

EDITORIALE / EDITORIAL

METELLO SCAPARONE

| | |
|---|---|
| Prove a difesa e motivazione implicita / Evidence for the defence and untold reasons of conviction | 1 |
|---|---|

SCENARI / OVERVIEWS

| | |
|--|----|
| Novità legislative interne / <i>National legislative news</i> (ROSSELLA FONTI) | 9 |
| Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> (PIETRO ZOERLE) | 17 |
| <i>De jure condendo</i> (GIOIA SAMBUCCO) | 23 |
| Corti europee / <i>European courts</i> (ALESSIO SCARCELLA)..... | 26 |
| Corte costituzionale (FRANCESCA DELVECCHIO)..... | 42 |
| Sezioni Unite (ALESSANDRO DIDI)..... | 46 |

AVANGUARDIE IN GIURISPRUDENZA /
CUTTING EDGE CASE LAW

| | |
|---|-----|
| Oneri del ricorrente e controllo sulla motivazione | 55 |
| Corte di Cassazione, sezione II, sentenza 5 novembre 2013, n. 1401..... | 55 |
| Autosufficienza del ricorso e specificità dei motivi in Cassazione / <i>The meaning of the self-sufficiency principle in the Cassation Appeal</i> (ARTURO CAPONE) | 60 |
| Abnormità del provvedimento di imputazione coatta emesso per reati diversi da quelli contestati | 68 |
| Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 30 gennaio 2014, n. 4319..... | 68 |
| Nuovi casi di abnormità “funzionale” nell’attività giurisdizionale di controllo sulla richiesta di archiviazione / <i>New cases of invalid control over the prosecutor request to be authorized to drop the case</i> (ARMANDO MACRILLÒ) | 72 |
| È tempestiva la richiesta di giudizio abbreviato presentata in udienza preliminare in concomitanza all’esaurimento della discussione difensiva | 81 |
| Corte di Cassazione, sezione I, sentenza 8 gennaio 2014, n. 348..... | 81 |
| Quali rimedi contro l’illegittimo diniego di giudizio abbreviato non condizionato? / <i>How to react against the wrongful denial of summary judgment not conditioned?</i> (ROBERTO PUGLISI) | 87 |
| Mutamento del giudice in appello in fase di discussione e nullità della sentenza | 94 |
| Corte di Cassazione, sezione III, sentenza 30 ottobre 2013, n. 50928..... | 94 |
| È coniugabile il principio di immediatezza con il giudizio di secondo grado? / <i>The principle of the immutability of the Court in the appeal judgement</i> (MARCELLO D’AIUTO)..... | 95 |
| Mandato d’arresto europeo “cautelare”: competente ad emetterlo è il giudice che procede, e non quello che ha disposto la misura | 101 |
| Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 28 novembre 2013, n. 2850..... | 101 |
| La competenza funzionale all’emissione del mandato d’arresto europeo processuale / <i>The competence to issue a European arrest warrant</i> (TERESA ALESCI)..... | 109 |

**DIBATTITI TRA NORME E PRASSI /
DEBATES: LAW AND PRAXIS**

CARLO FIORIO

Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo / *Prison Law and European Court of Human Rights* 119**ANALISI E PROSPETTIVE /
ANALYSIS AND PROSPECTS**

MARTA MENGOZZI

Intercettazioni casuali del Capo dello Stato / *Random telephone tapings of the Head of State* 131

SIMONA ARASI

Proscioglimento capovolto in appello e rinnovazione istruttoria / *Acquittal overturned on appeal and renewal inquiry* 140

CARLOTTA BRUSEGAN

Ruolo e funzioni della Consob nei procedimenti relativi all'abuso di informazioni privilegiate / *Role and functions of Consob in Insider trading proceedings* 152**INDICI / INDEX**Autori / *Authors* 161Provvedimenti / *Measures* 162Materie / *Topics* 163

METELLO SCAPARONE

Professore di Procedura penale – Università di Torino

Prove a difesa e motivazione implicita

Evidence for the defence and untold reasons of conviction

Non infrequentemente accade che il giudice penale, nel motivare una sentenza di condanna, ometta di indicare le ragioni per cui ha considerato inattendibili le prove addotte a discarico dell'imputato. Un tale modo di operare viola l'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p. e prima ancora l'art. 111 Cost. È infatti irrisorio che a norma di Costituzione le parti abbiano il diritto, nell'esercizio del contraddittorio, di addurre nel processo tutte le prove che ritengono favorevoli ai propri assunti e che poi il giudice, al momento di decidere, possa ignorare le prove contrarie alla decisione che egli ritiene di adottare.

It happens that criminal judges, in exposing the reasons of a conviction, do not mention the evidence which the defence has alleged to the proceedings in favour of the accused person. This way of dealing conflicts with clear provisions of the Constitution and of the law, because it is useless that both parties in the proceedings may allege evidence on their behalf if nothing prevents the judge, at the time of decision, from ignoring the evidence alleged by the defence.

LA MANCATA CONSIDERAZIONE DI PROVE A DIFESA

Una delle più sgradevoli esperienze, in cui il difensore penale può incorrere nell'esercizio della sua professione, è costituita dal nutrire in buona fede la convinzione di avere indotto nel processo una o più prove che quantomeno renderanno difficile la condanna del proprio assistito, e poi constatare non solo che costui è stato condannato (evento sempre accettabile), ma altresì che nella motivazione della sentenza di condanna il giudice non ha speso nemmeno una parola per giustificare la ritenuta inattendibilità – nonché, ovviamente, inutilizzabilità o irrilevanza – di quelle prove.

Per esempio il difensore ha addotto i testimoni di un alibi, ma il giudice dichiara in motivazione di avere ritenuto l'imputato colpevole in base alle prove portate dall'accusa, senza darsi cura di enunciare le ragioni per cui i testimoni, che hanno invece di-

chiarato di avere visto l'imputato in tempo e luogo incompatibili con la sua commissione del reato, non sono attendibili o sono meno attendibili delle prove poste a fondamento della condanna.

Analogamente, la chiamata di correo formulata da un impiegato comunale, il quale afferma di avere consumato una truffa su istigazione e ad esclusivo profitto pecuniario del sindaco, porta alla condanna di quest'ultimo sebbene nel processo sia stato provato che in pendenza della commissione del reato il sindaco riceveva dall'impiegato dei prestiti in denaro che aveva sempre cura di restituirgli puntualmente: fatto incomprensibile se, come il chiamante asserisce, il chiamato, quale concorrente nel reato, avesse nel contempo percepito da lui l'intero provento monetario della truffa. La motivazione della condanna, però, non si degna di dimostrare che le prove delle restituzioni, fatte dal sindaco all'impiegato in costanza di reato, sono inattendibili.

Infine un medico viene condannato per l'omicidio colposo di una paziente alla quale, sospendendo la somministrazione dell'eparina, avrebbe cagionato nell'ordine una trombosi venosa, un'embolia polmonare e la morte, senza che la motivazione della sentenza faccia parola dell'assunto dei consulenti tecnici a difesa, secondo cui la trombosi si sarebbe prodotta ancor prima della sospensione del farmaco e quindi, come la scienza dice, senza che tale sospensione abbia inciso in alcun modo sull'insorgere e sullo svolgersi della sciagurata successione di eventi.

La mancata considerazione, nella motivazione delle sentenze di condanna, delle prove a discarico non costituisce una novità nella nostra vita giudiziaria.¹ Una tale prassi è incoraggiata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo cui la motivazione delle sentenze di merito soddisfa i requisiti di legge quando si limita ad enunciare con coerenza e logicità le ragioni che hanno indotto il giudice alla decisione da lui adottata nel caso concreto. Tale giudice non ha l'obbligo di prendere in considerazione tutte le deduzioni delle parti, giacché quelle incompatibili con la decisione presa, vale a dire quelle che, se accolte, lo avrebbero potuto indurre ad una decisione diversa, devono ritenersi, stante la decisione enunciata e motivata in sentenza, implicitamente disattese.

L'assunto di legittimità corrente in proposito è che «la regola della "concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata", enunciata nell'art. 546, comma 1, lett. e), rende non configurabile il vizio di legittimità allorquando nella motivazione il giudice abbia dato conto soltanto delle ragioni in fatto e in diritto che sorreggono il suo convincimento, in quanto quelle contrarie devono considerarsi implicitamente disattese perché del tutto incompatibili con la ricostruzione del fatto recepita e con le valutazioni giuridiche sviluppate»² ovvero che «per la validità della decisione non è necessario che il giudice di merito sviluppi nella motivazione la specifica ed esplicita confutazione della tesi difensiva disattesa, essendo sufficiente che la sentenza evidenzi una ricostruzione dei fatti che conduca alla reiezione della deduzione difensiva implicitamente e senza lasciare spazio ad una valida alternativa».³

A nostro modo di vedere la mancata enunciazione, nella motivazione della sentenza, delle ragioni di inattendibilità delle prove contrarie alla decisione adottata pregiudica l'immagine di legalità dell'esercizio della giurisdizione, e può suscitare l'impressione che il giudice, orientatosi per un qualsiasi motivo ad emettere per esempio una sentenza di condanna, abbia preferito non imbarcarsi nell'enunciazione delle ragioni di inattendibilità delle prove a discarico perché questa, siccome disagevole, avrebbe potuto inficiare la solidità e linearità della motivazione della condanna stessa.

Aggiungiamo che la mancata considerazione di prove a discarico non rappresenta un inconveniente di particolare gravità quando affligge una sentenza di primo grado suscettibile di appello, giacché l'imputato può sempre appellare questo provvedimento lamentando l'omissione e la giurisprudenza di legittimità – grazie al cielo! – è abbastanza rigorosa nell'affermare che il giudice d'appello può confermare la sentenza appellata solo a condizione di disattendere puntualmente in motivazione i motivi di gravame⁴. L'inconveniente di cui diciamo può invece risultare tragico quando si verifica in una sentenza inappellabile oppure, per la prima volta, in una sentenza di condanna pronunciata in appello in riforma di una sentenza di proscioglimento.

IL CONTRADDITTORIO E LA MOTIVAZIONE

L'art. 111 Cost. stabilisce nel comma 6 che tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati e nel comma 7 che le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale devono essere sempre ricorribili per cassazione per violazione di legge. La stretta connessione logica e topografica tra queste due disposizioni induce da sempre a ritenere che nella seconda di esse la locuzione "violazione di legge" comprenda le norme con cui la legge disciplina la redazione della motivazione prescritta nel comma 6.

Lo stesso art. 111 Cost., in quanto statuisce che ogni processo, per essere giusto, deve svolgersi nel contraddittorio delle parti su un piano di parità, cioè consentendo a queste di addurre tutte le prove e le ragioni che esse ritengono conferenti ai propri assunti (commi 1 e 2), e in particolare in quanto ri-

¹ Moscarini, *L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato*, Padova, 2005, 11.

² Cass., sez. IV, 4 giugno 2004, n. 36757, *Arch. n. proc. pen.*, 2005, 760.

³ Cass., sez. IV, 3 febbraio 2005, n. 19797, *Guida dir.* 2005, 34, 84; nello stesso senso Cass., sez. IV, 7 gennaio 2010, *ivi*, 2010, 23, 84; Cass., sez. VI, 8 luglio 2009, n. 30346, *ivi*, 2009, 44, 66; Cass., sez. VI, 26 giugno 2008, n. 36700, *ivi*, 2008, 43, 89.

⁴ Cass., sez. VI, 12 ottobre 2000, n. 12540, *CED Cass.*, 218172; Cass. 20 aprile 2005, n. 6221, *CED Cass.*, 233082; Cass. 12 febbraio 2009, n. 12148, *Cass. pen.*, 2011, 297; Cass. 13 maggio 2010, n. 24252, *CED Cass.*, 247287. Per la sufficienza di una motivazione implicita v. però Cass. 26 maggio 2009, n. 33577, *CED Cass.*, 245238.

conosce all'imputato il diritto «davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico» e «ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore» (comma 3), resterebbe svuotato di contenuto se si ammettesse che il giudice, dopo aver acquisito al processo le prove addotte *hinc et inde*, può accogliere la soluzione sollecitata da una parte ignorando bellamente, nella motivazione della decisione, le prove che la controparte, nell'esercizio del suo diritto al contraddittorio, ha allegato contro l'eventuale accoglimento di tale soluzione⁵.

Per evitare questa bruttura, ancor prima che la cosiddetta riforma del giusto processo immettesse nell'art. 111 Cost. le prescrizioni dei commi 1 – 3 testé riportate, il legislatore processuale penale aveva cercato di opporsi a quella, che da tempo è risaputa come una cattiva abitudine di certi nostri giudicanti, stabilendo:

a) nell'art. 546, comma 1, lett. d), c.p.p. che il documento sentenza deve riportare le conclusioni formulate dalle parti nel processo, così facilitando il controllo, interno ed esterno a questo, del se e come le conclusioni assunte dalla parte soccombente sono state confutate nella motivazione del provvedimento di cui si tratta;

b) nell'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p. che in tale motivazione il giudice deve indicare non solo le prove che ha posto a base della propria decisione, ma anche «le ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie»;

c) infine, nell'art. 292, comma 2, lett. e-bis), c.p.p., che nella motivazione dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare il giudice, oltre agli elementi che gli fanno ritenere sussistenti il *fumus boni iuris* ed il *periculum in libertate*, deve indicare i «motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa».

LE PROVE CONTRARIE E LA MOTIVAZIONE

Il codice di procedura penale dedica varie disposi-

zioni alla prova contraria, della quale, però, non fornisce una definizione.

Alcune disposizioni, con la locuzione prova contraria, mostrano di designare solo l'una o più specifiche prove dirette, addotte dalla controparte, volte a confutare la prova principale vuoi di un fatto primario vuoi di un fatto secondario: nel senso, per esempio, che, posta come prova principale l'affermazione di un testimone il quale dice "ho visto l'imputato sparare", prova contraria sarebbe solo quella, orale o documentale, addotta a sostegno della contraria proposizione secondo cui "ho visto che l'imputato non ha sparato".

Il punto:

a) è presupposto dall'art. 468, comma 4, c.p.p., il quale, se garantisce l'ammissione, senza previa indicazione in lista, di testimoni, coimputati, periti e consulenti tecnici "a prova contraria" non solo diretta, ma anche indiretta o indiziaria⁶ rispetto a quelle addotte come prove principali, priverebbe in larga parte di significato la previsione del termine perentorio di cui al comma 1 dello stesso articolo.

L'affermazione può al più trovare un limite quanto alla prova dell'alibi, che molti trattano come una prova diretta, anziché indiretta, contraria alla prova principale avente per oggetto la commissione del reato da parte dell'imputato;

b) è ugualmente presupposto, anche qui con il limite della prova dell'alibi, dall'art. 495, comma 2, c.p.p., che riconosce all'imputato il diritto all'ammissione delle prove "indicate a scarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico", ed al pubblico ministero il diritto all'ammissione delle prove indicate "a carico dell'imputato sui fatti costituenti oggetto delle prove a scarico";

c) è ribadito dall'art. 606, comma 1, lett. d) c.p.p., che prevede come motivo di ricorso per cassazione la mancata ammissione di una prova decisiva richiesta a norma dell'art. 495, comma 2, c.p.p.

Il principio del contraddittorio, sancito dall'art. 111, commi 2 e 4, Cost., impone invece di ritenere che nell'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p. la locuzione "prove contrarie" abbia un significato più ampio, anzi il più ampio possibile. Le prove contrarie, cui quest'ultima disposizione fa riferimento, possono essere sia dirette sia indirette o indiziarie, e possono essere opposte tanto ad una prova principale diretta quanto, in caso di prova principale indiretta, alle

⁵ Capone, *Diritto alla prova e obbligo di motivazione*, *Indice pen.*, 2002, 38; Catalano, *La prova d'alibi*, Milano, 1998, 99; Gallo, *Il peso del contraddittorio sulla argomentazione giudiziaria*, *Critica del diritto*, 2001, 11; Giostra, *Contraddittorio (principio del)*, *dir. proc. pen.*, *Enc. giur.*, IX, Roma, 2001, 2. Nello stesso senso, ancor prima della cosiddetta riforma del giusto processo, e quindi desumendo il dovere del giudice di confutare in motivazione le prove contrarie dalla garanzia del diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2, Cost., Evangelista, *Motivazione della sentenza civile*, *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 158.

⁶ Ferrua, *Quattro fallacie in tema di prova*, *In questa rivista*, 2014, 4, distingue tra prova narrativa/logico-critica (indiziaria) e tra prova diretta/indiretta. Noi preferiamo distinguere le due coppie prova narrativa e non narrativa e prova diretta e indiretta o indiziaria, giacché anche l'indizio può essere oggetto di una prova narrativa.

prove dei singoli indizi che, se gravi, precisi e concordanti, consentono all'accertatore di pervenire, dalla loro conoscenza, a quella del *factum probandum* o fatto principale.

Pertanto il giudice, il quale adotti una determinata decisione, deve indicare nella motivazione della sentenza le ragioni di inattendibilità di tutte le prove, dirette o indirette, purché utilizzabili e rilevanti, che, se ritenute attendibili, lo avrebbero portato ad adottare una decisione diversa.⁷

Ne discende altresì che la sentenza, la quale condanni taluno per un reato senza indicare le ragioni di inattendibilità delle addotte prove d'alibi o condanni talaltro per concorso in una truffa senza indicare le ragioni dell'inattendibilità delle prove che in pendenza di truffa costui aveva cura di saldare i propri debiti al confesso esecutore del reato oppure ancora condanni un medico per un reato omissivo improprio senza prendere posizione sul ragionevole dubbio che l'evento lesivo sia stato provocato da un fatto diverso dall'omissione dedotta in imputazione, viola l'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p. e con ciò si espone a ricorso per cassazione per il motivo di cui all'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.⁸

L'omessa enunciazione in motivazione delle ragioni di inattendibilità di una prova contraria può, in sede di legittimità, non comportare l'annullamento della sentenza impugnata solo quando la prova contraria obliterata sia reputata dalla Corte di cassazione non decisiva, cioè non tale che, se ritenuta attendibile, avrebbe portato il giudice di merito ad adottare una decisione diversa da quella che egli ha accolto in concreto. Un siffatto requisito di decisività è sì enunciato solo nell'art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p. con riguardo alla prova contraria di cui il giudice di merito abbia negato l'ammissione a norma dell'art. 495, comma 2, c.p.p. Ma, secondo un'ormai consolidata giurisprudenza di legittimità, qualsiasi vizio di motivazione della sentenza in tanto può determinare l'annullamento di questa in cassazione in quanto sia un vizio decisivo, cioè solo se la motivazione, una volta dichiaratane la parziale carenza oppure espuntane la parte viziata da contraddittorietà o manifesta illogicità, non superi la cosiddetta prova della re-

sistenza risultando non più idonea a sorreggere il dispositivo della sentenza stessa.⁹

Va da sé che la sentenza di cassazione, la quale, pur rilevando la mancata enunciazione, nella motivazione della sentenza impugnata, delle ragioni di inattendibilità di una prova contraria, omette di annullare tale sentenza perché qualifica un siffatto vizio di motivazione come non decisivo, deve indicare le ragioni della non decisività, cioè del perché la valutazione della prova ignorata, quand'anche fosse stata effettuata ed esposta in motivazione, non avrebbe, come suole dirsi, inciso sull'impianto logico adottato dal giudice di merito a sostegno del dispositivo.

CONTRO LA MOTIVAZIONE IMPLICITA

Quanto abbiamo detto a proposito del dovere di motivazione statuito dall'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p. riduce grandemente o addirittura esclude l'utilizzabilità della categoria della motivazione implicita nella teoria e nella pratica del processo penale.

Se, acquisite al processo le prove addotte per accertare rispettivamente l'accadimento ed il mancato accadimento di un fatto, il giudice deve enunciare in motivazione la valutazione che egli ha formulato sia delle prove che hanno ad oggetto il primo sia di quelle che hanno ad oggetto il secondo di questi temi, la motivazione della ritenuta attendibilità delle une non può valere come implicita motivazione della ritenuta inattendibilità delle altre.¹⁰ Il concetto di motivazione implicita non può far ritenere irrilevante l'omessa indicazione in motivazione delle ragioni di inattendibilità delle prove addotte nel processo a sostegno di una tesi incompatibile con quella accolta in sentenza.

Un diverso discorso vale allorché due distinte questioni si pongano in un rapporto di presupposizione o dipendenza, per cui la soluzione data alla prima, se avente un determinato tenore, può fungere da premessa alla soluzione data alla seconda.

Per esempio, quando la difesa abbia chiesto al giudice di applicare all'imputato il minimo della pena base e le attenuanti generiche, l'indicazione delle ragioni, per cui il giudice ritiene inaccoglibile la prima richiesta, può, se la seconda richiesta non sia sorretta anche da argomentazioni specifiche ad

⁷ Rafaraci, *La prova contraria*, Torino, 2004, 256.

⁸ Catalano, *op.cit.*, 30; Moscarini, *op.cit.*, p. 11. È ovvio che il vizio di mancata considerazione di una prova a scarico risulta più agevolmente deducibile per cassazione da quando l'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., in seguito alla modifica subita con l. 20 febbraio 2006 n. 46, prevede che il vizio di motivazione del provvedimento impugnato possa risultare, oltretutto dal testo di questo, "da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame".

⁹ Cass., sez. IV, 17 aprile 2007, n. 21602, *Cass. pen.*, 2008, 2963; Cass., sez. IV, 28 settembre 2007, n. 35683, *Riv. pen.*, 2008, 688; Cass., sez. V, 25 settembre 2007, n. 39048, *ivi*, 2008, 935. In dottrina Capone, *Il principio di decisività dei vizi della sentenza nel controllo della Corte di cassazione*, *Cass. pen.*, 2004, 1482.

¹⁰ Aprati, *Le prove contraddittorie: id est il diritto al contraddittorio sul medesimo tema probatorio*, *Dir. pen. proc.*, 2006, 637.

essa, supplire la mancata indicazione delle ragioni per le quali lo stesso giudice ritiene di respingere anche quest'ultima. Ma qui, più che di una motivazione implicita della seconda reiezione, dovrà propriamente parlarsi di motivazione di tale seconda reiezione *per relationem* tacita alle ragioni enunciate in motivazione a sostegno della prima.

La figura della motivazione implicita è stata a suo tempo elaborata dalla giurisprudenza di legittimità per limitare i casi in cui la Corte di cassazione avrebbe dovuto annullare le sentenze impugnate per mancanza di motivazione, e nel contempo per ridurre l'oggetto su cui i giudici di merito devono farsi carico di motivare i propri provvedimenti, attività che molti considerano un'inutile fonte di lentezza dei processi penali. La riduzione della sfera di operatività della motivazione implicita non potrà però dispiacere a quanti, più che la rapidità, hanno a cuore la legalità nell'esercizio della giurisdizione penale.

I RIMEDI

Fino a quando la Corte di cassazione non si indurrà a pretendere la rigorosa osservanza dell'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p. da parte dei giudici di merito, un rimedio all'omessa considerazione in motivazione, da parte di questi ultimi, di prove a scarico potrà rinvenirsi nella richiesta di revisione del provvedimento irrevocabile di condanna o di patteggiamento basata a norma dell'art. 630, lett. c), c.p.p. su nuove prove, le quali siano idonee a dimostrare che il richiedente avrebbe dovuto essere prosciolto a norma dell'art. 631 c.p.p.

Prova nuova a norma dell'art. 630, lett. c), c.p.p. deve infatti intendersi non solo, secondo la lettera di tale disposizione, la prova che sia sopravvenuta o sia stata scoperta dopo che il provvedimento oggetto di revisione è divenuto irrevocabile, ma anche quella che, già adottata nel processo di cognizione sfociato in questo provvedimento, per una qualsiasi ragione non sia stata considerata dal giudice di esso.¹¹

Per chi non condividesse una così ampia accezione della locuzione prova nuova, un'altra via per giungere alla revisione del provvedimento viziato dalla violazione dell'art. 546, comma 1, lett. e) c.p.p. può essere offerta, ritenendosi esauriti i cosiddetti rimedi interni, dal ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 6 Cedu, in quanto, nei commi 1 e 3, garantisce all'imputato un processo equo e in particolare il diritto ad «esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico».

Come abbiamo già detto a proposito dell'art. 111, commi 1 e 3, Cost., anche l'art. 6 Cedu garantisce all'imputato un processo che, in quanto equo, deve svolgersi nel contraddittorio delle parti, e nel quale, quindi, l'accusa e la difesa devono avere il diritto di addurre al giudice tutte le prove, conformi ai requisiti di legge, conferenti ai loro assunti. Ciò posto, sebbene la Corte europea dei diritti dell'uomo perlopiù non presti particolare attenzione alla motivazione dei provvedimenti nazionali portati al suo esame, sarebbe inutile e anzi irrisorio che l'art. 6 Cedu garantisse all'imputato un tale diritto di addurre prove a scarico se poi al giudice, al momento di decidere, fosse consentito ignorare siffatte prove senza neppure indicare in motivazione le ragioni per le quali egli le ha ritenute inattendibili.¹²

La violazione dell'art. 6 Cedu, una volta rilevata dalla Corte europea, comporta l'esperibilità, contro il provvedimento irrevocabile di condanna emesso dal giudice italiano, del ricorso per revisione per il nuovo motivo di cosiddetta revisione europea introdotto dalla Corte costituzionale con la sentenza 7 aprile 2011, n.113.¹³

sez. I, 10 luglio 1998, n. 4184, *Riv. pen.*, 1999, 123, e, quanto alla revisione di una sentenza di patteggiamento, Cass., sez. V, 24 novembre 2009, n. 10167, *Riv. pen.*, 2011, 463. In dottrina Bargis, *Prove nuove ai fini della revisione*, *Giur. it.*, 1992, II, 772, e Bargis, *Impugnazioni*, Conso-Grevi-Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, 1039.

¹² Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 244.

¹³ C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, www.cortecostituzionale.it.

¹¹ Cass., sez. un., 26 settembre 2001, n. 28, *Cass. pen.*, 2002, 1952; Cass., sez. I, 6 ottobre 1998, *Foro it.*, 1998, II, 729; Cass.,

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE / NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Rossella Fonti

LOTTA CONTRO L'ABUSO E LO SFRUTTAMENTO SESSUALE DEI MINORI E LA PORNOGRAFIA MINORILE

(D.lgs. 4 marzo 2014, n. 39 di attuazione della Direttiva 2011/93/UE, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI)

Il d.lgs. n. 39/2014 (in *Gazz. Uff.* n. 68 del 22 marzo 2014, entrato in vigore il 6 aprile 2014) ha dato attuazione alla direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Tale direttiva, che si pone in termini di complementarietà rispetto alla direttiva 2011/36/UE (concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime), stabilisce dettagliati criteri per la definizione delle fattispecie incriminatrici e del relativo trattamento sanzionatorio in materia di abuso e sfruttamento sessuale di minori, al dichiarato intento di uniformare e rinforzare gli strumenti normativi predisposti dagli Stati membri per reprimere e prevenire i fenomeni delittuosi in esame, nonché per tutelare le vittime di tali gravi reati.

Poiché il nostro sistema penale e processuale risultava già – specialmente a seguito della l. 1° ottobre 2012, n. 172 (ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno) – ampiamente conforme alle previsioni della direttiva 2011/93/UE, il d.lgs. n. 39/2014 si è occupato di completarne l'attuazione, intervenendo su profili circoscritti.

Sul versante sostanziale, le novità apportate concernono la disciplina delle circostanze aggravanti di taluni dei reati in questione: in questa prospettiva, sono state implementate le circostanze aggravanti disciplinate dagli artt. 602 *ter* (prevedendo un aumento delle pene dei reati di cui agli artt. 600 *bis*,

600 *ter*, 600 *quater*, 600 *quater* 1 e 600 *quinqüies* c.p., nelle ipotesi in cui il reato sia commesso da più persone riunite; se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolare l'attività; se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave; nonché l'aumento, in misura non eccedente i due terzi, delle pene previste per i medesimi reati, qualora essi siano compiuti con l'utilizzo di mezzi atti ad impedire l'identificazione dei dati di accesso alle reti telematiche), 609 *ter* (introducendo i casi in cui il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolare l'attività e quando è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave), e 609 *quinqüies*, comma 2, c.p. (aggiungendo le ipotesi in cui il reato sia commesso da più persone riunite; se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolare l'attività; se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave); è stato inserito l'art. 609 *duodecies* c.p. che stabilisce l'aumento, in misura non eccedente la metà, delle pene previste negli artt. 609 *bis*, 609 *quater*, 609 *quinqüies*, 609 *octies* e 609 *undecies* c.p., nei casi in cui tali delitti siano compiuti con l'utilizzo di mezzi atti ad impedire l'identificazione dei dati di accesso alle reti telematiche.

