogatorie dall'estero⁵¹, manca, infatti, in esso l'accertamento giudiziale in funzione di *exequatur*. La corte d'appello si limiterà, infatti, a dar corso alla richiesta pervenuta mediante decreto con cui incarica dell'esecuzione un suo componente o il g.i.p. del luogo in cui devono essere compiuti gli atti.

⁴⁸ L'art. 93, § 1 dello Statuto contiene, invece, un lungo elenco – per altro non tassativo come si evince dalla presenza in esso dell'ipotesi di «*any other type of assistance*» in grado di agevolare «*the investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court*» – di attività (ben undici) che possono trovare esecuzione mediante richieste rivolte agli Stati parte. In argomento Prost – Schlunk, sub art. 93, Triffterer (ed.), *Commentary*, cit., 1101. Inoltre Ciampi, *Other forms of cooperations*, Cassese – Gaeta – Jones (eds.), *The Rome Statute*, cit., 1728; Michelini, *Le altre forme di cooperazione*, Lattanzi – Monetti (a cura di), *La Corte penale internazionale*, cit. 1455.

⁴⁹ Il contenuto di tali richieste è disciplinato dall'art. 96 dello Statuto ICC, che oltre a prevedere per esse la forma scritta, precisa che, in caso di urgenza, potranno essere inviate con ogni mezzo idoneo alla trasmissione di documenti scritti, purché venga poi confermata, ai sensi dell'art. 87, § 1, lett. a), attraverso il canale diplomatico o il diverso canale appositamente indicato a quel fine dallo Stato interessato all'atto della ratifica o dell'adesione al Trattato istitutivo.

⁵⁰ Diversamente da quanto previsto dagli artt. 10, comma 6 d. l. n. 544 del 1993 e l. n. 181 del 2002, anche le domande concernenti citazioni e notificazioni competono, di regola, al Procuratore generale presso la corte di appello di Roma – che dovrà eseguirle «direttamente» – e potranno essere inviate al Procuratore della Repubblica presso il tribunale del luogo di esecuzione solo in presenza di « motivate ragioni ». In ogni caso, questi dovrà provvedere in ordine alle richieste «senza ritardo». Anche tale scelta va inquadrata nell'ottica del rafforzamento dell'«effettività» della disciplina della cooperazione.

⁵¹ Per vero, anche l'art. 724 ammette deroghe alla necessità della «previa decisione favorevole della corte di appello», nei casi di richiesta di citazione di testimoni (art. 726 c.p.p.) e di richiesta proveniente da autorità amministrative straniere (art. 726 *ter* c.p.p.).

Su richiesta, i giudici e il Procuratore della Corte penale internazionale potranno essere ammessi ad "assistere" all'assunzione degli atti richiesti⁵². Che a loro sia, però, consentita una piena "partecipazione" a tali attività è indirettamente attestato dal fatto che, in quella sede, potranno formulare domande e suggerire «modalità esecutive». Tale ultima disposizione va raccordata all'art. 3, comma 2 che espressamente prevede – entro il limite della non contrarietà ai «principi fondamentali dell'ordinamento» – un'attenuazione del principio *locus regit actum*, analogamente a quanto, del resto, già previsto dal codice di procedura in materia di rogatorie passive (art. 725, comma 2).

A corredo delle norme in tema di modalità esecutive è, inoltre, consentito l'accompagnamento coattivo dei soggetti – indicati dall'art. 133 c.p.p. – che pure ritualmente citati non siano comparsi, come già previsto dagli artt. 10, comma 7 d. l. n. 544 del 1993 e l. n. 181 del 2002. In favore degli stessi soggetti⁵³ è poi prevista la concessione di immunità temporanea in relazione ai «fatti anteriori alla notifica della citazione», sia pure per una durata sensibilmente inferiore (5 giorni) rispetto a quella (15 giorni) prevista per l'omologa situazione dall'art. 728 c.p.p.

Ai fini di consentire il soddisfacimento delle richieste provenienti dalla Corte, l'art. 5, comma 3 contempla una specifica eccezione al generale obbligo di segreto degli atti d'indagine sancito dall'art. 329 c.p.p., consentendo al Ministro della giustizia di ottenere dall'autorità giudiziaria copie di atti di procedimenti penali e informazioni scritte sul loro contenuto. Viceversa, non potranno essere trasmessi alla Corte, senza il consenso dello Stato di provenienza, eventuali atti o documenti acquisiti all'estero che siano stati dichiarati "riservati" all'atto dell'acquisizione, ferma restando l'applicazione dell'art. 73 dello Statuto ICC⁵⁴.

⁵² Per rendere possibile l'esercizio di quel diritto l'art. 4, comma 4 dispone che la Corte sia informata, su richiesta, della data e del luogo di esecuzione degli atti richiesti.

⁵³ Proprio per effetto del rinvio all'art. 133 c.p.p., nel caso di specie, la norma trova un'applicazione più estesa rispetto a quanto previsto dall'art. 728 c.p.p. con riferimento alle rogatorie, in cui a beneficiare dell'immunità sono soltanto il testimone, il perito e l'imputato.

⁵⁴ Tale articolo prevede che la Corte possa, in tal caso, rivolgersi direttamente alla "fonte" del documento o dell'informazione per ottenere che essi siano resi pubblici. Se il Paese di provenienza è uno Stato parte, la Corte potrà avviare consultazioni al fine di superare l'impasse; in caso contrario, di fronte al rifiuto opposto dallo Stato di provenienza, lo Stato richiesto non potrà che informare la Corte dell'impossibilità di fornire il materiale coperto da segreto.

LA COOPERAZIONE A FINI DI "CONSEGNA"

Le richieste di cooperazione provenienti dalla Corte penale internazionale possono inoltre concernere la consegna di persone – localizzate nel territorio dello Stato – nei confronti delle quali essa abbia emesso ordini di cattura (*warrant of arrest*, art. 58 Statuto ICC) o sentenze di condanna a pena detentiva.

Il relativo procedimento, pur modellato su quello codicistico previsto in caso di estradizione per l'estero (artt. 697 ss. c.p.p.), risente in modo palese della tendenziale semplificazione che connota nel suo complesso la normativa di adeguamento, a partire dalla consueta centralizzazione delle procedure presso la corte di appello di Roma. Anche il ruolo attribuito al Procuratore generale contribuisce, del resto, allo snellimento delle procedure e all'accelerazione dei tempi – come già negli artt. 11, comma 2 del d. l. n. 544 del 1993 e della l. n. 181 del 2002 – dal momento che, senza compiere gli accertamenti preliminari previsti dall'art. 703 c.p.p., egli dovrà soltanto presentare alla corte «senza ritardo» le sue conclusioni in ordine alla consegna⁵⁵. Quanto alle forme dell'udienza, l'art. 13, comma 2 rimanda a quelle del rito camerale, *ex art. 127*, pure con la partecipazione necessaria del difensore. È, invece, meramente eventuale quella di un rappresentante della Corte, *ex art. 13*, comma 6.

Lo sganciamento dal modello offerto dall'extradizione non giunge però sino al punto da rinunciare, analogamente a quanto accade in materia di assistenza giudiziaria, al vaglio giurisdizionale rimesso alla corte di appello, che vi provvede, però, in applicazione di parametri parzialmente diversi da quelli enunciati dall'art. 705 c.p.p. L'art. 13, comma 3 si limita a prevedere quattro motivi tassativi di rifiuto della richiesta costituiti, secondo l'ordine di elencazione: a) dalla mancata emissione da parte della Corte penale internazionale di un provvedimento restrittivo della libertà personale o di una sentenza definitiva di condanna; b) dalla mancata corrispondenza tra l'identità fisica tra la persona richiesta e quella sottoposta alla procedura di consegna; c) dalla presenza nella richiesta di disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico; d) dalla pronuncia nello

⁵⁵ Non opera, quindi, in questa ipotesi il diverso è più lungo termine di tre mesi, fissato per tale adempimento dall'art. 703, comma 4, c.p.p. La requisitoria del Procuratore generale è depositata nella cancelleria della corte di appello e di tale deposito, secondo quanto previsto dall'art. 13, comma 1, è data comunicazione alle parti, unitamente all'avviso della data dell'udienza. Tra le "parti" che hanno diritto a tali comunicazioni è sicuramente da ritenere compresa anche la Corte penale internazionale, atteso che, ai sensi dell'art. 13, comma 6 è ammessa la sua partecipazione all'udienza. V. Chiavario, *Manuale dell'extradizione*, cit., 109 ss.

Stato di una precedente sentenza per lo stesso fatto nei confronti della stessa persona, fatto salvo quanto previsto dall'art. 89, § 2 dello Statuto⁵⁶. Oltre ad ipotesi piuttosto scontate – attesa la natura della Corte – quali il rischio di un procedimento che non assicuri il rispetto dei diritti umani (art. 705, comma 2, lett. a) o il pericolo di atti discriminatori o di pene o trattamenti inumani o degradanti (art. 705, comma 2, lett. c) nel catalogo dell'art. 13 non compare neppure il requisito della doppia incriminabilità, che invece è previsto quale ipotesi di rifiuto della consegna verso i Tribunali *ad hoc* (cfr. artt. 11, comma 3, lett. d) d. l. n. 544 del 1993 e l. n. 181 del 2002)⁵⁷.

Ai motivi di rifiuto si affianca poi un caso di sospensione del procedimento in corso dinanzi alla corte di appello, rappresentato dalla eccepita estraneità del fatto dalla giurisdizione della Corte penale internazionale, che opera però soltanto nell'ipotesi in cui si proceda a seguito dell'emissione di un ordine di arresto⁵⁸, e non quindi in presenza di una sentenza definitiva di condanna (art. 13, comma 4).

All'esito dell'udienza, la corte di appello decide con sentenza ricorribile per cassazione. Al ricorso, esperibile anche con riferimento alle condizioni di diniego previste dall'art. 13, è attribuito effetto sospensivo. Allorché la decisione della corte sia divenuta definitiva, perché non impugnata o perché confermata dalla cassazione – ovvero nell'ipotesi "alternativa" in cui la persona richiesta dalla Corte penale internazionale abbia prestato consenso alla consegna⁵⁹ – il Ministro della giustizia dovrà provvedere, entro venti giorni, mediante apposito decreto in ordine alla richiesta⁶⁰.

⁵⁶ In virtù di tale previsione, qualora sia eccepito il *ne bis in idem* dinanzi all'autorità giudiziaria nazionale che procede, dovranno essere avviate consultazioni con la Corte al fine di verificare se sia o meno già stata emessa la decisione sulla procedibilità. In caso affermativo, lo Stato interessato dovrà comunque procedere all'esecuzione della richiesta, qualora tale decisione sia ancora pendente la procedura in ambito nazionale sarà sospesa, in attesa che la Corte si pronunci a riguardo.

⁵⁷ In favore dell'esclusione di quel criterio dalla legge in esame si era espresso il Procuratore generale della corte di cassazione nell'audizione effettuata, il 19 giugno 2012, dinanzi alla Commissione Giustizia del Senato durante l'iter parlamentare del d.d.l. n. 2769, richiamando, in particolare, le più recenti tendenze della cooperazione giudiziaria internazionale.

⁵⁸ In questa eventualità, sempre che l'eccezione non appaia manifestamente infondata, la corte di appello sospenderà, con ordinanza, il procedimento sino alla decisione della Corte penale internazionale sul punto, cui il Ministro della giustizia avrà trasmesso gli atti relativi.

⁵⁹ Secondo la regola generale – recepita anche nell'art. 701, comma 2 c.p.p. e negli artt. 11, comma 4 d. l. n. 544 del 1993 e l. n. 181 del 2002 – il consenso dell'interessato rende superflua la fase giurisdizionale dinanzi alla corte di appello. Il consenso, per evidenti ragioni garantiste, deve essere espresso alla presenza del difensore e ne va fatta menzione nel verbale.

⁶⁰ Il termine, assai più breve di quello di quarantacinque giorni previsto per i corrispondenti adempimenti in caso

Verranno in seguito concordate con la Corte le modalità pratiche della consegna, specie per quanto attiene alle circostanze di tempo e di luogo in cui essa dovrà avvenire.

In funzione strumentale rispetto alla "consegna" è anche prevista l'adozione di cautele essenzialmente volte ad impedire la fuga della persona richiesta. In quest'ottica verosimilmente si spiega l'automatismo introdotto dall'art. 11, comma 1⁶¹, che considera quale unica tipologia di misura applicabile in questo ambito la custodia cautelare. Inutile dire quanto tale previsione risulti problematica in prospettiva costituzionale, anche alla luce delle ferme prese di posizione della Consulta in materia⁶².

Sulla richiesta formulata dal Procuratore generale, a seguito della ricezione degli atti provenienti dalla Corte penale internazionale, la corte di appello di Roma decide con ordinanza ricorribile per cassazione, unicamente per «violazione di legge», atteso il rinvio all'art. 719 c.p.p. contenuto nell'art. 11, comma 2. A mitigare parzialmente il rigore di tali previsioni – cui si somma la mancanza di efficacia sospensiva dell'eventuale impugnazione proposta – è prevista la possibilità di concedere, su richiesta dell'interessato, la libertà provvisoria, ai sensi dell'art. 59, § 3 dello Statuto ICC, previa comunicazione alla Corte penale internazionale⁶³.

di estradizione dall'art. 708 c.p.p., decorre, rispettivamente dalla notizia della scadenza del termine per impugnare, dal deposito della sentenza della corte di cassazione, ovvero dalla ricezione del verbale in cui è documentato il consenso alla consegna.

⁶¹ Considerato il modo in cui la norma è formulata non sembra, infatti, residuino margini di apprezzamento né quanto alla richiesta della misura da parte del Procuratore generale, né tanto meno quanto alla scelta della misura in concreto applicabile da parte della corte di appello.

⁶² Sono ormai un numero significativo le decisioni che hanno ritenuto l'illegittimità di analoghi "automatismi" introdotti nell'art. 275, comma 3, c.p.p., con riferimento ad alcune tipologie di reati V., in particolare, le sentenze C. cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, *Giur. cost.*, 2010, 3169, in tema di reati di natura sessuale; C. cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, *Giur. cost.*, 2011, 3721, in tema di omicidio volontario; C. cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, *Giur. cost.*, 2011, 2950, in tema di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti; C. cost., sent. 16 dicembre 2011, n. 331, *Giur. cost.*, 2011, 4554, in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; C. cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, *Giur. cost.*, 2012, 1619, in tema di associazione per delinquere finalizzata allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p.; C. cost., sent. 25 marzo 2013, n. 57, *Proc. pen. giust.*, 2013, 3, 26, in tema di delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416bis.

⁶³ Anche sulle richieste di applicazione e di revoca della libertà provvisoria la corte di appello decide con ordinanza, ricorribile per cassazione a norma dell'art. 719 c.p.p., con la quale, se del caso, al fine di assicurare comunque la consegna, potrà applicare le misure del divieto di espatrio (art. 281 c.p.p.) dell'obbligo di presentazione alla p.g. (art. 282 c.p.p.) e del divieto ed obbligo di dimora (art. 283 c.p.p.).

Una volta applicata la misura, il Presidente della corte di appello deve provvedere entro il breve termine di tre giorni dall'esecuzione all'identificazione della persona, adempimento in vista del quale è prevista, in ossequio all'art. 717, comma 2 c.p.p., la nomina di un difensore d'ufficio, qualora l'invito a nominarne uno di fiducia sia rimasto privo di effetto.

Come già negli artt. 12, comma 4 d. l. n. 544 del 1993 e l. n. 181 del 2002, l'art. 12 della legge in esame considera alcuni casi di revoca della misura cautelare applicata, in prevalenza "disegnate" sulle scansioni temporali della procedura applicativa. A provocare la perdita di efficacia della cautela è in primo luogo – com'è naturale – l'adozione da parte della corte di appello di una decisione contraria alla consegna (b), cui si aggiungono le ipotesi di inutile decorso dei termini di: a) un anno dall'inizio della sua esecuzione senza che la corte di appello si sia espressa sulla consegna; c) venti giorni senza che sia stato emesso il decreto che dispone la consegna; d) quindici giorni per la presa in carico del soggetto da parte della Corte penale internazionale.

In caso di urgenza è altresì prevista, dall'art. 14, l'adozione della custodia cautelare in via provvisoria e temporanea, in attesa della formale ricezione della domanda di consegna. A tal fine è comunque necessaria una formale richiesta della Corte penale internazionale, che dovrà in ogni caso confermare l'avvenuta emissione di un ordine di arresto nei confronti della persona e l'intenzione di chiederne la consegna (art. 14, comma 1, lett. a).

L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE

Ad uno sguardo d'insieme, la disciplina interna in materia di cooperazione di tipo esecutivo risulta pesantemente condizionata dai rigorosi poteri di supervisione e di controllo che lo Statuto riserva in questo ambito alla Corte penale internazionale⁶⁴. In tal senso basti considerare che, per un verso lo Stato di esecuzione non può, in alcun caso, modificare le sentenze da essa inflitte (art. 105, § 1 Statuto ICC) e per l'altro che è la sola Corte a poter provvedere, in via esclusiva, sulle impugnazioni e sulle richieste di revisione (art. 105, § 2) e di riduzione della pena (art. 110, § 3 Statuto ICC).

Poste queste premesse, e rilevato come l'art. 15 della legge di adeguamento individui la corte di ap-

pello di Roma quale giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 665, comma 1 c.p.p., è opportuno sottolineare come operino presupposti e regole parzialmente diversi a seconda che debba trovare attuazione nello Stato una pena detentiva o una pena pecuniaria⁶⁵, fermo restando che, in nessun caso, alle sentenze della Corte è comunque attribuita una diretta esecutività.

L'esigenza che sia eseguita in Italia una condanna a pena detentiva presuppone non solo l'avvenuto passaggio in giudicato della sentenza *de qua*⁶⁶, ma anche la designazione del nostro Paese quale Stato di esecuzione da parte della Presidenza della Corte, e la sua conseguente accettazione⁶⁷. Superati questi passaggi preliminari, si dovrà provvedere, sul versante interno, al riconoscimento della sentenza.

La relativa procedura è avviata dal Procuratore generale presso la corte di appello di Roma, che decide in merito, all'esito di un procedimento camerale, in virtù del rinvio all'art. 127 contenuto nell'art. 16, comma 4. Il riconoscimento sarà negato e, quindi, la sentenza non verrà eseguita, allorché la corte accerti rispetto ad essa, ai sensi dell'art. 16, comma 3: a) la mancata irrevocabilità a norma dello Statuto; b) la presenza di disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento; c) la pronuncia nello Stato di una sentenza irrevocabile nei confronti della stessa persona per lo stesso fatto⁶⁸. La decisione della corte è

⁶⁵ Quanto al profilo del trattamento sanzionatorio l'art. 77 dello Statuto ICC prevede pene principali, di tipo detentivo, costituite dall'ergastolo e dalla reclusione per un periodo non superiore a trent'anni, e pene "aggiuntive" rispetto alle precedenti, di tipo pecuniario, rappresentate dalla multa e dalla confisca dei «*proceeds, property and assets*», derivati direttamente o indirettamente dal crimine, fatti salvi i diritti dei terzi in buona fede. La quantificazione delle pene detentive viene effettuata in base ai criteri fissati dalla Regola 145, tra i quali la gravità del crimine e la situazione personale del condannato; ai fini della determinazione di quelle pecuniarie operano, in aggiunta ai precedenti, i criteri fissati dalla Regola 146, tra cui la capacità patrimoniale del condannato e la gravità del danno causato. Per approfondimenti Fronza, *Le sanzioni*, Lattanzi – Monetti (a cura di), *La Corte penale*, cit., 520.