Quanto alla disciplina processuale, una prima novità consiste nell'aver incluso nel novero dei reati per i quali è possibile disporre le intercettazioni (art. 266, comma 1, c.p.p.) anche il reato di adescamento di minorenni (art. 609 *undecies* c.p.). Una seconda innovazione è rappresentata dall'inserimento nell'art. 62 c.p.p. del comma 2, che estende il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato (di cui al comma 1) anche alle dichiarazioni, comunque inutilizzabili, rese dall'imputato nel corso di pro-

grammi terapeutici diretti a ridurre il rischio che questi commetta delitti sessuali a danno di minori.

Un'ulteriore modifica attiene all'aggiunta, nell'ambito dei reati-presupposto per la responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), del delitto di adescamento di minorenni.

Si segnala, infine, la previsione che impone al soggetto che intenda impiegare al lavoro una persona per lo svolgimento di attività organizzate, professionali o volontarie, che comportino contatti diretti e regolari con minori, di richiedere il certificato penale del casellario giudiziale, al fine di verificare l'esistenza di condanne per taluno dei reati di cui agli artt. 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater*, 600 *quinquies*, 609 *undecies* c.p., ovvero l'irrogazione di sanzioni interdittive all'esercizio di attività che comportino contatti diretti e regolari con minori (così dispone il nuovo art. 25 *bis* d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313); il datore di lavoro che non adempie a tale obbligo è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma da euro 10.000 a euro 15.000.

* * *

DELEGHE IN MATERIA DI PENE DETENTIVE NON CARCERARIE E DEPENALIZZAZIONE. SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA E NEI CONFRONTI DEGLI IRREPERIBILI
(L. 28 aprile 2014, n. 67)

La l. n. 67/2014 è un articolato provvedimento normativo che, nella prima parte (Capo I), contiene due deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e depenalizzazione mentre, nella seconda (Capi II e III), introduce significative e inedite disposizioni – di immediata applicazione dal 17 maggio 2014 – concernenti la sospensione del procedimento con messa alla prova (Capo II, artt. 3-8) e la sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili (Capo III, artt. 9-15).

La prima delega (che il Governo dovrà esercitare entro otto mesi dall'entrata in vigore del provvedimento in esame) attiene alla riforma del sistema delle pene, da realizzare essenzialmente mediante l'introduzione di pene detentive non carcerarie (reclusione e arresto presso il domicilio), di durata continuativa o per singoli giorni settimanali o fasce orarie, da espiare presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza. Più in dettaglio, si prescrive al Governo di prevedere un'applicazione automatica della reclusione domiciliare o dell'arresto domicilia-

re in relazione ai reati per i quali è attualmente contemplata la pena dell'arresto o della reclusione non superiore nel massimo a tre anni, e un'applicazione facoltativa – cioè rimessa alla valutazione discrezionale del giudice sulla base dei criteri di cui all'art. 133 c.p. – della reclusione domiciliare rispetto ai delitti per i quali è comminata la reclusione carceraria tra i tre e i cinque anni. Le nuove pene detentive domiciliari non potranno essere applicate, peraltro, ai soggetti dichiarati delinquenti o contravventori abituali, professionali e per tendenza.

Il legislatore delegato dovrà attribuire al giudice la facoltà di prescrivere l'adozione delle particolari modalità di controllo *ex art. 275 bis* c.p.p. (il cd. braccialetto elettronico), ove venga disposta una delle pene domiciliari, nonché il potere di sostituire tali sanzioni con quelle carcerarie sia nel caso di indisponibilità di un domicilio idoneo ad assicurare la custodia del condannato, sia quando il comportamento tenuto dal destinatario della misura (che abbia violato le prescrizioni imposte o abbia commesso un ulteriore reato) risulti incompatibile con la prosecuzione delle misure stesse, anche sulla base delle esigenze di tutela della persona offesa dal reato.

Di estremo rilievo risultano due ulteriori principi introdotti dal Senato: il primo concerne la possibilità che, per i reati passibili di detenzione domiciliare, il giudice, sentiti l'imputato e il pubblico ministero, possa applicare anche la sanzione del lavoro di pubblica utilità; il secondo si sostanzia in una sub delega a disciplinare la non punibilità per tenuità del fatto – sussistente nei casi di particolare tenuità dell'offesa e non abitualità del comportamento –, da applicare alle condotte attualmente punite con la sola pena pecuniaria (ammenda o multa) o con pene detentive non superiori nel massimo a 5 anni, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile.

Le nuove disposizioni in tema di pene detentive non carcerarie dovranno essere coordinate, oltre che con la disciplina del casellario giudiziale (d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313), con le norme che disciplinano omologhe tipologie di detenzioni domiciliari nell'ambito delle sanzioni sostitutive (*ex l. 24 novembre 1981, n. 689*) e nell'ambito delle misure alternative alla detenzione (*ex l. 26 luglio 1975, n. 354* e *l. 26 novembre 2010, n. 199*).

La seconda delega (che dovrà essere esercitata dal Governo entro diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge) attiene ad una significativa riforma della disciplina sanzionatoria. Per un verso, si prevede che diversi reati vengano trasformati in illeciti amministrativi (tra questi anche il reato di immigrazione clandestina, di cui all'art. 10 *bis* d.lgs. 25 luglio

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

1998, n. 286, conservando rilevanza penale le sole condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia), in relazione ai quali dovranno essere introdotte sanzioni – che spaziano dal pagamento di una somma di denaro all'applicazione, in determinate ipotesi, anche di eventuali sanzioni amministrative accessorie – adeguate e proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'attività posta in essere dal soggetto agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche. Per altro verso, è stabilita l'abrogazione di tutta una serie di reati (delitti di falsità in atti, in relazione alle condotte relative a scritture private, ad esclusione delle fattispecie di falsità concernenti documenti equiparati agli atti pubblici di cui all'art. 491 c.p.; ingiuria, sottrazione di cose comuni, usurpazione, deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi, invasione di terreni o edifici non aggravato, danneggiamento non aggravato, appropriazione di cose smarrite) con introduzione di sanzioni pecuniarie civili e fermo restando il diritto al risarcimento del danno.

Quanto alle norme di immediata applicazione (dal 17 maggio 2014), il capo II della legge in esame introduce l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenni (all'epoca di commissione del reato). Viene in tal modo esteso, sia pur con significative varianti, anche ai soggetti maggiorenni il modello di *probation* già previsto e operante nel sistema processuale minorile ex artt. 28 e 29 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448. L'istituto di nuovo conio, pur mutuando dalla sospensione con messa alla prova del rito minorile le caratteristiche strutturali e dinamiche (secondo lo schema: sospensione del procedimento; messa alla prova; estinzione del reato e sentenza di proscioglimento in caso di esito positivo della prova), se ne differenzia – proprio in ragione della diversa qualità soggettiva dei fruitori della misura – sotto molteplici profili.

Le peculiarità del *probation* in esame si registrano, anzitutto, per ciò che concerne i presupposti oggettivi e soggettivi, disciplinati nel neo-introdotta art. 168 *bis* c.p. A differenza di quanto è previsto nel rito minorile, la sospensione con messa alla prova dei maggiorenni ha un ambito operativo circoscritto, essendo applicabile esclusivamente nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni (sola, congiunta o alternativa a quella pecuniaria), nonché per delitti di cui all'art. 550, comma 2, c.p.p., per i quali è prevista la

citazione diretta a giudizio dinnanzi al giudice monocratico.

Dal punto di vista soggettivo, l'art. 168 *bis* c.p. pone due condizioni ostative (non previste invece nel rito minorile): la sospensione del procedimento con messa alla prova non può essere concessa più di una volta ed è preclusa ai delinquenti e contravventori abituali, professionali o per tendenza.

Quanto al contenuto della misura, la messa alla prova si sostanzia in condotte riparatorie finalizzate all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti da reato, ove possibile in misure risarcitorie del danno, nell'affidamento dell'imputato al servizio sociale e nello svolgimento di lavoro di pubblica utilità. Quest'ultima prestazione costituisce indubbiamente il fulcro dell'istituto, posto che ad essa è subordinata la concessione della misura e che l'eventuale rifiuto apposto dall'imputato ne determina la revoca anticipata. Nel riprendere le definizioni ricorrenti in altri contesti normativi in cui è menzionato il lavoro di pubblica utilità (art. 54 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274; artt. 186, comma 9 *bis*, e 187, comma 8 *bis*, c.d.s.; art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309; art. 165, comma 1, c.p.), l'art. 168 *ter*, comma 3, c.p. precisa che esso consiste in una prestazione non retribuita in favore della collettività, affidata tenendo conto anche delle specifiche professionalità ed attitudini lavorative dell'imputato, di durata complessiva non inferiore a dieci giorni (anche non continuativi) e di durata giornaliera non superiore alle otto ore, da svolgersi con modalità idonee a non arrecare pregiudizio alle esigenze di lavoro, studio, famiglia e salute dell'imputato. Al fine di evitare che eventuali difficoltà nel reperimento del lavoro in questione possano ostacolare la praticabilità della messa alla prova, il legislatore ha opportunamente previsto un ampio novero di possibili beneficiari della prestazione lavorativa gratuita (Stato, regioni, province, comuni, aziende sanitarie, enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato), senza richiedere, quale necessario presupposto, che essi abbiano stipulato specifiche convenzioni con l'Amministrazione (ai sensi dell'art. 8 della legge in esame, la disciplina di tali eventuali convenzioni verrà dettata mediante regolamento del Ministro della giustizia).

Nell'intento di impedire indebite strumentalizzazioni dell'istituto, l'art. 168 *ter* c.p. prevede che durante il periodo di sospensione del procedimento con messa alla prova il corso della prescrizione del reato è sospeso. Ulteriore e caratterizzante effetto della misura è l'estinzione del reato nel caso di esito positivo della prova.

La normativa sostanziale della messa alla prova si completa con le disposizioni concernenti la revoca anticipata. La prima tipologia di ipotesi contemplate dall'art. 168 *quater* c.p. attiene a comportamenti contrastanti, in senso lato, con il contenuto prescrittivo della misura: rilevano in tal senso la grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte, ovvero il rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità. Impone la revoca, altresì, la commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo o di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede.

Sul versante processuale, la disciplina della sospensione con messa alla prova è contenuta nel neo introdotto Titolo V-bis del Libro VI codice di rito, nonché – con riferimento a taluni profili – nell'art. 657 *bis* c.p.p. e negli artt. 141 *bis* e 141 *ter* disp. att. c.p.p. La collocazione sistematica prescelta (in coda ai riti speciali) rivela la natura bifronte dell'istituto (meccanismo di definizione alternativa del procedimento penale, oltre che causa di estinzione del reato) ed anche la funzione deflattiva e/o di decongestione del carico processuale alla quale il medesimo è indubbiamente votato.

L'accostamento del nuovo strumento ai (tradizionali) riti speciali richiesti dall'imputato – e, in particolare, al patteggiamento e al giudizio abbreviato – si riverbera e manifesta anche nella regolamentazione di diversi aspetti processuali. Un primo elemento di similitudine è costituito dalla configurazione della richiesta introduttiva quale atto personalissimo dell'imputato: non concedibile d'ufficio, la sospensione con messa alla prova presuppone la richiesta (orale o scritta) avanzata personalmente dall'imputato o dal suo procuratore speciale. La centralità del consenso dell'imputato è sottolineata anche dalla previsione che (analogamente a quanto disposto per il patteggiamento) facoltizza il giudice a disporre la comparizione dell'interessato per verificare la volontarietà della richiesta. Corredata da un programma di trattamento (ovvero dalla istanza di elaborazione del programma, qualora non sia stato ancora elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna), contenente una dettagliata serie di indicazioni (tra le quali ovviamente le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità), la richiesta può essere proposta entro gli stessi termini previsti per il patteggiamento e il giudizio abbreviato: fino a che non siano formulate le conclusioni in udienza preliminare; fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nei casi di giudizio direttissimo e di procedimento a citazione diretta a giudizio; entro quindici giorni dalla notifica del decreto che dispo-

ne il giudizio immediato; nell'atto di opposizione al decreto penale di condanna.

L'analogia con la disciplina del patteggiamento è, inoltre, fortemente marcata nelle previsioni dell'art. 464 *ter* c.p.p.: anche la sospensione con messa alla prova può essere richiesta nel corso delle indagini preliminari e, affinché il giudice possa provvedere a fissare l'udienza camerale prodromica alla decisione, è necessario il consenso scritto, sinteticamente motivato, del pubblico ministero che, al contempo, formula l'imputazione. Sulla falsariga delle previsioni dell'art. 448 c.p.p., si prevede che l'eventuale dissenso motivato dell'accusa possa essere superato dal giudice del dibattimento, qualora egli ritenga fondata la richiesta dell'imputato rinnovata *in limine litis*.

Ulteriore disposizione modellata sulla normativa del patteggiamento (nonché del decreto penale di condanna) è quella che subordina la decisione sull'applicazione della misura alla circostanza che il giudice non debba pronunciare sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p. Tale previsione dell'art. 464 *quater*, comma 1, c.p.p., nell'imporre l'accertamento, sia pure nella forma in negativo (*id est* insussistenza dei presupposti del proscioglimento *ex* art. 129 c.p.p.), della responsabilità dell'imputato, consente di superare (o quantomeno di attenuare) quegli inevitabili dubbi di costituzionalità che avrebbe diversamente ingenerato la possibilità di applicare una pena – quale certamente è la misura in esame, quanto a contenuto afflittivo e finalità rieducativa – ad un soggetto presunto non colpevole; la mera presenza del consenso dell'interessato sarebbe risultata del tutto insufficiente allo scopo. Del resto, anche con riferimento al rito minorile, benché non sia esplicitamente stabilito, è principio assodato e ribadito anche dalla Corte costituzionale (sent. 14 aprile 1995, n. 125) che il «giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice» costituisce «presupposto concettuale essenziale» del provvedimento che concede la messa alla prova, in difetto del quale deve essere pronunciato il proscioglimento.

La sospensione del processo con messa alla prova presuppone – oltre all'accertamento dell'insussistenza delle cause di non punibilità *ex* art. 129 c.p.p. – la positiva valutazione, effettuata in base ai parametri dell'art. 133 c.p.p., che il programma di trattamento presentato sia idoneo e che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati. La decisione del giudice è resa con ordinanza pronunciata, dopo aver sentito le parti e la persona offesa, nel corso della medesima udienza in cui è formulata la richiesta, ovvero all'esito di un'apposita udienza camerale *ex* art. 127 c.p.p., della cui fissazione è dato avviso ai

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

soggetti legittimati ad interloquire. Avverso l'ordinanza possono ricorrere per cassazione l'imputato e il pubblico ministero, anche su sollecitazione della persona offesa; a quest'ultima è attribuita un'autonomia facoltà di ricorrere per cassazione nelle ipotesi di omesso avviso dell'udienza e di mancata audizione nel corso della medesima.

In caso di reiezione dell'istanza, l'imputato può riproporla nel giudizio, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento.

Qualora venga disposta la messa alla prova, il procedimento non può essere sospeso per più di due anni quando si procede per reati per i quali è prevista una pena detentiva (sola, congiunta o alternativa a quella pecuniaria) o per un anno quando si procede per un reato sanzionato con la sola pena pecuniaria. Nell'ordinanza di sospensione il giudice indica il termine – prorogabile, su istanza dell'imputato, una sola volta e per gravi motivi – entro il quale le prescrizioni e gli obblighi relativi alle condotte riparatorie o risarcitorie devono essere adempiuti. Durante la sospensione il giudice, sentiti il pubblico ministero e l'imputato, può modificare le prescrizioni originarie e, su richiesta di parte, può provvedere all'acquisizione – con le modalità stabilite per il dibattimento – di prove non rinviabili e di quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato.

Al fine di tutelare la posizione del danneggiato dal reato, è previsto che nel caso di sospensione non si applica l'art. 75, comma 3, c.p.p.: ne consegue che l'azione civile può essere proposta in sede propria senza che il processo civile subisca la sospensione fino alla pronuncia della sentenza penale irrevocabile.

All'esito del periodo di sospensione, qualora il giudice ritenga – tenuto conto del comportamento dell'imputato e del rispetto delle prescrizioni stabilite – che la messa alla prova abbia avuto esito positivo, dichiara con sentenza l'estinzione del reato; ove l'esito sia negativo, il giudice dispone con ordinanza che il processo riprenda il suo corso.

Anche prima della decorrenza del periodo di sospensione è possibile una ripresa del processo nei casi, prima menzionati, di revoca anticipata (art. 168 *quater* c.p.p.). La revoca è disposta, anche d'ufficio, con ordinanza – pronunciata al termine di un'apposita udienza camerale *ex* art. 127 c.p.p. – ricorribile per cassazione per violazione di legge. Nel momento in cui il provvedimento di revoca diviene definitivo, si determinano la ripresa del procedimento e la cessazione delle prescrizioni e degli obblighi imposti.

Due ulteriori effetti associati alla revoca e all'esito negativo della messa alla prova sono costituiti dal divieto di riproposizione dell'istanza (art. 469

novies c.p.p.) e dal computo del periodo di messa alla prova dell'imputato nella determinazione della pena da eseguire (art. 657 *bis* c.p.p.); a quest'ultimo proposito si precisa che, ai fini della detrazione, tre giorni di prova sono equiparati a un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a 250 euro di multa o di ammenda.

Le altre disposizioni di immediata applicazione, introdotte dalla l. n. 67/2014, sono quelle (di cui al Capo III, artt. 9-15) concernenti la sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili. Al dichiarato fine di superare i profili problematici che hanno da sempre caratterizzato il nostrano "processo contumaciale" – confliggente, sotto diversi profili, con le previsioni della Cedu, e causa, pertanto, di plurime condanne all'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo –, le norme di nuovo conio innovano profondamente la disciplina della mancata partecipazione al processo dell'imputato. Nell'eliminare il tradizionale istituto della contumacia – con consequenziale espunzione dal codice di quasi tutti i riferimenti al termine "contumace" (permangono alcuni riferimenti, ad esempio, negli artt. 429, commi 1 e 4, e 552, comma 1, c.p.p.) –, il legislatore ridefinisce i presupposti in presenza dei quali il processo può essere celebrato "in assenza" dell'imputato (art. 420 *bis* c.p.p.) e introduce l'inedito istituto della sospensione del procedimento nei confronti dell'imputato irreperibile (art. 420 *quater* c.p.p.).

Più in particolare, la nuova normativa distingue, nel caso di mancata costituzione in udienza dell'imputato, tre macro situazioni processuali che danno luogo a differenti implicazioni e sviluppi nella dinamica processuale.

La prima di tali situazioni ricorre quando vi è la certezza che l'imputato, non presente all'udienza, abbia avuto conoscenza dell'avviso di fissazione dell'udienza medesima. Ciò si verifica, anzitutto, quando l'imputato, anche se impedito, ha espressamente rinunciato a comparire: la certezza della conoscenza del provvedimento, attestata dalla esplicita volontà di rinunciare alla partecipazione, determina che il processo può essere celebrato in assenza, senza, peraltro, che rilevi un eventuale legittimo impedimento. Altra fattispecie riconducibile ad una situazione di certezza della conoscenza del decreto di fissazione ricorre quando l'imputato abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza: tuttavia, poiché in questo caso difetta un'espressa rinuncia dell'imputato alla partecipazione, il processo potrà essere celebrato in assenza solo ove non ricorra un legittimo impedimento *ex* art. 420 *ter* c.p.p.

Una seconda macro situazione ricomprende i casi in cui non vi è certezza che l'imputato assente abbia avuto conoscenza del provvedimento di fissazione dell'udienza, ma sussiste la prova che egli abbia conoscenza della celebrazione del procedimento, stante la presenza di uno degli indici rivelatori indicati dal legislatore (ossia, l'aver dichiarato o eletto domicilio, essere stato arrestato o fermato o sottoposto a misura cautelare, aver nominato un difensore di fiducia, ovvero quando risulti, comunque, con certezza che l'imputato è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o degli atti del medesimo). Anche in tali eventualità, e salvo che non ricorra un legittimo impedimento, il processo può essere celebrato in assenza, ma – oltre a prevedere la revoca dell'ordinanza con cui si è disposto di procedere in assenza, se, prima della decisione, l'imputato compare – sono contemplati determinati rimedi restitutori, qualora l'imputato dimostri che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo: in udienza preliminare, l'imputato potrà chiedere l'acquisizione di atti e documenti ai sensi dell'art. 421, comma 3, c.p.p.; nella fase dibattimentale potrà essere restituito nel termine per richiedere il giudizio abbreviato o il patteggiamento; potrà formulare richiesta di prove *ex art.* 493 c.p.p. e altresì chiedere la rinnovazione di prove già assunte. Nello stesso modo si procede se l'imputato dimostra che versava nell'assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento e che la prova dell'impedimento è pervenuta con ritardo senza sua colpa; alla stregua di tale previsione, sembra che i rimedi restitutori in questione possano valere anche nei confronti dell'imputato assente al quale era stato personalmente notificato il provvedimento di fissazione dell'udienza, ma non anche all'assente che abbia espressamente rinunciato a partecipare, in quanto tale manifestazione di volontà rende del tutto irrilevanti eventuali ed incolpevoli ostacoli alla partecipazione in udienza.

La terza macro situazione ricorre quando, al di fuori delle situazioni sopra analizzate, nonché del legittimo impedimento e dei casi di nullità della notificazione, l'imputato non è presente: poiché in tal caso manca la prova della conoscenza tanto del provvedimento che della celebrazione del procedimento, il giudice rinvia l'udienza e dispone che l'avviso sia notificato all'imputato personalmente ad opera della polizia giudiziaria. Se tale notificazione non risulta possibile – e sempre che non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p. – il giudice dispone la so-

spensione del processo nei confronti dell'assente/irreperibile.

In conseguenza dell'adozione dell'ordinanza di sospensione è disposta la separazione del processo nei confronti di altri imputati e l'azione civile può essere esercitata dal danneggiato in sede propria senza che si determini la sospensione del processo civile prevista dall'art. 75, comma 3, c.p.p. Ulteriore effetto derivante dalla sospensione del processo è la sospensione del termine di prescrizione, per un periodo, peraltro, non superiore ai termini previsti dall'art. 161, comma 2, c.p. Durante la stasi processuale è possibile, su richiesta di parte, l'acquisizione, con le modalità stabilite per il dibattimento, delle prove non rinviabili.

L'ordinanza di sospensione viene revocata in presenza delle seguenti situazioni: qualora le nuove ricerche dell'imputato, disposte dal giudice (con cadenza tendenzialmente annuale) per consentire la notifica dell'avviso, abbiano avuto esito positivo; se l'imputato ha *medio tempore* nominato un difensore di fiducia; in ogni caso in cui vi sia la prova certa che l'imputato è a conoscenza del procedimento avviato nei suoi confronti; se deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

Di estremo rilievo sono le innovazioni apportate in materia anche sul versante delle impugnazioni. Oltre ad aver eliminato la previsione della notifica dell'estratto contumaciale della sentenza e la peculiare disciplina del termine per impugnare – modifiche, queste, che si ricollegano all'eliminazione dell'istituto della contumacia –, la novella in esame prevede ulteriori (rispetto a quelli già illustrati con riferimento al giudizio di primo grado) rimedi restitutori a favore dell'imputato nei cui confronti si sia proceduto in assenza, al di fuori e in spregio delle norme prima analizzate.

Quanto al giudizio d'appello, è stabilito (art. 604, comma 5 *bis*, c.p.p.) che nei casi in cui vi è la prova che si sarebbe dovuto provvedere *ex art.* 420 *ter* (in quanto sussisteva un legittimo impedimento) o ai sensi dell'art. 420 *quater* (poiché sussistevano i presupposti per disporre la sospensione del procedimento), ovvero quando l'imputato provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado, il giudice di secondo grado dichiara la nullità della sentenza e dispone il rinvio degli atti al giudice di primo grado. Si tratta di un rimedio estremamente significativo che consente di recuperare pienamente (mediante la ricelebrazione del giudizio di primo grado e con possibilità di optare, ai sensi del novellato art. 489 c.p.p., per il giudizio abbreviato o per il patteggiamento) quel diritto alla

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

partecipazione al processo del quale l'imputato era stato ingiustamente privato.

In sintonia con le novità introdotte nel giudizio di appello, si prevede che la Corte di cassazione, nel pronunciare la nullità della sentenza anche ai sensi del nuovo comma 5 *bis* dell'art. 604 c.p.p., disponga la restituzione degli atti al giudice di primo grado.

Fortemente innovativa è, infine, la previsione del nuovo art. 625 *ter* c.p.p. che disciplina l'inedito istituto della rescissione del giudicato, che può essere richiesto dal condannato (o dal sottoposto a misura di sicurezza) con provvedimento irrevocabile, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, qualora provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo. La richiesta deve essere presentata, a pena di inammissibilità, personalmente dall'interessato o dal difensore munito di procura speciale autenticata, entro trenta giorni dal momento dell'avvenuta conoscenza del procedimento. Se accoglie la richiesta, la Cassazione dispone la revoca della sentenza e la trasmissione degli atti al giudice di primo grado.

Le novità appena richiamate in tema di impugnazioni si fanno sicuramente apprezzare nella misura in cui superano il limite che caratterizzava la disciplina previgente, la quale offriva quali uniche garanzie/rimedi recuperatori per l'imputato incolpevolmente rimasto contumace nel processo, la restituzione nel termine per impugnare e la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello, ossia strumenti che lasciavano l'interessato comunque privo della possibilità di una nuova celebrazione, in sua presenza, del giudizio di primo grado; nell'introdurre i nuovi e più incisivi meccanismi di recupero, il legislatore ha eliminato, di conseguenza, la specifica ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale di cui all'art. 603, comma 4, c.p.p. e ha circoscritto le previsioni dell'art. 175, comma 2, c.p.p. all'ipotesi di decreto penale di condanna divenuto esecutivo.

Alcuni profili problematici derivano dalla mancanza di una disciplina transitoria. Tale carenza rischia di generare numerose incertezze interpretative, specialmente, con riferimento alle situazioni in cui sussistono interrelazioni tra dichiarazione di irreperibilità *ex* artt. 159-160 c.p.p. (norme, peraltro, non modificate dalla l. n. 67/2014) e contumacia, nonché in relazione al regime delle impugnazioni avverso le sentenze emesse in passato nel corso di processi celebrati "*in absentia*". In proposito si segnala che è stato approvato alla Camera (e trasmesso al Senato) un apposito disegno di legge (C. 2344),

volto ad introdurre nella l. n. 67/2014 l'art.15 *bis*: nel dettare le norme transitorie, il testo di tale articolo prevede, per un verso, che le nuove disposizioni si applichino ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della nuova normativa, ove nei medesimi procedimenti non sia stato pronunciato il dispositivo della sentenza di primo grado, e, per altro verso, che la precedente disciplina continua ad applicarsi ai procedimenti in corso quando l'imputato è stato dichiarato contumace e non è stato emesso il decreto di irreperibilità.

* * *

STUPEFACENTI E SOSTANZE PSICOTROPE

(L. 16 maggio 2014, n. 79, conversione con modificazioni del decreto-legge 20 marzo 2014, n. 36)

La l. n. 79/2014 ha convertito, con modifiche, il d.l. n. 36/2014 (recante "*disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché di impiego di medicinali meno onerosi da parte del Servizio sanitario nazionale*"), adottato al fine di riassetare la disciplina del d.p.r. n. 309/1990, che risultava per molti versi destabilizzata a seguito della sent. 25 febbraio 2014, n. 32, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle modifiche apportate al testo unico sugli stupefacenti da parte degli artt. 4 *bis* e 4 *vicies ter* d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49 (la c.d. legge Fini-Giovanardi). Com'è noto, per effetto di tale declaratoria di incostituzionalità – pronunciata con riferimento all'art. 77 Cost., per il vizio procedurale consistente nel difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni originarie del decreto-legge e quelle introdotte nella legge di conversione –, si era determinata la reviviscenza delle disposizioni del testo unico e delle tabelle (allegate a quelle disposizioni) concernenti le differenti tipologie di sostanze psicotrope, nella versione vigente prima dell'entrata in vigore delle norme dichiarate illegittime. Ciò – come viene sottolineato nel preambolo del decreto-legge – ha comportato non solo «una situazione di incertezza giuridica in ordine alla validità di tutti gli atti adottati sulla base delle norme contenute nel testo unico, come modificato dalle norme censurate, che regolamentano la fabbricazione, la produzione, la commercializzazione, la prescrizione e la dispensazione dei medicinali contenenti sostanze ad azione stupefacente o psicotrope», ma anche «l'effetto di escludere dal novero delle sostanze sottoposte a controllo

del Ministero della salute tutte le sostanze sottoposte a controllo in attuazione di convenzioni internazionali ed anche le nuove sostanze psicoattive introdotte sulla base delle nuove acquisizioni scientifiche, dalla data di entrata in vigore della predetta legge 21 febbraio 2006, n. 49, fino alla data del 5 marzo 2014», di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della sentenza della Corte costituzionale. Al fine di ovviare a tale situazione, il d.l. n. 36/2014 ha provveduto a ripristinare la normativa in proposito vigente al momento della declaratoria di incostituzionalità, variando, peraltro, il numero e la struttura delle tabelle – da due (una relativa a tutte le sostanze stupefacenti e l'altra alle sostanze medicinali) passano a cinque (la I relativa alle droghe pesanti; la II alle droghe leggere; la III e la IV concernenti le sostanze medicinali equiparate rispettivamente alle droghe pesanti e a quelle leggere; la V è quella “dei medicinali”) –, che vengono rese coerenti con la (reviviscente) disciplina sanzionatoria improntata sulla distinzione tra droghe leggere e pesanti.