⁶⁶ In ossequio ai principi generali, la definitività delle sentenze della Corte deriva dall'inutile decorso del termine per impugnarle o dalla loro conferma in grado di appello (Regola 150, § 4). Va, in ogni caso, ricordato che il trasferimento verso lo Stato a fini esecutivi non potrà avvenire «*unless the decision on the conviction and the decision on the sentence have become final*» (Regola 202).

⁶⁷ Tali adempimenti presuppongono l'inserimento del nostro Paese nell'elenco delle «*willing Parties*» che abbiano manifestato alla Corte la disponibilità ad occuparsi del trattamento delle persone condannate. Non pare, però, che ad oggi il nostro Paese abbia provveduto in tal senso.

⁶⁸ Le condizioni cui è subordinato, in questa ipotesi, il riconoscimento sono evidentemente meno numerose di quelle previste dall'art. 733 c.p.p. per il riconoscimento delle sentenze straniere. Tra di esse neppure è previsto, come già nell'art. 13, in tema di consegna il requisito della "doppia incriminabilità".

⁶⁴ In argomento Pulvirenti, *L'esecuzione delle pene detentive inflitte dalla Corte penale internazionale: un difficile equilibrio tra effettività e garanzie costituzionali*, Cassese – Chiavario – De Francesco (a cura di), *Problemi attuali*, cit., 494; Strijards, sub art. 103, Triffterer (ed.), *Commentary*, cit., 1164, che nota a questo riguardo un sensibile accentuarsi del carattere della "primazia" nell'agire della Corte in fase esecutiva.

ricorribile per cassazione *ex art.* 734, comma 2 c.p.p. Resta, però, incerto in base a quale metodo operare la determinazione della pena da applicare in concreto. Nel silenzio serbato dall'art. 16 sul punto, non sembra, infatti, possa essere utilizzato il criterio della "conversione" previsto dall'art. 735, comma 2, se non accettando il rischio di violare il principio di immodificabilità delle sentenze sancito dall'art. 105, § 1 Statuto ICC. Analogamente con quanto già avvenuto rispetto alle leggi di adeguamento ai Tribunali *ad hoc* è, quindi, auspicabile un intervento del legislatore sul punto.

Sul piano operativo, le condizioni della detenzione della persona condannata in forza di una decisione della Corte penale internazionale, secondo il principio affermato dall'art. 106, § 2 dello Statuto, saranno regolate in conformità alla legge dello Stato di esecuzione⁶⁹, sebbene sempre sotto il controllo della Corte stessa (art. 106, § 1 Statuto ICC). Le modalità attraverso cui porre in essere tali controlli verranno definite mediante consultazioni avviate dal Ministro della giustizia, a norma dell'art. 18, comma 2 della legge di adeguamento.

⁶⁹ Per ciò che riguarda il nostro Paese il riferimento è all'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354). Da segnalare che l'art. 17, comma 2 conferisce al Ministro della giustizia il potere di disporre l'applicazione del regime di cui all'art. 41bis nei confronti dei soggetti che abbiano riportato condanne per i delitti previsti dalla legge in esame.

L'esecuzione in Italia delle pene pecuniarie e degli eventuali ordini di riparazione emessi dalla Corte è, invece, subordinata, oltre che alla definitività della sentenza che le contiene, alla presenza nel territorio dello Stato dei beni o delle utilità su cui esse andranno eseguite⁷⁰. Ai relativi adempimenti, su richiesta della Corte penale internazionale, provvede direttamente la corte di appello di Roma – ad iniziativa del Procuratore generale – eseguendole secondo «quanto in esse stabilito», senza bisogno di un formale atto di riconoscimento (art. 21, comma 1). Nell'impossibilità di procedere alla disposta confisca dei «profitti, beni o averi», l'art. 21, comma 3 ammette il ricorso alla confisca "per equivalente" su somme di denaro, beni o altre utilità di cui il condannato abbia la disponibilità, anche in via indiretta.

Qualora nel corso dell'esecuzione di una richiesta di sequestro o di confisca o di un ordine di riparazione – sia in favore delle vittime, sia delle persone ingiustamente arrestate o condannate – insorgano difficoltà, il Ministro della giustizia avvierà, a seguito di segnalazione del Procuratore generale, le procedure di consultazione con la Corte (art. 22).

⁷⁰ Come chiarisce la Regola 217, la necessità di dare esecuzione ad una pena pecuniaria nel territorio di uno Stato parte deriva dall'impossibilità di eseguirla direttamente nei confronti della persona condannata, che rifiuti o non sia in condizione di provvedervi, in tal senso Kress – Sluiter, *Fines and forfeitures*, Cassese – Gaeta – Jones (eds.), *The Rome Statute*, cit. 1828.

DANIELA SAVY*

Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea – Università degli Studi di Napoli Federico II

Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione europea**

The new European Union Directive on victims of crime

Nel presente lavoro si analizza la nuova direttiva dell'Unione europea 2012/29/UE, che detta "norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato" e sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI sulla posizione della vittima nel procedimento penale. La direttiva amplia la tutela predisposta dalla decisione quadro e prevede, tra le più rilevanti novità, il diritto della vittima alla traduzione ed all'interpretazione, nonché una valutazione individuale della stessa volta a definire le esigenze specifiche di protezione. La sostituzione della decisione quadro ad opera della direttiva evidenzia alcuni profili critici quanto agli effetti della successione dei due atti ed in particolare con riguardo alle peculiarità del periodo transitorio previsto per gli atti dell'ex terzo pilastro.

In this paper is analyzed the new Directive 2012/29/UE establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime and replacing Council Framework Decision 2001/220/GAI. The Directive 2012/29/UE extends the protection afforded by the Framework Decision. The Directive provides among the most significant innovations, the victim's right to translation and interpretation, as well as an individual assessment of the same to identify specific protection needs. The replacement of the Framework Decision by Directive highlights some critical profiles as to the succession of the two acts, in particular with regard to the characteristics of the transitional period for the Framework Decisions of the ex third pillar.

LINEE PRINCIPALI INERENTI LA TUTELA DELLA VITTIMA NELL'AMBITO DELLO SPAZIO DI LIBERTÀ SICUREZZA E GIUSTIZIA

La recente direttiva 2012/29/UE¹, relativa ai diritti ed alla protezione delle vittime dei reati, suscita in-

teresse non solo per il contenuto innovativo rispetto alla previgente disciplina e per il rafforzamento del sistema di tutela, ma altresì per la tecnica normativa utilizzata dal legislatore europeo nel procedere alla "sostituzione" degli atti dell'ex terzo pilastro in tema di cooperazione penale.

Prima peraltro di passare all'analisi delle disposizioni della direttiva conviene procedere ad una sintetica ricognizione della disciplina vigente in tema di tutela delle vittime nell'ordinamento dell'Unione².

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

** Il presente lavoro è già destinato alla rivista Il Diritto dell'Unione europea, 2013.

¹ 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, Gazz. Uff. UE, L 315, 14 novembre 2012, 57.

² In dottrina, cfr. Giudicelli Delage- Lazerges, (sous la direction), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Parigi, 2008; Amalfitano, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, 643 ss.; Armenta Deu- Lupária

In proposito va ricordato che il nucleo fondante della disciplina in esame è costituito dalle disposizioni della decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, sulla posizione della vittima nel procedimento penale³, sostituita proprio dalla direttiva in commento⁴. Tale decisione quadro, emanata sulla base dell'art. 34 TUE oggi abrogato, aveva come obiettivo, secondo quanto chiarito dalla Commissione europea nella Comunicazione del 1999⁵ e dal Consiglio europeo di Tampere del 1999⁶, l'armonizzazione degli ordinamenti nazionali, attraverso l'adozione di norme minime in tema di accesso delle vittime alla giustizia, di diritti delle vittime all'informazione ed alla partecipazione, di protezione delle vittime particolarmente vulnerabili, di diritto al risarcimento dei danni da parte dell'autore del reato⁷ e di mediazione

nell'ambito del procedimento penale. Com'è noto, i programmi dell'Aja del 2004⁸ e di Stoccolma del 2010⁹ hanno poi ulteriormente contribuito ad incentivare la cooperazione nel campo della politica criminale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁰. Più in particolare, per quanto qui interessa, il programma di Stoccolma ha dedicato specifici punti ai diritti dei minori vittime dei reati ed alle vittime particolarmente vulnerabili¹¹, sollecitando al tempo stesso una revisione degli atti normativi vincolanti esistenti in materia¹².

Un ulteriore atto di impulso all'attività legislativa dell'Unione in materia di tutela delle vittime è poi venuto dalla Comunicazione della Commissione del 18 maggio 2011¹³, volta a "rafforzare i diritti delle vittime nell'Unione europea", nella quale sono stati evidenziati i nodi cruciali della materia ed i punti fondamentali di intervento, segnatamente in tema di trattamento rispettoso della dignità, di assistenza, protezione, sostegno e accesso alla giustizia delle vittime.

Le medesime linee di intervento sono state definite altresì nella risoluzione del Consiglio del 10 giugno 2011, "relativa ad una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali"¹⁴, c.d. tabella di marcia di Budapest, che ha dettato dieci obiettivi generali da perseguire¹⁵, tra i quali i più innovativi hanno riguardato la creazione di procedure e strutture finalizzate ad evitare la c.d. vittimizzazione secondaria e reiterata – ossia il danno che può derivare alla vit-

(a cura di), *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili*, Milano, 2011; Agnese-De Crescenzo- Fuga (a cura di), *La tutela della vittima e le garanzie dell'imputato*, Roma, 2011; Allegrezza- Belluta- Gialuz- Lupária, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012; Petralia, *La vittima di reato nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2012.

³ La decisione quadro 2001/220/GAI è stata oggetto di numerose pronunce interpretative della Corte di giustizia dell'Unione europea: cfr. C. giust. UE, sent. 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Raccolta*, I-5285; C. giust. UE, sent. 28 giugno 2007, causa C-467/05, *Raccolta*, I-5557; C. giust. UE, sent. 9 ottobre 2008, causa C-404/07, *Raccolta*, I-7607; C. giust. UE, sent. 21 ottobre 2010, causa C-205/09, *Raccolta*, I-10231; C. giust. UE, sent. 15 settembre 2011, cause riunite C-483/09 e C-1/10, inedita, *Raccolta*; C. giust. UE, sent. 21 dicembre 2011, causa C-507/10, X, inedita, *Raccolta*. Si rammenta che l'Italia non ha dato attuazione a tale decisione quadro. Il legislatore italiano ha previsto nella Legge comunitaria 2009 (l. 4 giugno 2010, n. 96, *Gazz. Uff.*, n. 146, del 25 giugno 2010, art. 53) una delega al governo per l'attuazione della decisione quadro 2001/220 ma il governo non ha dato seguito alla delega.

⁴ Quanto agli effetti della sostituzione v. *infra*, § 5.

⁵ Comunicazione della Commissione europea al Consiglio al Parlamento europeo ed al Comitato economico e sociale del 14 luglio 1999, COM (1999) 349 def.

⁶ Punto 32 delle Conclusioni del Consiglio Europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999.

⁷ Si ricorda che, con riferimento alle fattispecie criminose transnazionali, la direttiva 2004/80/CE del Consiglio, sull'indennizzo delle vittime di reato, del 29 aprile 2004, GUUE L 261, 6 agosto 2004, 15, ha previsto inoltre il risarcimento da parte dello Stato in cui la vittima abbia subito il reato, così completando il regime di indennizzo della vittima previsto dalla citata decisione quadro 2001/220. L'Italia non ha attuato tale direttiva entro il termine previsto del 1 gennaio 2006, incorrendo così in una condanna per infrazione da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea (sent. 29 novembre 2007, causa C-112/07, *Raccolta*, I-178). Sull'inadempimento dell'Italia e conseguente responsabilità dello Stato nei confronti del singolo v. Trib. Torino, 3 maggio 2010, n. 3145; App. Torino, sez. III, 23 gennaio 2012. In dottrina cfr. Campailla, *L'impossibilità per le vittime di reato di costituirsi parte civile nel processo agli enti nell'ottica della disciplina europea sulla tutela della persona offesa*, *Proc. pen. giust.*, 2011, 49 ss.; Mastroianni, *Un inadempimento odioso e persistente: la Direttiva comunitaria sulla tutela delle vittime dei reati*, *Quaderni cost.*, 2008, 406 ss.;

Condinanzi, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea: prime applicazioni dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, *Giur. di Merito*, 2010, 3063 ss.

⁸ Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea, GUUE C 53, 3 marzo 2005, 1.

⁹ Programma di Stoccolma: un'Europa aperta e sicura al servizio dei cittadini, GUUE C115, 4 maggio 2010, 1.

¹⁰ Sulla politica criminale europea cfr. Manacorda, *Le programme pour une politique pénale de l'Union entre mythe et réalité*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2011, 935 ss.

¹¹ Programma di Stoccolma cit. *supra*, nota 9, punti 2.3.2 e 2.3.4.

¹² Cfr. punto 2.3.4. del Programma di Stoccolma nel quale il Consiglio europeo ha chiesto alla Commissione ed agli Stati membri, previa valutazione dei due strumenti normativi, e cioè la direttiva 2004/80/CE e la decisione quadro 2001/220/GAI, di verificare l'opportunità di elaborare uno strumento giuridico unico, in tema di tutela delle vittime, e unificare il contenuto dei due atti.

¹³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Rafforzare i diritti delle vittime nell'Unione europea*, COM (2011) 274 def.

¹⁴ Risoluzione del Consiglio dell'Unione europea, 10 giugno 2011, GUUE C 187, 28 giugno 2011, 1.

¹⁵ Cfr. l'allegato alla risoluzione del 10 giugno 2011 cit. *supra*, nota 14.

SAVY / IL TRATTAMENTO DELLE VITTIME DEI REATI

tima dal contatto con l'autore del reato ovvero dalla partecipazione al processo –, nonché la promozione del diritto della vittima alla traduzione ed all'interpretazione nel processo penale¹⁶.

In tale tabella di marcia, oltre ad essere definiti gli obiettivi, sono stati individuati dal Consiglio gli atti normativi strumentali al conseguimento di tali finalità. In particolare, è stata evidenziata tanto la necessità di adottare una direttiva in sostituzione della ricordata decisione quadro 2001/220/GAI allo scopo di ampliare l'ambito e le modalità di tutela delle vittime, quanto l'opportunità di emanare un regolamento sul riconoscimento reciproco delle misure di protezione in materia civile, complementare rispetto alla direttiva sul riconoscimento reciproco dell'ordine di protezione europeo in materia penale¹⁷ che era in discussione in quel momento ed è stata poi approvata il 21 dicembre 2011. Inoltre, nella tabella di marcia è stata sottolineata la necessità di revisionare la direttiva 2004/80/CE in tema di indennizzo delle vittime di reato da parte dello Stato. Ed infine, è stata sollecitata la predisposizione di una serie di misure miranti a soddisfare esigenze specifiche derivanti sia dal tipo di reato subito da alcune vittime – come nel caso di fenomeni criminosi connessi alla tratta degli esseri umani, allo sfruttamento sessuale, alla criminalità organizzata ed al terrorismo –, sia dalle caratteristiche personali della vittima, quali la minore età, lo stato di infermità mentale o l'esistenza di un grave handicap fisico. Tale valutazione caso per caso delle esigenze di protezione ed assistenza della vittima, c.d. *individual assessment*, è stata ritenuta dal Consiglio necessaria per assicurare un elevato livello di tutela a tutte le vittime dei reati.

La maggior parte degli obiettivi indicati negli atti sin qui menzionati hanno trovato spazio ed attuazione nelle disposizioni della direttiva 2012/29/UE, che possiamo ad esaminare analiticamente¹⁸.

¹⁶ Ciò in corrispondenza del medesimo diritto riconosciuto all'indagato ed all'imputato dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 2010/64/UE, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione, *Gazz. Uff. UE*, L 280, 26 ottobre 2010, 1 ss.. Cfr. Cass., sez. III, 7 luglio 2011, n. 26703, *www.cortedicassazione.it*. Cfr. Gialuz, *L'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 434 ss.; mi sia consentito rinviare a Savy, *La tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, *www.penalecontemporaneo.it*, 2012.

¹⁷ Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 sull'ordine di protezione europeo, *Gazz. Uff. UE*, L 338, 21 dicembre 2011, 2.

¹⁸ Direttiva del 25 ottobre 2012 cit. *supra*, nota 1. In dottrina Conigliaro, *La nuova direttiva europea a tutela delle vittime di reato*, *www.penalecontemporaneo.it*, 2012.

LA NUOVA DISCIPLINA NELLA DIRETTIVA 2012/29/UE: LA DEFINIZIONE DI VITTIMA

Intanto, va segnalato che la direttiva ha quale base giuridica l'art. 82, par. 2, lett. c) del TFUE, introdotto con il trattato di Lisbona. Com'è noto, si legge in tale disposizione che, per facilitare l'operatività del reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni, il Parlamento europeo ed il Consiglio possono adottare norme minime, deliberando mediante direttive emanate secondo la procedura legislativa ordinaria anche con riguardo ai diritti delle vittime della criminalità. Naturalmente, trattandosi di norme minimali, la loro adozione da parte dell'Unione non esclude che gli Stati possano ampliare la sfera dei diritti contemplati dalla direttiva al fine di garantire un livello di protezione più elevato (considerando 11 direttiva)¹⁹.

L'esplicito riferimento della disposizione alla tutela delle vittime quale materia oggetto della cooperazione segna una svolta rispetto alla previgente disciplina che all'art. 34, par. 2, lett. b) TUE si limitava a prevedere più genericamente che il Consiglio poteva adottare decisioni quadro per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari interne.