Estremamente rilevanti sono le modifiche apportate dalla legge di conversione che, oltre a rimodellare il testo di talune norme del d.l. n. 36/2014, introduce ulteriori novità su profili che erano stati trascurati dal Governo. In estrema sintesi, queste sono le più significative innovazioni: viene ulteriormente novellato il testo (da ultimo modificato dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10 e non coinvolto dalla recente declaratoria di incostituzionalità) dell'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309/1990, stabilendo per lo spaccio di lieve entità – sia di droghe leggere che di droghe pesanti – le pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329 (continuano a valere e si corroborano, alla luce della legge in esame, gli approdi interpretativi secondo cui il fatto di lieve entità è una fattispecie autonoma di reato e non una circostanza attenuante); è reintrodotta il comma 5 *bis* dell'art. 73 del t.u. (travolto dalla declaratoria di incostituzionalità), con la conseguenza che diventa nuovamente possibile sostituire le pene detentive e pecuniarie per i delitti di cui all'art. 73, comma 5, del t.u. con la

pena del lavoro di pubblica utilità previsto dall'art. 54 del d.lgs. n. 274/2000; per effetto di tale modifica, si ritiene ripristinato anche il comma 5 *ter* dell'art. 73 t.u. (introdotto dal d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 9) che estende la disciplina del comma 5 *bis* anche al tossicodipendente o assuntore abituale condannato per la prima volta a pena detentiva non superiore a un anno per un reato diverso da quelli di cui al comma 5; nel riformulare il testo dell'art. 75 t.u., relativo alle sanzioni amministrative, viene ripristinata la causa di non punibilità delle condotte di cui all'art. 73 t.u., costituita della finalità di uso personale, che era indirettamente venuta meno sempre per effetto della declaratoria di incostituzionalità.

Per quello che rileva in questa sede, dalle modifiche apportate al testo dell'art. 73 t.u. derivano significative ripercussioni a livello processuale. Per effetto del nuovo trattamento sanzionatorio fissato per lo spaccio di lieve entità deriva, anzitutto, che non è possibile sottoporre gli imputati di tale reato alla misura della custodia cautelare in carcere (rimane invece previsto l'arresto in flagranza *ex art.* 381, comma 1, c.p.p.). Inoltre, qualora la pena da espriare non sia superiore a tre anni di reclusione, potrà operare la sospensione dell'ordine di esecuzione, posto che non sarà più configurabile la preclusione di cui all'art. 656, comma 9, lett. b, c.p.p. (sussistente nel caso in cui l'imputato si trovi in custodia cautelare per il fatto oggetto della condanna da eseguire). Peraltro, qualora la pena da eseguire sia superiore ai tre anni, ma non superiore ai quattro, pur non operando il meccanismo sospensivo, il condannato potrà da subito richiedere l'affidamento in prova ai servizi sociali, ai sensi dell'art. 47, comma 3 *bis*, ord. penit., introdotto dal d.l. n. 146/2013. Infine, la nuova cornice editale non solo colloca il reato in questione tra quelli in relazione ai quali si procede con citazione diretta a giudizio dinnanzi al giudice monocratico, ma determina che l'imputato potrà richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova, ai sensi delle previsioni introdotte dalla l. n. 67/2014.

NOVITÀ SOVRANAZIONALI / SUPRANATIONAL NEWS

di Pietro Zoerle

LA DIRETTIVA 2014/42/UE RELATIVA AL CONGELAMENTO E ALLA CONFISCA DEI BENI STRUMENTALI E DEI PROVENTI DA REATO NELL'UNIONE EUROPEA

1. Un'efficace lotta al crimine organizzato, tra cui quello di stampo mafioso, non può in alcun modo prescindere da validi e incisivi strumenti volti a intaccare gli ingenti patrimoni accumulati mediante attività illecite. Il fatto che l'attività criminale organizzata non opera soltanto entro i tradizionali confini regionali e nazionali, ma si inserisce nel tessuto economico dell'Unione, ha indotto le istituzioni europee negli ultimi quindici anni a insistere nella direzione di una fattiva cooperazione interstatale diretta a individuare, congelare e confiscare i beni e i proventi da reato.

In particolare, il percorso normativo volto al contrasto della criminalità organizzata, mediante strumenti idonei a incidere sul patrimonio economico criminale, è stato delineato per il periodo 2010/2014 dal c.d. Programma di Stoccolma e ulteriormente approfondito dagli inviti formulati dal Consiglio nelle conclusioni in materia di confisca e recupero dei beni [documento 7769/3/10 REV 3 del 28 maggio 2010].

È in questo contesto che si inserisce la direttiva 2014/42/UE, adottata dal Parlamento e dal Consiglio il 3 aprile 2014 – su proposta della Commissione del 12 marzo 2012 [2012/0036 (COD)] – *relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea* [G.U.U.E. 29 aprile 2014, L. 127/39]. Si tratta della prima direttiva in materia adottata a norma degli artt. 82, § 2 e 83, § 1 del TFUE.

La finalità della direttiva è rappresentata dall'offrire «norme minime» (art. 1, § 1), in tema di congelamento e confisca di beni in materia penale, fermo restando che gli Stati membri possano riconoscere maggiori poteri, anche sul terreno della disciplina probatoria (*considerando* 22); in particolare, la direttiva non pregiudica le procedure di confisca previste dalla disciplina interna (art. 1, § 2).

La direttiva, inoltre, è diretta a modificare e integrare (*considerando* 9) le disposizioni contenute nelle precedenti decisioni quadro 2001/500/GAI e 2005/212/GAI: la prima, *concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato* [G.U.U.E. 5 luglio 2001, L. 182/1]; la seconda, *relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato* [G.U.U.E. 15 marzo 2005, L. 68/49].

Peraltro, il legislatore europeo sottolinea (*considerando* 8) la necessità di un nuovo intervento normativo a fronte della modesta efficacia mostrata – soprattutto a causa dalle divergenze legislative in tema di confisca nel diritto degli Stati membri – dalla triade di decisioni quadro 2003/577/GAI sulla *esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio* [G.U.U.E. 2 agosto 2003, L. 196/45], 2005/212/GAI *relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato* [sopra citata] e 2006/783/GAI in tema di *applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca* [G.U.U.E. 24 novembre 2006, L. 328/59]. A queste decisioni quadro si era poi aggiunta la 2007/845/GAI del 6 dicembre 2007, in materia di *cooperazione tra gli uffici degli Stati membri per il recupero dei beni nel settore del reperimento e dell'identificazione dei proventi di reato o altri beni connessi* [G.U.U.E. 18 dicembre 2007, L. 332/103].

In precedenza, si segnala l'azione comune 98/699/GAI del 3 dicembre 1998 *sul riciclaggio di denaro e sull'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato*, adottata dal Consiglio in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea [G.U.U.E. 9 dicembre 1998, L. 333/1], quale iniziale strumento volto a reprimere il crimine organizzato sotto il profilo economico. In proposito, l'art. 1, lett. a) di tale azione comune (che, peraltro, era già stato abrogato dall'art. 5 della decisione 2001/500/GAI del 26 giugno 2001), viene sostituito (come gli artt. 3 e 4 della decisione quadro 2001/500/GAI nonché l'art. 1,

primi quattro trattini e l'art. 3 della decisione quadro 2005/212/GAI) dalla direttiva 2014/42/UE. In base all'art. 14, i riferimenti all'azione comune appena richiamata e alle due decisioni quadro del 2001 e del 2005 s'intendono attribuiti alla direttiva in discorso.

Va in ogni caso ricordato che, nell'elaborazione pattizia di settore, costituisce essenziale modello di riferimento, nel più ampio contesto del Consiglio d'Europa, la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato (Strasburgo, 1990; ratificata dall'Italia con l. n. 328 del 1993).

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, la direttiva in esame, in base all'art. 3, interessa: i reati in materia di corruzione (v. Convenzione UE del 26 maggio 1997 e, con riferimento al settore privato, decisione quadro 2003/568/GAI del 22 luglio 2003); i reati che contraddistinguono particolarmente l'attività di associazioni mafiose e assimilate (v. decisione quadro 2008/241/GAI del 24 ottobre 2008), quali il traffico di stupefacenti (v. decisione quadro 2004/757/GAI del 25 ottobre 2004), nonché la tratta di esseri umani (v. direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011); i reati in materia di terrorismo (v. decisione quadro 2002/475/GAI del 13 giugno 2002) e di attacco ai sistemi di informazione (v. direttiva 2013/40/UE del 12 agosto 2013); i reati che interessano la falsificazione di monete, gli strumenti di pagamento, il riciclaggio di denaro (v. decisioni quadro 2000/383/GAI del 29 maggio 2000, 2001/413/GAI del 28 maggio 2001 e 2001/500/GAI del 26 giugno 2001); i reati che tutelano il minore e il suo sviluppo sessuale (v. direttiva 2011/93/UE, del 13 dicembre 2011); in generale tutti gli strumenti giuridici che rinviino direttamente alla direttiva in esame.

Gli Stati membri sono tenuti a conformarsi alla direttiva entro il 4 ottobre 2016 (art. 12, § 1; il termine originariamente previsto dalla direttiva è stato posticipato di un anno dalla *Rettifica della direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea*, G.U.U.E. 13 maggio 2014, L. 138/114).

Se il fine di favorire la confisca di beni in materia penale può essere meglio perseguito a livello dell'Unione, che «potrà intervenire in base al principio di sussidiarietà» di cui all'art. 5 TUE, la direttiva si limita a intervenire per quanto necessario a tal fine, conformemente al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo (*considerando 41*).

Il Regno Unito (oltre alla Danimarca, ma diversamente dall'Irlanda) non partecipa all'adozione della direttiva in esame (*considerando 42, 43, 44*), con la conseguente estraneità di un'area di rilievo

all'ambito di operatività delle disposizioni in essa contenute.

2. Il congelamento e la confisca si configurano quali concetti fra loro autonomi (*considerando 13*). È, peraltro, evidente la connessione (*considerando 27*) del primo con la seconda: infatti, la procedura di congelamento, finalizzata a preservare il bene fintantoché non sia possibile adottare un provvedimento di confisca (art. 7, § 1), assume i connotati di requisito rispetto a quest'ultima (*considerando 26*).

Tale considerazione, tuttavia, non preclude in alcun modo l'adozione di un provvedimento di confisca indipendentemente dal previo congelamento del bene, così come quest'ultimo non preclude la restituzione dello stesso ovvero la sua messa a disposizione per finalità diverse quali, per esempio, quelle di garanzia del risarcimento del danno (*considerando 29*). Non solo: il bene sottoposto al limite di indisponibilità potrebbe rappresentare un elemento di prova nel procedimento penale «purché, al termine di quest'ultimo sia reso disponibile per l'effettiva esecuzione» della confisca (*considerando § 28*).

Di conseguenza, il congelamento si configura quale istituto tipico del procedimento penale, che priva temporaneamente il titolare di un bene dei diritti di trasferimento, distruzione, conversione, eliminazione o circolazione esercitabili sullo stesso, trasferendone la custodia e il controllo allo Stato (art. 2, n. 5. Si noti che tutte le definizioni di cui all'art. 2 vanno a sostituire le rispettive contenute nell'art. 1 della decisione quadro 2005/212/GAI secondo quanto disposto dall'art. 14, § 1). Il congelamento, inoltre, potrebbe essere a sua volta anticipato da misure urgenti che consentano all'autorità competente l'immediata assicurazione del bene (art. 7, § 1 e *considerando 26*).

Diversamente, la confisca è un provvedimento adottato necessariamente dall'autorità giudiziaria, che priva irrevocabilmente il titolare del bene di qualsiasi diritto sullo stesso, a seguito di una sentenza penale di condanna definitiva (art. 2, n. 4 e art. 4, § 1).

3. L'oggetto della confisca, nonché del precedente congelamento, è rappresentato da «un bene di qualsiasi natura, materiale o immateriale, mobile o immobile, nonché atti giuridici o documenti che attestano un titolo o un diritto su tale bene» (art. 2, n. 2). Nella nozione vi rientrano, a titolo esemplificativo, strumenti finanziari, titoli di credito e strumenti legali «comprovanti il diritto di proprietà o altri diritti» (*considerando 12*).

NOVITÀ SOVRANAZIONALI

In primo luogo, tali beni possono essere “proventi” del reato, ossia costituire qualsiasi vantaggio economicamente valutabile, discendente direttamente o indirettamente dalla condotta criminosa ovvero frutto di un successivo reinvestimento o di una trasformazione del provento stesso (art. 2, n. 1). Ma la nozione di “proventi” va intesa nel senso di ricomprendervi il valore stimato dei medesimi allorquando siano stati totalmente o parzialmente confusi con altri di provenienza legittima (*considerando* 11). Il concetto di “provento” è analogo a quello che emergeva dalla decisione quadro 2001/500/GAI, che già imponeva agli Stati l’adozione di misure per la confisca di beni strumentali e proventi da reato. Peraltro, gli obblighi contenuti nella decisione citata restano inalterati con riferimento ai reati non contemplati nella nuova direttiva.

In secondo luogo, tra i beni confiscabili rientrano quelli “strumentali”, ossia i beni utilizzati o destinati a essere utilizzati in qualsiasi modo, totalmente o parzialmente, per la commissione di un reato (art. 2, n. 3).

La direttiva, ovviamente, non esprime alcun effetto con riferimento alle normative nazionali in tema di diritto di proprietà, tenuta dei documenti legali e assimilati (*considerando* 12).

È, inoltre, consentito agli Stati membri adottare come sussidiaria o alternativa alla «confisca diretta», la confisca per equivalente (art. 4, § 1), ossia quella di beni, ricompresi nel patrimonio del condannato, il cui valore corrisponda a quello dei proventi o dei beni strumentali. In questa ipotesi, la misura deve essere particolarmente proporzionata e può, per esempio, essere considerata la responsabilità del condannato nel rendere indisponibile il bene medesimo (*considerando* 17). La direttiva abroga l’art. 3 della decisione quadro 2001/500/GAI, che disponeva nello stesso senso.

Eventuali limiti ai provvedimenti di confisca e congelamento potranno essere adottati dagli Stati nelle eccezionali ipotesi in cui la privazione dei beni comporti per l’interessato un sacrificio eccessivo da verificarsi caso per caso e tale da determinare per lo stesso difficili condizioni di sopravvivenza (*considerando* 18).

La confisca, peraltro, potrebbe non essere limitata ai beni strettamente collegati all’illecito penale oggetto di sentenza definitiva, dovendo gli Stati adottare le misure necessarie che consentano all’autorità giudiziaria, «in base alle circostanze del caso, compresi fatti specifici e gli elementi di prova disponibili», di privare il condannato della disponibilità totale o parziale del suo patrimonio, in base alla convinzione (non all’accertamento)

che lo stesso derivi da altre condotte criminose (art. 5, § 1 e *considerando* 19 e 21). Si tratta della confisca c.d. estesa, che può essere adottata in base a una «ponderazione della probabilità», ovvero su una ragionevole presunzione, che i beni di cui il soggetto è titolare siano frutto di reati, come nel caso in cui vi sia una sproporzione fra reddito dichiarato e patrimonio disponibile (art. 5, § 1 e *considerando* 21).

La confisca c.d. estesa era già stata prevista nella decisione quadro 2005/212/GAI, la quale stabiliva (art. 3, § 2) che gli Stati membri avrebbero dovuto adottare le misure necessarie a consentire tale provvedimento «perlomeno» quando il giudice fosse stato pienamente convinto del rapporto di provenienza tra il bene e la condotta criminosa oggetto della condanna (lett. a), ovvero tra il bene e altre attività criminose anteriori alla condanna (lett. b), oppure ancora, tra il bene e altre attività criminose generiche, sussistendo però una sproporzione tra il valore di quello e il reddito legittimo del condannato (lett. c). Poiché, in sede di attuazione, i legislatori nazionali avevano scelto opzioni diverse, ne derivavano interpretazioni difformi dell’istituto nelle rispettive giurisdizioni. È, dunque, al fine di armonizzare le discipline interne, «definendo un unico insieme di norme minime» (*considerando* 19), che la direttiva in oggetto interviene, sostituendo integralmente l’art. 3 da ultimo citato (art. 14, § 1). Questo tipo di confisca, peraltro, non dovrebbe essere pregiudicato dalla possibilità per gli Stati, nel determinare se un reato è capace o meno di produrre un vantaggio economico, di tener conto del *modus operandi*, per esempio, considerando se l’illecito «è stato commesso nell’ambito della criminalità organizzata o con l’intento di generare profitti leciti» (*considerando* 20).

La confisca c.d. estesa, tuttavia, interessa solo alcune fattispecie espressamente indicate nella direttiva (art. 5, § 2): si tratta, in sintesi, della corruzione attiva e passiva sia nel settore privato sia nel caso di coinvolgimento di funzionari delle istituzioni europee ovvero degli Stati membri (v. decisione quadro 2003/568/GAI e Convenzione UE del 26 maggio 1997); della partecipazione a organizzazioni criminali (v. decisione quadro 2008/841/GAI); dei reati in materia di sfruttamento sessuale del minore (v. direttiva 2011/93/UE); degli attacchi contro i sistemi di informazione (v. direttiva 2013/40/UE); di tutti i reati interessati dalla direttiva in oggetto (v. art. 3) per i quali o la norma comunitaria o, in mancanza, la norma di recepimento nazionale hanno previsto una pena detentiva pari nel massimo ad almeno quattro anni.

4. Il soggetto destinatario di un provvedimento di confisca o congelamento è il titolare del bene, sia esso l'autore del reato oppure un terzo. Posto che il trasferimento fittizio di beni ad altre persone (per esempio ai c.d. presta nome) è pratica assai diffusa all'interno delle organizzazioni criminali, la direttiva impone agli Stati membri l'adozione di misure idonee a consentire la confisca (nonché il congelamento) presso terzi che «sapevano o avrebbero dovuto sapere» che la causa del trasferimento era l'esclusiva elusione del provvedimento afflittivo. Una consapevolezza che deve derivare da circostanze e fatti concreti quali, per esempio, il trasferimento a titolo gratuito ovvero un'alienazione a un prezzo ingiustificatamente inferiore a quello di mercato (art. 6, § 1), fatta salva la buona fede (art. 6, § 2). Vi dovrà rientrare anche il caso in cui il reato sia stato commesso a vantaggio o per conto dell'acquirente, nonché l'ipotesi in cui il trasferimento sia avvenuto per mezzo di un intermediario. I destinatari della norma potranno essere tanto le persone fisiche che le persone giuridiche (*considerando* 24). È, comunque, rimesso ai legislatori nazionali considerare la confisca presso terzi quale scelta alternativa o soluzione sussidiaria rispetto alla confisca diretta (*considerando* 25).

La confisca può essere disposta a seguito di una sentenza di condanna definitiva, anche pronunciata in contumacia (art. 4, § 1). Inoltre, la privazione dei proventi o dei beni strumentali dovrebbe essere comunque consentita nel caso di fuga o di malattia (ovvero di impedimento prolungato a comparire) dell'imputato o dell'indagato, sempre che il reato possa produrre «direttamente o indirettamente, un vantaggio economico» e che «il procedimento avrebbe potuto concludersi con una condanna penale» (art. 4, § 2). Nel particolare caso di malattia, può essere onere dell'imputato provare tale stato, anche attraverso un certificato medico, fermo restando che esso sarà valutato dall'autorità giudiziaria. Dovrà essere assicurato il diritto dell'interessato a farsi rappresentare dal difensore (*considerando* 16). Compete comunque agli Stati predisporre, entro limiti di ragionevolezza, quanto necessario affinché il soggetto sia comunque avvertito e messo in grado di partecipare al procedimento di confisca (*considerando* 15).

L'imputato, oltre che cedendo il bene a terzi ovvero sottraendosi al procedimento, potrebbe evitare gli effetti del congelamento e della confisca semplicemente occultando il proprio patrimonio. Per tali ipotesi, gli Stati membri sono tenuti a individuare efficaci strumenti che consentano all'autorità giudiziaria, da un lato, di ricercare e individua-

re i beni e, dall'altro lato, di definire in ogni caso «l'esatta portata dei beni da confiscare», cosicché sia possibile procedere alla corretta esecuzione del provvedimento (ovvero alla sua emanazione) anche successivamente alla sentenza definitiva (*considerando* 30).

5. Il procedimento applicativo del congelamento e della confisca, dovrà necessariamente prevedere specifiche garanzie e mezzi di ricorso, considerata l'incidenza di tali misure su fondamentali diritti dell'indagato, dell'imputato e di terzi che siano proprietari o comunque vantino diritti patrimoniali sul bene oggetto del provvedimento (*considerando* 33).

In questo senso la direttiva dispone che le persone colpite da tali provvedimenti «godano del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale» (art. 8, § 1).

Nel recepire il testo normativo, gli Stati membri s'impegnano a osservare i principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché le disposizioni Cedu, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo (*considerando* 38).

Sarà, inoltre, necessario (art. 8, § 7 e *considerando* 40) coordinare la direttiva in esame con le garanzie previste dai recenti interventi in materia di diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali [direttiva 2010/64/UE: al riguardo v. Gialuz, in *questa Rivista*, 2011, n. 2, 9], sul diritto di informazione nei procedimenti penali [direttiva 2012/13/UE: in merito v. Camaldo, in *questa Rivista*, 2012, n. 5, 16] e, infine, sul diritto di difesa [direttiva 2013/48/UE: in proposito v. Vigoni, in *questa Rivista*, 2014, n. 12, 14; Bontempelli, in *questa Rivista*, 2014, n. 3, 80].

In particolare, se il provvedimento di congelamento – eventualmente preceduto da azioni urgenti di conservazione dei beni (art. 7, § 1) – viene adottato dalle «autorità competenti» (art. 8, § 2) in assenza di contraddittorio, la comunicazione dello stesso all'interessato deve avvenire «quanto prima» (art. 8, § 2) e, ai fini della successiva contestazione in sede giurisdizionale (art. 8, § 4), tale comunicazione deve indicare «almeno sommariamente, il motivo o i motivi del provvedimento» (art. 8, § 2). È possibile che, qualora sia necessario per evitare un pregiudizio per le indagini penali in corso, la comunicazione possa essere ritardata (art. 8, § 2).

Gli Stati membri possono attribuire il potere di congelamento anche a un'autorità diversa da quella giudiziaria, fermo restando l'obbligo di convalida o di riesame a opera di quest'ultima. Solo il provvedimento convalidato può essere oggetto di impugnazione davanti a un «organo giudiziario» (art. 8, § 4).

NOVITÀ SOVRANAZIONALI

Fine ultimo del provvedimento è quello di preservare il bene in vista della confisca; esso «resta in vigore solo per il tempo necessario» a perseguire tale scopo (art. 8, § 3). Di conseguenza, la misura che impone il vincolo di indisponibilità esige il perdurare del rischio di dispersione dei beni. L'autorità giudiziaria, quindi, potrebbe essere tenuta a verificare la costante attualità del pericolo (*considerando* 31).

Durante il periodo in cui il bene è sottoposto alla misura di congelamento, è necessario garantire una gestione che ne preservi il valore economico (art. 10, § 1 e *considerando* 32). A questo scopo gli Stati membri devono dotarsi di meccanismi adeguati, quali, per esempio, l'istituzione di uffici centralizzati, consentendo eventualmente anche la vendita o il trasferimento del bene (art. 10, § 2).

Affinché la gestione dei beni sottratti al loro titolare non diventi un'ulteriore occasione economica per le associazioni criminali, devono essere adottate misure che consentano di evitare qualsiasi infiltrazione illegale (*considerando* 35).

I beni congelati, se non confiscati, devono essere immediatamente restituiti (art. 8, § 5).

Una volta divenuta definitiva la sentenza di condanna, è possibile procedere alla confisca, indipendentemente dal previo congelamento dei beni.

Durante l'intero procedimento di confisca deve essere garantita la partecipazione dei titolari dei diritti sui beni oggetto del provvedimento, *ivi* compresi i terzi (art. 8, § 9). Del diritto di difesa gli interessati devono essere informati (art. 8, § 8). La direttiva non pregiudica in alcun modo le disposizioni nazionali in materia di patrocinio a spese dello Stato (*considerando* 38) e fa salve le disposizioni contenute nelle direttive 2012/13/UE e 2013/48/UE, rispettivamente sul diritto di informazione e di difesa. In particolare, l'assistenza legale è volta a garantire la corretta individuazione dei beni strumentali e dei proventi (art. 8, § 7). Tale finalità rileva in modo particolare soprattutto nei casi di confisca c.d. estesa, in quanto il titolare dei beni sarà tenuto a «impugnare le circostanze del caso e gli elementi di prova disponibili», in base ai quali l'autorità giudiziaria ha presunto che l'integrale o parziale patrimonio del condannato derivi da condotte criminose, anche ulteriori rispetto a quella per cui è stato perseguito (art. 8, § 8 e art. 5, § 1).

Il provvedimento di confisca deve essere motivato e comunicato al destinatario così da consentirne l'impugnazione dinanzi a un «organo giurisdizionale» (art. 8, § 6). Il diritto alla motivazione potrebbe essere oggetto di rinuncia da parte dell'interes-

sato esclusivamente in «procedimenti semplificati riguardanti casi minori» (*considerando* 39).

La confisca, inoltre, non deve in alcun modo limitare il diritto dei soggetti danneggiati dal reato, con la conseguenza che gli Stati devono adottare necessarie misure di garanzia per le vittime (art. 8, § 10).

È da sottolineare che la direttiva incentiva l'utilizzo dei beni confiscati per scopi di interesse pubblico o sociale (art. 10, § 3). In particolare, è auspicabile la destinazione di tali beni a progetti di prevenzione e di contrasto della criminalità organizzata, a fronte, comunque, di un'attenta ponderazione dei vantaggi e degli svantaggi connessi. Così come per la gestione dei beni congelati, è opportuna la predisposizione di procedure che evitino eventuali infiltrazioni illecite.

6. L'art. 11 della direttiva in commento impone agli Stati membri di adoperarsi al fine della raccolta periodica, della conservazione e dell'invio alla Commissione dei dati statistici relativi al numero dei provvedimenti di congelamento e confisca eseguiti all'interno del proprio territorio (art. 11, § 1), nonché di quelli da eseguirsi in altro Stato membro (art. 11, § 2). I dati devono contenere anche il valore stimato dei beni oggetto delle misure. Tali operazioni devono essere effettuate a livello centrale (art. 11, § 3).

Queste incombenze dovrebbero sopperire alle scarse fonti di dati circa il congelamento e la confisca, oltre che consentire una concreta valutazione degli effetti della direttiva. Precisamente dovrà trattarsi di «dati statici appropriati comparabili in materia di congelamento e confisca dei beni, tracciamento dei beni, attività giudiziarie e trasferimento dei beni» (*considerando* 36).

L'attività in oggetto, tuttavia, dovrà essere attuata entro ragionevoli oneri amministrativi per lo Stato, tanto che potrebbe non essere necessaria una raccolta del tutto «completa» (*considerando* 37).

Si presume che l'opera di comunicazione tra gli Stati e la Commissione – che conterrà anche il testo delle disposizioni essenziali di diritto interno adottate nel settore in questione (art. 12, § 3) – consentirà a quest'ultima di fornire una relazione il più completa possibile, con riferimento alla valutazione degli «effetti delle norme nazionali vigenti in materia di confisca e recupero dei beni, corredata, ove necessario, da opportune proposte» (art. 13, § 1). In particolare, sarà considerata anche la necessità di ampliare l'elenco dei reati per i quali è consentita la confisca c.d. estesa (art. 13, § 2). Tale relazione dovrà essere presentata al Consiglio e al Parlamento

entro il 4 ottobre 2019 (art. 13, § 1. Anche questo termine è stato posticipato di un anno, rispetto a quello originariamente previsto, dalla Rettifica della direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del

Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, G.U.U.E 13 maggio 2014, L. 138/114).

DE JURE CONDENDO

di Gioia Sambuco

SOPPRESSIONE DEI TRIBUNALI PER I MINORENNI E ISTITUZIONE DI SEZIONI SPECIALIZZATE PER LA FAMIGLIA E I MINORI

In data 8 aprile 2014 è stato assegnato all'esame della Commissione Giustizia del Senato il progetto di legge S. 595 «Disposizioni in materia di soppressione dei tribunali per i minorenni, nonché disposizioni in materia di istituzione di sezioni specializzate per la famiglia e per i minori presso i tribunali e le corti d'appello e di uffici specializzati delle procure della Repubblica presso i tribunali».