Ciò posto, la prima novità di rilievo da segnalare nelle disposizioni generali della direttiva è rappresentata dalla definizione della nozione di "vittima", che è più ampia rispetto a quella contenuta nella decisione quadro 2001/220/GAI. Essa comprende, infatti, oltre alla persona fisica che ha subito il danno causato dal reato, anche i familiari della persona morta a causa di un reato e che abbiano subito un danno in conseguenza di tale evento (art. 2, par. 1, lett. a) e b) direttiva). Per familiari, aggiunge la direttiva, si intendono non solo il coniuge, i parenti, le persone a carico, i fratelli e le sorelle, ma anche la persona che convive con la vittima in una relazione intima. Pertanto, gli ordinamenti che non contemplino quest'ultima ipotesi, in ottemperanza agli obblighi posti dalla direttiva 2012/29/UE, dovranno estendere i diritti spettanti alla vittima anche ai conviventi *more uxorio*, restando concessa agli Stati solo la libertà di stabilire, caso per caso, un limite al numero dei familiari cui spettino tali diritti, nonché quali siano i familiari cui è riconosciuta la priorità relativamente all'esercizio del diritto (art. 2, par. 2, lett. a) e b), direttiva). La disposizione che definisce la nozione di vittima non ammette, dunque, deroghe sostanziali²⁰ da parte degli ordinamenti interni.

¹⁹ Si ricorda che la cooperazione in materia penale rientra tra le competenze concorrenti ai sensi dell'art. 5 TUE.

²⁰ In riferimento al rapporto tra la nozione di vittima

(SEGUE): IL DIRITTO ALL'ASSISTENZA, ALL'INFORMAZIONE, ALL'INTERPRETAZIONE ED ALLA TRADUZIONE

Il capo 2 della direttiva, dall'art. 3 all'art. 9, contiene una serie di disposizioni concernenti i diritti all'informazione, all'assistenza, nonché all'interpretazione ed alla traduzione.

Tali disposizioni riproducono nella sostanza, con qualche approfondimento, le corrispondenti norme contenute nella decisione quadro 2001/220/GAI. In particolare concernono il diritto della vittima ad ottenere avviso scritto di ricevimento della denuncia presentata; il diritto ad ottenere informazioni sul proprio caso, ivi compreso quello relativo alla notizia della scarcerazione od evasione dell'autore del reato; nonché il diritto di accedere ai servizi di sostegno ed assistenza.

In tale contesto merita di essere sottolineata la novità, che informa l'intero capo 2 della direttiva, rappresentata, nel rispetto del multilinguismo, dal diritto all'interpretazione ed alla traduzione gratuite. Tale diritto trova immediata attuazione in primo luogo nell'art. 3, par. 1, lett. f), ove si legge che la vittima, fin dal primo contatto con un'autorità competente, è informata circa le condizioni di accesso all'interpretazione ed alla traduzione; nonché nei par. 2 e 3 dell'art. 4, ai sensi dei quali, in caso di denuncia da parte di una vittima che non conosce la lingua dell'autorità competente, quest'ultima può redigere la denuncia nella propria lingua ovvero essere assistita da un interprete nella relativa redazione; analogamente, per quanto attiene all'avviso scritto di ricezione della denuncia, la vittima può richiedere all'autorità competente una traduzione nella lingua di cui ha conoscenza.

Il nucleo centrale di tale disciplina è comunque costituito dall'articolo 7 della direttiva, secondo cui la vittima che non conosce la lingua del procedimento deve essere assistita gratuitamente, a sua richiesta, da un interprete in tutte le relative fasi, durante gli interrogatori e le audizioni, inclusi gli interrogatori di polizia, e nel corso delle udienze preliminari, secondo il ruolo riconosciuto alla vittima nel sistema giudiziario interno. La disposizione consente, altresì, l'utilizzo di tecnologie, quali internet, la videoconferenza, il telefono, nei limiti dell'esercizio del diritto di difesa e sempre che la presenza fisica dell'interprete non si riveli indispensabile a tal fine.

Quanto al diritto alla traduzione dei documenti e delle informazioni inerenti il processo, la norma

prescrive che alla vittima che non comprenda la lingua sia concessa, su richiesta, la traduzione della decisione e della motivazione di chiusura del processo, qualora in base al diritto nazionale la motivazione non sia riservata.

L'articolo 7 obbliga, inoltre, gli Stati membri a garantire alle vittime la possibilità di impugnare la decisione con cui l'autorità giudiziaria valuti non necessarie – e quindi neghi di fornire – l'assistenza di un interprete o la traduzione. A tal riguardo, non è indispensabile che lo Stato, nell'attuare la direttiva, predisponga un mezzo di impugnazione *ad hoc*, risultando a tal fine sufficiente la possibilità di azionare un riesame endoprocessuale della decisione, che sia conforme alle procedure degli ordinamenti interni (considerando 35 direttiva).

(SEGUE): IL DIRITTO ALLA PROTEZIONE E L'INDIVIDUAL ASSESSMENT

Un significativo ampliamento del livello di tutela della vittima si registra invece nelle disposizioni della direttiva dedicate al diritto di protezione della vittima e dei suoi familiari, finalizzate a scongiurare i rischi di una vittimizzazione secondaria e ripetuta²¹, così come previsto dalla citata risoluzione del Consiglio del 10 giugno 2011.

A tale scopo, sono state inserite nella direttiva una serie di norme che impongono agli Stati di predisporre talune specifiche cautele per evitare i contatti tra la vittima e l'autore del reato e che limitano il numero di audizioni della vittima a quelle strettamente necessarie ai fini investigativi (artt. 19 e 20, direttiva).

La direttiva, inoltre, impone agli Stati di garantire una piena tutela della vita privata della vittima e dei suoi familiari, proteggendone l'immagine ed impedendo la diffusione pubblica di dati che consentano di identificare la vittima del reato, ove minore (art. 21, direttiva). Al riguardo, il livello di protezione deve essere modulato in base alla valutazione individuale effettuata dalle autorità competenti che entrano in contatto con la vittima nel corso del procedimento penale.

Tale valutazione individuale della vittima, c.d. *individual assessment*, è stata introdotta dal legislatore dell'Unione in modo analitico in tre articolate disposizioni della direttiva (artt. 22, 23 e 24) e rappresenta senz'altro un notevole progresso in vista della più ampia garanzia di tutela della vittima. In sintesi, l'autorità competente, nell'operare la valu-

nell'Unione europea e nell'ordinamento italiano v., Lupária, *Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano?*, Al-legrezza-Belluta-Gialuz-Lupária, *Lo scudo e la spada*, cit., 33 ss.

²¹ Al riguardo v. *supra*, §1.

SAVY / IL TRATTAMENTO DELLE VITTIME DEI REATI

tazione appena richiamata, deve prendere in considerazione da un lato la natura e le circostanze del reato, e dall'altro tutte le caratteristiche fisiche e psicologiche della vittima. Le predette disposizioni, peraltro, non si limitano, alla stregua di quanto si leggeva nell'art. 8 della decisione quadro 2001/220/GAI, a considerare genericamente le esigenze delle vittime particolarmente vulnerabili, ma identificano altresì molteplici categorie di simili vittime in relazione alle relative peculiari condizioni e alle diverse tipologie di reato. Si allude, segnatamente, al caso dei minori, delle vittime di abusi sessuali²², di atti di terrorismo, di reati connessi a fenomeni di criminalità organizzata, della tratta degli esseri umani²³, della violenza di genere, di vittime con disabilità. In tutte queste ipotesi la direttiva impone forme di audizione protetta; in particolare, nel caso di minori, l'art. 24 prevede che si possa procedere alla registrazione audiovisiva da utilizzare poi come prova nel procedimento penale.

A corollario poi del diritto di protezione, la direttiva 2012/29/UE ha previsto l'obbligo per gli Stati di provvedere alla formazione di tutti gli operatori che abbiano contatti con le vittime (art. 25, direttiva). Gli Stati membri sono pertanto tenuti a provvedere alla formazione professionale degli operatori dei servizi pubblici e delle organizzazioni che forniscono assistenza alle vittime. Quest'ultima categoria era l'unica già contemplata dall'art. 14 della decisione quadro 2001/220/GAI. La direttiva ha dunque aggiunto l'obbligo per gli Stati di promuovere la formazione dei funzionari pubblici (il riferimento è agli agenti di polizia ed al personale giudiziario) che abbiano contatti con le vittime, perché siano capaci di assicurare a queste ultime un trattamento appropriato e rispettoso. Agli Stati è inoltre richiesto di promuovere l'accesso anche da parte dei magistrati e degli avvocati ad una formazione professionale specialistica, tale da sensibilizzarli rispetto alle esigenze delle vittime.

Alla luce di quanto precede, emerge palesemente che la direttiva in commento si inserisce in un sistema di protezione più ampio alla cui realizzazione il legislatore dell'Unione ha già dato avvio attraverso l'adozione della direttiva 2011/99/UE del 13

dicembre 2011 sull'ordine di protezione europeo²⁴. Quest'ultima garantisce una tutela nella fase successiva al procedimento penale ed in tutto il territorio dell'Unione mediante l'adozione di una misura di protezione sulla base della quale l'autorità competente può emanare l'ordine di protezione europeo rivolto all'autorità dello Stato membro in cui si sposta la persona beneficiaria dell'ordine, affinché sia riconosciuta l'operatività di tale misura. La direttiva ora in esame, in coerenza con il sistema concepito nella c.d. tabella di marcia di Budapest²⁵ per il rafforzamento dei diritti della vittima, consolida quella tutela, segnatamente assicurando la protezione lungo tutto l'arco temporale del processo. Va anche ricordato che, conformemente a quanto previsto nella risoluzione del Consiglio del 10 giugno 2011²⁶, il completamento dell'impianto di protezione nei confronti delle vittime sul territorio dell'Unione europea è oggetto di una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco delle misure di protezione in materia civile²⁷.

PROFILI CRITICI DI TECNICA LEGISLATIVA: GLI EFFETTI DELL'ENTRATA IN VIGORE DELLA DIRETTIVA 2012/29/UE SULLA DECISIONE QUADRO 2001/220/GAI

Al fine di completare l'analisi della nuova disciplina sulle vittime, posta la breve disamina delle disposizioni innovative della direttiva, occorre chiarire quale effetto rispetto alla decisione quadro 2001/220/GAI abbia prodotto l'adozione della direttiva 2012/29/UE.

Va ricordato, in primo luogo, che trattandosi di un atto dell'Unione, operano rispetto alla direttiva tutte le disposizioni dei Trattati, incluse quelle relative alle conseguenze della loro violazione, e dunque anche le disposizioni sulle procedure d'infrazione dinanzi alla Corte di giustizia, ai sensi degli artt. 258-260 TFUE, nei confronti degli Stati che non provvedano alla relativa attuazione. Viceversa, com'è noto, per le decisioni quadro rientranti nell'allora terzo pilastro, era previsto dall'ex art. 35 TUE (oggi abrogato) un regime speciale ed una competenza limitata della Corte di giustizia²⁸. A far tempo

²² Cfr. direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, Gazz. Uff. UE, L 335, 17 dicembre 2011, 1.

²³ Cfr. direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, Gazz. Uff. UE, L 101, 15 aprile 2011, 1.

²⁴ Direttiva 2011/92/UE cit. *supra*, nota 22.

²⁵ Risoluzione del Consiglio del 10 giugno 2011 cit. *supra*, nota 14.

²⁶ Cit. *supra*, nota 14.

²⁷ COM (2011) 274 def., 18 maggio 2011.

²⁸ Le decisioni quadro sono atti vincolanti quanto al risultato da conseguire e privi di efficacia diretta alla stregua delle direttive. L'art. 35 TUE prevedeva la competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla valid-

dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e sino al primo dicembre 2014, per le decisioni quadro, ai sensi degli artt. 9 e 10 del Protocollo 36²⁹, allegato al TFUE, è stato previsto un periodo transitorio di cinque anni. Al termine di tale periodo, qualora le decisioni quadro non siano state annullate, abrogate o modificate, ad esse si applicheranno le attribuzioni delle istituzioni previste dai Trattati: e, dunque, la competenza giurisdizionale piena della Corte di giustizia dell'Unione. Non solo. Si potrà applicare altresì il ben noto rimedio dell'azione – elaborata dalla Corte di giustizia nella pronuncia *Francovich*³⁰ – proposta dai singoli dinanzi al giudice nazionale per ottenere la declaratoria di responsabilità patrimoniale dello Stato membro per violazioni di obblighi dell'Unione³¹.

Tanto premesso, va evidenziato con riferimento alla direttiva 2012/29/UE che l'art. 30, par. 1, della stessa, stabilisce che la decisione quadro in materia di tutela delle vittime da reato è "sostituita", per gli Stati membri che abbiano provveduto alla sua adozione³², dalla detta direttiva. La norma, tuttavia, fa al tempo stesso salvi gli obblighi degli Stati in materia di termini di recepimento della decisione quadro nel diritto nazionale, qualora non vi abbiano ancora provveduto entro i termini previsti dalla stessa (22 marzo 2004 per gli artt. 4 e 5; 22 marzo 2006 per l'art. 10; 22 marzo 2002 per tutti gli altri articoli della decisione quadro). Ora, a parte la confusa e contorta terminologia, va considerato che, pur essendo entrata in vigore il 15 novembre 2012³³, è solo dal 16 novembre 2015 che, ai sensi del suo art. 27, la direttiva

va dovrà essere recepita dagli Stati membri e quindi produrre effetti diretti. Pertanto, bisognerà attendere quel termine per la "sostituzione" vera e propria della decisione quadro, la quale resterebbe quindi in vigore *medio tempore*.

Occorre chiedersi allora quali conseguenze comporta la "sostituzione"³⁴ della decisione quadro ad opera di una direttiva, che è in vigore dal giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione, ma che non produce efficacia diretta finché non sarà recepita dagli Stati membri. La questione è tanto più rilevante se si considera la tecnica legislativa adoperata dal legislatore dell'Unione in relazione alla sorte degli atti della cooperazione penale (ex terzo pilastro dell'Unione) durante il periodo transitorio. Va ricordato infatti che, sebbene a tal proposito l'art. 9 del Protocollo 36, allegato al Trattato di Lisbona, faccia esplicito riferimento all'annullamento, all'abrogazione ed alla modifica di detti atti, non risulta per nulla chiaro quale delle tre tecniche menzionate sia stata utilizzata nel caso ora in esame. Il Parlamento europeo ed il Consiglio non sono intervenuti sul testo della decisione quadro aggiungendo e/o modificando singole disposizioni, ma hanno preferito riscrivere la disciplina in un nuovo testo di direttiva. Si potrebbe dunque ipotizzare che la decisione quadro non sia stata modificata, ma annullata o abrogata. E tuttavia non si può tralasciare la circostanza che la direttiva, pur presentando elementi di novità, ha in larga parte le stesse finalità della decisione quadro e riproduce talune disposizioni della stessa ampliandone l'articolato. Se ne dovrebbe dedurre, pertanto, che la decisione quadro debba essere considerata modificata e non annullata o abrogata. Ciò tanto più che, se si concludesse nel senso dell'annullamento o dell'abrogazione, la decisione quadro non potrebbe più produrre alcun effetto, e ciò in contrasto con quanto dispone l'art. 30, par. 1, della direttiva, che, come si è visto più sopra, ha continuato ad imporre agli Stati l'obbligo di recepire la decisione quadro all'interno degli ordinamenti nazionali.

Ciò posto, si tratta allora di stabilire se alla decisione quadro in parola, "sostituita" ai sensi dell'art. 10, par. 2, Protocollo 36, si applichino le attribuzioni delle istituzioni quali previste dai trattati, e quindi anche le competenze della Corte di giustizia, dal giorno dell'entrata in vigore della nuova direttiva,

ità o l'interpretazione delle decisioni quadro e delle decisioni, sull'interpretazione di convenzioni stabilite ai sensi del titolo VI TUE e sulla validità e sull'interpretazione delle misure di applicazione delle stesse. Tale competenza doveva essere accettata e lo Stato membro che effettuava la dichiarazione di accettazione doveva specificare se fosse abilitata al rinvio pregiudiziale ogni giurisdizione di tale Stato ovvero solo le giurisdizioni di ultima istanza. La Corte di giustizia, a norma dell'art. 35 TUE, era competente a giudicare la legittimità delle decisioni quadro e delle decisioni nei ricorsi proposti da uno Stato membro o dalla Commissione. Ed infine la Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 35 TUE, era competente a statuire su ogni controversia tra Stati membri concernente l'interpretazione o l'applicazione di atti adottati a norma dell'articolo 34, paragrafo 2, quando detta controversia non potesse essere risolta dal Consiglio entro sei mesi dalla data in cui esso era stato adito da uno dei suoi membri. La Corte poteva, inoltre, statuire su ogni controversia tra Stati membri e Commissione circa l'interpretazione o l'applicazione delle convenzioni stipulate a norma dell'articolo 34 TUE.

²⁹ Reperibile su www.eur-lex.europa.eu

³⁰ C. giust. EU, sent. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Raccolta*, I-5357.

³¹ In dottrina Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012.

³² Resta al di fuori della relativa disciplina la Danimarca (considerando 71 direttiva).

³³ V. art. 31 direttiva 2012/29/UE.

³⁴ Quanto alla questione del significato da attribuire al termine "sostituzione" in tema di successione di direttive ad atti dell'ex terzo pilastro cfr. Amalfitano, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato, Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, 643 ss., in particolare 664 ss.

SAVY / IL TRATTAMENTO DELLE VITTIME DEI REATI

ossia dal 15 novembre 2012, o dalla data di scadenza del periodo transitorio da essa stabilito, cioè dal 1° dicembre 2014. Nel primo caso, la conseguenza sarebbe, per quanto qui interessa, che la decadenza dal regime transitorio della decisione quadro sarebbe anticipata alla data dell'entrata in vigore della direttiva. Con il risultato che gli Stati membri, come l'Italia, che non hanno ancora dato attuazione alla decisione quadro dovrebbero farlo rapidamente in quanto, dal giorno dell'entrata in vigore della nuova direttiva³⁵, sarebbero passibili di ricorso per infrazione innanzi alla Corte di giustizia ed esposti al ricorso proponibile dai singoli davanti ad un giudice nazionale per risarcimento danni.

Certo, si può immaginare che la Commissione europea, per ragioni di opportunità e di economia processuale, non dia avvio alla procedura d'infrazione nei confronti degli Stati che non hanno ancora dato attuazione alla decisione quadro, tenendo conto delle lungaggini di quella procedura e del fatto che in capo agli Stati vige l'obbligo di recepire entro il 16 novembre 2015 la direttiva in sostituzione della decisione quadro. Ma lo stesso non può dirsi dal punto di vista dei privati, per i quali potrebbe permanere l'interesse ad agire al fine di ottenere il risarcimento dei danni dallo Stato per mancato adempimento anche qualora, pendente il processo, dovesse scadere il termine di recepimento della nuova direttiva (e lo Stato la recepisce).

Quel che allo stato si può affermare con certezza è solo che la decisione quadro 2001/220/GAI, in relazione agli ordinamenti che non l'abbiano ancora recepita e finché non scadrà il termine di recepimento della direttiva e dunque sarà definitivamente sostituita, può produrre l'obbligo, in capo ai giudici nazionali, di interpretazione conforme del diritto interno rispetto ad essa come riconosciuto dalla Corte di giustizia nella risalente sentenza *Pupino*³⁶.