Il d.d.l., peraltro già presentato anche durante la scorsa legislatura, consta di 17 articoli e persegue l'obiettivo di sopprimere i Tribunali per i minori e, contemporaneamente, istituire sezioni specializzate per la famiglia e per i minori medesimi.

In particolare, l'art. 1 istituisce le sezioni specializzate per la famiglia e per i minori presso i Tribunali e presso le Corti d'appello, mentre l'art. 2 attribuisce le competenze proprie del pubblico ministero "minorile" (nelle materia proprie delle sezioni specializzate) a magistrati assegnati in via esclusiva alla sezioni stesse costituite presso la Procura della Repubblica.

L'art. 3 regola, poi, la composizione delle sezioni specializzate, prevedendo che queste siano composte esclusivamente da Giudici togati ed elidendo, così, completamente il ruolo e relativo apporto conoscitivo attualmente affidato ai Giudici non togati (i cosiddetti "esperti").

Gli artt. 4, 5 e 6 concernono la competenza penale delle sezioni specializzate per la famiglia e per i minori. Rileva in questa sede esaminare, in particolare, l'art. 4 che individua in sette distinte categorie, contrassegnate ciascuna da una lettera dell'alfabeto, i reati di competenza delle sezioni, che sono: i delitti contro la famiglia previsti dal titolo XI del libro II del codice penale; quelli contro la moralità pubblica e il buon costume e i delitti di cui agli artt. 609-bis, 609-ter, 609-quinquies e 609-octies, commessi in danno dei minori, nonché 609-quater del codice

penale; i delitti di percosse, lesioni personali e volontarie, ingiuria, diffamazione, sequestro di persona e delitti contro la libertà morale se commessi tra persone legate da rapporti di coniugio, filiazione o tutela; i delitti previsti dagli artt. 591, 593, primo e terzo comma, e 600-octies del codice penale; le contravvenzioni previste dagli artt. 716 e 731 del codice penale; i reati previsti dalle leggi speciali a tutela del lavoro dei fanciulli; infine quelli previsti dalla legge 20 febbraio 1958, n.75 («Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui»), se commessi in danno di minori di anni diciotto.

L'art. 6, rubricato «competenza per territorio», rinvia alle disposizioni in tema sancite nel codice di rito penale.

Gli artt. 7 ed 8 disciplinano, rispettivamente, l'uno la competenza per materia in ambito civile, l'altro quella per territorio (determinata dal luogo in cui risiede la persona nei confronti della quale è richiesto il provvedimento).

L'art. 9 definisce il ruolo del giudice tutelare che svolge le proprie funzioni nell'ambito delle sezioni specializzate per la famiglia e i minori e che è designato tra i magistrati assegnati alla sezione medesima. Contro i provvedimenti del giudice tutelare viene, altresì, ammesso il reclamo alla sezione specializzata, che decide in camera di consiglio con la partecipazione del Giudice tutelare medesimo.

L'art. 10 stabilisce che le sezioni specializzate possono avvalersi della collaborazione degli uffici di servizio sociale, di specialisti e degli organismi dipendenti dal Ministero della giustizia o con questo convenzionati. Possono altresì servirsi delle aziende sanitarie locali o dei servizi sociali.

L'art. 11 prevede che siano costituiti nuclei di polizia giudiziaria presso le sezioni specializzate istituite nell'ambito della Procura della Repubblica.

L'art. 12 affida alle sezioni specializzate le funzioni della sezione di sorveglianza e del magistrato di sorveglianza.

Gli artt. 13 e 14 determinano, rinviando anche ad appositi decreti del Ministro della giustizia, gli organici delle sezioni specializzate per la famiglia e per i minori, nonché i criteri ai fini della copertura dell'organico medesimo.

Disposizioni inerenti gli affari penali e civili pendenti presso i Tribunali per i minorenni, le domande di affidamento preadottivo e le cause pendenti davanti ai Giudici tutelari sono poi previste *sub* art. 15.

La disposizione di cui all'art. 16 detta norme concernenti i magistrati in servizio presso i Tribunali dei minorenni; infine, chiude la proposta di legge in commento la disposizione transitoria di cui all'art. 17, che – oltre a sopprimere i Tribunali per i minorenni – stabilisce che le sezioni specializzate inizino la loro attività decorsi sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente disegno di legge.

Ora, non può sottacersi l'urgenza dell'istituzione di un giudice della famiglia e della persona che, oltre ad accorpare le competenze divise, abbia una visione globale del problema giudiziario e che possa intervenire in maniera più diretta ed efficace, evitando decisioni difformi che alimentano la crisi familiare.

Allo stesso modo, però, non può trascurarsi la circostanza che il rischio di perdere (anche questa volta) l'occasione di realizzare questa importante riforma sia, allo stato, abbastanza alto, considerate le emergenze che in questo momento affollano l'agenda della giustizia.

* * *

ORDINAMENTO PENITENZIARIO MINORILE ED ESECUZIONE DELLE MISURE PRIVATIVE E LIMITATIVE DELLA LIBERTÀ NEI CONFRONTI DEI SOGGETTI DI MINORE ETÀ

Al cospetto della Commissione Giustizia del Senato si trova il d.d.l. S. 1352, d'iniziativa dell'on. Donatella Mattesini, recante «*Norme sull'ordinamento penitenziario minorile e sull'esecuzione delle misure private e limitative della libertà nei confronti dei minorenni, nonché modifiche al codice penale in materia di pene e di sanzioni sostitutive per i soggetti che hanno commesso reati nella minore età*».

Della proposta di legge in parola non è ancora iniziata la discussione; si tratta comunque di un d.d.l. molto articolato (51 articoli) che non sancisce soltanto una disciplina *ad hoc* sulla esecuzione dei provvedimenti limitativi della libertà destinati ai minorenni autori di reato, ma interviene anche sul versante delle sanzioni, arricchendo le misure a disposizione del giudice minorile orientato verso una sentenza di condanna.

La complessità della proposta si giustifica per il fatto che l'intervento normativo nell'ambito di questa materia richiede una precisa e quanto più completa possibile disciplina, specifica e flessibile, che a tutt'oggi manca, perché il trattamento penitenziario minorile conosce solo le misure alternative e gli istituti premiali previsti per gli adulti.

Volendo brevemente soffermarsi sugli aspetti salienti della normativa penitenziaria proposta, assume rilievo la disposizione sancita *sub* art.1 che circoscrive l'ambito di applicazione del d.d.l. non soltanto ai minorenni, ma anche ai giovani adulti che hanno commesso il reato non oltre il compimento della maggiore età. Il comma 3 dello stesso disposto normativo e l'art. 28 stabiliscono altresì, rispettivamente, che i servizi minorili della giustizia si dovranno occupare dell'esecuzione delle misure cautelari e delle pene fino al venticinquesimo anno di età e che dovranno essere predisposte delle strutture *ad hoc*, definite testualmente «istituti penali per giovani adulti», destinate ad accogliere i soggetti in questione sottoposti a custodia cautelare o ad esecuzione di pena. È anche prevista (*sub* art. 2) la necessità di una «territorializzazione» nella misura in cui si sancisce che «ogni misura penale deve essere eseguita in struttura situata nell'ambito della regione di residenza».

Correlate a queste disposizioni sono gli artt. 27 e 31 che fissano un tetto massimo di capienza (non superiore, nello specifico, a dieci unità), proprio per quegli istituti che devono accogliere i giovani sottoposti alla custodia cautelare attenuata (art. 27) e per quelli che curano l'esecuzione del collocamento in comunità e del riformatorio giudiziario (art. 31).

Anche nell'ambito di questo d.d.l. un ruolo di indiscusso prim'ordine è riservato ai servizi socio-educativi per i minorenni, la cui azione è costantemente raccordata con i servizi territoriali. Tuttavia la proposta di legge rivolge una particolare attenzione anche agli agenti di polizia penitenziaria, ai quali attribuisce diverse funzioni, anche relative all'azione educativa (art. 27, comma 2).

Analogamente al d.p.r. 22 settembre 1988 n. 448, nel quale sono codificati numerosi strumenti destinati a promuovere momenti di recupero e rafforzamento del percorso educativo del minorenne che la commissione del reato ha evidentemente interrotto e/o deviato, anche nella proposta di legge in commento sono conati, presumibilmente per la medesima finalità, immanente al sistema processuale minorile, una serie di istituti nuovi e specifici.

Assume rilievo in quest'ottica il già citato art. 27, che istituisce e regola le comunità penali a custodia attenuata, gestite da educatori con il

supporto di operatori di vigilanza, alle quali si attribuisce, espressamente, una dimensione edilizia ed organizzativa di tipo comunitario; le comunità *de quibus* sono destinate a soggetti in custodia cautelare o ai condannati che non hanno commesso reati di particolare allarme sociale e che hanno aderito al programma socio-educativo individualizzato. Nello specifico, è previsto che, salvo espresso divieto dell'autorità giudiziaria, le attività culturali, di studio, formazione professionale, orientamento, apprendistato, avviamento al lavoro e tempo libero possano essere svolte anche all'esterno di queste strutture, previa intesa con istituzioni, imprese, cooperative, associazioni, artigiani e volontariato, promosse dal direttore della comunità.

È poi coniato un ampio ventaglio di misure extra-murarie, molto più ricco rispetto a quello attualmente riservato agli adulti.

In particolare, presentano vero e proprio caratteri di novità tanto i permessi premio «speciali» di cui all'art. 9 e «la detenzione domiciliare nei fine settimana», disciplinata *sub* art. 17, tanto la liberazione anticipata per positivo svolgimento di attività riparatorie delineata all'art. 23.

Al riguardo, si precisa altresì che costituisce un ulteriore elemento di novità anche quello relativo ai presupposti di fruibilità, essendo stati elisi quei limiti di carattere oggettivo che, nel caso degli adulti, ostacolano o posticipano nel tempo l'accesso alle singole misure. In particolare, l'art. 8, rubricato «Benefici penitenziari», sancisce che l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione possono essere concessi ai soggetti che hanno commesso un reato durante la minore età senza limitazioni relative al titolo del reato, al momento dell'esecuzione e alla durata della pena irrogata.

Una ulteriore, innovativa disposizione degna di rilievo è quella prevista all'art. 9, comma 1, del d.d.l.: tale previsione contempla la possibilità di utilizzare, quale base logistica, durante il permesso premio speciale, «luoghi di accoglienza individuati in collaborazione con i servizi sociali minorili o dell'ente locale», proprio al fine di porre rimedio all'eventuale assenza di «riferimenti familiari nel territorio nazionale». Nella relazione al d.d.l. in commento si chiarisce che, sebbene questa previsione non sia espressamente ripetuta con riferimento alle misure alternative, non per questo deve ritenersi impedita per il semplice fatto che la durata delle misure alternative nel tempo è superiore a quella dei permessi,

con la conseguenza che «la strada da seguire deve essere quella indicata nell'art. 9 (l'attivazione dei servizi) anche per quanto concerne il reperimento di un'attività risocializzante che costituisce, a sua volta, una condizione fondamentale per la concessione di una misura alternativa».

Degne di nota sono anche: la previsione di cui all'art. 3, che impone la progettazione per ogni detenuto di un percorso riabilitativo personalizzato, sotto la visione di un operatore socio-educativo di riferimento, in modo da assicurare la continuità del rapporto interpersonale; quella prevista all'art. 10, che delinea la possibilità di concedere l'autorizzazione ai colloqui non solo ai familiari, ma anche alle persone che possono vantare un «riconosciuto legame affettivo» con il soggetto detenuto; infine, quella *sub* art. 26, che prevede la programmazione, da formalizzare nell'ambito del progetto di istituto, della partecipazione di soggetti ed enti esterni «per attivare e sostenere attività culturali, di studio, di avviamento al lavoro, di sport e di tempo libero».

Non soltanto la fase esecutiva pare improntata ad un intervento positivo sul minore nell'ottica della rieducazione, ma anche quella del «fine pena»; il d.d.l. in commento, infatti, prevede che il minore, anche dopo aver espiato la pena comminatagli, debba continuare ad avere il sostegno dei servizi minorili, con i quali, per un certo periodo, comunque non superiore a tre mesi, deve collaborare.

La medesima *ratio* anima la previsione di cui all'art. 28 della proposta di legge in commento, secondo la quale, nell'ambito degli istituti penali per giovani adulti, devono essere allestiti, in un'area separata e distante da quella detentiva, dei «micro-alloggi» autonomi per quei giovani che, terminata l'espiazione della pena, non dispongono di una collocazione abitativa.

È certamente auspicabile che l'organica proposta di legge in commento, approdi finalmente ad una oramai non più procrastinabile legge penitenziaria minorile: la materia, ad oggi, è ancora iniquamente disciplinata dalla l. 26 luglio 1975, n. 354, la quale, in virtù del disposto di cui all'art. 79, si applica anche nei confronti del minore degli anni diciotto sottoposto a misure penali.

Proprio sulla disposizione transitoria di cui all'art. 79 la Corte costituzionale si è più volte pronunciata per auspicare la nascita di una disciplina specifica rivolta ai minori autori di reato (C. cost., sent. 16-25 marzo 1992, n. 125): che tale monito sia finalmente attuato?

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.

* * *

DIRITTO A UN PROCESSO EQUO – CONTROESAME

DIRITTO A UN PROCESSO EQUO – PROVA DECISIVA – CONTROESAME

DIRITTO A UN PROCESSO EQUO – PATTEGGIAMENTO – DIRITTO ALL'IMPUGNAZIONE – ESCLUSIONE – LEGITIMITÀ

(Corte e.d.u., 27 marzo 2014, ric. 58428/10, *Matytsina c. Russia*; Corte e.d.u., 29 aprile 2014, ric. 9043/05, *Natsvlishvili e Togonidze c. Georgia*; Corte e.d.u., 15 maggio 2014, ric. 63655/11, *Mavric c. Slovenia*)

Nella sentenza *Matytsina c. Russia*, una cittadina russa, Veronika Matytsina, istruttrice in un'associazione non-profit chiamata "*The Art of Living*" che aveva secondo il suo statuto l'obiettivo di promuovere uno stile di vita sano, forniva in particolare sessioni di formazione e *workshop* nelle pratiche spirituali indiane. L'associazione era stata registrata nella Regione di Irkutsk nel 1997 e aveva cessato la sua attività nel 2003 per mancanza di fondi. Nel 2002 una giovane donna, la signora SD, che aveva regolarmente partecipato a un corso condotto dalla Matytsina quell'anno – che includeva elementi di yoga, tecniche di respirazione, mantra, canto e meditazione – aveva iniziato a manifestare seri problemi psicologici ed era stata ricoverata più volte. Su ordine di un investigatore della polizia, la sig.ra Š.D. era stata visitata da un gruppo di psichiatri, che, in una relazione del 25 luglio 2003, sotto la guida di un medico, avevano concluso che si era sviluppato un "disordine acuto

schizoide psicotico", legato alla sua partecipazione ai programmi dell'associazione. Un'indagine penale con l'accusa di "pratica medica illegale" era stata avviata il 30 luglio 2003, senza però che venisse mossa alcuna accusa formale. Successivamente, l'investigatore aveva disposto diverse perizie sulle attività dell'associazione e interrogato nuovamente la signora Š.D. Le relazioni degli esperti non erano certe se l'attività dell'associazione doveva essere classificata come "medica" o meno. La relazione di uno psicoterapeuta, il dottor A., del 5 Maggio 2004, giungeva alla conclusione che non era da considerare "medica". In un altro rapporto del 23 novembre 2004 uno psichiatra, il dottor Iv., aveva concluso che tali attività erano invece "mediche" e che sarebbe quindi stata necessaria una licenza. La Matytsina veniva formalmente accusata di aver svolto una "pratica medica illegale" in data 26 novembre 2004. Un rapporto dell'aprile 2005 del dott Iv. confermava la tesi che l'attività dell'associazione era "medica" e avrebbe richiesto una licenza, mentre un rapporto del luglio 2007 redatto da un altro esperto, il dottor Z., metteva in dubbio sia la caratterizzazione delle attività come "mediche" che la conclusione secondo cui la condizione della sig.ra S.D. fosse stata causata dalla sua partecipazione ai programmi dell'associazione. Nel luglio 2007, la Matytsina, insieme ad un altro istruttore che era stato coimputato, veniva assolta. Il giudice concludeva in particolare che non gli stessi non erano consapevoli che le loro attività potessero rientrare nell'ambito della pratica medica o che avrebbero potuto essere dannose per la salute dei partecipanti. Il giudice aveva anche affermato che i programmi dell'associazione non costituivano pratica medica, escludendo la valenza probatoria di molte delle perizie, ritenendole incomplete, contraddittorie e inaffidabili, compresa la relazione redatta sotto la guida del dott Ig. del 25 luglio 2003. La sentenza veniva però annullata in appello e il processo era stato rinviato al tribunale. Durante il secondo processo di primo grado, il giudice de-

CORTI EUROPEE

cideva di leggere la testimonianza che la presunta vittima, la sig.ra SD, aveva reso durante le indagini preliminari, in quanto il suo stato di salute le aveva impedito di partecipare al processo. La presenza del dott. Ig., come richiesto dalla difesa, non era stata possibile in quanto lo stesso era irrimediabile. Il giudice respingeva anche la richiesta della difesa di ordinare una perizia supplementare sulle cause del disturbo mentale della sig.ra SD. Con una sentenza del dicembre 2009 – poi confermata nel marzo 2010 – la Matytsina e l'istruttore coimputato, veniva riconosciuti colpevoli dell'accusa. Il giudice concludeva che nei loro corsi, erano stati somministrati una serie di servizi "medici" alla sig.ra SD, e che c'era un nesso causale diretto tra la partecipazione della sig.ra SD ai corsi ed i suoi problemi di salute. Il tribunale richiamava, in particolare, la testimonianza della sig.ra SD resa nel corso delle indagini preliminari e le testimonianze di molti membri della sua famiglia, nonché diverse relazioni di esperti, tra cui quella redatta sotto la guida del dott. Ig. La Matytsina veniva condannata a due anni di reclusione, che non era stata però eseguita a causa del maturarsi del termine di prescrizione.

Invocando l'articolo 6 § 1 e 3 (d) (diritto a un processo equo; diritto di ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni), la Matytsina lamentava, in particolare, che la difesa non aveva potuto contestare quanto affermato dalla presunta vittima nel procedimento, la sig.ra SD, e che le richieste di perizia proposte dalla difesa erano state respinte dai giudici. Aveva inoltre invocato l'articolo 7 (nessuna pena senza legge), dolendosi che la sua condanna era imprevedibile in quanto si basava sulla normativa adottata dopo i fatti in questione. Il ricorso veniva depositato presso la Corte europea dei diritti dell'uomo il 22 settembre 2010.

La Corte di Strasburgo ha accolto il ricorso, quanto alla violazione dell'art. 6 § 1, mentre, a maggioranza, l'ha respinto quanto alla violazione dell'art. 6 § 3 e dell'art. 7. Per quanto riguarda l'assenza durante il processo della presunta vittima, la signora SD, la Corte ha sottolineato che la difesa non aveva rinunciato al diritto di ottenere la sua all'esame come testimone. Allo stesso tempo, la Corte ha però osservato che la decisione della corte russa di non chiamarla a testimoniare in prima persona nel processo era basata su due certificati medici, che attestavano che la sua comparizione in tribunale non era raccomandata in quanto avrebbe potuto causare una ricaduta. La Corte ha quindi ritenuto che la decisione del tribunale non era stata arbitraria. Sul punto, ancora più importante era stata la considerazione della secondo cui la testimonianza della sig.

ra SD non aveva fornito alcuna prova decisiva contro la Matytsina. In particolare, la difesa non aveva negato che la sig.ra SD avesse partecipato al corso, come descritto, e che la donna aveva avuto in seguito problemi di salute. Ciò che era in questione era, in primo luogo, il problema se vi fosse un nesso di causalità tra il disturbo mentale della sig.ra SD e la sua partecipazione al corso e, dall'altro, se le pratiche utilizzate dall'associazione dovessero o meno essere classificate come "mediche". Era improbabile che la sig.ra SD, quale teste non qualificato, sarebbe stata in grado di chiarire questi punti. Pertanto, la Corte di Strasburgo ha concluso che la sua assenza dal processo non aveva pregiudicato in modo significativo i diritti della difesa. Di conseguenza, ha escluso che vi fosse stata una violazione dell'articolo 6 § 3 (d). Per quanto riguarda la questione della perizia sulla questione chiave del processo, cioè se la sig.ra S.D. avesse o meno subito un danno fisico o mentale a causa della sua partecipazione ai programmi dell'associazione, la Corte ha rilevato che la difesa aveva incontrato una serie di ostacoli durante l'intero processo. Mentre le perizie e in particolare la relazione del 25 luglio 2003, aveva assunto un ruolo centrale nell'accusa, l'esperto chiave dell'accusa, il dottor Ig., sotto la cui guida la relazione era stata redatta, non era mai stato esaminato dalla difesa. La difesa, in particolare, non aveva potuto partecipare nella prima fase delle indagini avvalendosi della relazione di un suo esperto, prima che la Matytsina fosse stata formalmente accusata. Inoltre, il pubblico ministero e il giudice di merito, nel corso del secondo processo di primo grado, si erano rifiutati di effettuare una perizia supplementare. Infine, la difesa non aveva avuto praticamente nessuna possibilità di contestare le perizie con una propria consulenza tecnica. La Corte ha concluso che per quanto riguarda le perizie concernenti la condizione mentale della sig.ra SD, la difesa si era trovata in una posizione così svantaggiosa rispetto all'accusa tale da non conciliarsi con il principio della parità delle armi.

La Corte ha osservato che la difesa si era trovata in una situazione migliore per quanto riguarda le perizie sulla seconda questione fondamentale, cioè se le pratiche utilizzate dall'associazione dovessero essere classificate o meno come "mediche". In particolare, poiché la difesa era stata informata in merito all'ultima perizia, sarebbe stata in grado di porre ulteriori domande all'esperto o di nominare un altro esperto. Tuttavia, la gestione di questo secondo gruppo di perizie era ancora stata inficiata da alcuni vizi rilevanti. In particolare, la difesa non aveva potuto contestare le conclusioni dell'ultima perizia,

in quanto il giudice di merito aveva dichiarato irricevibili come prove due perizie proposte dalla difesa. Inoltre, una perizia ottenuta in fase di indagini preliminari nel maggio 2004, che era chiaramente favorevole alla difesa – poiché aveva concluso che i programmi dell'associazione non potevano essere classificati come "medici" – non era stata richiamata in alcuna delle due decisioni emesse dai giudici di merito. La relazione quindi era come se non fosse mai stata prodotta in tribunale o, comunque, i giudici non ne avevano tenuto conto. In entrambi i casi, per la Corte di Strasburgo, erano da ritenersi violati i principi fondamentali del giusto processo. Inoltre, mentre il perito che aveva prodotto tale relazione, il dottor A., era stato sentito come "specialista" nel corso del primo processo di primo grado – che si era concluso con l'assoluzione della Matytsina – le sue dichiarazioni erano state espunte dalle prove acquisite nel corso del secondo processo di primo grado, in base al fatto che questi aveva già partecipato al processo, producendo la prima perizia. Dunque, la sua opinione, alla fine, non era stata esaminata in nessun forma durante il processo, ciò che si era risolto in uno svantaggio per la difesa. In conclusione, la Corte ha accertato che, per la Matytsina, era stato molto difficile per la sua difesa contestare efficacemente entrambi i gruppi di perizie presentate al tribunale da parte dell'accusa, su cui era stato costruito il caso nei suoi confronti. Di conseguenza, vi era stata la violazione dell'articolo 6 § 1, con conseguente condanna della Russia a corrispondere alla Matytsina la somma di 4.000 € per danno morale e 4.000 euro per i costi e le spese sostenute per la sua difesa. Alla luce di quanto accertato in relazione all'articolo 6, la Corte, a maggioranza, non ha invece ritenuto necessario esaminare separatamente il ricorso ai sensi dell'articolo 7.

La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo assume una particolare importanza, anche perché il verdetto è stato molto combattuto, come del resto desumibile dalle due *dissenting opinions* dei giudici Pinto de Albuquerque e Turković, allegate alla sentenza. Mentre, infatti, da un lato, la Corte è pervenuta alla discutibile opinione che la mancata partecipazione al processo della persona offesa fosse giustificabile per il suo stato di salute in quanto la presenza al processo avrebbe potuto provocare una ricaduta nella patologia da cui risultava affetta (affermazione, questa, in contrasto con la tradizionale giurisprudenza della Corte secondo cui i diritti di difesa risultano limitati in modo incompatibile con le garanzie dell'articolo 6 paragrafi 1 e 3, lett. d), Cedu nel caso in cui una condanna si basi, unicamente o in misura determinante, su di-

chiarazioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto esaminare o far esaminare, né durante le indagini preliminari né in dibattimento, poiché ai fini del diritto ad un equo processo è essenziale che all'imputato venga data concretamente la possibilità di procedere ad un confronto diretto con il testimone a suo carico al fine di garantire il contraddittorio su un mezzo di prova decisivo: v., per tutti, il caso *Ogaristi c. Italia* del 18/05/2010, n. 231/07), dall'altro, ha, invece, ritenuto violato il diritto della parte di far introdurre nel processo una perizia volta ad accertare l'esistenza del nesso causale tra la patologia da cui la sig.ra SD era affetta e le pratiche yoga svolte presso il centro ove lavorava la ricorrente (v., sul punto: caso *H. c. Francia* del 24 ottobre 1989; caso *G.B. c. Francia*, n. 44069/98, § 69, CEDU 2001-X). Quanto alla diversità della testimonianza tra il teste semplice e l'esperto, v. il caso *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia*, nn. 11082/06 e 13772/05, § 711, 25 luglio 2013.

L'altra decisione in materia di diritto ad un processo equo vedeva protagonista, in particolare, il sindaco di una cittadina georgiana nonché amministratore delegato di una fabbrica di automobili in Kutaisi, una delle più grandi aziende pubbliche in Georgia, negli anni 1995-2000. Lui e la moglie detenevano insieme la proprietà del 15,55% delle azioni della fabbrica e ne erano i principali azionisti dopo lo Stato. Nel dicembre 2002 il Natsvlishvili era stato rapito ed era stato rilasciato solo dopo il pagamento di un ingente riscatto pagato dalla sua famiglia. Nel marzo 2004, il Natsvlishvili era stato arrestato con l'accusa di essersi appropriato di denaro della società di cui era l'amministratore (in particolare, per aver eseguito vendite fittizie ed operato fraudolentemente ai danni della stessa), utilizzandolo per finalità personali, senza alcun riguardo per gli interessi della società. L'arresto era stato ripreso e trasmesso dalla televisione locale. Il Governatore della Regione aveva anche rilasciato una dichiarazione, senza riferirsi direttamente al Natsvlishvili, con cui manifestava l'intenzione dello Stato di perseguire e identificare tutti coloro che avevano indebitamente sottratto denaro pubblico. Durante i primi quattro mesi della sua detenzione, il Natsvlishvili era stato posto nella stessa cella in cui si trovavano sia l'uomo accusato del suo rapimento sia un altro uomo che stava scontando una condanna per omicidio. A seguito di trattative con il ministero nel settembre 2004, il Natsvlishvili accettava di essere giudicato in base ad un accordo processuale che prevedeva la sua condanna senza un esame nel merito e il versamento di una somma di 35.000 Lari Georgiani (GEL), l'equivalente di 14.700 €, in cambio di una

CORTI EUROPEE

riduzione della pena. Il processo – rilevato che il Natsvlishvili non si era dichiarato colpevole, ma aveva cooperato attivamente con le indagini, restituendo il 22,5 % delle azioni della fabbrica allo Stato – aveva ratificato l'accordo, con conseguente condanna del medesimo; la relativa decisione era definitiva e non soggetta ad impugnazione ed aveva comportato il suo immediato rilascio. Dopo che il caso era stato presentato davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo e la relativa notizia era stata comunicata al governo georgiano nel settembre 2006, i ricorrenti denunciavano di essere stati messi sotto pressione dalle autorità giudiziarie per ritirare il loro ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo. A comprova di ciò, avevano presentato la copia di una e-mail scambiata dalla figlia della coppia con un rappresentante dell'ufficio del Procuratore generale georgiano, suo conoscente. In tale scambio di corrispondenza telematica, il rappresentante aveva informato la figlia dei ricorrenti nel dicembre 2006 che l'accusa era pronta a riaprire il caso del Natsvlishvili e possibilmente a raggiungere un accordo a livello nazionale.