Con riguardo invece agli effetti giuridici della direttiva 2012/29/UE è certo che essa produce un obbligo di *standstill*, e cioè l'obbligo per gli Stati membri di non adottare, nel periodo tra l'entrata in vigore della direttiva stessa e la scadenza del termi-

ne per il suo recepimento, misure che possano essere con essa in contrasto. Ma si può altresì ricordare che, a partire dalla data di entrata in vigore della direttiva, i giudici nazionali sono soggetti all'obbligo di interpretare il diritto interno in maniera conforme alle disposizioni in essa contenute in quanto, come affermato dall'Avvocato generale nella causa *Mangold*, «l'obbligo d'interpretazione conforme costituisce uno degli effetti "strutturali" della norma comunitaria»³⁷. Ed il giudice nazionale avrà due parametri di riferimento per l'interpretazione conforme del diritto interno nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore della direttiva ed il suo recepimento: la decisione quadro 2001/220/GAI (non ancora pienamente sostituita) e la direttiva 2012/29/UE (non ancora recepita), ancorché appaia ragionevole ritenere che prevalga il riferimento a quest'ultima.

È dubbio, invece, se si possa qui riproporre quanto la Corte ha affermato nella sentenza *Mangold*, ossia che qualora si tratti di disposizioni di una direttiva che riproducano principi generali già presenti nell'ordinamento dell'Unione³⁸, si possa procedere alla disapplicazione della norma nazionale in contrasto con una direttiva anche se non siano ancora scaduti i termini per il relativo recepimento. Nella specie, si tratterebbe di assicurare il rispetto del diritto alla protezione della vita privata, sancito dall'art. 21 della direttiva che declina il diritto fondamentale espresso nell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ma l'ipotesi appare in verità alquanto remota, poiché è ben difficile che negli ordinamenti interni si rinvenivano norme in aperto contrasto con il diritto alla protezione della vita privata.

³⁵ Dalla relazione della Commissione in base all'articolo 18 della decisione quadro del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI), del 20 aprile 2009, COM 2009 (166) def., risulta che nessuno degli Stati membri ha dato attuazione alla decisione quadro con specifiche disposizioni interne, ma la maggior parte di essi ha fatto riferimento a norme già in vigore nel proprio ordinamento e molti rimandano, per il recepimento, ai rispettivi codici di procedura penale. E per questo motivo l'attuazione della decisione quadro è stata considerata insoddisfacente dalla Commissione (p.to 3 e conclusione della Relazione).

³⁶ C. giust. UE, sent. 16 giugno 2005, cit. *supra*, nota 3.

³⁷ In tal senso le conclusioni dell'Avvocato generale A. Tizzano nella causa *Mangold*, C. giust. UE, sent. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Raccolta*, I-9981, punti 117 e 120. In dottrina sull'interpretazione conforme in ambito penale cfr. Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, Corso-Zanetti (a cura di) *Studi in onore di Mario Pisani*, Milano, 2010, 617; Manes, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, *www.penalecontemporaneo.it*, 2012, 1.

³⁸ C. giust. UE, sent. 22 novembre 2005, cit. *supra*, nota 37. In dottrina sia sulla sentenza *Mangold* che in relazione a giurisprudenza interna concernente l'interpretazione conforme nel periodo precedente la scadenza del termine di recepimento di una direttiva, v. Gialuz, *L'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 434 ss.; Idot, *Politique sociale – Mesures pour faciliter l'emploi des seniors et non discriminations*, *Europe*, 2006, 19 ss.; Mastroianni, *Efficacia "orizzontale" del principio di eguaglianza e mancata attuazione nazionale delle direttive comunitarie*, *Diritti, Lavori, Mercati*, 2006, 442 ss.

FRANCESCO ZACCHÈ*

Ricercatore di Procedura penale – Università degli Studi di Milano-Bicocca

L'acquisizione della posta elettronica nel processo penale

E-mail and criminal evidence

Uno dei servizi Internet più diffusi è la posta elettronica, che è in grado di fornire una notevole quantità d'informazioni utili ai fini del processo. Poiché si tratta d'una prova di natura digitale, la cui assunzione nel procedimento riguarda il diritto alla segretezza della corrispondenza, la posta elettronica pone una serie di quesiti tuttora controversi. Come si distingue l'intercettazione delle *e-mail* dal loro sequestro? Il sequestro della casella di posta, operato d'urgenza dalla polizia ex art. 354 c.p.p., viola il segreto epistolare? Il regime d'uso della posta elettronica intercettata è così diverso da quella sequestrata?

One of the mostly used Internet service is e-mail, which can provide a large amount of information that can be used in a trial. As this is digital evidence, and its use is concerning the right to secrecy of correspondence, e-mail brings up a series of controversial questions. How can we distinguish e-mail interception from seizure? Does seizure of an e-mail account, conducted by the police pursuant to article 354 of the Italian Code of Criminal Procedure, violate secrecy of correspondence? If e-mails are used as evidence is it different when this is obtained by interception or by seizure?

POSTA ELETTRONICA E SEGRETEZZA DELLA CORRISPONDENZA

Grazie alla diffusione capillare degli apparati informatici, la maggior parte delle nostre attività – lavorative, sociali o personali – vengono 'archivate' sulla memoria di un computer o di dispositivi analoghi¹. Negli ultimi decenni, gli apparecchi di scrittura e di registrazione sono stati oggetto d'una crescente trasformazione elettronica, fondata sulla traduzione di testi, immagini e suoni in sequenze di *bit*², tanto che, oggi, quasi «tutta la strumentazione

moderna» di rappresentazione dei fatti «ha un 'motore' digitale»³.

A partire dagli anni novanta del secolo scorso, inoltre, si è assistito alla progressiva affermazione di Internet. Il «numero di computer interconnessi [è] cresciuto in maniera esponenziale, la rete si [è] aperta alle famiglie... alle imprese commerciali»⁴, alla pubblica amministrazione e così via. E, attraverso la rete, i *bit* «viaggiano» trasferendo informazione da una parte all'altra... in tempi ridottissimi⁵, come in una sorta di villaggio globale⁶. Il «risultato

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

¹ Cfr. Lévy, *Il virtuale* (1995), trad. it., Milano, 1997, 31, per il quale «il computer è... innanzitutto un operatore di potenzializzazione dell'informazione», oltre che «un mezzo per produrre testi di tipo tradizionale».

² Per un quadro di sintesi dell'evoluzione informatica correlata al mondo del diritto, v., per tutti, Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2008, 17-18.

³ Per questa e la citazione immediatamente precedente, cfr. Volli, *Il nuovo libro della comunicazione. Che cosa significa comunicare: idee, tecnologie, strumenti, modelli*, Milano, 2007, 60.

⁴ Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, cit., 52.

⁵ Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, cit., 17.

⁶ Cfr., al riguardo, Ortoleva, *Prefazione*, McLuhan, *Gli strumenti del comunicare* (1964), trad. it., Milano, 2008, 20, per il quale è «facile ritrovare il 'villaggio globale' (che era secondo McLuhan destinato a connettere tutto il pianeta con legami intimi e per-

complessivo di tutto questo movimento... è [stato] un cambiamento profondo della vita quotidiana, sempre più ricca di rappresentazioni e sempre più interconnessa»⁷. La «rete promuove il commercio telematico (*e-commerce*), apre nuove prospettive per l'amministrazione pubblica (*e-government* e firma digitale)»⁸ ma, prima ancora, facilita i rapporti comunicativi intersoggettivi. Nel mondo di Internet, insomma, «convivono aspetti di informazione individuale, esigenze di comunicazione e partecipazione collettiva e sociale, modalità differenti di contenuti comunicativi (portali, *siti*, *blog*, *post*... sia in forma testuale che in forma multimediale) oggi più che mai caratterizzabili in termini di condivisione»⁹.

In siffatta cornice, un ruolo di primo piano nella formazione e nella circolazione delle informazioni è senz'altro giocato dal servizio più diffuso¹⁰ che la rete Internet mette a disposizione dei suoi fruitori: la cosiddetta «posta elettronica»¹¹. In «perfetta analogia con il servizio postale, tramite la Rete è possibile spedire messaggi o documenti (in allegato ai messaggi come 'file in attach') a carattere privato di posta elettronica a qualunque altro utente»¹², con dei vantaggi indiscutibili: i servizi di *e-mail* rendono «possibile, mediante appositi protocolli informatici, l'invio e la ricezione di messaggi praticamente in tempo reale e a costi irrisori»¹³; la casella di posta elettronica è consultabile da qualunque *computer* connesso alla rete, senza nessun vincolo temporale; quando, poi, si usa la posta elettronica certificata (PEC), il gestore del servizio è in grado d'assicurare «in modo pienamente efficace l'avvenuta spedizione o ricezione dei messaggi [e] i tempi di detta trasmissione»¹⁴, oltre

che la provenienza della corrispondenza, ai sensi degli artt. 45 ss. d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235 (cosiddetto «codice dell'amministrazione digitale»).

In maniera simile a quanto accade con la posta tradizionale, anche per la posta elettronica si pone l'esigenza che i messaggi trasmessi siano sottratti all'abusiva cognizione di terzi¹⁵. Ciò è imposto sia dall'art. 8 Cedu¹⁶ sia dall'art. 15 Cost., il quale appunto «riconosce, in capo... al mittente [e] al destinatario, un diritto soggettivo alla segretezza della comunicazione, che può subire limitazioni solo in forza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria e con le garanzie stabilite dalla legge»¹⁷.

Nell'aggiornare il codice penale ai fini di contrasto alla criminalità informatica¹⁸, del resto, la stessa l. 23 dicembre 1993 n. 547 del 1993 ha esteso la tutela penale prevista dall'art. 616 c.p. per la corrispondenza epistolare alla corrispondenza informatica o telematica e quindi, *in primis*, ai «messaggi inviati attraverso la... posta elettronica, e... registrati in (diversi supporti) di memoria *interni* al sistema informatico»¹⁹; nonché introdotto l'art. 617-*quater* c.p. in materia d'intercettazioni di comunicazioni relative a un sistema informatico o telematico: l'obiettivo era appunto «*proteggere le comunicazioni informatiche in fase di trasmissione*», fra le quali rientra senza dubbio «l'invio di un messaggio di posta elettronica»²⁰.

POSTA ELETTRONICA E INFORMAZIONI PROCESSUALMENTE RILEVANTI

L'interesse per la posta elettronica non viene in rilievo solo allorché questa sia l'oggetto su cui cadono

sonali) nell'insieme di annullamento delle distanze... che caratterizza internet».

⁷ Come sottolinea Volli, *Il nuovo libro della comunicazione. Che cosa significa comunicare: idee, tecnologie, strumenti, modelli*, cit., 236.

⁸ Taddei Elmi – Peruginelli, *Dall'informatica giuridica al diritto dell'internet*, *Dir. internet*, 2006, 114.

⁹ Corasaniti, *Prove digitali e interventi giudiziari sulla rete nel percorso della giurisprudenza di legittimità*, *Dir. inf.*, 2011, 401.

¹⁰ In tali termini, v. Marongiu, *La posta elettronica: una complessa qualificazione tra prassi, giurisprudenza e legge*, *Dir. internet*, 2008, 368.

¹¹ Secondo Ferraris, *Dove sei? Ontologia del telefonino*, Milano, 2005, 76, si sta assistendo a una vera e propria esplosione della scrittura grazie all'uso del *computer*, di Internet e della posta elettronica.

¹² Borruso – Russo – Tiberi, *L'informatica per il giurista. Dal bit a internet*, Milano, 2009, 417.

¹³ Rota, *I documenti*, Taruffo (a cura di), *La prova nel processo civile*, Cicu – Messineo (già diretto) e Schlesinger (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, 772.

¹⁴ Melica, *La posta elettronica certificata: funzionamento e applicazioni*, *Dir. inf.*, 2008, 272-273; sulla posta certificata, cfr. altresì Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, 565 ss.; Sgobbo, *Il valore probatorio dell'e-mail*, *Corriere mer.*, 2011, 803 ss.

¹⁵ V., in proposito, Pecorella – De Ponti, *Impiego dell'elaboratore sul luogo di lavoro e tutela penale della privacy*, *www.penalecontemporaneo.it*, 2011, 7-8.

¹⁶ Secondo quanto affermato espressamente, ad esempio, da Corte e.d.u., sez. IV, sent. 1° luglio 2008, Liberty e altri c. Regno Unito, § 56 (su *privatezza ex art. 8 Cedu* e comunicazioni telematiche, v. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2013, 207-208).

¹⁷ Pecorella – De Ponti, *Impiego dell'elaboratore sul luogo di lavoro e tutela penale della privacy*, cit., 8. Sul collegamento tra posta elettronica e art. 15 Cost., cfr., tra gli altri, Faletti, *La divulgazione di mail personali sui mass media e diritto alla riservatezza*, *Dir. internet*, 2008, 200; C. Flick, *Privacy e legge penale nella società dell'informazione e della comunicazione*, Cuniberti (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione. Profili processuali e pubblicistici*, Milano, 2008, 271; Mezzanotte, *E-mail inviata ad una mailing list e art. 15 Cost.: problemi applicativi della disciplina sulla riservatezza*, *Dir. internet*, 2008, 49.

¹⁸ Sulla criminalità informatica, senza pretese di completezza, cfr. almeno Pecorella, *Diritto penale dell'informatica*, II ed. agg., Padova, 2006, 125 ss.; Pica, *Reati informatici e telematici*, *Dig. pen.*, I Agg., Torino, 2000, 522 ss.; Picotti, *Reati informatici*, *Enc. giur.*, XXIX, Agg., Roma, 1999, 3 ss.

¹⁹ Pecorella, *Diritto penale dell'informatica*, cit., 294.

²⁰ Pecorella, *Diritto penale dell'informatica*, cit., 303.

le condotte criminose appena richiamate²¹, perché l'invio di messaggi informatici può integrare anche la consumazione d'un reato comune (i cosiddetti *computer related-crimes*)²². Si pensi alla trasmissione d'una *e-mail* a contenuto diffamatorio²³, all'«attivazione abusiva di un *account* di posta elettronica e [a]lla successiva generazione di messaggi imputabili a terzi» rispetto al reato di sostituzione di persona²⁴, all'«inoltrare di messaggi ingannevoli e massivi di posta elettronica per indirizzare gli utenti verso siti 'clone' (c.d. '*phishing*')»²⁵ in ordine al delitto di truffa, ecc.

Ma v'è di più. Indipendentemente dalla commissione d'un illecito realizzato con la corrispondenza elettronica, un messaggio spedito attraverso i canali telematici può offrire gli elementi di prova più svariati alla ricostruzione del fatto di reato: dalla dichiarazione confessoria contenuta nel messaggio immesso nel sistema informatico a opera dell'imputato, alla circostanza che – a una determinata ora – il prevenuto era connesso al *computer* – in una certa zona – per spedire un'*e-mail*, dato incompatibile con il delitto commesso in un altro luogo nel medesimo lasso temporale²⁶.

Al di là della casistica, ciò che qui preme osservare è che, in tutte queste ipotesi, l'acquisizione delle informazioni processualmente rilevanti s'interseca con due problematiche strettamente connesse.

Anzitutto, siccome la trasmissione della posta elettronica implica (di regola) l'invio di una corrispondenza personale²⁷, occorre delimitarne il percorso, visto che la peculiarità dei servizi *e-mail* è di realizzare una comunicazione asincrona²⁸. Così, «ripercorrendo idealmente le diverse fasi in cui si

articola la trasmissione»²⁹ della posta elettronica, come ha osservato la dottrina penalistica, l'*iter* comunicativo inizia con «il messaggio registrato nella memoria» gestita dal mittente, in attesa di essere 'processato' dall'elaboratore del fornitore del servizio (c.d. *e-mail provider* o *server* aziendale, ecc.); l'*e-mail*, quindi, viene trasferita dal *server* di posta «del mittente a quello del destinatario, «in attesa che l'utente interessato si colleghi alla sua 'casella postale' (c.d. *account*)»; il messaggio, infine, può venire consultato o «'scaricato' dal destinatario sulla memoria del proprio *computer*, e qui registrato», per essere letto.

Ciò premesso, è necessario individuare quali siano i mezzi di ricerca, o meglio i mezzi di prova³⁰, idonei ad assicurare nel rispetto dell'art. 15 Cost. le informazioni contenute nelle *e-mail*, non senza aver chiarito preliminarmente la struttura di quest'ultima.

LA NATURA DOCUMENTALE DELLA POSTA ELETTRONICA

In ambito giuridico, quando una «materia [viene] lavorata affinché evochi qualcosa»³¹ – o meglio un'«entità» rappresenta qualcosa d'«altro – [di] giuridicamente rilevante – rispetto alla propria consistenza sensibile»³² –, entra in gioco la nozione di documento. Per il mondo del diritto, il documento è una «una *res* inglobante un testo o un insieme di segni tali per cui '*aliquid stat pro aliquo*'»³³, dove la cosa che incorpora le informazioni può essere del materiale più diverso – dalla carta alle odierne memorie elettroniche – e deve essere il «risultato di un lavoro umano»³⁴, ottenuto mediante l'uso di «'apparati di rappresentazione' costituiti da tecniche, più o meno

²¹ ... ovvero nei casi di *computer-crimes* in senso stretto.

²² Sulla distinzione fra i *computer crimes* e i *computer related-crimes*, v. per tutti Apruzzese, *Dal computer crime al computer-related crime*, *Riv. criminologia, vittimologia e sicurezza*, 2007, 55 ss.

²³ Pecorella, *Diritto penale dell'informatica*, cit., 34.

²⁴ Corasaniti, *Prove digitali e interventi giudiziari sulla rete nel percorso della giurisprudenza di legittimità*, cit., 418.

²⁵ Corasaniti, *Prove digitali e interventi giudiziari sulla rete nel percorso della giurisprudenza di legittimità*, cit., 428.

²⁶ Su tali problematiche, cfr. il volume AA.VV., *L'alibi informatico. Aspetti tecnici e giuridici*, Forlì, 2010, *passim*.

²⁷ ...O intersubiettiva, «nel senso che l'espressione dell'idea o della notizia, per acquisire il carattere di comunicazione, dev'essere formulata da un soggetto (mittente) al fine di farla pervenire nella sfera di conoscenza di uno o più soggetti determinati (destinatari)» (Barile – Cheli, *Corrispondenza [libertà di]*, *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 744).

²⁸ Cfr., in tali termini, Orlandi, *Questioni attuali in tema di processo penale e informatica*, *Riv. dir. processuale*, 2009, 134, tanto è vero che, spesso, il destinatario prende cognizione della missiva a distanza di giorni dall'invio e dalla ricezione della comunicazione stessa sulla propria casella di posta.

²⁹ Per questa e per le citazioni successive nel presente capoverso, v. Pecorella, *Diritto penale dell'informatica*, cit., 294-295. Sulla dinamica della posta elettronica, v. anche Andreazza, *Posta elettronica su computer del datore di lavoro e limiti di conoscibilità del datore di lavoro*, *Dir. pen. proc.*, 2008, 428; C. Flick, *L'uso della posta elettronica sul luogo di lavoro: tra tutela della privacy e violazione del segreto epistolare*, *Dir. inf.*, 2008, 208-209.

³⁰ Cfr., al riguardo, Ubetis, *Sistema di procedura penale*, cit., Torino, 2007, 67, nota 2, dove viene messa in luce la superfluità della distinzione.

³¹ Cordero, sub art. 234, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 280.

³² Per tale definizione, v. Ubetis, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale* (1991), Id., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, 117.

³³ Zacchè, *La prova documentale*, Ubetis – Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XIX, Milano, 2012, 8.

³⁴ Così, Irti, *Sul concetto giuridico di documento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 492; nonché Carnelutti, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova* (1915), Milano, 1992, 144, a cui parere il «documento è il prodotto di una attività umana».

s sofisticate, di carattere analogico oppure digitale»³⁵. In tale prospettiva, dunque, gli oggetti di posta elettronica sono un documento, alla stessa stregua della posta tradizionale.

Naturalmente, fra le due tipologie documentali esistono delle differenze. Nella lettera cartacea, gli elementi di prova rappresentativi sono incorporati in maniera stabile³⁶ sul foglio attraverso la tecnica della scrittura; nella lettera elettronica, invece, la peculiarità degli elementi di prova che veicolano la rappresentazione consiste nella loro scorporabilità dal supporto – *personal computer, server provider, server aziendale*, ecc. – sul quale sono stati registrati³⁷, poiché qui le varie «informazioni – testi, immagini e/o suoni – sono... in formato digitale, cioè [convertite] in una serie di *bit* risultanti dalla variazione dello stato fisico della materia»³⁸.

La lettera tradizionale, dunque, è un *unicum*. Il suo contenuto rappresentativo è intrinsecamente e inscindibilmente legato all'oggetto nel quale è stato incorporato e, come tale, la «carta... graffita»³⁹ d'inchiostro si muove nello spazio fisico. Pertanto, se nel corso dell'iter postale, la missiva viene smarrita, non solo il percorso comunicativo non si perfezionerà, ma andranno perduti sia la fonte sia gli elementi di prova rappresentativi. Né l'esistenza di un'eventuale copia della lettera – una fotocopia o una copia ottenuta con la carta carbone – potrà rimpiazzare la mancanza dell'originale: certo, anche la copia sarà un documento, ma si tratterà pur «sempre [di] qualcosa d'altro rispetto all'originale»⁴⁰.

Diverso è quanto avviene con la posta elettronica. Qui, gli elementi di prova di natura digitale⁴¹ si

trasferiscono, attraverso i vari canali di trasmissione (cavi, fibre ottiche, radio/*wi-fi*), da un elaboratore a un altro – si «spostano», cioè, da una fonte di prova a un'altra – senza perdere alcuna delle proprie caratteristiche⁴². La *digital evidence*, insomma, circola a prescindere dal supporto su cui è stata registrata, potendosi duplicare «una serie infinita di volte, senza differenze qualitative dall'originale»⁴³. Così, il messaggio perso per una disfunzione della rete potrebbe pur sempre essere recuperato, se archiviato dal mittente sul proprio *account*.

ACQUISIZIONE DEGLI ELEMENTI DI PROVA DIGITALE E TIPICITÀ PROBATORIA

Che la posta elettronica appartenga al novero delle prove di natura digitale «non deve far pensare né a una categoria di prova nuova (ossia atipica: art. 189 c.p.p.) rispetto ai mezzi tipici contemplati dal nostro codice né tantomeno a «un sottotipo di recente emersione di prova scientifica»⁴⁴. Sullo sfondo, invero, traspaiono tutte le problematiche inerenti alla necessità di aggiornare il catalogo probatorio all'incessante progresso tecnico-scientifico⁴⁵, esigenza ancora più sentita «con riguardo alle nuove tecnologie della comunicazione e dell'informazione le quali evolvono ad un passo non percepibile dall'occhio del giurista (e men che meno del legislatore) il quale se ne accorge solo *ex post factum*»⁴⁶. Eppure,

evidence» (Molinari, *Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico*, Cass. pen., 2012, 702).

⁴² Piuttosto, durante il trasferimento si aggiungono degli elementi di prova ulteriori, quali, ad esempio, i *timestamp* e i log dei server intermedi, ecc.

⁴³ Zacchè, *La prova documentale*, cit., 35.

⁴⁴ Molinari, *Le attività investigative inerenti alla prova di natura digitale*, Cass. pen., 2013, 1261. Cfr. altresì Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Ubetis – Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XX, Milano, 2012, 39; Marafioti, *Digital evidence e processo penale*, Cass. pen., 2011, 4510.

⁴⁵ Sul dibattito intorno alla «nuova prova scientifica», in generale, cfr. Caprioli, *La scienza «cattiva maestra»: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, Cass. pen., 2008, 3520 ss.; Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 25 ss.; Tonini, *Dalla perizia «prova neutra» al contraddittorio sulla scienza*, Conti (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011, 3 ss.; Ubetis, *Il giudice, la scienza, la prova*, Cass. pen., 2011, 4111 ss.

⁴⁶ Sica – Zeno-Zencovich, *Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet*, in *Dir. inf.*, 2010, 377. Basti menzionare le questioni sollevate dalla cosiddetta «perquisizione on-line»: v., al riguardo, Flor, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung. La prospettiva delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico ed il bilanciamento con i diritti inviolabili della persona*, Riv. trim. dir. pen. economia, 2009, 695 ss.; Marcolin, *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, Cass. pen., 2010, 2855 ss.; Orlandi, *Questioni attuali in tema di processo penale e informatica*, cit., 132.

³⁵ Zacchè, *La prova documentale*, cit., 8-9. In argomento, anche se con prospettive non sempre coincidenti, cfr. altresì Daniele, *La prova digitale nel processo penale*, Riv. dir. processuale, 2011, 284-285; Tonini, *Documento informatico e giusto processo*, Dir. pen. proc., 2009, 402 ss.

³⁶ Per tale considerazione, cfr., ad esempio, Corsini – Orbin Michelucci, *Sostituire il documento cartaceo con il documento informatico, firmarlo e trasmetterlo via rete*, Dir. internet, 2006, 312; Pica, *Reati informatici e telematici*, cit., 537; Picotti, sub art. 3 l. 23 dicembre 1993 n. 547 (criminalità informatica), Leg. pen., 1996, 88.

³⁷ Cfr. Ceccarini, *La prova documentale nel processo civile*, Milano, 2006, 362, per il quale il documento informatico è una «realtà immateriale, non nel senso che può esistere senza un supporto (poiché la sequenza di bit che lo compone deve sempre avere una propria allocazione fisica), ma nel senso che il supporto sul quale sono registrate le informazioni è irrilevante per la natura del documento, poiché non gli conferisce alcuna particolare caratteristica, né incide in alcun modo sulla sua rilevanza giuridica». Definisce «imateriale» il documento informatico, tra gli altri, Masucci, *Il documento informatico. Profili ricostruttivi della nozione e della disciplina*, Riv. dir. civ., 2004, I, 754 ss.

³⁸ Zacchè, *La prova documentale*, cit., 34.

³⁹ Barthes, *L'impero dei segni* (1970), trad. it., Torino, 2004, 104.

⁴⁰ Zacchè, *La prova documentale*, cit., 35.

⁴¹ ... o, con linguaggio anglosassone, le cosiddette «digital

per quanto concerne il fenomeno dell'acquisizione della corrispondenza elettronica, non pare scorretto affermare come «il diritto [abbia] ormai superato la sindrome della 'nottola di Minerva'»⁴⁷.

Con l'introduzione nel codice penale dei *computer crimes*, la stessa l. n. 547 del 1993 ha provveduto a modificare la disciplina delle intercettazioni di comunicazioni, attraverso l'innesto dell'art. 266-bis c.p.p. e l'interpolazione dell'art. 268, commi 3-bis, 6, 7 e 8, c.p.p.⁴⁸. Giudicata dai più una norma ridondante – considerato che, con l'impiego del termine «telecomunicazioni», già l'art. 266 c.p.p. sarebbe stato in grado di ricomprendere nel proprio ambito operativo «qualunque sistema per la trasmissione a distanza di informazioni di diversa natura (segnale telegrafico e telefonico, dati numerici, programmi televisivi, ecc.)»⁴⁹ –, l'art. 266-bis c.p.p. autorizza le intercettazioni relative al «flusso di comunicazioni tra sistemi informatici o telematici ovvero intercorrenti tra più sistemi», oltre che per i reati elencati nell'art. 266 c.p.p., anche per gli illeciti commessi «mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche»⁵⁰.

A ciò si è aggiunta la l. 18 marzo 2008, n. 48, la quale – nel ratificare e dare esecuzione alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica firmata a Budapest il 23 novembre 2001 – ha dapprima ricondotto, fra gli accertamenti urgenti di polizia giudiziaria, le ispezioni, le perquisizioni e i sequestri⁵¹, le attività di reperimento e d'«apprensione dei dati digitali contenuti all'interno di computer,

altri elaboratori, telefoni mobile, o server aziendali»⁵²; quindi, ha avuto cura di specificare che, nello svolgimento di tali attività, l'autorità pubblica deve adottare delle misure tecniche⁵³ dirette «ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedire l'alterazione»⁵⁴, provvedendo, ove possibile, alla loro duplicazione su supporti idonei, con procedure in grado di garantire la conformità e l'integrità dei dati copiati rispetto agli originali⁵⁵.

Senza entrare nelle criticità di tale novella su cui si è sviluppato un intenso dibattito⁵⁶, nel presente contesto, sembra più utile rammentare come il legislatore abbia modificato, anzitutto, l'art. 254, comma 1, c.p.p., autorizzando l'autorità giudiziaria a procedere – presso chi fornisce servizi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni – al sequestro degli oggetti di corrispondenza inoltrati per via telematica, quando vi sia il «fondato motivo di ritenere che essi siano stati spediti dall'imputato o siano a lui diretti o che, comunque, abbiano una relazione con il reato»; quando poi al sequestro dà corso la polizia giudiziaria, si è previsto che gli oggetti di corrispondenza non possano essere aperti né alterati, ai sensi dell'art. 254, comma, 2 c.p.p.

In secondo luogo, la l. n. 48 del 2008 ha avuto cura di precisare, ai sensi dell'art. 254-bis c.p.p., che l'autorità giudiziaria, quando dispone il sequestro dei dati informatici detenuti dai fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni, può «stabilire per esigenze legate alla regolare fornitura dei medesimi servizi, che la loro acquisizione avvenga mediante copia di essi su adeguato supporto, con una procedura che assicuri la conformità dei

⁴⁷ Così, Molinari, *Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico*, cit., 705, riprendendo la felice metafora di Ubertis, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, Id., *Argomenti di procedura penale*, II, Milano, 2006, 199.

⁴⁸ Al riguardo, cfr. fra gli altri Di Martino, *Le intercettazioni telematiche e l'ordinamento italiano: una convivenza difficile*, *Ind. pen.*, 2002, 219 ss.; Ruggeri, *Profili processuali nelle investigazioni informatiche*, Picotti (a cura di), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, Padova, 2004, 162 ss.; Ugoccioni, sub art. 11 l. 23 dicembre 1993 n. 547 (*criminalità informatica*), *Leg. pen.*, 1996, 140 ss.; nonché, volendo, Zacchè, *Acquisizione di dati esterni ai colloqui telefonici*, *Dir. pen. proc.*, 1999, 338.

⁴⁹ Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 12.

⁵⁰ Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., 13, nota 32; cfr. inoltre Fumu, sub art. 266-bis c.p.p., Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale*, III Agg., Torino, 1998, 133-134.

⁵¹ Sulla portata della riforma in parola, v., fra i molti, Bragò, *L'ispezione e la perquisizione di dati, informazioni e programmi informatici*, Lupária (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime (l. 18 marzo 2008, n. 48)*, Milano, 2009, 181 ss.; Di Bitonto, *L'accertamento investigativo delle indagini sui reati informatici*, *Dir. internet*, 2008, 503 ss.; Lupária, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa: i profili processuali*, *Dir. pen. proc.*, 2008, 717 ss.

⁵² Lupária, *Computer crimes e procedimento penale*, Spangher, (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VII, Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, I, Torino, 2011, 382.

⁵³ Sulle linee guida in tema di *computer forensic*, v. Grillo – Moscato, *Riflessioni sulla prova informatica*, *Cass. pen.*, 2010, 372 ss.; Vaciago, *Digital evidence. I mezzi di ricerca della prova digitale nel procedimento penale e le garanzie dell'indagato*, Torino, 2012, 12 ss.; Ziccardi, *L'ingresso della computer forensics nel sistema processuale italiano: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, Lupária (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime (l. 18 marzo 2008, n. 48)*, cit., 165 ss.

⁵⁴ Cfr., ad esempio, gli art. 244 e 247, comma 1-bis, c.p.p.

⁵⁵ Cfr., ad esempio, l'art. 354 c.p.p.

⁵⁶ In ragione dell'immaterialità, volatilità e fragilità dei dati informatici, si registra in dottrina una vivace discussione su vari argomenti: se, ad esempio, le investigazioni informatiche appartengono al novero degli accertamenti tecnici previsti dagli artt. 359 e 360 c.p.p., oppure alla disciplina dei mezzi di prova tipici; quali sono le conseguenze processuali nelle ipotesi in cui le autorità procedenti non seguano le *best practices* nell'assunzione del materiale informatico, ecc. (in proposito, cfr. i diversi punti di vista di Daniele, *Il diritto al preavviso della difesa nelle indagini informatiche*, *Cass. pen.*, 2012, 441 ss.; Molinari, *Le attività investigative inerenti alla prova di natura digitale*, cit., 1262 ss.; Lupária, *Computer crimes e procedimento penale*, cit., 383 ss.).

dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità», nonché il dovere del fornitore di garantire la conservazione e la protezione dei dati originali⁵⁷.

Si è sancito, infine, che gli ufficiali di polizia giudiziaria privi di delega possono attivarsi nei casi d'urgenza, in forza dell'art. 353, comma, 3 c.p.p.: pertanto, in attesa del provvedimento di sequestro del pubblico ministero, la polizia può ordinare a chi sia preposto al servizio postale, telegrafico, telematico o di telecomunicazione di sospendere l'inoltro degli oggetti di corrispondenza in forma elettronica – si pensi a una lettera tradizionale contenente un *floppy disk* – o inviati per via telematica. In quest'ultima eventualità, si autorizza la polizia a effettuare un fermo posta dell'*e-mail*, nonostante i tempi della rete siano estremamente veloci⁵⁸, nonché il fermo dei più recenti oggetti di corrispondenza forniti *on line* dai servizi postali: basti menzionare «quello di spedizione delle raccomandate, della posta ordinaria e dei telegrammi *on line*, che avviene mediante inoltro da parte del mittente (a mezzo *e mail*) della corrispondenza al servizio postale, il quale provvede a stampare quanto ricevuto su supporto cartaceo ed a curare la spedizione nelle forme tradizionali al destinatario»⁵⁹.

INTERCETTAZIONE E SEQUESTRO DELLA POSTA ELETTRONICA: CRITERIO DISTINTIVO

Se alla luce di tali interventi normativi va esclusa qualunque applicazione dell'art. 189 c.p.p., rimane da inquadrare fra quali attività di assunzione probatoria possa essere ricondotta l'apprensione della posta elettronica.

Anteriormente alla l. n. 48 del 2008, una parte della dottrina riteneva che «il messaggio di posta elettronica [non ancora] giunto al suo destinatario e, altrettanto importante, [non ancora] nella sua diretta disponibilità»⁶⁰ potesse entrare nel circuito processuale solo attraverso la disciplina delle inter-

cettazioni. In breve, l'intero flusso della comunicazione informatica sarebbe ricaduto sotto l'operatività dell'art. 266-bis c.p.p.: anche la missiva reperita sul *server* del fornitore del servizio informatico, così come l'*e-mail* scaricata sul *personal computer* del destinatario, purché non letta da quest'ultimo⁶¹. Oggi, però, tali assunti sembrano superati proprio dall'intervento legislativo: «grazie al nuovo inciso inserito nell'art. 254 c.p.p. facente riferimento all'inoltro di missive 'anche per via telematica'»⁶², la «posta elettronica e i suoi surrogati rientrano ora pacificamente entro la cornice del concetto di 'oggetti di corrispondenza'», con la conseguente applicabilità della relativa disciplina in tema di sequestro.

All'indomani della riforma, d'altro canto, si è sostenuto che la «corrispondenza inoltrata per via telematica» non può essere suscettibile d'intercettazione poiché, trattandosi d'una prova digitale, il suo «apporto informativo» sarebbe «già cristallizzato» e non «in via di formazione al momento stesso della... captazione»⁶³. Anche questa tesi, tuttavia, appare poco convincente perché non valorizza appieno la peculiarità del documento informatico che, come abbiamo anticipato, consiste nella scorporabilità degli elementi di prova dalla *res* che li contiene e nella loro trasferibilità da una fonte all'altra. Un fenomeno simile, del resto, si registra in altre forme di comunicazione: si pensi all'utilizzo del fax, dove «l'apprensione coattiva del foglio di carta già emesso dall'apparecchio» viene regolata «dalle norme sulla perquisizione-sequestro, mentre... il controllo [effettuato]... simultane[amente] alla [sua] trasmissione» costituisce «una vera e propria intercettazione»⁶⁴.

Qual è, allora, il criterio in base al quale va distinta l'intercettazione dal sequestro della posta elettronica? A tale riguardo, si è proposto di seguire un requisito di natura temporale costituito, per così dire, dall'«attualità» della comunicazione rispetto all'atto acquisitivo: quando la captazione dell'*e-mail* avviene «in tempo reale»⁶⁵ o «in maniera contestuale alla [sua] trasmissione»⁶⁶ opera la disciplina delle inter-

⁵⁷ Sulla norma in parola che, attraverso le procedure di copia, realizza un vero e proprio sequestro informatico dei dati detenuti dai fornitori dei servizi Internet, cfr. Carnevale, *Copia e restituzione di documenti informatici sequestrati: il problema dell'interesse ad impugnare*, *Dir. pen. proc.*, 2009, 481; Molinari, *Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico*, cit., 712.

⁵⁸ In tali termini, Macrillò, *Le nuove disposizioni in tema di sequestro probatorio e di custodia ed assicurazione dei dati informatici*, *Dir. internet*, 2008, 513; Venturini, *Sequestro probatorio e fornitori di servizi telematici*, Lupária (a cura di), *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Milano, 2012, 111.

⁵⁹ Macrillò, *Le nuove disposizioni in tema di sequestro probatorio e di custodia ed assicurazione dei dati informatici*, cit., 512.

⁶⁰ Orlandi, *Questioni attuali in tema di processo penale e informatica*, cit., 135.