Invocando l'articolo 6 § 1 (diritto ad un processo equo) e dell'articolo 2 del Protocollo n° 7 (diritto di appello in materia penale) della Convenzione e.d.u., il Natsvlishvili lamentava che la procedura di "patteggiamento" applicata nel suo caso, equivaleva ad un abuso del processo e che non era possibile presentare impugnazione davanti ad un giudice sovraordinato a quello che aveva ratificato l'accordo processuale, che egli considerava irragionevole. Egli aveva inoltre lamentato che le circostanze del suo arresto erano avvenute in violazione dell'articolo 6 § 2 (presunzione di innocenza). Entrambi i ricorrenti invocavano poi l'articolo 1 del Protocollo n° 1 (protezione della proprietà), dolendosi per essere stati costretti a rinunciare gratuitamente alle azioni della società e per aver dovuto effettuare dei versamenti di somme "supplementari" per ottenere la sospensione del procedimento penale. Infine, basandosi sull'articolo 34 (diritto di ricorso individuale), avevano sostenuto che le autorità giudiziarie georgiane avevano tentato di costringerli a ritirare il loro ricorso presentato dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, minacciando di annullare il patteggiamento e di riaprire il procedimento penale nei confronti del Natsvlishvili. Il ricorso veniva depositato presso la Corte europea dei diritti dell'uomo il 9 marzo 2005.

In considerazione della particolare rilevanza della questione, la decisione della Corte riveste interesse con riferimento alla "legittimità" del c.d. patteggiamento, ritenuto dai giudici europei un rito

processuale pienamente compatibile con l'art. 6 § 1 e con l'articolo 2 del Protocollo n° 7 della Convenzione e.d.u. La Corte, infatti, mentre ha, all'unanimità, escluso la violazione dell'articolo 6 § 2 (presunzione di innocenza) e dell'articolo 1 del Protocollo n° 1 (protezione della proprietà), affermando che la Georgia non era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'articolo 34 (diritto di ricorso individuale), ha, invece, a maggioranza (con un unico parere parzialmente dissenziente del Giudice Gyulumyan, allegato alla sentenza), escluso che vi fosse stata la violazione dell'articolo 6 § 1 (diritto ad un processo equo) e dell'articolo 2 del Protocollo n° 7 (diritto all'impugnazione in materia penale) della Convenzione e.d.u. Soffermandosi, in particolare, su quest'ultima questione, di grande interesse, la Corte e.d.u. ha rilevato che nel patteggiamento tra l'accusa e la difesa – la possibilità per l'imputato di ottenere una modifica in senso favorevole delle accuse o di ottenere una riduzione della sua pena in cambio di una dichiarazione di colpevolezza o di un'eccezione di non contestazione dell'accusa – è una caratteristica comune del sistemi giudiziari penali europei. Il fatto che il patteggiamento possa comportare la rinuncia di alcuni diritti processuali non è di per sé un problema ai sensi dell'art. 6 della Convenzione. Tuttavia, è importante che vengano rispettate alcune condizioni: a) che la rinuncia sia prevista in modo inequivocabile; b) che sia accompagnata da garanzie minime per evitare abusi; c) che non sia contraria al pubblico interesse. Per quanto riguarda il caso in esame, la Corte ha osservato che per iniziativa dello stesso Natsvlishvili era stato chiesto alla pubblica accusa di accedere ad un patteggiamento. Era stato concesso l'accesso al fascicolo processuale penale ed egli era stato debitamente rappresentato da due avvocati qualificati di sua fiducia, i quali lo avevano assistito durante i "negoziati" per pervenire al patteggiamento con l'accusa. Inoltre, davanti al giudice chiamato a garantire la validità dell'accordo, il ricorrente aveva esplicitamente confermato di aver compreso appieno il contenuto dell'accordo e le sue conseguenze giuridiche, e che la sua decisione di accettare non era il risultato di una costrizione o di una falsa promessa. Inoltre, una copia scritta dell'accordo, firmata dal Natsvlishvili, era stata presentata al giudice del processo. I termini esatti dell'accordo e del precedente "negoziato" erano stati così avallati dall'autorità giudiziaria. Il giudice non era stato vincolato dall'accordo ed aveva il diritto di respingerlo, in base alla sua valutazione in ordine alla congruità dei termini e del procedimento attraverso il quale era stato raggiunto l'accordo medesimo. Per quanto riguardava, invece, la denuncia ai sensi dell'articolo

2 del Protocollo n° 7 (dolendosi i ricorrenti del fatto di non aver potuto proporre impugnazione contro l'accordo di patteggiamento in quanto non era prevista la possibilità di ricorrere ad un giudice superiore), la Corte ha ritenuto normale che l'ambito del diritto di impugnazione fosse più limitato rispetto ad una condanna basata su un patteggiamento rispetto ad una condanna basata su un processo penale ordinario. Accettando il patteggiamento, infatti, il Natsvlishvili aveva scientemente rinunciato al suo diritto a un riesame (ossia ad un appello ordinario). La Corte ha concluso che l'accettazione da parte del Natsvlishvili del patteggiamento era stata indubbiamente frutto di una decisione consapevole e volontaria. Tale decisione non poteva dirsi conseguenza di una costrizione o di una falsa promessa fatta dal pubblico ministero. Al contrario, la stessa era stata accompagnata da una sufficiente salvaguardia contro eventuali abusi del processo. Infine, la Corte non ha rilevato che la stessa fosse contraria ad un qualsiasi interesse pubblico. Era, dunque, da escludersi, la violazione dell'articolo 6 § 1 e dell'articolo 2 del protocollo n° 7. Per quanto concerne, infine, le residue violazioni, come detto, la Corte ha all'unanimità escluso che potesse ritenersi violato l'art. 6 § 2. In particolare, per quanto riguardava la denuncia del Natsvlishvili secondo cui le circostanze del suo arresto avevano violato la presunzione di innocenza, la Corte ha osservato che il Governatore della Regione, nel rilasciare le sue dichiarazioni circa l'intenzione dello Stato di combattere la corruzione, non si era riferito specificamente al Natsvlishvili. La Corte, pertanto, ha escluso che con tale dichiarazione, il Governatore avesse reso identificabile il Natsvlishvili, né che le videoriprese del suo arresto da parte dei giornalisti di una televisione privata, in se considerate, potessero essere considerate come espressione di una campagna mediatica nei suoi confronti, al punto tale da minare il suo diritto a un processo equo. Non v'era quindi stata violazione dell'art. 6 § 2. Quanto, ancora, alla invocata violazione dell'art. 1 del Protocollo n° 1, la Corte ha rilevato che la confisca dei beni dei ricorrenti e gli altri versamenti di denaro previsti dal patteggiamento erano stati intrinsecamente legati all'affermazione della responsabilità penale del Natsvlishvili. La legittimità e la congruità di tali sanzioni non avrebbero potuto quindi essere dissociate dal tema della congruità del patteggiamento. Alla luce delle proprie conclusioni ai sensi dell'articolo 6 § 1 e dell'articolo 2 del Protocollo n° 7, la Corte ha quindi concluso che non vi era stata alcuna violazione dell'articolo 1 del Protocollo n° 1. Infine, quanto alla invocata violazione dell'art. 34, con riferimento allo scambio di

e-mail tra la figlia dei ricorrenti e del rappresentante dell'Ufficio del Procuratore generale georgiano, la Corte ha rilevato che una comunicazione informale tra le autorità deputate al perseguimento penale e un terzo privato, non costituissero un mezzo idoneo con cui risolvere un caso giudiziario. Tuttavia, la Corte non ha ritenuto che tale intervento, in sé considerato, fosse incompatibile con gli obblighi dello Stato previsti dall'articolo 34. La Corte ha osservato che il contatto del rappresentante con la figlia dei ricorrenti non era stato preordinato per indurre i ricorrenti a ritirare o modificare il loro ricorso alla Cedu o altrimenti interferire con l'esercizio effettivo del loro diritto a ricorrere. La Georgia, dunque, non era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'articolo 34.

Si tratta di una decisione di primaria importanza, anche perché è la prima in assoluto in cui la Corte di Strasburgo si pronuncia sulla legittimità del c.d. patteggiamento, quale mezzo di definizione semplificata dei processi penali. La decisione, inoltre, da conto anche delle diversità tra i vari paesi aderenti alla Convenzione e.d.u. in merito all'adozione del rito del patteggiamento, richiamando un interessante studio comparato tra i vari sistemi processuali (a tal proposito, in particolare, ricorda la Corte che, mentre per accedere al patteggiamento è necessaria una confessione dell'imputato – in Austria, Liechtenstein, Bosnia-Erzegovina, Repubblica Ceca, Estonia, Francia, Germania, Ungheria, Malta, Moldavia, Montenegro, Romania, Russia, Serbia, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svizzera, Ucraina e Regno Unito –, l'Italia invece, costituisce un'eccezione, in quanto il patteggiamento non deve necessariamente includere un'ammissione di responsabilità da parte dell'imputato e, parimenti, sono previste restrizioni alla possibilità di impugnazione). Venendo, nello specifico, ai precedenti della Corte di Strasburgo, corre l'obbligo di ricordare come nel patteggiamento può essere considerata come una caratteristica comune dei sistemi europei di giustizia penale il fatto che l'imputato ottenga un "ridimensionamento" delle accuse o quello di ottenere una diminuzione della pena in cambio di un riconoscimento di colpevolezza o di rinuncia al processo o per aver fornito sostanziale collaborazione all'autorità investigativa (si veda il caso *Slavcho Kostov c. Bulgaria*, n. 28674/03, del 27 novembre 2008; il caso *Rucinski c. Polonia*, n. 33198/04, del 20 febbraio 2007), né può ritenersi sussistere una violazione nella contestazione dell'accusa o nel fatto stesso di negoziare l'accordo processuale (v., *mutatis mutandis*, il caso *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito (dec.)*, nn. 24027/07, 11949/08 e 36742/08

CORTI EUROPEE

del 6 luglio 2010). Né, infine, può considerarsi un problema in sé la circostanza che con l'accedere al patteggiamento, si rinunci ad alcune garanzie del processo, dal momento che né la lettera né lo spirito dell'articolo 6 Cedu impediscono ad una persona di rinunciare di sua spontanea volontà a tali prerogative processuali (cfr. caso *Scoppola c. Italia* (n. 2) [GC], n. 10249/03, del 17 settembre 2009). Resta, comunque, fermo, nella giurisprudenza della Corte, che la rinuncia alle garanzie processuali non dev'essere in contrasto con alcun interesse pubblico importante (v., tra le altre, oltre al già citato caso *Scoppola* (n. 2), § 135-136; anche il caso *Poitrinol c. Francia*, 23 novembre 1993, nonché il caso *Hermi c. Italia* [GC], n. 18114/02). Infine, sulla compatibilità con l'articolo 2 del Protocollo n° 7, La Corte ritiene che la rinuncia al diritto di impugnazione ordinario non rappresenti una restrizione arbitraria tale da incorrere il principio di ragionevolezza di cui all'art. 2 del Protocollo n° 7 (per il principio generale relativo alla correlazione tra i requisiti di equità di tali due disposizioni, v. caso *Galstyan c. Armenia*, n. 26986/03, del 15 novembre 2007).

La terza decisione, infine, riguarda un cittadino sloveno, imputato del reato di lesioni personali in danno di S.S. Nel corso del processo, D.M. aveva chiesto l'ammissione di due testimonianze da parte di persone che avevano assistito al fatto contestato, per dimostrare come l'imputato non avesse colpito la presunta vittima. Il giudice sloveno rigettava la richiesta di ammissione di uno dei due testi senza fornire una motivazione adeguata; disponeva l'audizione dell'altro testimone richiesto dalla difesa e di quelli della pubblica accusa, fissando un'udienza la cui data non veniva comunicata all'imputato. Il processo culminava con una sentenza di condanna.

D.M. ricorreva alla Corte EDU lamentando la violazione dell'art. 6 §1 e § 3 lett. d) della Convenzione. I giudici di Strasburgo, richiamando un caso analogo (*Mesesnel c. Slovenia*, ric. n. 22163/08, 28 febbraio 2013), riconoscono la lesione del diritto ad un equo processo. Secondo la Corte, al ricorrente è stata negata la possibilità di ottenere la convocazione di un testimone a discarico che avrebbe potuto risultare decisivo nel convincimento del giudice, in quanto era presente sul luogo di commissione del reato e portatore di una conoscenza che avrebbe potuto essere determinante per la decisione finale; in aggiunta, mancando la comunicazione della data dell'udienza di audizione dei testi, il ricorrente non è stato in grado di controesame i testimoni a carico, sulle cui deposizioni il giudice ha fondato il proprio convincimento.

* * *

TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI – DIRITTO ALLA VITA – DECESSO IN CARCERE DOVUTO AD ASSUNZIONE DI STUPEFACENTI

TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI – EFFETTIVITÀ DEI RICORSI INTERNI – DIRITTO ALLA VITA

TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI – DIVIETO DI TORTURA

DIVIETO DI TORTURA – TUTELA DELLA VITTIMA DEL REATO

(Corte e.d.u., 8 aprile 2014, ric. 29100/07, *Marro e altri c. Italia*; Corte e.d.u., 15 aprile 2014, ric. 43875/09, *Asalya c. Turchia*; Corte e.d.u., 22 aprile 2014, ric. 73869/10, *G.C. c. Italia*; Corte e.d.u., 27 maggio 2014, ric. 72964/10, *Rumor c. Italia*)

Altro tema di particolare interesse nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo è quello del trattamento carcerario, tema sul quale si registrano alcune interessanti decisioni, interessanti anche il nostro Paese.

La prima decisione degna di nota, è quella relativa al caso *Marro e altri c. Italia*, che trae origine da un ricorso di alcuni cittadini italiani (Esterina Marro, Alessandro Marra, Carmine Marra e Anna Marra), residenti a Stradella, tutti parenti (rispettivamente, la madre, il fratello e le sorelle) di Sergio Marra. I ricorrenti avevano sporto denuncia contro Sergio Marra, da tempo un assuntore di sostanze stupefacenti. Gli stessi avevano dichiarato di essere stati spinti a farlo, al fine di impedire al loro prossimo congiunto la frequentazione di alcuni tossicodipendenti con cui era solito trascorrere gran parte del suo tempo. Il 17 agosto 1995 Sergio Marra veniva arrestato e condotto in stato di detenzione presso il carcere di Voghera ove, purtroppo, decedeva il 13 settembre 1995. Secondo la relazione del medico legale, la causa della sua morte era da attribuirsi ad un'overdose di sostanze stupefacenti simili alla morfina, molto probabilmente eroina. Il 2 luglio 1996, i ricorrenti proponevano il ricorso contro il Ministero della Giustizia, davanti al tribunale di Milano, al fine di ottenere il risarcimento del danno che essi ritenevano di aver subito per la morte del loro parente. I ricorrenti, premesso che era vietato portare droga in carcere, sostenevano che il fatto che Sergio Marra era stato in grado di reperire sostanze stupefacenti in carcere e addebitavano una negligenza al personale incaricato della sorveglianza nel carcere di Voghera. Con una sentenza del 24 ottobre 1998, il tribunale di Milano respingeva però la loro richiesta risarcitoria rilevando, in particolare, che non vi era alcuna prova per sostenere che gli stupefacenti

erano stati portati in carcere con il consenso del personale penitenziario e che, pur essendo evidente che gli stupefacenti erano stati fatti entrare clandestinamente in carcere, ciò era stato purtroppo inevitabile, dato che tali sostanze erano facilmente occultabili. La sentenza veniva confermata in appello in data 6 marzo 2002. La Corte di Cassazione respingeva il ricorso da essi presentato, ritenendo che le autorità non potevano essere ritenute responsabili, in quanto gli stupefacenti potevano essere stati fatti entrare in carcere con metodi tali da escludere la sussistenza di una violazione del dovere delle autorità di effettuare controlli.

Rivolgendosi a Strasburgo, i ricorrenti, richiamando l'articolo 2 Cedu (diritto alla vita), accusavano le autorità italiane di non aver protetto il loro prossimo congiunto, impedendo l'ingresso clandestino delle sostanze stupefacenti in carcere, sostenendo, quindi, che l'Italia fosse venuta meno all'obbligo impostole dalla Convenzione di garantire il diritto alla vita. Il ricorso veniva depositato alla Corte europea dei diritti dell'uomo il 2 luglio 2007.

La Corte di Strasburgo ha però dichiarato inammissibile il ricorso. In particolare, la Corte ha ribadito che gli Stati hanno l'obbligo di garantire la salute e il benessere dei detenuti; il caso in esame riguarda, più in particolare, l'obbligo di protezione generale di un gruppo vulnerabile di persone, quali sono i tossicodipendenti. Secondo la Corte, però, non può ritenersi che il semplice fatto che un detenuto sia stato in grado di reperire sostanze stupefacenti in carcere costituisca una violazione da parte dello Stato di tale obbligo. La Corte ha rilevato che i ricorrenti non avevano provato che le autorità italiane erano a conoscenza di informazioni che potevano ritenere prevedibile che Sergio Marra si trovasse in una situazione particolarmente pericolosa più di quella in cui si trovava un qualunque altro detenuto tossicodipendente. Ha inoltre osservato che il personale del carcere aveva ispezionato pacchi ed effettuato perquisizioni, e che visitatori, personale penitenziario e detenuti erano obbligati a passare attraverso un rilevatore elettromagnetico. Attraverso tali misure, lo Stato aveva così rispettato l'obbligo di agire contro il traffico di droga in carcere, al fine di tutelare i detenuti tossicodipendenti. Per quanto riguarda il margine di discrezionalità concesso alle autorità, allo Stato non può essere richiesto l'utilizzo di cani addestrati in ogni area – come in carcere – dove è probabile che gli stupefacenti circolino. Alla luce di quanto sopra, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la circostanza che il Marra, anche se detenuto in carcere, fosse stato in grado di reperire e fare uso

di droghe non poteva, di per sé, essere sufficiente per attribuire la responsabilità allo Stato per la sua morte.

Pertanto, la Corte ha ritenuto che nessun profilo di violazione dell'articolo 2 poteva essere individuato nel caso di specie e ha respinto il ricorso in quanto manifestamente infondato (articolo 35 §§ 3 (a) e 4 della Convenzione). Pur nella tragicità dell'epilogo in fatto, la decisione della Corte di Strasburgo rappresenta una "promozione" per lo Stato italiano e, in particolare, per il nostro sistema penitenziario, troppo spesso assurdo agli onori della cronaca per episodi di *mala gestio* dei detenuti, come l'eco del noto caso *Torreggiani ed altri c. Italia*, deciso dalla Grande Camera l'8 gennaio 2013 ha purtroppo dimostrato, relativamente al tema del sovraffollamento carcerario. Nel caso in esame, invece, il "sistema penitenziario", per i giudici europei, ha funzionato, in quanto le misure introdotte erano adeguate ad impedire l'ingresso clandestino di stupefacenti in carcere né, peraltro, può richiedersi ad uno Stato di adottare misure – quali l'uso di cani antidroga – anche nelle carceri. Per i precedenti, quanto alla morte di detenuti in carcere ed alla violazione dell'art. 2 Cedu, si ricordano, a titolo esemplificativo e non esaustivo, il caso *De Donder e De Clippel c. Belgio*, deciso il 6 dicembre 2011 (n. 8595/06) relativo al suicidio di un detenuto con problemi di salute mentale rinchiuso in una cella per detenuti comuni, in cui la Cedu ha riconosciuto la violazione della richiamata disposizione o, ancora, il caso *Volk c. Slovenia*, deciso il 13 dicembre 2012 (n. 62120/09), in cui una cittadina slovena aveva perso il figlio suicida in una prigione slovena, dove era detenuto per stupro e aggressione ed aveva accusato lo Stato di non aver protetto suo figlio da sé stesso e dalle aggressioni degli altri detenuti, nonché di non averlo trasferito in un ospedale psichiatrico, nonostante le sue condizioni mentali lo rendessero doveroso; anche in quel caso, la Corte e.d.u. aveva respinto il ricorso, ritenendo assolto dallo Stato l'obbligo di cui all'art. 2.

Altro caso di interesse, riguardante il tema del trattamento penitenziario ed il rapporto con l'art. 2 della Cedu, è il caso *Asalya c. Turchia*, cittadino palestinese che ha vissuto nella Striscia di Gaza fino al marzo del 2008, periodo nel corso del quale è stato oggetto di numerosi attacchi da parte di terroristi israeliani, da ultimo quello del 2007 in cui è rimasto ferito in modo talmente grave da diventare paraplegico. In conseguenza di ciò, nel 2008 un'organizzazione umanitaria lo ha portato in Turchia, dove egli ha ottenuto dapprima un permesso di soggiorno di breve termine per continuare le cure mediche rese

CORTI EUROPEE

necessarie a causa delle menomazioni fisiche subite, e successivamente un nuovo permesso di soggiorno di lungo periodo valido fino al maggio 2010 per intercorse nozze con una cittadina turca. Nel 2009 le forze di polizia turche hanno arrestato I.A. in attuazione di un ordine di espulsione per sospetti collegamenti con il terrorismo internazionale. I.A. si rivolge alla Corte EDU denunciando una serie di violazioni. Il ricorrente lamenta i trattamenti inumani e degradanti subiti nel corso della sua detenzione in Turchia nell'attesa dell'attuazione dell'ordine di espulsione. Egli sostiene di aver dormito su un tavolo e aggiunge che, a causa dell'assenza di strutture adatte per i soggetti in sedia a rotelle, ogni volta che doveva usufruire dei servizi igienici, era costretto ad attendere due agenti affinché lo conducessero in un hotel distante parecchi metri dal luogo di detenzione. I giudici di Strasburgo ricordano come il trattamento inumano, per assumere rilievo, debba raggiungere un livello minimo di gravità, da valutare tenendo conto di tutte le circostanze (durata del trattamento, effetti fisici e mentali, sesso, età, stato di salute della vittima, ecc.); nel caso di I.A., la Corte e.d.u. ritiene sussistere la violazione dell'art. 3 della Convenzione, sostenendo che il trattamento detentivo sia stato effettivamente degradante: il dormire su un tavolo, infatti, ha causato un aggravamento delle lesioni spinali del ricorrente; inoltre le difficoltà di accesso ai servizi igienici hanno prodotto una sofferenza mentale, inevitabile in chi non riesce a soddisfare i bisogni più elementari dell'uomo. Il ricorrente sostiene altresì che l'ordine di espulsione fosse illegittimo, poiché non era stata fornita la prova circa la sua riconducibilità a organismi di criminalità organizzata internazionale e, comunque, egli aveva un permesso di soggiorno valido fino a maggio 2010; lamenta inoltre di non aver avuto la possibilità di accedere in modo effettivo ai ricorsi interni per il controllo sulla legittimità di tale provvedimento. Il governo turco giustifica l'ordine di espulsione sulla base di motivi di sicurezza nazionale, sostenendo che I.A. avesse avuto contatti con numeri telefonici registrati in Israele e ricollegati al terrorismo internazionale. La Corte e.d.u. riconosce la violazione dell'art. 13 della Convenzione, perché il ricorrente non ha avuto un rimedio efficace per un riesame tempestivo sulla legittimità del suo stato di detenzione. Il ricorrente infine sostiene che, se fosse stato espulso e costretto a tornare in Israele, qui sarebbero stati messi in pericolo il suo diritto alla vita, a causa degli attacchi israeliani, e il suo diritto alla salute, dato che la sospensione delle cure avrebbe portato un aggravamento delle condizioni fisiche già precarie. I giudici di Strasburgo riconoscono

una violazione del diritto alla vita, tutelato dall'art. 2 della Convenzione.

Il trattamento dei detenuti nelle carceri italiane torna, ancora una volta, ad essere oggetto di censura da parte della Corte di Strasburgo: si tratta del caso *G. C. c. Italia*. La pronuncia in esame prende, infatti, abbrivio da un ricorso presentato dal Sig. G.C., cittadino italiano, nato nel 1972, attualmente detenuto – a partire dall'ottobre del 2009 – presso il carcere di Bellizzi Irpino, in provincia di Avellino, ove sta scontando una pena detentiva pari a dieci anni. Il ricorrente, adita la Corte e.d.u., si duole di essere stato sottoposto ad un trattamento penitenziario inadatto alle proprie condizioni di salute e di non aver ricevuto le cure adeguate alle proprie esigenze. Sin dall'inizio della propria permanenza presso la struttura carceraria suddetta, l'odierno detenuto aveva informato il personale di aver subito nel 2007 un intervento chirurgico dovuto ad emorroidi e di soffrire d'incontinenza: tali condizioni avrebbero richiesto ch'egli fosse allocato in una cella singola, con bagno, e che avesse la possibilità di fare la doccia quotidianamente. Nonostante ciò, gli era stata assegnata una cella comune, con un bagno da condividere con i propri compagni. In una data imprecisata, il ricorrente aveva rivolto all'Autorità una duplice richiesta: poter accedere alla detenzione domiciliare o, in alternativa, ottenere la sospensione della pena per ragioni di salute. Le istanze suddette erano state respinte nel 2011. Il Sig. G.C. aveva, inoltre, tentato il suicidio in due occasioni: a seguito del primo episodio, avvenuto nel 2009, egli era stato posto in isolamento per ragioni di salute, sotto la supervisione di uno psichiatra, fino al trasferimento in infermeria, avvenuto a luglio del 2010; dopo il secondo tentativo, verificatosi nel marzo del 2012, era stato collocato in una cella singola. Durante questi periodi egli afferma di non aver potuto partecipare alle iniziative finalizzate a coltivare il proprio diritto alla socialità né di aver potuto seguire i corsi organizzati all'interno del carcere. Da agosto a novembre del 2012 l'odierno detenuto afferma di essere stato curato, essendo stato sottoposto a cicli di fisioterapia volti a riacquisire l'uso delle parti del corpo interessate dalla patologia. Le circostanze sopra descritte, secondo la prospettazione del ricorrente, avrebbero concretizzato una violazione dell'art. 3 della Convenzione. Preliminarmente, i Giudici di Strasburgo richiamano i propri orientamenti in tema di tortura e di trattamenti inumani o degradanti, la cui gravità, per dare luogo ad una violazione dell'art. 3, deve raggiungere una soglia minima che deve essere valutata in relazione a tutte le circostanze che caratterizzano il caso concreto. La prova di tali condot-

te normalmente soggiace al criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio: talvolta essa può comunque essere raggiunta sulla base di indizi, o di presunzioni non confutate, sufficientemente gravi, precisi e concordanti. Quanto alle pene ed ai trattamenti che le accompagnano, i Giudici sottolineano che l'art. 3 della Convenzione pone in capo agli Stati membri l'obbligo positivo di garantire che le persone private della libertà personale siano detenute in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana e che le modalità esecutive non determinino un disagio od una difficoltà superiori a quel livello inevitabile di afflizione già intrinseco alla detenzione stessa. Le condizioni detentive di una persona malata, chiosa la Corte, devono comunque garantire il rispetto della salute di costei, avendo riguardo alle contingenze ordinarie e ragionevoli del regime carcerario: si veda a questo proposito il noto precedente Corte e.d.u., 29 gennaio 2013, ric. n. 36276/10, *Cirillo c. Italia*, già pubblicato in questa *Rivista*. Nel caso di specie, notano i Giudici europei, il ricorrente non aveva affermato che le proprie condizioni di salute fossero incompatibili rispetto alla sua permanenza in carcere: la questione verte, infatti, esclusivamente sull'adeguatezza delle cure somministrate. A detta della Corte, la gravità della situazione avrebbe dovuto essere nota alle autorità nazionali quantomeno dal primo tentativo di suicidio – avvenuto nel 2009 – che, a sua volta, dev'essere collegato ad un episodio d'incontinenza manifestato dal detenuto innanzi ai propri compagni: questo gesto avrebbe dovuto rendere evidenti l'angoscia e l'umiliazione che il ricorrente soffriva a causa della propria patologia e delle estrinsecazioni di questa in pubblico. Il detenuto aveva tratto senz'altro giovamento dal trattamento riabilitativo fisioterapeutico: tali cure gli erano state somministrate, tuttavia, a distanza di oltre un anno dalla prescrizione medica, dopo che, peraltro, erano decorsi ben due anni e nove mesi dal primo tentativo di suicidio. A questo proposito non rilevano, del resto, né eventuali ritardi degli ospedali pubblici – giacché è allo Stato che compete l'organizzazione dei propri servizi, al fine di tutelare la salute dei ristretti – né eventuali disagi organizzativi legati al trasporto del detenuto. La violazione dell'art. 3, rammenta la Corte, può sussistere anche in assenza della volontà di porre in essere le condotte vietate: nel caso di specie, la mancanza di cure adeguate per un periodo prolungato ha posto il ricorrente in una condizione di ansia, inferiorità ed umiliazione sufficientemente gravi da determinare un trattamento degradante. A nulla rileva che in una missiva datata 31 maggio 2013 egli avesse affermato di essere, infine, guarito. Non si ravvisa, invece, una

violazione della norma in esame sotto il profilo delle condizioni di sovraffollamento carcerario, parimenti denunciate nel ricorso *de quo*.