⁶¹ In tali termini, cfr. Orlandi, *Questioni attuali in tema di processo penale e informatica*, cit., 135, per il quale solo dopo la lettura della *e-mail* da parte del destinatario avrebbe trovato applicazione la disciplina delle perquisizioni e dei sequestri. In senso contrario, sempre prima della l. n. 48 del 2008, v. Logli, *Sequestro probatorio di un personal computer. Misure ad explorandum e tutela della corrispondenza elettronica*, *Cass. pen.*, 2008, 2957-2958.

⁶² Per questa e per la citazione immediatamente successiva, v. Lupária, *Computer crimes e procedimento penale*, cit., 387.

⁶³ Questa e le citazioni che precedono nel capoverso sono tratte da Daniele, *La prova digitale nel processo penale*, cit., 290.

⁶⁴ Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., 22-23.

⁶⁵ Lupária, *Computer crimes e procedimento penale*, cit., 387.

⁶⁶ Aprile, *Intercettazioni di comunicazioni*, Spangher (diretto

cezzazioni, altrimenti vale la normativa sui sequestri. Benché abbia una sua validità, va comunque sottolineato che, in determinate situazioni, questo criterio presenta uno scarso valore selettivo. Qual è, ad esempio, la norma applicabile se si verifica un ritardo nella consegna del messaggio dal server del mittente a quello del destinatario? È intercettazione l'acquisizione delle e-mail in transito sul server del gestore, quando la polizia procede al sequestro della posta ivi archiviata? Come s'inquadra l'acquisizione dell'e-mail scaricata per la prima volta sul personal computer dal destinatario e mai letta?

Per fugare ogni dubbio, il criterio più utile consiste nel far leva sull'elemento più significativo che contraddistingue l'intercettazione dal sequestro⁶⁷: mentre la prima è un'attività svolta in maniera occulta, la seconda è un atto sì a sorpresa, ma scoperto e garantito⁶⁸. Pertanto, quando la percezione della comunicazione informatica avviene attraverso la duplicazione della «casella di posta elettronica» da parte del gestore del relativo servizio, con il conseguente inoltro di «tutte le e-mail direttamente sul server della Procura della Repubblica»⁶⁹, la polizia sta ponendo in essere un'intercettazione di flussi informatici ex art. 266-bis c.p.p. Diversamente, se l'autorità pubblica accede all'ente che gestisce la corrispondenza elettronica o ispeziona direttamente il personal computer dell'interessato, l'attività d'apprensione dei dati digitali, per il suo carattere palese, si traduce sempre in un'attività di sequestro.

SEQUESTRO DELLE E-MAIL E (INSUFFICIENTE) TUTELA DEL SEGRETO

Quando si procede con il sequestro delle e-mail, occorre chiedersi fino a quale momento questi oggetti possano considerarsi corrispondenza ai fini della tutela del segreto epistolare, ai sensi dell'art. 15 Cost.

L'interrogativo, in realtà, non riguarda le attività d'apprensione delle missive reperite sul server dell'ente gestore. L'organo competente all'assunzio-

ne del materiale probatorio, qui, è l'autorità giudiziaria e, nel caso proceda la polizia, la corrispondenza non può essere alterata né letta, nemmeno quando il destinatario abbia già preso visione del suo contenuto con un accesso *webmail* o attraverso gli appositi programmi di posta installati sul proprio *personal computer*. Come avviene per la posta tradizionale, in sostanza, la l. n. 48 del 2008 riconosce l'attualità del segreto epistolare, ogniquale volta l'atto assuntivo si realizzi presso i fornitori del servizio⁷⁰.

Le criticità piuttosto emergono quando le operazioni di ricerca delle comunicazioni elettroniche si svolgono dal computer dell'utente mediante l'accesso alla casella di posta elettronica via *webmail* o con i programmi *ad hoc* di cui è stato dotato l'elaboratore. In tal caso, non operano gli artt. 254 e 254-bis c.p.p. – riservati appunto all'assunzione della posta presso gli enti gestori –, bensì le regole ordinarie in tema di sequestro, con tutto quanto ciò comporta: dal potere in capo alla polizia d'agire di propria iniziativa nell'apprensione del materiale probatorio ex art. 354 c.p.p., alla possibilità ad essa concessa d'ispezionare il contenuto della posta elettronica conservata nella memoria dell'elaboratore⁷¹. Ne consegue, quindi, una grave menomazione delle garanzie apprestate dall'art. 15 Cost. il quale, anzitutto, estende la propria portata «anche dopo l'apertura della lettera da parte del destinatario»⁷² e, inoltre, non «prevede, per le limitazioni del diritto di corrispondenza, eccezione alcuna all'atto motivato dell'autorità giudiziaria»⁷³.

⁷⁰ Quanto alla corrispondenza epistolare, è noto che, per Corrado, *Procedura penale*, Milano, 2006, 843, l'art. 254 c.p.p. copre pure le ipotesi in cui la posta sia in transito o già affidata ai recapitanti.

⁷¹ Sulle modifiche dell'art. 354, comma 2, c.p.p. in forza della l. n. 48 del 2008, cfr., tra gli altri, Barbieri, *Le attività d'indagine della polizia giudiziaria su sistemi informatici e telematici*, *Dir. internet*, 2008, 518-519; Lorenzetto, *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, Lupária (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella Legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime* (l. 18 marzo 2008, n. 48), cit., 135 ss.; Lupária, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa: i profili processuali*, cit., 720.

⁷² Barile – Cheli, *Corrispondenza (libertà di)*, cit., 745; per un quadro di sintesi delle tesi più restrittive emerse in dottrina, cfr. Troisio, *Corrispondenza (libertà e segretezza della)*, *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 2 ss. Come segnala Donati, sub art. 15 Cost., Bifulco – Celotto – Olivetti (a cura di), *Comm. alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 365, a ogni modo, la stessa Corte costituzionale ha accolto, «nelle sentenze 1030/1988 e 81/1993» l'«impostazione» seguita nel testo.

⁷³ Barile – Cheli, *Corrispondenza (libertà di)*, cit., 749; v. inoltre Donati, sub art. 15 Cost., cit., 367; Illuminati, *La disciplina delle intercettazioni*, Milano, 1983, 6, per il quale «la riserva di giurisdizione» espressa nell'art. 15 Cost. è «assoluta, dato che non sono previste eccezioni a favore dell'autorità giudiziaria, nemmeno in casi di necessità e urgenza» (*contra*, Guariniello, *Rapporti tra amministrazione postale e autorità giudiziaria in tema di libertà e segretezza della corrispondenza*, *Giur. cost.*, 1968, 1594 ss., che sostiene un'interpretazione estensiva dell'art. 15 Cost.

da), *Trattato di procedura penale*, II, Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, I, Torino, 2009, 535.

⁶⁷ Anche se non manca chi ritiene che vada rivisto il «concetto di intercettazione, [proprio] al fine di garantire una maggiore tutela a situazioni che i nuovi strumenti della tecnologia possono mettere in pericolo» (Renzetti, *Acquisizione dei dati segnalati sul display del cellulare: il rischio di una violazione dell'art. 15 Cost.*, *Cass. pen.*, 2006, 543).

⁶⁸ Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., 22-23.

⁶⁹ Vaciago, *Digital evidence. I mezzi di ricerca della prova digitale nel procedimento penale e le garanzie dell'indagato*, cit., 81. Per Lupária, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa: i profili processuali*, cit., 721, al contrario, questa modalità operativa cade in «un cono d'ombra» ed è difficilmente inquadrabile nell'ambito delle attività intercettive.

Se, dunque, il segreto viene meno solo quando la missiva perde il valore di comunicazione attuale, per acquisire un significato meramente retrospettivo, affettivo, storico, ecc.⁷⁴, ciò significa che la posta elettronica già letta e archiviata dal destinatario nell'apposita cartella, finché attuale, risulta coperta dall'art. 15 Cost. e, come tale, andrebbe assunta⁷⁵. In tale ottica, si profila un dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 354, comma 2, c.p.p.: in assenza di un'autorizzazione preventiva dell'autorità giudiziaria, infatti, non dovrebbe essere consentito alla polizia giudiziaria procedere all'apprensione mediante sequestro della corrispondenza (oltre che epistolare) elettronica, né tantomeno accedere alla relativa cassetta.

SFERE D'USO DELLA POSTA ELETTRONICA NEL PROCESSO

La scelta legislativa di predisporre due canali d'ingresso nel processo per i medesimi elementi di prova potrebbe essere tacciata di scarsa razionalità: in passato, del resto, erano stati presentati dei disegni di legge per predisporre una disciplina unitaria del fenomeno⁷⁶.

A ben vedere, però, le differenze di regime fra i due strumenti probatori sono più apparenti che reali. È vero che, dato il loro carattere intrusivo e occulto, le intercettazioni telematiche richiedono l'autorizzazione del giudice, i gravi indizi di reità, ecc., mentre per il sequestro basta il decreto del pubblico ministero. Ma, siccome l'intercettazione

delle *e-mail* può riguardare, oltre ai reati elencati nell'art. 266 c.p.p., tutti gli illeciti commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche⁷⁷, è innegabile che sussista una sostanziale coincidenza fra i campi d'applicazione dell'art. 266-bis c.p.p. e dell'art. 254 c.p.p.

Nemmeno la sorte processuale delle *e-mail* ritualmente intercettate o sequestrate presenta divergenze significative. Certo, i risultati delle intercettazioni vengono cristallizzati in documenti processuali (o atti), poiché si tratta d'entità formate 'nel' e 'per' il procedimento⁷⁸, in virtù delle operazioni di duplicazione dei flussi informatici confluiti sul *server* della procura. Ne deriva che, dopo le procedure di deposito, stralcio e trascrizione, essi entrano nel fascicolo del dibattimento come atti irripetibili e la loro acquisizione processuale si realizza attraverso la relativa lettura *ex art.* 511 c.p.p.⁷⁹.

Le attività di sequestro, viceversa, concernono dei documenti extraprocessuali⁸⁰, perché cadono su *res signatae* che esistono di per sé, al di fuori del procedimento, a prescindere dal comportamento dell'autorità procedente⁸¹, benché poi le stesse debbano essere duplicate su un adeguato supporto ed, eventualmente, stampate per essere fruibili nel processo. La copia dei dati *ex art.* 254 c.p.p. coattivamente appresi, quindi, va di regola inserita nel fascicolo del pubblico ministero, una volta separata dai verbali di sequestro⁸², e solo alle condizioni previste dagli artt. 234 ss. c.p.p. può confluire fra le carte a disposizione del giudice.

Nondimeno, siffatti documenti extraprocessuali avranno una sfera d'uso, per certi versi, analoga a quella della corrispondenza intercettata. Si pensi, ad esempio, all'*e-mail* contenente delle dichiarazioni autoaccusatorie. Se ritualmente intercettata, gli

allo scopo di equipararlo all'art. 13, comma 3, Cost.). Per la giurisprudenza costituzionale, cfr. C. cost., sent. 11 marzo 1993, n. 81, *ivi*, 1993, 739-740.

⁷⁴ Cfr., in tal senso, Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Grosso (a cura di), *Parte speciale*, I, Milano, 2008, 253; Barile - Cheli, *Corrispondenza (libertà di)*, cit., 745; Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Nuvoletto - Pisapia (a cura di), *Delitti contro la persona*, VIII, Torino, 1985, 916. *Contra*, Pecorella, *Diritto penale dell'informatica*, cit., 294, secondo cui la segretezza della posta elettronica rimane *attuale* finché il «destinatario della comunicazione ha preso conoscenza del messaggio inviatogli, ossia la 'comunicazione' si è realizzata».

⁷⁵ Tenuta ferma la possibilità in capo alla polizia di sequestrare d'iniziativa la corrispondenza tradizionale, per così dire, presso i luoghi privati, una parte della dottrina processuale ritiene che lo stesso non dovrebbe accadere con riguardo alla posta elettronica registrata sul *computer* in uso all'utente, almeno fino a quando il destinatario non ne ha preso cognizione, ai sensi dell'art. 254 c.p.p. (cfr., al riguardo, Logli, *Sequestro probatorio di un personal computer. Misure ad explorandum e tutela della corrispondenza elettronica*, cit., 2958; Lupária, *La disciplina processuale e le garanzie difensive*, Lupária - Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano, 2007, 172-173, per il quale, anche quando il messaggio fosse «già [stato] scaricato, aperto e letto con un programma del tipo di *outlook express*», (ciononostante) risulterebbe «maggiormente corretto propendere per una qualificazione dell'*e-mail* in termini di posta chiusa»).

⁷⁶ ... come ricorda Lupária, *Computer crimes e procedimento penale*, cit., 387.

⁷⁷ Accanto a un'interpretazione letterale (cfr. *supra*, nota 50) dell'art. 266-bis c.p.p., in realtà, non manca chi restringe la portata della norma solo ai *computer crimes* in senso stretto: cfr. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Padova, 1997, 82-83.

⁷⁸ È questo, ad esempio, il criterio seguito dalla giurisprudenza in tema di videoriprese e di registrazioni foniche effettuate dalla polizia giudiziaria: cfr., rispettivamente, Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, *Cass. pen.*, 2006, 3941, e Cass., sez. VI, 7 aprile 2010, n. 23742, *Foro it.*, 2011, II, 227-228.

⁷⁹ Per il regime dibattimentale di acquisizione delle intercettazioni, v. per tutti Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., 240. Più, in generale, sulla lettura degli atti, cfr. *Relazione prog. prel. c.p.p.*, Conso - Grevi - Neppi Modona (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 632.

⁸⁰ Sul punto, cfr. Zacchè, *La prova documentale*, cit., 34; cfr., inoltre, Molinari, *Le attività investigative inerenti alla prova di natura digitale*, cit., 1270.

⁸¹ Cfr., da ultimo, Zacchè, *La prova documentale*, cit., 15-16.

⁸² V., a tal riguardo, Ubertis, *Variazione sul tema dei documenti*, *Cass. pen.*, 1992, 2520.

elementi di prova *contra se* potrebbero essere utilizzati senza alcuna elusione del canone *nemo tenetur se detegere*⁸³; lo stesso si verificherebbe allorché la

⁸³ ... come insegnano C. cost., sent. 6 aprile 1973, n. 34, *Giur. cost.*, 1973, 340-342; nonché Corte e.d.u., sez. III, dec. 4 maggio 1999, Choudhary c. Regno Unito, le quali, rispettivamente, hanno escluso che operi il *nemo tenetur se detegere* nel corso di conversazioni, intercettate dalla polizia, che l'accusato abbia avuto liberamente con altre persone (*contra*, Giarda, *Dichiarazioni autoaccusatorie "intercettate" in conversazioni e comunicazioni*, *Corriere mer.*, 2007, 1284).

missiva venisse, prima, sequestrata e, poi, ammessa nel dibattimento quale documento extraprocessuale formato dall'imputato, ai sensi dell'art. 237 c.p.p.⁸⁴. S'ipotizzi, ancora, che la lettera elettronica abbia un tenore minaccioso: in entrambi i casi, una volta inserita nel fascicolo del dibattimento *ex art.* 431 c.p.p., entrerebbe nel processo mediante, rispettivamente, l'art. 511 c.p.p.

⁸⁴ Cfr., da ultimo, Zacchè, *La prova documentale*, cit., 46-48.

MARIAIVANA ROMANO*

Cultrice di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Napoli Parthenope

L'amministratore giudiziario dei beni sottratti alla criminalità organizzata: passi avanti (e ancora da fare)

Judicial administrator of organized crime's goods: important achievements, although still more to do

Sempre più al centro di attenzione da parte del legislatore e di consequenziali interventi normativi, l'azione di contrasto alla criminalità organizzata viene esercitata anche mediante l'utilizzo di strumenti di carattere ablativo tesi a depauperare organizzazioni mafiose, sempre più evolute e camaleonticamente infiltrate nel tessuto politico-economico del Paese. Lo sviluppo di tali piani di contrasto implica l'elaborazione di apparati organizzativi indispensabili per la conversione di realtà aziendali "malate" e del loro reimpiego per lo sviluppo "sano" dei territori in cui hanno luogo. Il d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, pur nella sua incompletezza, rappresenta un primo importante passo verso il concepimento di un unicum normativo in grado di soddisfare le esigenze operative in materia di misure di prevenzione ed amministrazioni giudiziarie.

Increasingly the focus of attention by the legislature and rules production, the action against organized crime is also exercised through the use of tools able to impoverish the mafia's organizations, more and more advanced and infiltrated into the political-economic reality of the country. The development of such plans contrast involves the development of organizational apparatus necessary for the conversion of business realities "sick" and their reuse for the "healthy" development of the territories in which they occur. The d.lgs. 159/2011, even if still incomplete, is an important first step towards the conception of a unique regulatory able to meet the operational needs in the field of preventive measures and judicial administrations.

LE MISURE ABLATIVE COME STRUMENTO DI LOTTA ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

Nella lotta alla criminalità organizzata l'utilizzo di misure che, prescindendo dalla limitazione della

libertà personale del singolo, puntano a minare le fondamenta delle associazioni mediante l'aggressione diretta ai relativi patrimoni sul presupposto della loro presunta provenienza illecita, rappresenta, nel diritto penale moderno, un sistema centrale,

ROMANO / L'AMMINISTRATORE GIUDIZIARIO DEI BENI SOTTRATTI ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

sulla cui efficacia il legislatore sembra oramai fare sempre più affidamento.

Lo strumento ablativo, avente ad oggetto i patrimoni delle organizzazioni criminali di stampo mafioso, trova la sua ragion d'essere proprio nella evoluzione del fenomeno stesso. In luogo del tradizionale modello soggettivo, in cui l'individuo e la sua capacità delinquenziale assumevano valore preminente rispetto alla pericolosità dell'associazione, l'evoluzione criminologica si orienta verso un più moderno paradigma di tipo organizzativo, la cui pericolosità risiede non tanto nella attitudine a delinquere del singolo, ma nell'*humus* nella struttura organizzativa e negli ingenti patrimoni di cui essa dispone¹.

A fronte di una realtà criminale così evoluta lo scopo del legislatore deve essere proprio quello di bloccare la capacità economica delle organizzazioni, impedendo loro di riciclare le risorse illecitamente accumulate, convogliandole in ulteriori attività². Da qui lo sviluppo, nella legislazione antimafia, di istituti che tendono a minare la stabilità delle organizzazioni criminali colpendone le fondamenta economiche, sempre più ingenti e fondate su attività produttive che, sotto le mentite spoglie di imprese "pulite", interagiscono con le istituzioni e si radicano nel territorio utilizzando il cosiddetto "metodo mafioso", strumento fatto di vessazioni ed intrecci con le classi di potere.

In questa prospettiva si avverte, sempre di più, la necessità di una sistemazione organica delle norme che intervengono a disciplinare gli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata. Tuttavia, la sovrapposizione, ancora irrisolta, di strumenti, penali e di prevenzione, da un lato, e la mancanza di un corpo normativo unico³, dall'altro, rappresentano la ragione di problemi di carattere interpretativo. La naturale conseguenza di questo stato di cose consiste in inutili dispieghi di energie investigative il cui coordinamento rischia una scarsa proficuità⁴.

In questo contesto, la disciplina penale è quella che maggiormente soffre in termini di funzionalità, laddove il ricorso ad applicazioni analogiche della normativa in materia di prevenzione rischia di essere causa di provvedimenti illegittimi, in ragione delle peculiari caratteristiche delle condizioni applicative.

L'AMMINISTRATORE GIUDIZIARIO

In questa cornice dai contorni poco netti emerge la controversa figura dell'amministratore giudiziario che, a tutt'oggi, è oggetto di una disciplina non in grado di focalizzarne in maniera analitica ed esauritiva i caratteri essenziali.

È pur vero, tuttavia, che detta carenza appare tutto sommato irrisoria ove si tenga conto che essa si aggiunge alle lacune che interessano, in modo ben più preoccupante, i criteri di economicità nella amministrazione dei beni sequestrati alle mafie e rispetto ai quali non sussiste una appagante regolamentazione, pur nella evidente attualità della materia⁵. Di qui l'esigenza, evidentemente avvertita dagli operatori del diritto, di una normativa che individui in maniera adeguata le misure di coordinamento e controllo tra l'amministrazione ed il giudice competente⁶, sia con riguardo al concreto sviluppo del procedimento e alla eventuale individuazione di ulteriori beni da sequestrare, sia con riguardo alla effettiva relazione con i suoi ausiliari, incluso il tema dei compensi dovuti agli stessi⁷.

La stratificazione, nel tempo, del sottosistema normativo esistente tra il processo penale ed il procedimento di prevenzione, nell'ambito dei quali si innesta il ruolo dell'amministratore giudiziario – ancora oggi privo di completezza e adeguatezza rispetto alle esigenze concrete – ha lasciato che gli strumenti di intervento contemplati in materia mantenessero il carattere proprio della "stagione di emergenza". Sebbene gli sforzi del legislatore non abbiano ancora sortito i risultati sperati, è innega-

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

¹ Sulla evoluzione del fenomeno della criminalità organizzata, Balsamo – Lucchini, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, *Dir. pen. contemp.*, 2012, 1.

² Nicastro, *Le misure di prevenzione nel codice antimafia: il nuovo stenta a nascere il vecchio a morire*, *Legislazione pen.*, 2012, 2, 190 e ss.

³ Espressione di un primo tentativo del legislatore di costituire un corpo normativo unico in materia di contrasto alla criminalità organizzata, il d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 appare, ad oggi, macroscopicamente lacunoso e pertanto incapace di fornire adeguate risposte alle esigenze operative del settore.

⁴ In questi termini Menditto, *Proposte essenziali di modifica ai Libri I, II, IV, V dello schema del decreto legislativo del codice delle*

leggi antimafia e delle misure di prevenzione presentato dal Governo il 15 giugno 2011, in *Dir. pen. contemp.*, 2011, 8, 33.

⁵ Balsamo, *Il "codice antimafia" e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?*, in *Dir. pen. contemp.*, sez. Misure di prevenzione, 2012, 7.

⁶ Emblematico di quanto fin qui considerato è l'orientamento secondo cui, in analogia a ciò che accade nel procedimento di prevenzione patrimoniale, spetta sempre al giudice che ha disposto il sequestro preventivo ex art. 12 *sexies* d.l. n. 306 del 1992 (conv. in l. n. 356 del 1992) adottare i provvedimenti in tema di gestione e di amministrazione dei beni sequestrati e confiscati. Così, Cass., sez. I, 30 gennaio 2012, n. 3637, in *CED Cass.* 251852.

⁷ Piva, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sopranazionale*, in *Dir. pen. contemp.*, sez. Misure di prevenzione, 2012, 11.

bile che essi siano espressione di una presa di coscienza del dato per cui la criminalità organizzata è un fenomeno che non può essere contrastato con il solo strumento del diritto penale; diversamente si incorrerebbe nel fatale errore di ridurre il male che essa rappresenta ad una mera questione di ordine pubblico⁸. Combattere la criminalità organizzata con il diritto penale, coerentemente definito come “strumento giuridico di regolazione di obblighi, diritti e potestà che presiedono l’attribuzione di responsabilità a cittadini e l’uso della reazione punitiva nei confronti degli infrattori dichiarati tali secondo procedure stabilite”⁹, significherebbe affrontare il nemico ad armi evidentemente impari.

ORIGINI DELLA FIGURA DELL’AMMINISTRATORE GIUDIZIARIO

Lo sviluppo della legislazione in materia di contrasto alla criminalità organizzata ha determinato una evoluzione anche di tutte le figure strumentali allo scopo. Sicché, la stessa figura dell’amministratore giudiziario ha visto timidi segnali di adeguamento alle esigenze funzionali del sistema di cui è parte.

Originariamente contemplata dall’art. 2 *sexies* della l. 31 maggio 1965, n. 575¹⁰, la nomina dell’amministratore giudiziario dei beni raggiunti da misure ablative avveniva mediante una accurata scelta da compiersi tra i professionisti che fossero iscritti nei rispettivi albi di appartenenza¹¹, per i quali si presupponeva una competenza nel settore *de quo*. Tuttavia, l’indicazione in tal senso della norma appariva meramente orientativa laddove, in forza del comma 3, essa risultava prontamente superabile grazie alla possibilità riconosciuta al giudice competente di operare scelte discrezionali che riguardassero qualsivoglia soggetto avesse, a suo avviso, la comprovata esperienza e competenza necessaria per la adeguata gestione dei beni caduti in sequestro.

⁸ Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995, 28.

⁹ Così Baratta, *La violenza e la forza. Alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di politica, Dei delitti e delle pene*, 1993, 120.

¹⁰ Articolo introdotto dall’art. 1 d.l. 14 giugno 1989 n. 230, convertito con modificazioni in l. 4 agosto 1989, n. 282, che stabiliva, in caso di sequestro di beni al soggetto sottoposto a procedimento di prevenzione, la competenza del tribunale circa la nomina di un giudice delegato alla procedura da scegliersi tra i componenti del collegio stesso, nonché la contestuale nomina di un amministratore giudiziario che operasse direttamente sul campo gestionale dei beni spossessati al proprietario.

¹¹ Il riferimento normativo individuava nelle categorie degli avvocati, dei dottori commercialisti, dei procuratori legali e dei ragionieri i professionisti papabili per detto incarico in ragione delle rispettive competenze.

Tale previsione ha subito nel tempo graduali limitazioni, tese a garantire *ab origine* requisiti di professionalità e specifica competenza¹² e culminate nell’obbligo di scelta tra soggetti iscritti all’Albo nazionale degli amministratori giudiziari che tuttavia, sebbene sia stata a più riprese preannunciata l’istituzione, oggi non esiste ancora. Ed ecco che Tribunali e Procure si sono ormai autonomamente organizzati, istituendo dei propri elenchi interni da cui scegliere i professionisti cui rivolgersi, verosimilmente in base al *curriculum vitae* presentato da ognuno all’atto dell’iscrizione.

La nozione di “amministratore giudiziario” è rimasta per anni frutto di una nebulosa normativa tesa ad individuare in maniera fumosa i compiti ad esso spettanti senza mai dare una precisa definizione del suo ruolo, spesso confuso con quello del custode giudiziario, contemplato dall’art. 259 c.p.p., le cui funzioni, tuttavia, appaiono finalizzate a scopi ben più statici e meno complessi. L’amministratore giudiziario, infatti, se da un lato doveva custodire i beni sottoposti a sequestro, nel senso che non doveva consentirne la dispersione, dall’altro, aveva anche l’obbligo di amministrarli incrementandone la redditività, ove possibile. Una figura, dunque, dinamica che, sotto il profilo funzionale, con la staticità del custode giudiziario non aveva nulla a che vedere, se non in maniera marginale. Entrambi erano ausiliari del giudice ma, a ben vedere, il ruolo di ciascuno era finalizzato a scopi ben precisi e distinti da quelli dell’altro¹³.

Il dinamismo gestionale¹⁴ attribuito a questa figura ha fin da subito determinato l’esistenza di un procedimento di amministrazione che, affiancandosi a quello principale, avrebbe meritato regole pre-

¹² I più recenti interventi in materia sono rappresentati dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, art. 2, commi 11 e 12, e poi dall’art. 5, comma 1, lett. a) d.l. 4.2.2010 n. 4 conv. con modificazioni in l. 31 marzo 2010 n. 50.

¹³ Al riguardo, il comma 4 dell’art. 12 *sexies* d.l. n. 306 del 1992, conv. in l. n. 356 del 1992, stabilisce che se, nel corso del procedimento, l’autorità giudiziaria dispone un sequestro preventivo, ai sensi dell’art. 321 c.p.p., delle cose di cui è prevista la confisca, le disposizioni in materia di nomina dell’amministratore dettate dallo stesso articolo si applicano anche al custode delle cose predette; è evidente come la norma, lungi dal volere appiattire il ruolo dell’amministratore, al contrario, abbia quale scopo quello di dare un *input* in termini di fattività al custode, conferendogli doveri gestionali del tutto analoghi a quelli propri dell’amministratore giudiziario. Così, Cass., sez. VI, 17 maggio 2000, *CED Cass.*, 220569. Sulle differenze tra custode ed amministratore giudiziario sia consentito un rinvio a Romano, *Competenza a decidere sui sequestri preventivi dei beni sequestrati alla criminalità organizzata*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 853 ss.

¹⁴ Tona, *Gestire o liquidare? I dilemmi dell’amministratore giudiziario e le aspettative dei creditori nei grovigli del codice antimafia* (*D.Lgs. 6.9.2011, n. 159, artt. 35-44, 52-65*), *Legislazione pen.*, 2012, 2, 224

cise e tese ad indicare limiti e doveri propri dell'ausiliario del giudice, chiudendo immediatamente la strada a gestioni discrezionali, rimesse all'iniziativa ed alla buona volontà del singolo. In quest'ottica, al contrario, priva di efficacia appariva la risposta del legislatore che, all'art. 2 *septies* l. n. 575 del 1965, a tal scopo prescriveva che l'amministratore giudiziario ottemperasse con diligenza ai compiti del proprio ufficio e prevedeva l'obbligo per questi di relazionare periodicamente al giudice circa la propria attività, sancendo, poi, la possibilità di revoca dello stesso da parte del tribunale su proposta del giudice delegato, in caso di inosservanza dei suoi doveri o di incapacità¹⁵. E l'inutilità del dettato normativo risulta facilmente intuibile laddove, in assenza di una disciplina che ne sancisse analiticamente i doveri, la pretesa di una generica diligenza risultava facilmente soddisfatta dalla presentazione delle relazioni periodiche che, tuttavia, nulla avevano a che fare con una adeguata gestione dei patrimoni¹⁶.

In questo panorama di criticità, le prospettive del legislatore apparivano illusorie ed il ruolo dell'amministratore giudiziario si riduceva a quello di un mero custode, su cui gravava l'onere di richiedere al giudice competente l'autorizzazione scritta per il compimento di atti straordinari, senza tuttavia chiarire quali fossero gli atti da qualificarsi come tali. La distinzione, infatti, non poteva essere intesa senza remora, atteso che i beni sottoposti a sequestro consistevano, sempre più spesso, in società aventi i più disparati oggetti sociali e la cui gestione imponeva l'ordinario compimento di attività imprenditoriali di sempre più elevata complessità.

La totale assenza di una regolamentazione adeguata, sostituita da principi di massima secondo cui orientare la corretta attività dell'amministratore giudiziario, aveva, quale conseguenza immediata, il risultato mediocre di gestioni incerte, ancor più destabilizzate da magistrati preoccupati di non eccedere l'ordinario con autorizzazioni che potessero aspirare al superamento di una gestione di basso profilo cui, viceversa, doveva orientarsi una prudente attività giudiziaria.

Il decadimento di attività economiche interessanti che, in seguito all'applicazione della misura ablativa, non riuscivano neanche a conservarsi, rovinando travolte dall'economia reale, cominciò a stimolare gli operatori del settore verso la ricerca di una normativa ben più completa e determinata di

quella timidamente dettata dalla legge 575 del 1965 cui restava, tuttavia, il merito di aver intrapreso un arduo cammino. Il giudice e l'amministratore giudiziario diventavano il fulcro di un procedimento in cui erano in gioco, non solo, la lotta alla criminalità organizzata, ma anche la gestione di importanti patrimoni interessanti per il mercato del lavoro, la cui corretta gestione avrebbe determinato l'implementazione di prassi legali, magari in grado di condizionare gli *stakeholders* dell'azienda sequestrata fino a giungere al risultato di assicurare allo Stato l'acquisizione di realtà produttive e non già mere unità disastrose¹⁷.

Le riflessioni sulla destinazione dei beni sottratti alle mafie portarono all'introduzione della legge 7 marzo 1996 n. 108 in materia di riutilizzo per fini sociali di questi patrimoni, con l'obiettivo, non solo, della loro espropriazione, ma anche della relativa restituzione alla collettività cui erano stati illegalmente sottratti¹⁸. Il riutilizzo di dette realtà patrimoniali, allora come oggi, non solo aveva lo scopo di indebolire le organizzazioni criminali proprio nei contesti in cui esse erano radicate, ma affermava anche il principio di legalità, aggredito e mortificato, nei territori in cui detti patrimoni avevano la propria sede e per i quali essi rappresentavano, tuttavia, un'opportunità di sviluppo e di crescita¹⁹.

L'AMMINISTRATORE GIUDIZIARIO ALLA LUCE DELLE RECENTI RIFORME

Dell'amministratore giudiziario si è occupato il c.d. Codice Antimafia, introdotto dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 che, all'art. 35, ha stabilito che, nell'ambito del procedimento di prevenzione, il tribunale competente per la misura da applicarsi in concreto, con il medesimo provvedimento con il quale dispone il sequestro dispone anche la nomina del giudice delegato alla procedura e dell'amministratore giudiziario. Nell'ambito del procedimento penale, invece, ai sensi dell'art. 104 *bis* disp. att. c.p.p.²⁰, la nomi-

¹⁷ Così Tona, *Gestire o liquidare*, cit., 225 ss.

¹⁸ A sostegno dell'introduzione di questa legge l'associazione *Libera, associazioni, nomi e numeri contro le mafie* raccolse oltre un milione di firme. Essa ebbe il merito di ridefinire il quadro complessivo descritto dalla fattispecie incriminatrice in materia di usura, ampliando l'area di tutela offerta dalla norma, fino ad allora tesa a tutelare i soli casi estremi in cui la vittima fosse stata avvicinata approfittando del suo stato di bisogno.

¹⁹ Menditto, *Gli strumenti di aggressione ai patrimoni illecitamente accumulati dalle organizzazioni di tipo mafioso*, *Dir. pen. contemp.*, 2011, 1.

²⁰ Articolo titolato *Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo* ed inserito dall'art. 2 comma 9 del Nuovo pacchetto sicurezza, l. n. 94 del 15 luglio 2009

¹⁵ Art. 2-*septies* l. n. 575 del 1965 aggiunto dall'art. 2, comma 1, d.l. n. 230 del 1989, convertito dalla legge 4 agosto 1989, n. 282

¹⁶ In questo senso ancora Tona, *Gestire o liquidare*, cit., 223 ss.

na dell'amministratore è di competenza del giudice che emette il provvedimento cautelare reale il quale, secondo un recente orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, resterà competente per l'amministrazione giudiziaria per tutta la durata del procedimento penale, indipendentemente dalle sorti che interesseranno la misura cautelare²¹.

Tanto l'art. 35 del d.lgs. n. 159 del 2011 quanto il comma 3 dell'art. 12 *sexies* della l. 7 agosto 1992, n. 356 stabiliscono, quale unica esclusione in tema di nomina dell'amministratore giudiziario, che detto ruolo non può essere mai rivestito da soggetti nei cui confronti il provvedimento è stato disposto, dal coniuge, dai parenti, dagli affini e dalle persone con essi conviventi, né dalle persone condannate ad una pena che importi l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o coloro cui sia stata irrogata una misura di prevenzione.

Orbene, l'amministratore giudiziario dei beni sottratti alla criminalità organizzata è definito dalla norma quale pubblico ufficiale, il cui compito consiste nel provvedere alla custodia, alla conservazione ed alla amministrazione dei beni sequestrati nel corso dell'intero procedimento, anche al fine di incrementarne la redditività. Questi, ove lo ritenga necessario, può chiedere la nomina di coadiutori giudiziari che lo affianchino nella amministrazione. Detta nomina, ai sensi del citato art. 35 d.lgs. n. 159 del 2011, sarà autorizzata dal giudice delegato nel procedimento di prevenzione mentre, nel caso del procedimento penale, alla stessa provvede il giudice competente su richiesta dell'amministratore²².

Sebbene le due discipline siano spesso perfettamente sovrapponibili, è necessario precisare che per le amministrazioni giudiziarie dei beni sequestrati ai sensi dell'art. 321 c.p.p., dunque nell'ambito del procedimento penale, si applicano i principi di cui all'art. 12 *sexies* l. n. 356 del 1992²³. Tuttavia, il rin-

vio operato, ai sensi dell'art. 104 *bis* disp. att. c.p.p., alla disciplina dettata dalla l. n. 575 del 1965 in tema di amministrazione giudiziaria dei beni, in quanto compatibile²⁴, ad oggi va inteso a favore dell'applicazione del d. lgs. n. 159 del 2011, in ragione del combinato disposto degli artt. 116 e 120 dello stesso²⁵.

I COMPITI DELL'AMMINISTRATORE GIUDIZIARIO

Posto che, come accennato, l'amministrazione dei beni sottoposti a sequestro, sia esso preventivo ovvero cautelare, è volta a garantire la custodia, la conservazione e l'amministrazione dei beni stessi, onde scongiurare il rischio che il sopravvenire della misura ablativa possa causare il deperimento di realtà economiche potenzialmente in grado di garantire lavoro e sviluppo nelle aree in cui hanno sede, il compito proprio dell'amministratore giudiziario consiste, evidentemente, nel compimento di tutti gli atti di ordinaria amministrazione tesi a garantire dette finalità. Laddove il bene sottoposto a sequestro consista in un'azienda, sarà il giudice competente a conferire espresso incarico all'amministratore giudiziario affinché compia tutte le attività ordinarie e funzionali all'attività economica della stessa.