Altra interessante decisione, sempre riguardante il nostro Paese è quella relativa al caso *Rumor c. Italia*. La pronuncia trae origine dal ricorso di una cittadina italiana, Giulia Rumor, residente a Colognola ai Colli, in provincia di Verona. Nel 2003 la stessa aveva iniziato una relazione con JCN, un cittadino keniano, relazione rapidamente deterioratasi che aveva portato, nel 2008, al verificarsi di un episodio particolarmente violento. In particolare, J.C.N., trovatosi in casa con la sua compagna aveva iniziato a picchiarla sotto la minaccia di un coltello e di un paio di forbici; alla scena, purtroppo, avevano assistito entrambi i figli piccoli che, mentre stavano dormendo, si erano svegliati per urla, assistendo all'aggressione. J.C.N. era stato immediatamente arrestato e trattenuto in carcere in stato di custodia cautelare. Successivamente, veniva riconosciuto colpevole di tentato omicidio, sequestro di persona e violenza aggravata e condannato alla pena di tre anni e quattro mesi di reclusione, misura detentiva poi sostituita con la misura alternativa della detenzione domiciliare in un centro di accoglienza. L'uomo, dopo aver finito di scontare la pena nel mese di agosto 2011, aveva deciso di continuare a vivere nel centro di accoglienza. Nel frattempo, nel maggio 2009, alla Rumor veniva concesso l'affidamento esclusivo dei figli e JCN veniva contestualmente privato dei suoi diritti genitoriali. La Rumor, rivolgendosi alla Corte di Strasburgo, lamentava che le autorità italiane non l'avevano aiutata a seguito del grave episodio di violenza domestica di cui era rimasta vittima nel novembre 2008 né l'avevano protetta da ulteriori violenze. Si lamentava, in particolare, del fatto che il suo ex compagno non era stato obbligato a sottoporsi ad un trattamento psicologico e che questi aveva continuato a rappresentare una minaccia sia per lei che per i suoi figli. La Rumor aveva inoltre sostenuto che il centro di accoglienza scelto per la detenzione domiciliare, sito a soli 15 km da casa sua, era da considerarsi inadeguato, sostenendo di essere stata intimidita per almeno due volte dai dipendenti del centro di accoglienza nonostante la doppia violazione da parte dell'ex compagno di un ordine del giudice che vietava qualsiasi forma di contatto con la donna. Infine, sosteneva che tali carenze costituivano il risultato della inadeguatezza della normativa italiana nel campo della lotta contro la violenza domestica, e che ciò si era risolto in una discriminazione contro di lei come donna. A tal proposito, quindi, aveva invocato sia l'art. 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti), da solo e in

CORTI EUROPEE

combinato disposto con l'art. 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione.

La Corte di Strasburgo, stavolta, ha però respinto il ricorso della donna, escludendo che potesse configurarsi la violazione delle norme convenzionali richiamate. Il *leading case* in materia è rappresentato dal caso *Opuz c. Turchia*, deciso il 9 giugno 2009 (n. 33401/02), riguardante delle lesioni mortali procurate alla madre di una donna nell'ambito di violenze domestiche, nonostante le autorità fossero a conoscenza del comportamento violento del loro autore. In quel caso, la Corte affermò, quanto alla violazione dell'art. 2, che di fronte all'affermazione che le autorità non avevano adempiuto al loro obbligo positivo di tutelare il diritto alla vita che rientrava nel loro dovere di prevenire e reprimere reati diretti contro la persona, doveva essere accertato, in modo ritenuto soddisfacente, che le autorità all'epoca sapevano o avrebbero dovuto sapere che esisteva un rischio concreto e imminente per la vita di uno o più individui determinati, minacciati da atti criminosi altrui e che esse omettevano di adottare misure di loro competenza che avrebbero potuto ragionevolmente scongiurare tale rischio; quanto alla violazione dell'art. 3, nonostante la richiesta di aiuto avanzata dalla donna, non era stata adottata alcuna misura finché la Corte non aveva chiesto al Governo informazioni sulle misure di protezione adottate. In breve, in quel caso, le autorità non avevano adottato misure protettive con effetto dissuasivo contro le gravi violazioni dell'integrità personale della ricorrente da parte dell'ex coniuge. Infine, quanto alla violazione dell'art. 14 in connessione con gli artt. 2 e 3, la Corte rilevava che, ai sensi delle norme applicabili e dei principi di diritto internazionale accettati dalla maggioranza degli Stati, la mancata protezione da parte dello Stato – anche se involontaria – delle donne vittime di violenza domestica costituiva una violazione del loro diritto ad una uguale tutela da parte della legge. In un'altra vicenda (caso *A. c. Croazia*, deciso il 14 ottobre 2010, n. 55164/08), la Corte di Strasburgo aveva invece ritenuto violato l'art. 8 della Convenzione e.d.u., ritenendo violato l'obbligo positivo dello Stato consistente nella mancata attuazione, da parte delle autorità, di decisioni giudiziarie finalizzate a proteggere la ricorrente dal coniuge violento. Da ultimo, infine, si segnala sull'argomento il recente caso *Valiulienė c. Lituania*, deciso il 26 marzo 2013 (n. 33234/07), in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riscontrato una violazione dell'art. 3 della CEDU da parte delle autorità che non aveva adeguatamente indagato sulle violenze domestiche denunciate dalla vittima. Orbene, nel caso *Rumor c. Italia*, invece, Strasburgo ha "pro-

mosso" la nostra legislazione sulla violenza domestica, evidenziando come lo Stato italiano non abbia alcun obbligo d'informare le vittime sui processi penali e sul rilascio del reo, tanto più che la nostra legge prevede tali oneri informativi solo se la vittima si è costituita parte civile, facoltà di cui la donna non si era avvalsa. Inoltre, la scelta del luogo della detenzione domiciliare era frutto di una corretta e dettagliata analisi del giudice, coadiuvato dai carabinieri, e l'ex compagno aveva seguito un percorso psicologico riabilitativo: nessun rimprovero, quindi, può essere mosso al nostro Paese. In definitiva, quindi, era da escludersi la violazione delle invocate norme (artt. 3 e 14 Convenzione e.d.u.), posto che «le autorità avevano messo in atto un quadro legislativo che consente loro di prendere misure contro persone accusate di violenza domestica e che quel quadro è stato efficace nel punire il colpevole del reato di cui la ricorrente è stata vittima e prevenire il ripetersi di attacchi violenti contro la sua integrità fisica».

* * *

NE BIS IN IDEM

CRIMINI DI GUERRA – EQUO PROCESSO – NE BIS IN IDEM

(Corte e.d.u., 20 Maggio 2014, ric. 37394/11, *Glantz c. Finlandia* – Corte e.d.u., 20 maggio 2014, ric. 758/11, *Hakka c. Finlandia* – Corte e.d.u., 20 Maggio 2014, ric. 11828/11, *Nykanen c. Finlandia* – Corte e.d.u., 20 maggio 2014, ric. 35232/11, *Pirttimaki c. Finlandia*; Corte e.d.u. [G.C.], 27 maggio 2014, ric. 4455/10, *Margus c. Croazia*; C. giust. UE, 27 maggio 2014, C-129/14 PPU, *Zoran Spavic*)

In ambito europeo il fenomeno giuridico del divieto di doppio giudizio (c.d. *ne bis in idem sovranzionale*) appare pacifico sulla scorta della legislazione comunitaria, laddove infatti vige la Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985. L'art. 54 della CAAS, infatti, sancisce che «una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una parte contraente non può essere sottoposta a un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge della parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita». Da ciò derivandosi l'esistenza di un *ne bis in idem comunitario*, valevole quantomeno per il paesi aderenti alla Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen. Sul tema del *ne bis in idem* si sono registrate tre recenti prese di posizione sia da Strasburgo che da Lussemburgo.

Quanto alle decisioni assunte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, si segnala, anzitutto, un primo gruppo di quattro decisioni tutte riguardanti la Finlandia. Le pronunce in esame traggono origine dai ricorsi presentati da cittadini finlandesi i quali lamentano la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea: detta norma sancisce il diritto di non essere perseguiti o condannati penalmente, dalla giurisdizione dello stesso stato, per un reato in ordine al quale sia già stata pronunciata una sentenza definitiva di condanna o di assoluzione, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello stato medesimo. Si volga un breve sguardo alle singole vicende. A seguito di un'ispezione, l'autorità tributaria aveva imposto al Sig. Glantz tasse addizionali e sovrattasse per aver ricevuto dalle proprie compagnie dividendi dissimulati, nei periodi d'imposta compresi tra il 2000 e il 2004. Esauriti tutti i possibili gradi di giudizio, le sanzioni diventavano definitive l'11 gennaio 2010. Nel frattempo, l'odierno ricorrente veniva accusato dal pubblico ministero di molteplici episodi di truffa e frode fiscale aggravata, in relazione al periodo d'imposta compreso tra il 1997 ed il 2003: secondo l'accusa egli non avrebbe dichiarato i propri guadagni. Parte dei fatti descritti nell'imputazione risultava provata: l'imputato veniva condannato ad una pena detentiva pari ad anni 2 e mesi otto. Esperiti senza successo tutti i mezzi d'impugnazione ordinari e straordinari, il Sig. Glantz cominciava a scontare la pena il 31 agosto del 2011. Adita la Corte e.d.u., il ricorrente lamenta la violazione della norma suddetta: egli afferma che l'accusa per frode fiscale aggravata – cui aveva fatto seguito la condanna – aveva come oggetto i medesimi fatti per i quali egli era stato sottoposto al procedimento tributario culminato nell'imposizione delle sovrattasse. Siffatto procedimento si era concluso l'11 gennaio 2011: ciononostante, il processo penale era proseguito innanzi alla Corte d'Appello, pur essendo stato eccepito il *ne bis in idem*. La Corte valuta il complessivo andamento della vicenda avendo riguardo a quattro parametri che concernono, rispettivamente, la natura della sanzione tributaria, l'identità delle violazioni per cui il ricorrente era stato perseguito, la presenza di una decisione definitiva e la duplicazione dei procedimenti. Sotto il primo profilo la Corte premette che la qualificazione del procedimento operata dal legislatore nazionale non può costituire un elemento decisivo ai fini dell'applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7: in caso contrario, il principio ivi espresso verrebbe subordinato alla discrezionalità degli Stati membri, con conseguenze incompatibili rispetto all'oggetto ed allo scopo della Convenzione. Vengo-

no, quindi, richiamati i criteri enucleati nel precedente *Engel e altri c. Paesi Bassi* (8 giugno 1976): al fine di discernere il carattere penalistico di un'accusa occorre avere riguardo alla qualifica dell'illecito all'interno dell'ordinamento nazionale, alla natura dello stesso ed al grado di severità della sanzione comminata (gli ultimi due parametri possono essere tra di loro alternativi). Nel precedente *Jussila c. Finlandia* (Grande Camera, n. 73053/01) la Corte ha notato che, nel sistema finlandese, la sovrattassa è formalmente inclusa nel regime fiscale: tale collocazione, tuttavia, non è decisiva, in quanto siffatta misura non assolve ad una funzione compensativa del danno prodotto, rivelando, al contrario, una valenza punitiva, oltre che deterrente. Questi rilievi inducono a propendere per la natura penale dell'infrazione. Entrambi i procedimenti instaurati devono, pertanto, essere considerati penali ai fini dell'art. 4 del Protocollo n. 7. Per quel che attiene alla seconda questione, la Corte afferma che la *ratio* della norma in esame vieta la persecuzione o l'instaurazione di un giudizio per un secondo "reato" che si riferisca allo stesso fatto ovvero a fatti sostanzialmente coincidenti con quelli rispetto ai quali è già stata pronunciata una sentenza passata in giudicato. Nel caso di specie, i Giudici strasburghesi affermano che entrambi i procedimenti in esame sono scaturiti dall'omessa dichiarazione degli introiti ad opera del ricorrente ed afferiscono, almeno in parte, allo stesso periodo e ad un ammontare fondamentalmente coincidente. Circa il terzo parametro, la Corte rammenta che lo scopo della norma invocata è quello di precludere la ripetizione di un procedimento che si sia concluso con una decisione "finale". Tale qualifica si attaglia ad una pronuncia che abbia acquisito il crisma della *res iudicata*, ossia dell'irrevocabilità: ciò accade quando non siano disponibili ulteriori rimedi ordinari, a causa dell'esperimento degli stessi ad opera delle parti, ovvero in ragione dello spirare del *dies ad quem*. Le decisioni impugnabili con un ordinario strumento sono escluse dalla garanzia di cui all'articolo 4 del Protocollo n. 7 fino a quando il termine per proporre la censura non sia scaduto. La definitività di una procedura non dipende, al contrario, dall'avvenuto esperimento di mezzi d'impugnazione straordinaria. Giova, infatti, sottolineare che l'art. 4 del Protocollo n. 7, come si evince dal suo secondo paragrafo, non preclude la riapertura dei procedimenti. Nel caso di specie, il procedimento tributario è divenuto definitivo in data 11 gennaio 2010, dopo che la Corte Suprema amministrativa aveva rigettato l'appello proposto dall'odierno ricorrente. Quanto all'ultimo interrogativo, la Corte afferma che la norma invoca-

CORTI EUROPEE

ta vieta la ripetizione di procedimenti penali che si siano conclusi a seguito di una decisione definitiva: la garanzia non è, quindi, limitata al diritto di non essere puniti due volte, ma si estende a quello di non essere perseguiti o processati nuovamente per lo stesso fatto. L'art. 4 del Protocollo n. 7 vieta, infatti, l'instaurazione di procedimenti consecutivi qualora il primo di essi sia già divenuto definitivo nel momento in cui prende abbrivio il secondo. Tale norma non preclude, invece, lo sviluppo di giudizi paralleli, tra loro concorrenti: in questa situazione non si può, infatti, ritenere che l'imputato sia stato nuovamente processato "per un reato per il quale era già stato assolto o condannato". Potrebbe riscontrarsi, tuttavia, una violazione laddove il secondo procedimento non venga interrotto in seguito alla definitiva conclusione del primo. La Corte e.d.u. non ha peraltro ravvisato un'inosservanza del principio in oggetto qualora tra due procedimenti vi fosse stata una connessione sufficientemente stringente sotto il profilo sostanziale e temporale: ciò, nonostante fossero state imposte differenti sanzioni, da parte di autorità diverse, per i medesimi fatti, nel corso di procedure distinte (cfr., circa la pena detentiva e la sospensione della patente, irrogate a seguito di guida in stato d'ebbrezza, Corte e.d.u., *Nilsson* c. Svezia, 13 dicembre 2005 n. 73661/01). In queste ipotesi non si è ritenuto né che il ricorrente fosse stato punito o processato due volte per il medesimo fatto, né che vi fosse stata una duplicazione dei procedimenti. Nel caso di specie la Corte osserva che entrambe le sanzioni inflitte all'odierno ricorrente si riferiscono alla medesima condotta. Tali pene sono state, inoltre, imposte da autorità diverse, senza che i procedimenti fossero in alcun modo collegati, né che vi fosse alcun'interdipendenza tra i loro esiti. Questa circostanza rende la fattispecie in esame differente rispetto ai summenzionati precedenti: in quei casi, il successivo ritiro della patente di guida si basava, infatti, sulla condanna per il reato stradale, senza che vi fosse stata una nuova disamina delle circostanze. Il primo procedimento si è definitivamente concluso in data 11 gennaio 2010; il secondo è stato, invece, instaurato il 15 dicembre 2008: entrambi erano, dunque, pendenti fino all'11 gennaio 2010, data in cui il primo è divenuto definitivo. Il procedimento penale, tuttavia, non è stato interrotto quando è sceso il giudicato sulla pronuncia che aveva irrogato la sanzione tributaria: anch'esso s'è, infatti, protratto fino alla sentenza definitiva. Il ricorrente ha, quindi, riportato una duplice condanna, per il medesimo fatto, a seguito di due procedimenti distinti. V'è stata, quindi, una violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7. Si venga alla seconda vicenda. An-

che il Sig. Häkkä era stato accusato dall'autorità tributaria di aver ricevuto dividendi mascherati da tre diverse compagnie: per ciascun fatto venivano applicate, con provvedimenti *ad hoc*, imposte addizionali e sovrattasse. I procedimenti tributari divenivano definitivi, rispettivamente, il 31 dicembre 2010 ed il 31 dicembre 2011, senza che l'odierno ricorrente avesse tentato d'esperire alcuno dei rimedi previsti dall'ordinamento. Nel frattempo, il 3 aprile 2008, veniva instaurato un procedimento penale per i medesimi fatti: il Sig. Häkkä veniva, quindi, condannato ad una pena detentiva, con sentenza divenuta irrevocabile il 29 giugno 2010. La Corte e.d.u. sviluppa un'argomentazione avente struttura e contenuti sovrapponibili a quelli esaminati nel caso precedente. Nella fattispecie in oggetto, tuttavia, i Giudici di Strasburgo ritengono che non vi sia stata violazione alcuna: divenuta definitiva la seconda condanna, in data 29 giugno 2010, il ricorrente avrebbe, infatti, potuto prevenire il *bis in idem* impugnando i provvedimenti tributari in relazione ai quali, in quell'epoca, non era ancora sceso il giudicato. Il caso *Nykänen* c. Finlandia appare pressoché del tutto sovrapponibile al precedente *Glantz* c. Finlandia: i Giudici di Strasburgo hanno accertato, anche in quest'ipotesi, una violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7, giacché il ricorrente era stato condannato due volte per lo stesso fatto in due procedimenti distinti. Si venga, infine, all'*affaire Pirttimäki* c. Finlandia: il Sig. Harry Veijo Juhani Pirttimäki deteneva delle azioni d'una società a responsabilità limitata. A seguito di un'ispezione, l'autorità tributaria si avvedeva che la compagnia non era posseduta da quattro diverse società inglesi, bensì dall'odierno ricorrente e da altri tre cittadini finlandesi, in parti eguali. Il 26 febbraio 2003 venivano applicate alla compagnia tasse addizionali e sovrattasse, in relazione ai periodi d'imposta compresi tra il 1997 ed il 1999, oltre che per l'anno 2001. Il provvedimento diventava definitivo il 10 agosto 2009. Analoghe sanzioni venivano irrogate al Sig. Pirttimäki il quale aveva ricevuto, altresì, dalla compagnia, dividendi mascherati: anche tale provvedimento diveniva irrevocabile in data 10 agosto 2009. Sulla scorta dell'accertamento tributario, in data 2 marzo 2002, la predetta autorità chiedeva alla polizia d'investigare sul caso: il Sig. Pirttimäki veniva arrestato ed il suo ufficio perquisito. Il 29 dicembre 2006 venivano chiuse le indagini preliminari; l'11 luglio 2008 il pubblico ministero accusava l'imputato sia di aver introdotto dati falsi nelle scritture contabili della società, sia di avere fornito informazioni non corrette all'autorità tributaria tra il 1998 ed il 2002, commettendo, in tal modo, il reato di frode fiscale aggravata. Il Sig. Pirttimäki ve-

niva condannato ad una pena detentiva. La condanna diveniva irrevocabile in data 14 dicembre 2010. I Giudici di Strasburgo, nel caso di specie, non ravvisano alcuna violazione del *ne bis in idem*. Richiamati tutti i principi suesposti, la Corte osserva, *in primis*, che tra i tre procedimenti instaurati rilevano solo quello tributario, concernente il ricorrente, oltre a quello penale. Secondo i Giudici europei, i fatti accertati sono differenti. In prima battuta occorre notare che i soggetti giuridici coinvolti non erano gli stessi: il primo caso riguardava, infatti, il ricorrente; il secondo la società. Anche a voler supporre che fosse stato il Sig. Pirttimäki in persona ad aver effettuato la dichiarazione dei redditi in entrambi i casi – chiosa la Corte e.d.u. – le circostanze non appaiono assimilabili, giacché una dichiarazione finalizzata alle imposte personali differisce sotto molteplici aspetti rispetto a quella relativa ad una società: tali adempimenti richiedono, infatti, forme differenti, possono essere stati posti in essere in momenti diversi e, per quel che attiene alla società, possono avere coinvolto anche altre persone. I procedimenti in oggetto non concernono, dunque, un unico insieme di circostanze derivanti da fatti identici né, del resto, accadimenti tra di loro sostanzialmente sovrapponibili. Non v'è stata, quindi, una violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7. Il ricorrente lamenta, altresì, la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione, sotto il profilo dell'irragionevole durata del procedimento: la Corte ritiene la doglianza inammissibile, giacché, in ragione della riconosciuta eccessiva lentezza della procedura, il giudice nazionale ha commutato la condanna, concedendo la sospensione della pena. L'autorità finlandese ha, quindi, offerto al ricorrente un espresso ed apprezzabile risarcimento per la violazione in oggetto.

Altra interessante decisione sul tema del *ne bis in idem* è quella assunta nel caso *Margus c. Croazia* dalla Grande Camera. La Corte di Strasburgo ha escluso, nel caso in esame, la violazione, prospettata dal ricorrente, tanto dell'art. 6 §§ 1 e 3, lett. c) della Convenzione, quanto dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione stessa. Il Sig. Marguš è un cittadino croato che attualmente sta scontando una pena detentiva per crimini di guerra commessi ai danni di civili. A carico dell'odierno ricorrente era già stato instaurato un procedimento penale: nel 1993 Marguš era stato, infatti, accusato di avere posto in essere numerosi reati, in qualità di membro dell'esercito croato, tra i quali spiccavano alcuni omicidi, tra il novembre ed il dicembre del 1991. Nel 1996, tuttavia, da un lato era stata lasciata cadere l'accusa di avere ucciso due persone nel 1991 e, dall'altro, era stato aggiunto l'addebito di avere gravemente ferito

un bambino nel periodo medesimo. Nel giugno del 1997 il tribunale poneva fine al procedimento relativo ad entrambi i fatti contestati, sulla scorta di un'amnistia: siffatto provvedimento, entrato in vigore nel 1996, concerneva i delitti commessi in occasione della guerra in Croazia, tra il 1990 ed il 1996, fatta eccezione per i crimini di guerra e per le più gravi violazioni dei diritti umani. Il 19 settembre 2007, su ricorso della procura, la Suprema Corte aveva ritenuto che la decisione di porre fine al procedimento violasse l'atto d'amnistia. All'imputato erano stati, infatti, contestati dei reati che egli avrebbe posto in essere in qualità di membro delle "forze di riserva", dopo aver terminato il servizio: per tale ragione, si era ritenuto che non vi fosse stato un legame significativo tra la guerra e le fattispecie *de quibus*. Nel frattempo, nell'aprile 2006, l'odierno ricorrente era stato accusato di avere ucciso quattro persone e di avere ferito gravemente un bambino: si trattava degli stessi fatti che avevano costituito l'oggetto del primo procedimento a suo carico. Il nuovo procedimento era stato condotto innanzi ad un tribunale formato da tre giudici, uno dei quali aveva presieduto il collegio che aveva posto fine alla prima procedura. Nel corso della discussione finale, l'imputato veniva allontanato dall'aula per avere interrotto il procuratore: il difensore rimaneva innanzi alla Corte. Il Sig. Marguš veniva riconosciuto responsabile di crimini di guerra e condannato ad una pena detentiva pari ad anni 14, aumentata in appello ad anni 15. Adita la Corte e.d.u., il ricorrente lamenta, sotto il profilo dell'art. 6, §§ 1 e 3, lett. c), la carenza d'imparzialità dell'organo giudicante, oltre alla violazione del diritto di difesa, causato dall'allontanamento dall'aula. I Giudici europei non ravvisano alcuna violazione. Per quel che attiene alla partecipazione del medesimo giudice ad entrambi i processi, occorre notare che, nel corso del primo giudizio, conclusosi in forza dell'amnistia, non era stata esaminata alcuna prova rilevante ai fini dell'*an* della colpevolezza dell'imputato: in questa fase il giudice non aveva, quindi, emesso alcuna statuizione sul merito della regiudicanda. Nemmeno l'esclusione dell'imputato dall'udienza conclusiva ha determinato un'iniquità del procedimento, complessivamente considerato: l'odierno ricorrente era stato ammonito più volte prima di essere allontanato. Ciononostante egli aveva avuto l'opportunità di preparare le proprie difese di concerto col difensore e di discutere gli argomenti da esporre in vista dell'udienza conclusiva. Per quanto concerne, invece, l'art. 4 del Protocollo n. 7, che sancisce il divieto di *bis in idem*, il Sig. Marguš afferma che i reati che avevano costituito l'oggetto del procedimento

CORTI EUROPEE

concluso nel 1997 e quelli per cui era stato dichiarato colpevole nel 2007 erano gli stessi. I Giudici europei notano, *in primis*, che per quel che attiene a due degli omicidi contestati all'odierno ricorrente, il procuratore, nel corso del primo procedimento, aveva lasciato cadere le accuse: siffatta determinazione non coincide né con una condanna, né con un'assoluzione, ragion per cui, la norma in esame non può essere applicata nel caso di specie. Per quel che attiene, invece, alla doglianza espressa in ordine alla condanna per i reati residui, la Corte ritiene che il Sig. Marguš abbia beneficiato dell'amnistia per comportamenti che consistono in significative violazioni dei diritti umani fondamentali: tali sono l'uccisione intenzionale di civili e l'aver arrecato gravi lesioni ad un minore. Siffatti crimini violano i diritti delle vittime tutelati ai sensi degli artt. 2 e 3 della Convenzione. Dette norme, in combinato disposto con l'art. 1 della Cedu, pongono in capo agli Stati membri l'obbligo di condurre indagini effettive, finalizzate alla persecuzione di tali delitti. Laddove un agente dello Stato sia stato accusato di tortura o di maltrattamenti, occorre che il procedimento penale e la condanna non siano soggetti a prescrizione né che il reo possa beneficiare di un'amnistia o della grazia: tali provvedimenti sarebbero, infatti, contrari agli artt. 2 e 3 della Convenzione, poiché determinerebbero l'impunità dei responsabili, rendendo vana la garanzia del diritto alla vita e a non subire trattamenti inumani o degradanti. Le norme da ultimo citate – la cui violazione non è oggetto d'accertamento nel caso di specie – devono essere lette in combinato disposto con l'art. 4 del Protocollo n. 7, al fine di assicurare la coerenza e l'armonia tra le disposizioni della Cedu. A questo proposito – notano i Giudici di Strasburgo – è invalso, in seno al diritto internazionale, un crescente orientamento che tende a considerare inaccettabile la concessione di un'amnistia per tali fattispecie di reato: eventuali provvedimenti clemenziali appaiono, infatti, incompatibili con l'obbligo, unanimemente riconosciuto in capo agli Stati, di perseguire le gravi violazioni dei diritti umani fondamentali. Anche laddove si ritenesse che l'amnistia possa essere concessa in presenza di circostanze particolari, quali ad esempio forme di riconciliazione o di risarcimento delle vittime, nel caso di specie la clemenza non sarebbe comunque accettabile, mancando del tutto siffatti elementi. La Corte ritiene, quindi, che le Autorità croate, formulando una nuova accusa a carico dell'imputato per crimini di guerra ai danni di civili, in ordine alla quale è stata successivamente pronunciata una sentenza di condanna, abbiano agito in conformità con gli artt. 2 e 3 della Convenzione, oltre che nel rispetto degli

strumenti internazionali vigenti. La norma invocata non è, quindi, applicabile nel caso di specie.