Le problematiche interpretative di detta disciplina sono facilmente intuibili, in ragione dei differenti settori in cui le aziende sequestrate operano. Sicché, ad esempio, l'alienazione di un immobile di proprietà della società sequestrata, ordinariamente interpretabile quale attività di straordinaria amministrazione, in quanto tale bisognosa di analitica autorizzazione da parte dell'Autorità giudiziaria competente, potrebbe essere intesa quale atto di ordinaria amministrazione ove la società sottoposta a sequestro operi nel settore immobiliare. Allo scopo di fugare dubbi circa i poteri effettivamente propri

²¹ Cass., sez. I, 30 gennaio 2012, n. 3637, *Dir. pen. proc.*, 2012, 853. Detto orientamento, prescindendo dalla disciplina sulla competenza in materia cautelare, traccia una nuova prassi interpretativa che si contrappone, tra l'altro, al precedente orientamento giurisprudenziale il quale, intervenendo in materia di competenza circa i compensi per gli ausiliari del giudice, ai sensi dell'art. 168 d.P.R. n. 115 del 2002, ha affermato che essa è espressione di un dovere istituzionale correlato alla disponibilità del procedimento. Così, Cass., sez. V, 20 febbraio 2009, n. 7710, *CED Cass.*, 242947; Cass., sez. IV, 22 marzo 2005, n. 11195, *CED Cass.*, 231196.

²² Dalla lettera della norma si evince che, nel procedimento di prevenzione, la nomina del coadiutore promani dall'amministratore giudiziario previa autorizzazione del giudice delegato.

²³ Ai sensi dell'art. 190 della l. 24 dicembre 2012 n. 228, il comma 4 *bis* dell'art. 12 *sexies* d.l. n. 306 del 1992 conv. dalla l. n. 356 del 92 è così sostituito: 4-*bis*. Le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati previste dal d.lgs. n. 159 del 2011, e successive modificazioni, si

applicano ai casi di sequestro e confisca previsti dai commi da 1 a 4 del presente articolo, [...] nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale. In tali casi l'Agenzia coadiuva l'autorità giudiziaria nell'amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, sino al provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare e, successivamente a tale provvedimento, amministra i beni medesimi secondo le modalità previste dal citato decreto legislativo n. 159 del 2011. Restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno.

²⁴ Mendentto, *Gli strumenti di aggressione ai patrimoni illecitamente accumulati dalle organizzazioni di tipo mafioso*, cit. 20.

²⁵ Nello specifico, l'art. 120 d.lgs. n. 159 del 2011 abroga la l. n. 575 del 1965 mentre l'art. 116 dello stesso testo normativo prevede che tutti richiami alle disposizioni contenute nella l. 31 maggio 1965, n. 575, ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel decreto.

dell'amministratore giudiziario per i quali non sia necessaria la previa autorizzazione del giudice, la norma prevede che quest'ultimo può, fin dal principio, indicare, con decreto motivato, il limite di valore entro cui gli atti dell'amministratore rientrano nella ordinaria amministrazione. (art. 41 comma 2 d.lgs. 159 del 2011)

È importante chiarire, onde evitare pericolose confusioni di ruoli, che l'amministratore delle quote di una società sequestrata, pur assumendo un incarico di controllo e di effettiva gestione della stessa, non va confuso con il suo rappresentante legale. Al contrario, le due figure si affiancano senza mai sovrapporsi, proprio in ragione delle diverse funzioni cui sono preposte. Sicché, in questi termini, il rappresentante legale di una società è sempre tenuto ad agire secondo le indicazioni dell'amministratore giudiziario, pur mantenendo il potere dovere di operare personalmente nell'adempimento dei propri compiti²⁶.

L'amministratore giudiziario non può stare in giudizio né contrarre mutui, stipulare transazioni, compromessi, fidejussioni, concedere ipoteche, alienare immobili e compiere altri atti di straordinaria amministrazione senza la preventiva autorizzazione scritta del giudice competente. Al riguardo l'art. 40 comma 4 del d.lgs. n. 159 del 2011 stabilisce che, laddove il professionista non si attenga a tali prescrizioni il pubblico ministero, il proposto e ogni altro interessato possono avanzare reclamo, nel termine perentorio di dieci giorni, al giudice delegato che, entro i dieci giorni successivi, provvede ai sensi degli articoli 737 c.p.c. e seguenti. In relazione al procedimento penale, evidentemente, detta competenza a decidere deve essere intesa a carico del giudice che ha provveduto alla nomina dell'amministratore giudiziario.

Allo scopo di garantire una adeguata supervisione dell'attività di amministrazione da parte del giudice, l'amministratore deve redigere una relazione particolareggiata nella quale siano contenuti, ai sen-

si dell'art. 36 d.lgs. n. 159 del 2011, l'indicazione, lo stato e la consistenza dei singoli beni ovvero delle singole aziende, nonché il presumibile valore di mercato dei beni quale stimato dall'amministratore stesso; gli eventuali diritti di terzi sui beni sequestrati. Nel caso in cui l'oggetto del sequestro siano dei beni organizzati in azienda, la relazione dovrà contenere, altresì, l'indicazione della documentazione reperita e le eventuali difformità tra gli elementi dell'inventario e quelli delle scritture contabili nonché l'indicazione delle forme di gestione più idonee e redditizie dei beni. In particolare, nel caso di sequestro di beni organizzati in azienda o di partecipazioni societarie che assicurino le maggioranze previste dall'articolo 2359 del codice civile, la relazione contiene, altresì, una dettagliata analisi sulla sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività, tenuto conto del grado di caratterizzazione della stessa con il proposto ed i suoi familiari, della natura dell'attività esercitata, delle modalità e dell'ambiente in cui è svolta, della forza lavoro occupata, della capacità produttiva e del mercato di riferimento. Inoltre, nella eventualità in cui manchino concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività, la norma prevede che si proceda alla messa in liquidazione della stessa²⁷. Scopo di tale previsione normativa potrebbe essere, per un verso, evitare un ulteriore inutile depauperamento dei beni sottoposti a sequestro, per l'altro, cancellare definitivamente realtà economiche che abbiano avuto il solo fine di accumulare e reinvestire proventi illeciti ma che non abbiano, poi, alcuna utilità né per la società né per lo Stato.

Le spese per la gestione del patrimonio sequestrato sono sostenute dall'amministratore giudiziario mediante prelevamento dalle somme riscosse a qualunque titolo ovvero sequestrate, confiscate o comunque nella disponibilità del procedimento (art. 42 d.lgs. n. 159 del 2011). In caso di impossibilità per mancanza di liquidità dette spese sono anticipate dallo Stato, con diritto al recupero nei confronti del titolare del bene in caso di revoca del sequestro o della confisca. Analoga procedura vale per il pagamento degli onorari dell'amministratore giudiziario e dell'eventuale coadiutore²⁸ e

²⁶ Il rappresentante legale di una torrefazione di caffè, ad esempio, provvederà personalmente agli acquisti della materia prima necessaria per l'attività dell'azienda. Tuttavia, la sua attività, sottoposta alla supervisione dell'amministratore giudiziario, non potrà prescindere dalla preventiva autorizzazione scritta di quest'ultimo. E tale "collaborazione", indispensabile per il corretto svolgimento dell'attività economica della azienda, è resa, altresì, possibile, dalla circostanza che ai vincoli apposti sulla stessa si aggiungono quelli sui relativi conti correnti. Sicché nessun acquisto potrà essere disposto se non su espressa autorizzazione dell'amministratore nominato dal giudice. E d'altra, parte solo una gestione così coordinata può garantire, da un lato, una migliore utilizzazione dei beni sequestrati, dall'altro, la riconversione dell'attività imprenditoriale onde ricondurla sulla strada della liceità, pur senza danneggiarla.

²⁷ In relazione ai beni sottoposti a misure di prevenzione l'art. 41 d.lgs. n. 159 del 2011 prevede che in tal caso sia il tribunale che, acquisito il parere del pubblico ministero e dell'amministratore giudiziario, provveda a disporre la messa in liquidazione dell'impresa.

²⁸ In materia di liquidazione dei compensi all'amministratore giudiziario si rinvia a Romano, *La competenza a provvedere sulla liquidazione dei compensi spettanti ai consulenti*, Cass. pen., 2013, 727 e ss.

potranno essere oggetto di opposizione da parte degli interessati²⁹.

CONCLUSIONI

Lo scenario nel quale si innestano, prepotentemente, intrecci economico- criminali di tipo mafioso, vede il fenomeno della criminalità organizzata camaleonticamente capace di infiltrarsi nel territorio nazionale, adattandosi e confondendosi con i contesti socio culturali di riferimento³⁰.

²⁹ Cass. civ., sez. un., 29 maggio 2012, n. 8516, *De Jure*, secondo cui, anche se riferito a liquidazioni relative ad attività espletate nell'ambito del procedimento penale, il procedimento di opposizione ex art. 170 d.P.R. n. 155 del 2002 presenta il carattere dell'autonomo contenzioso avente ad oggetto controversie di natura civile incidenti su situazioni soggettive e dotate della consistenza di diritto soggettivo patrimoniale. In questi termini, pertanto, parte necessaria dei procedimenti suddetti deve considerarsi ogni titolare passivo del rapporto di debito oggetto del procedimento. Con la conseguenza che nei procedimenti di opposizione a liquidazione emesse nell'ambito di giudizi civili e penali suscettibili di restare a carico dell'erario, anche quest'ultimo, identificato nel Ministero della giustizia, è parte necessaria.

³⁰ Fiandaca-Visconti, *Scenari di Mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, 9

In questo clima allarmante, in cui la distinzione dell'economia sana da quella malata appare sempre più complessa, l'attenzione del legislatore è elemento imprescindibile per una indispensabile elaborazione di strumenti normativi capaci di intercettare e contrastare il dilagare di modelli delinquenziali sempre più evoluti. Accanto a tali esigenze, si colloca quella eminentemente economica, diretta a non disperdere i patrimoni accumulati illecitamente, in vista dell'esito della procedura ablativa e del reimpiego lecito dei beni.

Al riguardo il cosiddetto Codice Antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011), pur vantando il merito di aver dissipato nodi interpretativi risalenti, rappresenta solo un primo importante passo verso la consapevolezza della necessità di un *unicum* normativo capace di fornire risposte adeguate alle infinite esigenze operative del settore. Ma ciò implica che ulteriori e imponenti interventi normativi, tesi a sviluppare ed affinare gli strumenti già esistenti, siano introdotti in tempi ragionevolmente brevi e compatibili con le impellenti esigenze di giustizia.

INDICI / INDEX

AUTORI / AUTHORS

Federico Bardelle Sentenza d'appello motivata <i>per relationem</i> / <i>Appeal decision motivated per relationem</i>	65
Francesca Corsano Corte costituzionale	26
Marcello D'Aiuto Processo <i>in absentia</i> ed esecuzione del M.a.e.: la conoscenza legale del procedimento obbliga l'autorità richiesta a consegnare il condannato / <i>Trial in absentia and execution of Mae: legal knowledge of the procedure obliges the required authority to deliver the condemned</i>	55
Alessandro Diddi Sezioni Unite	29
Piergiorgio Laviani Le videoriprese tra <i>privacy</i> e processo penale / <i>The video footage between privacy and criminal trial</i>	73
Paolo Moscarini Contrasto della corruzione e procedimento penale <i>de societate</i> / <i>The Fight to the Bribery and the Proceeding against the Companies</i>	1
Roberto Puglisi <i>Iura novit curia</i> e contraddittorio nel giudizio abbreviato / <i>Iura novit curia and right to be heard in "summary trial"</i>	40
Mariaivana Romano L'amministratore giudiziario dei beni sottratti alla criminalità organizzata: passi avanti (e ancora da fare) / <i>Judicial administrator of organized crime's goods: important achievements, although still more to do</i>	112
Daniela Savy Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'Unione europea / <i>Treatment of crime victims in the new regulation of the European Union</i>	93
Alessio Scarcella Corti europee / <i>European Courts</i>	17
Nicola Triggiani <i>De jure condendo</i>	13
Francesco Zacchè L'acquisizione della posta elettronica nel processo penale / <i>E-mail and criminal evidence</i>	103
Elena Zanetti La cooperazione con la Corte penale internazionale nella legge italiana di adeguamento (l. 237 del 2012) / <i>Cooperation with the International Criminal Court according to the implementation Italian Law (l. n. 237/2012)</i>	81
Novità sovranazionali / <i>Supranational news</i>	9

PROVVEDIMENTI/MEASURES

Corte costituzionale

sentenza 23 aprile 2013, n. 74 26

ordinanza 14 maggio 2013, n. 86 27

Corte di cassazione - Sezioni Unite penali

sentenza 14 maggio 2013, n. 20804 29

Corte di cassazione – Sezioni semplici

Sezione IV, 9 gennaio 2013, n. 1033 63

Sezione II, 14 gennaio 2013, n. 1625 35

Sezione II, 12 febbraio 2013, n. 6812 72

*Corte europea dei diritti dell'uomo*26 marzo 2013, *Valulienė c. Lituania* 1728 marzo 2013, *I.K. c. Austria* 172 aprile 2013, *Mohammed Hussein c. Italia e Olanda* 179 aprile 2013, *Flueras c. Romania* 2018 aprile 2013, *M.K. c. Francia* 2425 aprile 2013, *Erkapić c. Croazia* 222 maggio 2013, *Barjamaj c. Grecia* 2116 maggio 2013, *Chorniy c. Ucraina* 22*Corte di giustizia dell'Unione Europea*

26 febbraio 2013, Grande Sezione, Causa C-399/11 47

Atti sovranazionali

D.p.r. 11 marzo 2013, n. 27 «Regolamento recante applicazione dell'art. VII della Convenzione fra i Paesi aderenti al Trattato del Nord Atlantico sullo "status" delle loro Forze armate» 9

Rapporto del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'esecuzione delle sentenze della Corte Europea, aprile 2013 11

Trattato delle Nazioni Unite sul commercio internazionale di armi, New-York 2013 10

De jure condendo

Disegno di legge C. 631 «Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali» 15

Disegno di legge S. 383 «Istituzione del Garante nazionale per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e delle persone private della libertà personale, nonché modifiche agli articoli 35 e 69 della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti» 13

MATERIE/TOPICS

Appello

- La sentenza d'appello può essere motivata *per relationem*, ma entro certi limiti (Cass., sez. IV, 9 gennaio 2013, n. 1033), con nota di Federico Bardelle 63

Contraddittorio

- Il diritto al contraddittorio sull'accusa è violato se la riqualificazione giuridica non è prevedibile (Cass., sez. II, 14 gennaio 2013, n. 1625), con nota di Roberto Puglisi 35

Contumacia

- Mandato d'arresto europeo e consegna del condannato in contumacia (C. giust. UE, 26 febbraio 2013, Grande Sezione, Causa C-399/11), con nota di Marcello D'Aiuto 47

Cooperazione tra Stati

- Il trattato delle Nazioni Unite sul commercio internazionale di armi (New-York, 2013) 10
- Modifiche al Regolamento applicativo dell'art. VII della Convenzione NATO (D.p.r. n. 1666 del 1956) (*D.p.r. 11 marzo 2013, n. 27 «Regolamento recante applicazione dell'art. VII della Convenzione fra i Paesi aderenti al Trattato del Nord Atlantico sullo "status" delle loro Forze armate»*) 9

Corte europea dei diritti dell'uomo

- Il rapporto del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sull'esecuzione delle sentenze della Corte Europea (aprile 2013) 11

Corte penale internazionale

- La cooperazione con la Corte penale internazionale nella legge italiana di adeguamento (l. 237 del 2012) / *Cooperation with the International Criminal Court according to the implementation Italian Law* (l. n. 237/2012), di Elena Zanetti 81

Dibattimento

- Diritto ad un processo equo – Controesame – Libertà morale – Preparazione della difesa (*Corte e.d.u., 25 aprile 2013, Erkapic c. Croazia; Corte e.d.u., 16 maggio 2013, Chorniy c. Ucraina*) 22

Diritti fondamentali (tutela dei)

- Divieto di tortura, espulsione e "minaccia" di espulsione – Trattamenti inumani e degradanti (*Corte e.d.u., 26 marzo 2013, Valulienė c. Lituania; Corte e.d.u., 28 marzo 2013, I.K. c. Austria; Corte e.d.u., 2 aprile 2013, Mohammed Hussein c. Italia e Olanda*) 17

Giudice

- Insussistenza dell'incompatibilità alla trattazione del giudizio abbreviato del giudice che, per reati associativi, abbia pronunciato, all'esito dell'udienza preliminare, il decreto che dispone il giudizio nei confronti di alcuni coimputati per i medesimi reati (*C. cost., ord. 14 maggio 2013, n. 86*) 27

Giudizio abbreviato

- Il diritto al contraddittorio sull'accusa è violato se la riqualificazione giuridica non è prevedibile (*Cass., sez. II, 14 gennaio 2013, n. 1625*), con nota di Roberto Puglisi 35

Indagini preliminari

- L'acquisizione della posta elettronica nel processo penale / *E-mail and criminal evidence*, di Francesco Zacchè 103
- La violazione della disciplina della *privacy* non determina inutilizzabilità della prova (*Cass., sez. II, 12 febbraio 2013, n. 6812*), con nota di Piergiorgio Laviani 72

Intercettazioni telefoniche

- La duplice valenza del criterio della «necessità» processuale in tema di utilizzazione di intercettazioni telefoniche (*C. cost., sent. 23 aprile 2013, n. 74*) 26

Mandato d'arresto europeo

- Mandato d'arresto europeo e consegna del condannato in contumacia (*C. giust. UE, 26 febbraio 2013, Grande Sezione, Causa C-399/11*), con nota di Marcello D'Aiuto 47

Minori

- Detenuti minorenni – Diritto ad un trattamento differenziato – Arresto illegittimo (*Corte e.d.u., 2 maggio 2013, Barjamaj c. Grecia*) 21

Misure cautelari personali

- Modifiche in tema di misure cautelari personali a tutela del principio del *favor libertatis* (*D.d.l. C. 631 «Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali»*) 15

Mutual corroboration

- La *mutual corroboration* delle chiamate di correo *de relato* (*Cass., sez. un., 14 maggio 2013, n. 20804*) 29

Ordinamento penitenziario

- Istituzione del garante Nazionale dei detenuti e modifiche al “diritto di reclamo” (D.d.l. S. 383 «Istituzione del Garante nazionale per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e delle persone private della libertà personale, nonché modifiche agli articoli 35 e 69 della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti») 13

Persona offesa

- Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell’Unione europea / *Treatment of crime victims in the new regulation of the European Union*, di Daniela Savy 93

Prova

- Diritto al rispetto della vita privata e familiare – Prova scientifica (Corte e.d.u., 18 aprile 2013, M.K. c. Francia) 24
- La violazione della disciplina della *privacy* non determina inutilizzabilità della prova (Cass., sez. II, 12 febbraio 2013, n. 6812), con nota di Piergiorgio Laviani 72
- Violazione dei principi del giusto processo – Diritto alla prova (Corte e.d.u., 9 aprile 2013, Flue-
ras c. Romania) 20

Responsabilità degli enti

- Contrasto della corruzione e procedimento penale *de societate* / *The Fight to the Bribery and the Proceeding against the Companies*, di Paolo Moscarini 1

Sicurezza pubblica

- L’amministratore giudiziario dei beni sottratti alla criminalità organizzata: passi avanti (e ancora da fare) / *Judicial administrator of organized crime’s goods: important achievements, although still more to do*, di Mariaivana Romano 112