L'interesse sul tema ha riguardato anche la giurisprudenza dei Giudici della CGUE del Lussemburgo. A tal proposito, si segnala l'interessante decisione sul caso *Zoran Spavic*, pronunciata a seguito di un rinvio pregiudiziale con cui l'*Oberlandesgericht Nürnberg* aveva sollevato una questione afferente tanto all'interpretazione dell'articolo 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS) quanto alla compatibilità della norma citata rispetto all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Entrambe le disposizioni concernono il principio del *ne bis in idem*: la prima vieta che una persona, giudicata con sentenza definitiva in uno Stato membro, possa essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti presso un'altra Parte contraente purché, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia attualmente in corso di esecuzione ovvero non possa più essere eseguita secondo la legge dello Stato contraente in cui la sentenza è stata resa; la seconda stabilisce, invece, che "nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge". Si volga un rapido sguardo ai fatti. Il Sig. Zoran Spavic, cittadino Serbo, è stato accusato dall'Autorità tedesca di avere organizzato una truffa, il 20 marzo 2009 a Milano, ai danni di un cittadino tedesco. A seguito di un mandato d'arresto europeo, emesso dall'Autorità austriaca in data 27 agosto 2009 per analoghi fatti, il Sig. Spavic veniva arrestato in Ungheria e consegnato allo Stato richiedente, ove era condannato ad una pena detentiva. Il 5 marzo 2010 l'Autorità giudiziaria tedesca emetteva un mandato d'arresto europeo a carico del Sig. Spavic per il delitto posto in essere a Milano; per quegli stessi fatti, il Tribunale italiano aveva pronunciato, in data 18 giugno 2012, una sentenza *ex art. 444 c.p.p.*, divenuta definitiva il 7 luglio dello stesso anno, con la quale al predetto imputato era stata applicata una pena pari ad anni uno ed euro ottocento di multa. L'esecuzione della pena detentiva era stata inizialmente sospesa *ex art. 656, quinto comma, c.p.p.*: la sospensione veniva, tuttavia, revocata il 5 gennaio 2013. In forza del suesposto mandato, il Sig. Spavic veniva consegnato dall'Autorità austriaca a quella tedesca: a decorrere dal 6 dicembre 2013, egli si trova, quindi, recluso in Germania. L'imputato impugnava, innanzi alla Corte distrettuale di Ratisbona, il provvedimento che ne aveva disposto la permanenza *in vinculis*: egli aveva, infatti, sostenuto che, in virtù del principio del *ne bis in idem*, non avrebbe potuto esse-

re perseguito per quegli stessi fatti in ordine ai quali era già stata emessa una pronuncia definitiva dal Tribunale italiano. Il giudice adito, con ordinanza del 13 gennaio 2013, respingeva il ricorso e rinviava la causa innanzi al Tribunale regionale di Ratisbona. Nel frattempo, il 23 gennaio 2014, il Sig. Spavic pagava la multa inflittagli dal Tribunale di Milano e depositava la prova dell'avvenuto bonifico avanti al giudice tedesco. Contro la decisione del Tribunale regionale di Ratisbona, che rigettava l'impugnazione proposta, l'imputato proponeva ricorso innanzi alla Corte d'appello di Norimberga, sostenendo che le disposizioni di cui all'art. 54 CAAS non possono limitare validamente la portata dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: per tale motivo, a seguito del pagamento della pena pecuniaria, egli avrebbe dovuto essere rilasciato. Secondo il giudice adito, l'art. 54 CAAS costituisce una disposizione limitativa, ai sensi dell'art. 52 § 1 della Carta, del principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 50 della Carta stessa: detto principio dovrebbe, quindi, trovare applicazione ai sensi della prima tra le norme citate. La Corte tedesca rileva, tuttavia, di non essersi mai pronunciata né sulla compatibilità dell'art. 54 CAAS rispetto all'art. 50 della Carta, né in ordine all'incidenza sui principi suesposti dell'esecuzione della sola sanzione pecuniaria, nel caso di congiunta applicazione con quella detentiva. Il procedimento viene, quindi, sospeso al fine d'investire la Corte di giustizia di un duplice quesito: il giudice europeo avrebbe dovuto pronunciarsi, da un lato, in ordine alla compatibilità dell'art. 54 CAAS rispetto all'art. 50 della Carta e, dall'altro, sulla possibilità di ritenere soddisfatte le condizioni di cui all'art. 54 CAAS laddove, nel caso in cui la condanna pronunciata in seno ad uno Stato membro consti di due sanzioni, solo una delle pene inflitte abbia avuto esecuzione. Ritenuto di essere competente nel caso di specie, la Corte di Giustizia preliminarmente osserva che la pena detentiva è ancora eseguibile presso lo Stato italiano, ragion per cui non può essere invocata la condizione di cui all'art. 54 CAAS che vieta il *bis in idem* qualora alla pena non possa essere più data esecuzione. Quanto al primo interrogativo, la Corte nota che l'art. 50 della Carta differisce, nella sua formulazione, dall'art. 54 CAAS: detta norma, a sua volta, subordina il *ne bis in idem* alla c.d. condizione dell'esecuzione che, come s'è visto, si realizza qualora la pena inflitta sia stata eseguita o sia attualmente in fase esecutiva, ovvero quando la stessa non possa più essere eseguita ai sensi della legge dello Stato in cui la condanna è stata pronunciata. Le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, per quel che attiene all'art. 50, menzionano

espressamente l'art. 54 CAAS tra le norme coperte dalla c.d. clausola orizzontale di cui all'art. 52 § 1 della Carta stessa: tale regola ammette limitazioni ai diritti ed alle libertà ivi sanciti purché queste siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale degli stessi e, fatto salvo il principio di proporzionalità, siano corrispondenti e necessarie in rapporto a finalità d'interesse generale, riconosciute dall'Unione, o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Nel caso di specie è indubbio che le limitazioni al *ne bis in idem* debbano ritenersi previste dalla legge e, quindi, conformi alla norma da ultimo citata: esse discendono, infatti, dall'art. 54 CAAS. Anche il nucleo essenziale del principio appare salvaguardato, poiché la condizione dell'esecuzione non pregiudica il *ne bis in idem tout court*, bensì mira ad evitare che un soggetto definitivamente condannato presso uno Stato contraente rimanga impunito: siffatta circostanza si verificherebbe, infatti, laddove lo Stato non desse esecuzione alla pena inflitta e il colpevole non potesse essere perseguito in seno ad un altro Stato membro. La Corte di Giustizia valuta, altresì, la corrispondenza della limitazione in esame a scopi di carattere generale, nonché la proporzionalità della stessa rispetto a questi ultimi, a norma dell'art. 52 § 1 della Carta. A questo proposito, i Giudici di Lussemburgo rilevano che la norma di cui all'art. 54 CAAS s'iscrive nel più ampio contesto tracciato dagli artt. 3 § 2 TUE e 67 § 3 TFUE: all'interno dello spazio di libertà sicurezza e giustizia offerto dall'Unione si vuole, infatti, prevenire che persone condannate in via definitiva possano beneficiare di forme d'impunità, consentendo, quindi, agli Stati membri di perseguire costoro laddove la pena inflitta non sia stata eseguita. Per quel che attiene alla necessità della c.d. condizione dell'esecuzione, al fine di soddisfare gli obiettivi cui essa mira, occorre rilevare – chiosa la Corte – la presenza di un ampio novero di strumenti nell'ambito dell'assistenza giudiziaria in materia penale. La decisione quadro 2009/284 prescrive, infatti, che avvengano delle consultazioni tra gli Stati membri in cui si stanno svolgendo procedimenti paralleli: attraverso questa via, sulla scorta della decisione 2002/584, si può pervenire all'emissione di un mandato d'arresto europeo da parte dello Stato in cui è stata emessa la condanna definitiva; in virtù delle decisioni 2005/214 e 2008/909 la condanna inflitta potrà avere esecuzione anche presso uno Stato diverso da quello in cui è stata pronunciata. Siffatti congegni non prevedono, tuttavia, una condizione di esecuzione simile a quella prevista dall'art. 54 CAAS, ragion per cui non appaiono idonei allo scopo suddetto. Il loro utilizzo – sottolineano i Giudici

CORTI EUROPEE

di Lussemburgo – è infatti subordinato a diverse condizioni e dipende, in ultima analisi, da una decisione dello stato in cui si trova la giurisdizione che ha emesso la pronuncia definitiva. L'art. 54. CAAS subordina l'applicazione del *ne bis in idem* al preliminare requisito che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia in fase esecutiva: tale regola è, quindi, compatibile con l'articolo 50 della Carta. Per quel che attiene, tuttavia, alla concreta applicazione della norma, la Corte sottolinea che non si può escludere che le giurisdizioni nazionali competenti, in virtù del principio di leale collaborazione (art. 4 § 3 TUE), oltre che degli strumenti suddetti, prendano contatti tra di loro al fine di verificare la disponibilità, da parte dello Stato in cui è avvenuta la prima condanna, ad eseguire le sanzioni inflitte. Per quel che attiene alla seconda questione, i Giudici di Lussemburgo rilevano, *in primis*, che il diritto penale sostanziale e processuale degli Stati membri non è stato oggetto d'armonizzazione a livello dell'Unione: il principio del *ne bis in idem* sancito ex art. 54. CAAS mira a garantire, altresì, la certezza del diritto ed il rispetto delle decisioni definitive, anche in assenza di armonizzazione o ravvicinamento dei sistemi penali nazionali. La norma in commento – da cui dev'essere tratta un'interpretazione uniforme – si applica anche nei casi in cui sia stata inflitta una duplice sanzione. Per tale motivo, se non si vuole vulnerare la *ratio* espressa dalla norma in esame, si deve ritenere che le condizioni ivi previste non siano state soddisfatte qualora una delle pene inflitte non abbia avuto esecuzione.

* * *

DATA RETENTION – TUTELA DELLA PRIVACY – INVALIDITÀ DELLA DIRETTIVA 2006/24/CE
(C. giust. UE, 8 aprile 2014 – Cause riunite C-293/12 e 594/12)

Altro tema di interesse, affrontato dalla Corte del Lussemburgo, è quello concernente il delicato

tema del trattamento dei dati personali, concluso con la declaratoria d'invalidità della c.d. *direttiva Frattini*.

Con pronuncia dell'8 aprile 2014 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha, infatti, dichiarato l'invalidità della direttiva 2006/24/CE sulla «conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico e di reti pubbliche di comunicazione». I giudici europei affermano non tanto l'invalidità della conservazione in sé, come attività necessaria all'accertamento penale, ma l'esigenza di motivi certi alla base di quella che appare come una pesante ingerenza nella vita privata degli interessati. Insomma, i valori in gioco – afferma la Corte – sono due: la *privacy* dei titolari dei dati conservati dall'Autorità nazionale e l'indagine (o il giudizio) su un fatto di reato; la direttiva 2006/24/CE descriveva una disciplina atta a tutelare appieno le esigenze di accertamento, pure a detrimento della *privacy*: il contesto storico, d'altra parte, lo imponeva, essendo di recentissima memoria gli attentati di Londra dell'estate 2005. Oggi lo scenario è almeno in parte mutato, e i giudici europei affermano la prevalenza dell'interesse privato su quello, pubblico, di matrice penale. Sotto altro aspetto – stabiliscono i giudici europei – la conservazione di dati attinenti alla comunicazione tra privati – ovviamente, senza che l'utente ne sia informato – potrebbe ingenerare negli interessati la sensazione di un costante controllo sulla loro sfera più intima: ciò che già di per sé costituisce un attentato ai loro diritti fondamentali. Resta ora da comprendere come si adeguerà il nostro Paese a questa pronuncia, dovendo rivedere tutta la disciplina interna sulla *data retention*, *in primis* ma non solo il d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109, attuativo della direttiva 2006/24/CE, o, più recente, il DPCM 24 gennaio 2013, «Direttiva recante indirizzi per la protezione cibernetica e la sicurezza informatica nazionale» il cui art. 11 consente ai gestori privati di servizi di telecomunicazione di trasmettere dati all'Autorità pubblica a fini di sicurezza nazionale.

SEZIONI UNITE

di Alessandro Diddi

L'INESEGUIBILITÀ DELLE SENTENZE DI CONDANNA CONVENZIONALMENTE O COSTITUZIONALMENTE ILLEGITTIME VA RILEVATA DAL GIUDICE DELL'ESECUZIONE (Cass., sez. un., 7 maggio 2014, n. 18821)

Le Sezioni Unite, con un intervento determinato dalla speciale importanza della questione di diritto da trattare, hanno preso posizione in ordine alla sussistenza del potere del giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte e.d.u. con la sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, di sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione applicando la legge più favorevole sopravvenuta al passaggio in giudicato della sentenza.

Va messo in evidenza che il ricorrente, giudicato, ai sensi dell'art. 4-ter del d.l. 7 aprile 2000, n. 82 conv. dalla legge 5 giugno 2000, n. 144, con il rito abbreviato, era stato condannato alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno perché dichiarato colpevole di due omicidi volontari e della connessa violazione della normativa sulle armi, in applicazione della legge di interpretazione autentica dell'art. 442 c.p.p. contenuta nell'art. 7 del d.l. 24 novembre 2000, n. 341 (conv. con modificazioni dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4). Come noto, in forza di tale provvedimento normativo, non solo l'espressione «pena dell'ergastolo» doveva intendersi «riferita all'ergastolo senza isolamento diurno» ma il legislatore aveva inserito all'interno dello stesso comma un terzo periodo secondo il quale «alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo».

Come noto, l'art. 442 c.p.p., che nella originaria formulazione prevedeva l'accesso al rito abbreviato anche i reati per i quali era applicabile l'ergastolo, era stato dichiarato incostituzionale, per eccesso di delega, da Corte cost. 23 aprile 1991, n. 176. La disposizione, tuttavia, con contenuto corrispondente a quello dichiarato incostituzionale era stata ripri-

stinata dall'art. 30, comma 1, lett. b) della legge 16 dicembre 1999, n. 479 che, appunto, aveva stabilito che alla pena dell'ergastolo, fosse sostituita quella della reclusione di anni trenta.

L'art. 4-ter del d.l. n. 82 del 2000, nel vigore della previsione in base alla quale all'ergastolo era sostituita la pena temporanea massima, aveva riaperto i termini per poter ottenere il rito abbreviato in sede di impugnazione ed il ricorrente si era avvalso di tale facoltà nel corso del giudizio di appello.

Tuttavia, prima della conclusione del giudizio di impugnazione era intervenuta la legge di interpretazione autentica che aveva comportato che al ricorrente fosse applicata la pena dell'ergastolo senza isolamento diurno.

Adito il giudice dell'esecuzione, ai sensi del combinato degli artt. 666 e 670 c.p.p., per ottenere, anche evocando i principi affermati dalla sentenza della Corte e.d.u., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, la sostituzione della pena perpetua con quella temporanea di anni trenta di reclusione, questi disattendeva la istanza in quanto nessuna violazione del principio di legalità di cui all'art. 7 della Cedu era stata accertata, con riferimento al caso specifico, dalla Corte di Strasburgo.

Come noto, con tale sentenza, era stato affermato che l'art. 7 cit. non soltanto garantisce il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma impone anche che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevole al reo, con l'effetto che, nell'ipotesi di successioni di leggi penali nel tempo, costituisce violazione del principio di legalità convenzionale l'applicazione della pena più sfavorevole al reo.

Come ricorda la sentenza annotata, il principio è stato ribadito anche dalla successiva decisione della Corte e.d.u., 27 aprile 2010, Morabito c. Italia con la quale si è precisato anche che «le disposizioni che

SEZIONI UNITE

definiscono i reati e le pene sottostanno a delle regole particolari in materia di retroattività, che includono anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole all'imputato».

Premesso tale quadro di riferimento, le Sezioni Unite, al fine di rispondere al quesito loro proposto, hanno anzitutto precisato che, esaminando il consolidato indirizzo proveniente sempre dalla giurisprudenza della corte di Strasburgo, si può ricavare che quando essa constata una violazione della Convenzione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo dell'equa soddisfazione prevista dall'art. 41, ma anche di adottare le misure necessarie per una piena *restitutio in pristinum* (Corte e.d.u., 13 luglio 2000, *Scozzari c. Italia*; Corte e.d.u., 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*; Corte e.d.u. 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*; Corte e.d.u., 8 aprile 2004, *Assanldze c. Georgia*).

In secondo luogo, tenuto conto che la disciplina contenuta nell'art. 442, comma 2, c.p.p. è norma di diritto sostanziale che deve soggiacere al principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7 par. 1 Cedu come interpretato dalla Corte europea, vale a dire nel senso sia della irretroattività della previsione più severa, che della retroattività o ultrattività della previsione meno severa, le sezioni unite hanno fornito risposta alla questione più delicata che poneva la fattispecie analizzata vale a dire la possibilità di eliminare gli effetti irrevocabilmente prodotti da una sentenza passata in giudicato.

Se, infatti, chi, avendo denunciato la violazione della disposizione convenzionale, abbia ottenuto una decisione favorevole da parte della Cedu ha certamente il diritto di pretendere le misure individuali necessarie per ripristinare la situazione giuridica di cui non ha potuto beneficiare, nei confronti di chi non abbia svolto lo stesso percorso viene in gioco il tema della vulnerabilità del giudicato avuto riguardo alla legittimità dell'esecuzione della pena inflitta.

Sebbene, peraltro, come noto, in seguito a questione di costituzionalità sollevata sempre dalle sezioni unite (ordinanza 19 aprile 2012), la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità dell'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000 (C. cost., 18 luglio 2013, n. 210) facendo venir meno il riferimento normativo in forza del quale al ricorrente era stato applicato il trattamento sanzionatorio più rigoroso, la problematica di una rivisitazione del giudicato è questione di non semplice soluzione tenuto conto che, con riferimento ad essa, sono insite preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici non del tutto sganciati anche da delicati profili di costituzionalità.

Cionondimeno, le sezioni unite hanno rinvenuto argomenti di innegabile solidità per giustificare la ineseguitabilità di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima.

Nonostante, infatti, il valore che assume, sul piano dei principi, il giudicato, esso non può non essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona onde esso non può operare allorquando risulti mortificato, per una carenza strutturale dell'ordinamento interno rilevata dalla Corte e.d.u., un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà imponendosi, in questo caso, la necessità di emendare "lo stigma dell'ingiustizia" la situazione che l'ha generato.

Ciò premesso in via generale, il vero scoglio che la Corte ha dovuto superare è quello dello strumento giuridico utilizzabile per rimuovere la preclusione esercitata dal giudicato.

La Corte, sul punto, preso atto della inerzia del legislatore, esclusa la percorribilità del procedimento di revisione *ex art. 630 c.p.p.* (anche come integrato dalla sentenza della corte costituzionale n. 113 del 2011), del ricorso straordinario *ex art. 625-bis c.p.p.* nonché della restituzione in termini per la proposizione dell'impugnazione di cui all'art. 175, comma 2, c.p.p., l'unico rimedio che ha ritenuto praticabile è stato quello di cui all'art. 670 c.p.p. il quale può essere impiegato per consentire al giudice dell'esecuzione di rilevare non solo la mancanza o la non esecutività del titolo, ma anche la non eseguibilità o la concreta attuazione di una pena che non sia convenzionalmente o costituzionalmente legittima.

Quattro le condizioni in base alle quali, tuttavia il giudice dell'esecuzione può aggredire il giudicato: a) la questione controversa deve essere identica a quella decisa dalla Corte e.d.u.; b) la decisione sovranazionale, alla quale adeguarsi, deve aver rilevato un vizio strutturale della normativa interna sostanziale, che definisce le pene per determinati reati, in quanto non coerente col principio di retroattività *in mitius*; c) la possibilità di interpretare la normativa interna in senso convenzionalmente orientato ovvero, se ciò non è praticabile la declaratoria di incostituzionalità della medesima normativa; d) l'accoglimento della questione deve essere l'effetto di una operazione sostanzialmente ricognitiva e non deve richiedere la riapertura del processo.

Nella specie, avendo la Corte rinvenuto tali condizioni, ha annullato senza rinvio l'ordinanza impugnata e sostituito al ricorrente la pena dell'ergastolo con quella della reclusione di anni trenta.

* * *

PER LA DICHIARAZIONE DI LATITANZA IL GIUDICE NON PUÒ APPLICARE ANALOGICAMENTE LE DISPOSIZIONI PREVISTE PER IL RITO DEGLI IRREPERIBILI E LA DETENZIONE ALL'ESTERO NE FA CESSARE GLI EFFETTI SOLO SE CONOSCIUTA DAL GIUDICE CHE PROCEDE (Cass., sez. un., 7 maggio 2014, n. 18822)

Due i quesiti ai quali ha fornito risposta la sentenza annotata.

Il primo concerne il problema se le ricerche che la polizia giudiziaria è chiamata a svolgere a norma dell'art. 295 c.p.p., in sede di esecuzione delle ordinanze che costituiscono il presupposto per la dichiarazione di latitanza ai sensi dell'art. 296 del medesimo codice, debbano o meno comprendere quelle nei luoghi specificati ai fini della dichiarazione di irreperibilità e, dunque, anche le ricerche all'estero quando ricorrano le condizioni previste dall'art. 169, comma 4 c.p.p.

Il secondo riguarda gli effetti della cessazione dello stato di latitanza nell'ipotesi in cui il ricercato sia stato arrestato all'estero nell'ambito di altro procedimento.

Alle Sezioni Unite, in particolare, si è chiesto di chiarire se tale evento, anche se non portato a conoscenza del giudice che procede, risolva *ex se* lo stato di latitanza in riferimento a qualsiasi procedimento determinando, conseguentemente, la illegittimità delle successive notifiche eseguite nelle forme previste dall'art. 165 c.p.p. per l'imputato latitante.

Nel caso di specie il ricorrente aveva investito il giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 670 c.p.p. contestando l'esecutività del titolo sul presupposto della irritualità della notificazione dell'estratto contumaciale effettuato al difensore di ufficio in base all'art. 165 c.p.p. Il Tribunale, però, aveva respinto la richiesta ritenendo che le notifiche fossero regolari e che, in particolare, l'art. 295 c.p.p. non detta specifiche prescrizioni per la ricerca della persona da sottoporre a misura custodiale.

In relazione alla prima questione si registravano da tempo due differenti orientamenti nell'ambito della giurisprudenza di legittimità. In particolare, secondo le prevalenti e più risalenti tesi, la dichiarazione di latitanza non doveva essere necessariamente preceduta dallo svolgimento all'estero delle ricerche tese a rintracciare il soggetto nei cui confronti è stato adottato il provvedimento cautelare e dalla cui dimora o residenza in un paese straniero si abbia generica notizia.

Lo stato di latitanza, infatti, si basa sul verbale di varie ricerche che deve essere redatto dalla po-

lizia giudiziaria a seguito della mancata esecuzione dell'ordinanza di custodia cautelare e che deve riportare in modo specifico le indagini svolte nei luoghi nei quali si presume che l'imputato possa trovarsi.

Sempre secondo tale orientamento, il verbale redatto dalla polizia giudiziaria, pur costituendo presupposto procedimentale, non determina *ex se*, automaticamente, la dichiarazione di latitanza, dal momento che il relativo provvedimento è subordinato alla successiva valutazione del giudice il quale è chiamato ad effettuare un apprezzamento circa l'adeguatezza e completezza delle ricerche.

Quanto, però, al carattere di esaustività delle ricerche si è puntualizzato come il relativo scrutinio non debba essere effettuato alla stregua dei parametri di cui all'art. 159 c.p.p. in tema di notificazione all'irreperibile (*ex plurimis*, Cass., sez. VI, 29 novembre 2013, n. 47528; Cass., sez. VI, 27 settembre 2013, n. 43962; Cass., sez. V 19 settembre 2012, n. 46340; Cass., sez. II, 20 marzo 2012, n. 25315; Cass., sez. V, 22 aprile 2010, n. 15410).

Secondo una linea interpretativa difforme, invece, ai fini di poter definire esaustive le ricerche del latitante, le stesse dovevano essere eseguite secondo modalità analoghe a quelle previste per la dichiarazione di irreperibilità (così Cass., sez. V, 7 dicembre 2011, n. 9637) ed in particolare dovevano essere svolte anche all'estero qualora fossero esistiti elementi investigativi circostanziali che avessero lasciato ritenere possibile il rintraccio all'estero della persona ricercata (Cass., sez. III, 10 gennaio 2012, n. 6679).

Nell'ambito di tale orientamento, si inseriva anche la tesi favorevole ad una completa applicazione della disciplina di cui all'art. 169, comma 4 c.p.p. al procedimento di latitanza (Cass., sez. I, 24 aprile 2007, n. 17592; Cass., sez. VI, 22 gennaio 2009, n. 3929; Cass., sez. I, 16 febbraio 2010, n. 9443).

La Corte, dopo aver esaminato i diversi orientamenti, ha ritenuto, tenuto conto delle differenze che rendono non comparabili la condizione dell'irreperibile e con quella del latitante, che le ricerche effettuate dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 295 c.p.p. non devono necessariamente comprendere quelle nei luoghi specificati dal codice di rito ai fini della dichiarazione di irreperibilità e, di conseguenza, non richiedono che le ricerche siano estese all'estero quando ricorrano le condizioni previste dall'art. 169, comma 4, dello stesso codice.

A tale conclusione le Sezioni Unite sono giunte mettendo in evidenza le profonde differenze, strutturali e teleologiche che concettualmente separano gli istituti della irreperibilità e quello della latitanza.

SEZIONI UNITE

Poiché quest'ultima presuppone la volontaria sottrazione del soggetto alla cattura, essa è non solo immediatamente produttiva di effetti processuali ma pure non sovrapponibile alla irreperibilità la quale, invece, corrisponde ad una situazione di fatto che può consistere in una "scelta" non soltanto involontaria ma anche incolpevole.

Rappresentando, poi, latitanza e irreperibilità il convergere di condizioni soggettive profondamente diverse e tra loro non assimilabili, è da escludersi la possibilità – pure talvolta prospettata dall'indirizzo minoritario – di ricorrere per analogia per rendere applicabile anche alla disciplina della latitanza il regime delle ricerche all'estero di cui all'art. 169 c.p.p.

Nell'economia del ragionamento svolto dalla Corte un profilo particolare concerne la tutela che, in ogni caso, occorre apprestare per soddisfare l'esigenza di evitare che procedimenti *in absentia* si presentino in rapporto di dubbia compatibilità con i valori del giusto processo affermati tanto dall'art. 111 Cost., che dalla Cedu e dalla giurisprudenza della Corte e.d.u.

A tale riguardo la Corte ha ritenuto necessario evidenziare come, in ogni caso, la latitanza non costituisca un effetto immediato del verbale di varie ricerche redatto dalla polizia dovendo essa essere dichiarata dal giudice se ritenga «le ricerche esaurienti».

Come sottolineato dalla sentenza annotata, al fine di ritenere rispettata la prescrizione, l'esaustività investigativa deve essere concretamente misurata in una concorrente prospettiva: da un lato, occorre che non sussistano elementi concreti che indichino un preciso luogo di rifugio all'estero del soggetto e, dunque, i presupposti per dare avvio agli strumenti di cooperazione internazionale di polizia; dall'altro, le ricerche e le correlative indagini devono consentire al giudice di affermare la sussistenza della volontaria sussistenza del presupposto della volontaria sottrazione alla esecuzione della misura.

In conclusione, sebbene non siano applicabili i parametri contemplati dall'art. 169 c.p.p., cionondimeno la polizia giudiziaria deve compiere le ricerche e svolgere le indagini in modo tale che le stesse risultino esaustive al duplice scopo di consentire al giudice di valutare, in sede di adozione del decreto di latitanza, l'impossibilità di procedere all'esecuzione della misura custodiale per l'assenza di ulteriori elementi che consentono di pervenire al rintraccio dell'imputato oltre che la volontarietà del ricercato di sottrarsi alla esecuzione della misura cautelare emessa nei suoi confronti.

In merito, invece, alla seconda questione af-

frontata, se cioè lo stato di latitanza cessi o meno a seguito di arresto avvenuto all'estero nell'ambito di altro procedimento, la Corte ha optato per la seconda soluzione concludendo nel senso che tale evento non implichi l'illegittimità delle successive notifiche eseguite nelle forme previste per l'imputato latitante.

Anche sul punto erano presenti due differenti orientamenti giurisprudenziali.

In base ad una prima linea interpretativa la cessazione dello stato di latitanza determinava l'illegittimità delle successive notifiche eseguite ai sensi dell'art. 165 c.p.p. anche qualora non fosse stato portato a conoscenza del giudice procedente (Cass., sez. I, 19 maggio 2009, n. 22076; Cass., sez. V, 5 dicembre 2008, n. 9746).

Secondo l'altro orientamento, invece, l'arresto dell'imputato all'estero sarebbe stato irrilevante sul regime delle notifiche effettuate nelle forme previste per il latitante, in assenza di un atto che documentasse la cognizione giudiziale del fatto al momento della notifica (Cass., sez. VI, 15 dicembre 2003, n.14239).

Aderendo a tale secondo orientamento, la Corte ha rilevato che, determinando la detenzione all'estero un impedimento a comparire che preclude la dichiarazione di contumacia (così, Cass., sez. un., 29 giugno 2006, n.37483), occorre, in linea con il dettato normativo contenuto nell'art. 420 *bis* c.p.p., che la causa dell'impedimento risulti agli atti.

In tale prospettiva se l'impedimento alla partecipazione conseguente alla detenzione all'estero deve "risultare" dagli atti, allo stesso modo deve "risultare" dagli atti il successivo venir meno delle condizioni che avevano dato luogo alla dichiarazione di latitante non potendosi logicamente ipotizzare che il regime dell'imputato a partecipare al processo possa essere subordinato a presupposti più rigorosi di quelli, in ipotesi, previsti per il regime delle relative notificazioni.

In ogni caso, resta necessario il coordinamento che deve instaurarsi tra le forze di polizia e tra queste e l'autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento restrittivo dal quale è insorto lo stato di latitanza.

Sicché è compito della polizia, cui spetta l'esecuzione delle ricerche della persona in stato di latitanza, di procedere alla costante verifica di tutte le informazioni desumibili, tra l'altro, dai sistemi informativi nazionali e internazionali e di comunicare prontamente alla autorità giudiziaria procedente l'eventuale arresto avvenuto all'estero della persona ricercata.

* * *

NEL PROCESSO A CARICO DI IMPUTATI MINORENNI LA COMPETENZA A CELEBRARE IL GIUDIZIO ABBREVIATO SPETTA SEMPRE AL GIUDICE COLLEGIALE (Cass., sez. un., 5 maggio 2014, n. 18292)

Con la questione rimessa alle Sezioni Unite, era stato chiesto di stabilire se nel procedimento a carico di imputati minorenni la competenza per il giudizio abbreviato, instaurato a seguito di giudizio immediato, appartenga al giudice per le indagini preliminari ovvero al giudice dell'udienza preliminare nella composizione collegiale prevista dall'art. 50-bis, comma 2, ord. giud.

Nel caso di specie, il tribunale per i minorenni aveva condannato un imputato in sede di giudizio abbreviato instaurato in seguito a giudizio immediato, nella composizione prevista per la udienza preliminare, vale a dire un magistrato in funzione di presidente e due giudici onorari *a latere*. La corte di appello annullava la sentenza ai sensi dell'art. 604 c.p.p. ravvisando un'incompetenza del giudice che aveva giudicato nella composizione collegiale. Avverso tale decisione aveva proposto ricorso per cassazione il procuratore generale della Repubblica presso la corte di appello deducendo che nel processo minorile deve essere il g.u.p. (collegiale) e non il g.i.p. (monocratico) a giudicare in caso di giudizio abbreviato istaurato a seguito di giudizio immediato nei confronti di imputato minorenni.

Sul tema, per la verità, non si era formato, nel corso degli anni, un vero e proprio contrasto interpretativo così evidente. In effetti, la giurisprudenza era pressoché orientata nel ritenere la competenza dell'organo monocratico (Cass., sez. IV, 16 settembre 2008, n. 38481; Cass., sez. VI, 5 febbraio 2009 n. 14389; Cass., sez. II, 12 luglio 2013, n. 44617). Solo la sezione remittente, attraverso ragioni di carattere sistematico e di inquadramento degli istituti nei principi ispiratori della specialità della condizione dell'imputato minorenni, aveva ipotizzato più corretta la differente soluzione ritenendo di investire della questione le sezioni unite.

La sentenza annotata, dopo aver rinvenuto nella violazione delle disposizioni attributive delle funzioni tra g.i.p. e g.u.p. minorile un'ipotesi di violazione delle regole sulla competenza funzionale generativa di nullità assoluta rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, ha ritenuto che nel processo minorile è applicabile, anche per il giudizio abbreviato innestato su un giudizio immediato, la regola secondo cui il giudice deve avere la speciale composizione del g.u.p. prevista per la udienza

preliminare dall'art. 50-bis, comma 2, ord. giud. (un magistrato e due giudici onorari, un uomo e una donna).

Nonostante, infatti, in difetto di un'espressa previsione, parrebbe in astratto applicabile il modello previsto per il processo contro gli adulti in forza del principio di sussidiarietà di cui all'art. 1, comma 1, c.p.p. min., secondo la Corte le disposizioni generali, sempre in base al medesimo principio, vanno applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenni.

Per tale ragione, secondo le Sezioni Unite, non è dubbio che la funzione di giudizio nel processo minorile richieda specifiche indagini sulla personalità del minore che richiedono l'intervento di un organo specializzato, integrato da esperti, diversificati per genere, che affiancano il giudice in quanto in possesso di particolari competenze.

Anche a non voler considerare tali argomenti di carattere sistematico ed a volersi mantenere sul piano strettamente esegetico, poiché, in base all'art. 441, comma 1, c.p.p., al giudizio abbreviato si estendono le disposizioni previste per la udienza preliminare e posto che anche questa norma deve ritenersi richiamata dall'art. 1, comma 1, c.p.p. min., è alle norme della udienza preliminare minorile, in cui il giudice ha composizione integrata, che il rinvio deve intendersi essere fatto.

In applicazione di tale ragionamento, la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza e rimesso gli atti alla sezione dei minorenni di altra corte di appello.

NEL GIUDIZIO DI IMPUGNAZIONE NON VIOLA IL PRINCIPIO DEL DIVIETO DI *REFORMATIO IN PEJUS* IL GIUDICE CHE, NEL RIDETERMINARE IN MISURA MAGGIORE GLI AUMENTI A TITOLO DI CONTINUAZIONE, NON MODIFICA LA PENA COMPLESSIVAMENTE IRROGATA

(Cass., sez. un., 14 aprile 2014, n. 16208)

La questione risolta dalle Sezioni Unite con la sentenza annotata può essere così sintetizzabile: se, nel caso di impugnazione del solo imputato, nel giudizio di rinvio che concerne l'applicazione della disciplina del reato continuato, il divieto di *reformatio in peius* riguardi soltanto la pena inflitta, quale risultante delle diverse operazioni di calcolo, le quali possono essere condotte in modo da produrre addendi diversi da quelli fissati nel procedimento oggetto di annullamento, ovvero abbia ad oggetto, non soltanto il risultato finale, ma anche tutti gli elementi del calcolo della pena.

SEZIONI UNITE

Nel caso oggetto di decisione era accaduto che la corte di cassazione avesse annullato una sentenza della corte di appello la quale, accogliendo l'appello del pubblico ministero proposto avverso una sentenza di proscioglimento, nell'affermare la penale responsabilità dell'imputato, aveva unificato i vari reati contestati sotto il vincolo della continuazione individuando uno di essi come reato più grave. In particolare, la corte di cassazione aveva annullato la sentenza di condanna limitatamente alla individuazione del reato più grave ai fini dell'applicazione della disciplina del reato continuato.

In sede di rinvio per nuovo esame in ordine alla rideterminazione del trattamento sanzionatorio, la corte territoriale, pur non modificando la pena finale irrogata all'imputato, modulava differentemente gli aumenti di pena a titolo di continuazione in relazione ai reati satelliti.

Sul punto, la sezione remittente aveva messo in evidenza come sebbene alcuni precedenti delle stesse Sezioni Unite (Cass., sez.un., 17 settembre 2005, n.40910 e Cass., sez. un., 19 gennaio 1994, n. 4460) cui aveva fatto seguito, proprio con riferimento al giudizio di rinvio, un'altra decisione (Cass., sez. I, 18 giugno 2008, n. 28862) avessero statuito che l'art. 597, comma 4, c.p.p. debba intendersi come preclusivo ad aumenti di pena praticati sui reati che concorrono alla determinazione della misura finale di essa, il principio in questione era stato tuttavia contrastato da alcune pronunce successive. In forza di tale diverso orientamento, in particolare, il principio del divieto di *reformatio in peius* concernerebbe unicamente la pena complessiva e non i singoli elementi che la compongono o i calcoli effettuati per giungere alla sua determinazioni, ivi compresi gli aumenti e le diminuzioni (Cass., sez. I, 13 marzo 2007, n. 13702; Cass., sez. III, 24 marzo 2010, n. 25606).

La sentenza annotata, dopo aver constatato come, in effetti, gli orientamenti che si sono formati sulla problematica in questione siano ben più multiformi rispetto a quelli denunciati dalla corte remittente e come, talvolta, essi si siano sviluppati addirittura in assenza di una dichiarata presa di distanza dalle pronunce delle Sezioni Unite, ha affrontato la questione della interpretazione del principio del divieto di *reformatio in peius*, oltre che in una prospettiva storica, anche passando in rassegna le varie tesi che si sono misurate, in dottrina ed in giurisprudenza, per fornire la giustificazione teorica allo stesso.

Analizzando le varie posizioni, tuttavia, la Corte non ha rinvenuto gli spunti necessari per fornire

risposta al quesito che, nella specie, risente della peculiarità della fattispecie oggetto di decisione.

Per fornire risposta al quesito, la Corte ha, invece, preso le mosse dalla disamina dei tratti tipizzanti del "fenomeno" del reato continuato che costituisce l'oggetto su cui deve commisurarsi il raffronto tra i trattamenti sanzionatori.

Posto che l'applicazione del cumulo giuridico ed il corollario del meccanismo di unificazione del trattamento sanzionatorio, presuppongono la individuazione dei termini che compongono il cumulo e la determinazione di un certo ordine della sequenza, nel caso in cui muti una o più delle regie giudicande cumulate o il relativo bagaglio circostanziale oppure la regie giudicanda-satellite diviene più grave o muta la qualificazione giuridica di quella più grave, è lo stesso meccanismo di unificazione a subire una "novazione" di carattere strutturale, non permettendo più di sovrapporre la nuova dimensione strutturale a quella oggetto del precedente giudizio, giacché, ove così fosse, si introdurrebbe una regola di invarianza priva di qualsiasi logica giustificazione.

Secondo il ragionamento della Corte, in tali casi l'unico elemento di confronto non può che essere rappresentato dalla pena finale, dal momento che è solo questa che "non deve essere superata" dal giudice del gravame ed a tale riguardo, a conforto della correttezza della conclusione raggiunta, militerebbe anche un argomento di carattere letterale.

L'art. 597, comma 4, c.p.p., nello stabilire il principio in virtù del quale se è accolto l'appello dell'imputato in relazione a circostanze o reati concorrenti, anche se unificati dalla continuazione, la pena «complessivamente irrogata» è «corrispondentemente diminuita», ha preso in considerazione, come termine di riferimento e vincolo per il nuovo giudice, soltanto la pena complessiva e non certo i singoli segmenti – o passaggi di giudizio – che hanno concorso a determinare quella pena.

In conclusione, secondo la decisione annotata, non viola il divieto di *reformatio in peius* di cui all'art. 597, comma 3, c.p.p. il giudice di rinvio che, individuata la violazione più grave a norma dell'art. 81, cpv. c.p., in conformità a quanto stabilito nella sentenza della corte di cassazione, pronunciata su ricorso del solo imputato, apporti per uno dei reati in continuazione un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, pur non irrogando una pena complessivamente superiore a quella già riportata.

Oneri del ricorrente e controllo sulla motivazione

Corte di Cassazione, sezione II, sentenza 5 novembre 2013, n. 1401 – Pres. Gentile; Rel. Beltrani

Va recepita e applicata anche in sede penale la teoria della “autosufficienza del ricorso”, elaborata in sede civile; ne consegue che quando i motivi riguardano specifici atti processuali, la cui compiuta valutazione si assume essere stata omessa o travisata, è onere del ricorrente suffragare la validità del suo assunto mediante l'allegazione o la completa trascrizione dell'integrale contenuto degli atti specificamente indicati, posto che anche in sede penale è precluso al giudice di legittimità l'esame diretto degli atti del processo.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

1. La Corte d'appello di Reggio Calabria, con la sentenza indicata in epigrafe, ha confermato la sentenza emessa dal Tribunale di Locri in composizione monocratica che, in data 2 aprile 2004, aveva dichiarato gli odierni ricorrenti colpevoli di concorso nella ricettazione di particolare tenuità di una scheda SIM provento di furto denunciato in data 22 gennaio 1999, accertata nel maggio del 1999, condannando tutti – ritenute le circostanze attenuanti generiche in favore del solo (...) – alle pene per ciascuno ritenute di giustizia. 1.1. Deve, in proposito, immediatamente evidenziarsi che, pur a fronte di una più ampia contestazione, riguardante la ricezione di “un telefono cellulare marca Motorola Mod. Star Tac 85 completo di scheda SIM con due microprocessori uno avente n. (...) OMNITEL e l'altro con il n. (...) OMNITEL, provento di furto denunciato da (...) in data 22.01.1999 presso i CC Stazione di Bologna – Arcoveggio. In Ardore, accertato nel maggio 1999” (cfr. capo di imputazione riportato in epigrafe della sentenza di primo grado), e pur se il dispositivo della sentenza di primo grado dichiara gli odierni ricorrenti colpevoli “del reato a loro ascritto in rubrica”, la motivazione del Tribunale è all'evidenza chiara e netta nell'affermare la responsabilità dei tre unicamente in relazione alla ricettazione di una scheda SIM (quella utilizzata per effettuare molestie telefoniche in danno di (...), che avevano dato il via alle odierne indagini): “Per quanto attiene alla condotta posta in essere dagli odierni imputati, non vi è dubbio che la stessa rientri in una di quelle previste dall'art. 628 c.p. (*rectius*, art. 648), avendo il (...), il (...) e lo (...) ricevuto ed utilizzato più volte la scheda telefonica di proprietà del (...) a lui precedentemente asportata. La sussistenza dell'elemento psicologico è, poi, pienamente provata dal fatto che gli odierni imputati hanno utilizzato una scheda telefonica sui

loro apparecchi conoscendone la provenienza delittuosa, in quanto nessuno di loro era il titolare della stessa, e non essendo questa pervenuta in loro possesso secondo le normali regole del commercio in tale settore”. 1.2. Altrettanto trasparente appare la volontà della Corte di appello di confermare (tra l'altro, in difetto di un appello del P.M., il che precludeva tout court la possibilità di modificare in *peius* il *dictum* del Tribunale) la predetta pronuncia.

2. Avverso tale provvedimento, gli imputati (tutti con l'ausilio di difensori iscritti nell'apposito albo speciale) hanno proposto ricorso per cassazione, deducendo i motivi di seguito enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione, come disposto dall'art. 173 disp. att. c.p.p., comma 1:

Ricorso (...):

1 – inosservanza od erronea applicazione dell'art. 648 c.p. in relazione agli artt. 187, 192 e 533 c.p.p., per insufficienza della prova oltre ogni ragionevole dubbio della commissione del reato (lamenta, in concreto, che l'imputato sia stato condannato sulla base di un mero e singolo indizio, per giunta in mancanza della prova del necessario elemento soggettivo (per difetto di consapevolezza), essendo stato valorizzato unicamente l'accertamento di aver fatto telefonate di molestia ad una donna, inserendo sul proprio telefono cellulare una delle SIM rubate);

2 – contraddittorietà ovvero manifesta illogicità della motivazione della sentenza impugnata (con espresso riferimento ai rilievi di cui a ff. 4 e 5), per le medesime ragioni;

3 – lamenta, infine, che il reato, accertato nel maggio del 1999, sarebbe comunque estinto per prescrizione.

Ha concluso chiedendo l'annullamento della sentenza impugnata, con ogni conseguenza di legge, ovvero dichiarare l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

Ricorso (...):

1 – violazione dell'art. 648 cpv. c.p. e mancanza di motivazione:

dopo avere asseritamente trascritto integralmente l'atto di appello, lamenta omessa motivazione quanto al necessario dolo specifico di ricettazione, essendo all'uopo irrilevante il mero utilizzo per pochi minuti di una SIM card di provenienza furtiva; lamenta, per le stesse ragioni, violazione dell'art. 648 c.p.;

2 – vizio di motivazione quanto al presunto utilizzo della SIM card ricettata da parte dell'imputato (lamentava in proposito che nulla dimostrava che l'imputato avesse disponibilità del telefono cellulare sul quale risultava inserita la predetta SIM card, poiché il predetto telefono cellulare non risultava intestato all'imputato:

a tali rilievi, costituenti oggetto dell'appello, la Corte di appello avrebbe opposto una motivazione illogica);

3 – vizio di motivazione quanto all'omessa applicazione della sospensione condizionale della pena (lamentava omessa motivazione da parte della Corte di appello in ordine alla relativa richiesta, formulata con l'atto di appello).

Ha concluso chiedendo l'annullamento della sentenza impugnata.

Ricorso (...):

1 – violazione dell'art. 648 c.p. – art. 27 Cost. – art. 192 c.p.p. (lamentava che manchi la prova dell'avvenuto utilizzo, da parte dell'imputato, del telefono cellulare nel quale era stata inserita la scheda telefonica di provenienza furtiva).

Ha concluso chiedendo la cassazione della sentenza impugnata, con adozione di ogni altro provvedimento correlato.

3. All'odierna udienza pubblica, dopo il controllo della regolarità degli avvisi di rito, le parti presenti hanno concluso come da epigrafe, e questa Corte Suprema ha deciso come da dispositivo in atti, pubblicato mediante lettura in udienza.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso di (...) è fondato limitatamente alla sospensione condizionale della pena, ed è, nel complesso, infondato nel resto; sono, nel complesso, infondati anche i ricorsi di (...) e (...).

I LIMITI DEL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ SULLA MOTIVAZIONE.

1. È necessario premettere, con riguardo ai limiti del sindacato di legittimità sulla motivazione dei provvedimenti oggetto di ricorso per cassazione, delineati dall'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), come vigente a seguito delle modifiche introdotte dalla L. n. 46 del 2006, che, a parere di questo collegio, la predetta novella non ha comportato la possibilità, per il giudice della legittimità, di effettuare un'indagine sul discorso giustificativo della decisione, finalizzata a sovrapporre la propria valutazione a quella già effettuata dai giudici di merito, dovendo il giudice della legittimità limitarsi a verificare l'adeguatezza delle considerazioni di cui il giudice di merito si è avvalso per giustificare il suo convincimento.

1.1. La mancata rispondenza di queste ultime alle acquisizioni processuali può, soltanto ora, essere dedotta quale motivo di ricorso qualora comporti il cd. "travisamento della prova" (consistente nell'utilizzazione di un'informazione inesistente o nell'omissione della valutazione di una prova, accomunate dalla necessità che il dato pro-

batorio, travisato od omesso, abbia il carattere della decisività nell'ambito dell'apparato motivazionale sottoposto a critica), purché siano indicate in maniera specifica ed inequivoca le prove che si pretende essere state travisate, nelle forme di volta in volta adeguate alla natura degli atti in considerazione, in modo da rendere possibile la loro lettura senza alcuna necessità di ricerca da parte della Corte, e non ne sia effettuata una monca individuazione od un esame parcellizzato. 1.1.1. Il ricorso che, in applicazione della nuova formulazione dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), intenda far valere il vizio di "travisamento della prova" deve, a pena di inammissibilità (Cass. pen., sez. 1, sentenza n. 20344 del 18 maggio 2006, CED Cass. n. 234115; sez. 6, sentenza n. 45036 del 2 dicembre 2010, CED Cass. n. 249035):

(a) identificare specificamente l'atto processuale sul quale fonda la doglianza;

(b) individuare l'elemento fattuale o il dato probatorio che da tale atto emerge e che risulta asseritamente incompatibile con la ricostruzione svolta nella sentenza impugnata;

(c) dare la prova della verità dell'elemento fattuale o del dato probatorio invocato, nonché dell'effettiva esistenza dell'atto processuale su cui tale prova si fonda tra i materiali probatori ritualmente acquisiti nel fascicolo del dibattimento;

(d) indicare le ragioni per cui l'atto invocato asseritamente inficia e compromette, in modo decisivo, la tenuta logica e l'intera coerenza della motivazione, introducendo profili di radicale "incompatibilità" all'interno dell'impianto argomentativo del provvedimento impugnato.

1.1.2. In proposito, può ritenersi ormai consolidato, nella giurisprudenza di legittimità, il principio della cd. "autosufficienza del ricorso", inizialmente elaborato dalle Sezioni civili di questa Corte Suprema.

Valorizzando dapprima la formulazione dell'art. 360 c.p.p., comma 1, n. 5, (a norma del quale le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado possono essere impuginate con ricorso per Cassazione:

"(...) 5) per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile di ufficio"; la disposizione stabilisce attualmente, all'esito delle modifiche apportate dal D.L. n. 83 del 2012, art. 54, convertito in L. n. 134 del 2012, che le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado possono essere impuginate con ricorso per cassazione "(...) 5) per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti"), ed attualmente la formulazione (introdotta dal D.Lgs. n. 40 del 2006) dell'art. 366 c.p.p., comma 1, n. 6, (a norma del quale il ricorso per cassazione deve contenere, a pena di inammissibilità: "(...) 6) la specifica indicazione degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda"), si è osservato che il ricorso per cassazione deve ritenersi ammissibile in generale, in relazione al principio dell'autosufficienza che lo connota, quando da esso, pur mancando l'esposizione dei motivi del gravame che era stato proposto contro la decisione del giudice di primo grado, non risulti impedito di avere ade-

ONERI DEL RICORRENTE E CONTROLLO SULLA MOTIVAZIONE

guata contezza, senza necessità di utilizzare atti diversi dal ricorso, della materia che era stata devoluta al giudice di appello e delle ragioni che i ricorrenti avevano inteso far valere in quella sede, essendo esse univocamente desumibili sia da quanto nel ricorso stesso viene riferito circa il contenuto della sentenza impugnata, sia dalle critiche che ad essa vengono rivolte (Cass. civ. sez. 2, sentenza 2 dicembre 2005, n. 26234, CED Cass. n. 585217; sez. lav., sentenza 17 agosto 2012, n. 14561, CED Cass. n. 623618).

Tenuto conto dei principi e delle finalità complessivamente sottesi al giudizio di legittimità, questa Corte Suprema ha già ritenuto che “la teoria dell’autosufficienza del ricorso elaborata in sede civile debba essere recepita e applicata anche in sede penale con la conseguenza che, quando la doglianza abbia riguardo a specifici atti processuali, la cui compiuta valutazione si assume essere stata omessa o travisata, è onere del ricorrente suffragare la validità del suo assunto mediante la completa trascrizione dell’integrale contenuto degli atti specificamente indicati (ovviamente nei limiti di quanto era stato già dedotto in precedenza), posto che anche in sede penale – in virtù del principio di autosufficienza del ricorso come sopra formulato e richiamato – deve ritenersi precluso a questa Corte l’esame diretto degli atti del processo, a meno che il fumus del vizio dedotto non emerga all’evidenza dalla stessa articolazione del ricorso” (sez. 1, sentenza n. 16706 del 18 marzo – 22 aprile 2008, CED Cass. n. 240123; sez. 1, sentenza n. 6112 del 22 gennaio – 12 febbraio 2009, CED Cass. n. 243225; sez. 5, sentenza n. 11910 del 22 gennaio – 26 marzo 2010, CED Cass. n. 246552, per la quale è inammissibile il ricorso per cassazione che deduca il vizio di manifesta illogicità della motivazione e, pur richiamando atti specificamente indicati, non contenga la loro integrale trascrizione o allegazione e non ne illustri adeguatamente il contenuto, così da rendere lo stesso autosufficiente con riferimento alle relative doglianze; sez. 6, sentenza n. 29263 dell’8-26 luglio 2010, CED Cass. n. 248192, per la quale il ricorso per cassazione che denuncia il vizio di motivazione deve contenere, a pena di inammissibilità e in forza del principio di autosufficienza, le argomentazioni logiche e giuridiche sottese alle censure rivolte alla valutazione degli elementi probatori, e non può limitarsi a invitare la Corte alla lettura degli atti indicati, il cui esame diretto è alla stessa precluso; sez. 2, sentenza n. 25315 del 20 marzo – 27 giugno 2012, CED Cass. n. 253073, per la quale in tema di ricorso per cassazione, è onere del ricorrente, che lamenti l’omessa o travisata valutazione dei risultati delle intercettazioni effettuate, indicare l’atto asseritamente affetto dal vizio denunciato, curando che esso sia effettivamente acquisito al fascicolo trasmesso al giudice di legittimità o anche provvedendo a produrlo in copia nel giudizio di cassazione).

In proposito, va, pertanto, affermato il seguente principio di diritto:

“In tema di ricorso per cassazione, va recepita e applicata anche in sede penale la teoria della “autosufficienza del ricorso”, elaborata in sede civile; ne consegue che, quando i motivi riguardino specifici atti processuali, la cui compiuta valutazione si assume essere stata omessa o travisata, è onere del ricorrente suffragare la validità del suo assunto

mediante l’allegazione o la completa trascrizione dell’integrale contenuto degli atti specificamente indicati, non potendo egli limitarsi ad invitare la Corte Suprema alla lettura degli atti indicati, posto che anche in sede penale è precluso al giudice di legittimità l’esame diretto degli atti del processo”. 1.2. La mancanza, l’illogicità e la contraddittorietà della motivazione, come vizi denunciabili in sede di legittimità, devono risultare di spessore tale da risultare percepibili *ictu oculi*, dovendo il sindacato di legittimità al riguardo essere limitato a rilievi di macroscopica evidenza, restando ininfluenti le minime incongruenze e considerandosi disattese le deduzioni difensive che, anche se non espressamente confutate, siano logicamente incompatibili con la decisione adottata, purché siano spiegate in modo logico ed adeguato le ragioni del convincimento senza vizi giuridici (in tal senso, conservano validità, e meritano di essere tuttora condivisi, i principi affermati da questa Corte Suprema, sez. Un., sentenza n. 24 del 24 novembre 1999, CED Cass. n. 214794; sez. Un., sentenza n. 12 del 31 maggio 2000, CED Cass. n. 216260; sez. Un., sentenza n. 47289 del 24 settembre 2003, CED Cass. n. 226074).

Devono tuttora escludersi la possibilità, per il giudice di legittimità, di “un’analisi orientata ad esaminare in modo separato ed atomistico i singoli atti, nonché i motivi di ricorso su di essi imperniati ed a fornire risposte circoscritte ai diversi atti ed ai motivi ad essi relativi” (Cass. pen., sez. 6, sentenza n. 14624 del 20 marzo 2006, CED Cass. n. 233621; sez. 2, sentenza n. 18163 del 22 aprile 2008, CED Cass. n. 239789), e di una rilettura degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione o dell’autonoma adozione di nuovi e diversi parametri di ricostruzione e valutazione dei fatti (sez. 6, sentenza n. 27429 del 4 luglio 2006, CED Cass. n. 234559; sez. 6, sentenza n. 25255 del 14 febbraio 2012, CED Cass. n. 253099). 1.3. Il giudice di legittimità ha, pertanto, ai sensi del novellato art. 606 c.p.p., il compito di accertare (Cass. pen., sez. 6, sentenza n. 35964 del 28 settembre 2006, CED Cass. n. 234622; sez. 3, sentenza n. 39729 del 18 giugno 2009, CED Cass. n. 244623; sez. 5, sentenza n. 39048 del 25 settembre 2007, CED Cass. n. 238215; sez. 2, sentenza n. 18163 del 22 aprile 2008, CED Cass. n. 239789):

(a) il contenuto del ricorso (che deve contenere gli elementi sopra individuati);

(b) la decisività del materiale probatorio richiamato (che deve essere tale da disarticolare l’intero ragionamento del giudicante o da determinare almeno una complessiva incongruità della motivazione);

(c) l’esistenza di una radicale incompatibilità con l’iter motivazionale seguito dal giudice di merito e non di un semplice contrasto;

(d) la sussistenza di una prova omessa od inventata, e del ed. “travisamento del fatto”, ma solo qualora la difformità della realtà storica sia evidente, manifesta, apprezzabile *ictu oculi* ed assuma anche carattere decisivo in una valutazione globale di tutti gli elementi probatori esaminati dal giudice di merito (il cui giudizio valutativo non è sindacabile in sede di legittimità se non manifestamente illogico e, quindi, anche contraddittorio). 1.4. Va, infine, evidenziato che non è denunciabile il vizio di motivazione

con riferimento a questioni di diritto. 1.4.1. Invero, come più volte chiarito dalla giurisprudenza di questa Corte Suprema (sez. 2, sentenze n. 3706 del 21 - 27 gennaio 2009, CED Cass. n. 242634, e n. 19696 del 20 - 25 maggio 2010, CED Cass. n. 247123), anche sotto la vigenza dell'abrogato codice di rito (sez. 4, sentenza n. 6243 del 7 marzo - 24 maggio 1988, CED Cass. n. 178442), il vizio di motivazione denunciabile nel giudizio di legittimità è solo quello attinente alle questioni di fatto e non anche di diritto, giacché ove queste ultime, anche se in maniera immotivata o contraddittoriamente od illogicamente motivata, siano comunque esattamente risolte, non può sussistere ragione alcuna di doglianza, mentre, viceversa, ove tale soluzione non sia giuridicamente corretta, poco importa se e quali argomenti la sorreggano.

E, d'altro canto, l'interesse all'impugnazione potrebbe nascere solo dall'errata soluzione di una questione giuridica, non dall'eventuale erroneità degli argomenti posti a fondamento giustificativo della soluzione comunque corretta di una siffatta questione (sez. 4, sentenza n. 4173 del 22 febbraio - 13 aprile 1994, CED Cass. n. 197993).

Va, pertanto, ribadito il seguente principio di diritto: "nel giudizio di legittimità il vizio di motivazione non è denunciabile con riferimento alle questioni di diritto decise dal giudice di merito, allorché la soluzione di esse sia giuridicamente corretta. D'altro canto, l'interesse all'impugnazione potrebbe nascere soltanto dall'errata soluzione delle suddette questioni, non dall'indicazione di ragioni errate a sostegno di una soluzione comunque giuridicamente corretta).

LA NECESSARIA SPECIFICITÀ DEL RICORSO PER CASSAZIONE.

2. La giurisprudenza di questa Corte Suprema è, condivisibilmente, orientata nel senso dell'inammissibilità, per difetto di specificità, del ricorso presentato prospettando vizi di motivazione del provvedimento impugnato, i cui motivi siano enunciati in forma perplessa o alternativa (sez. 6, sentenza n. 32227 del 16 luglio 2010, CED Cass. n. 248037: nella fattispecie il ricorrente aveva lamentato la "mancanza e/o insufficienza e/o illogicità della motivazione" in ordine alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari posti a fondamento di un'ordinanza applicativa di misura cautelare personale; sez. 6, sentenza n. 800 del 6 dicembre 2011 - 12 gennaio 2012, Bidognetti ed altri, CED Cass. n. 251528).

Invero, l'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), stabilisce che i provvedimenti sono ricorribili per "mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame".

La disposizione, se letta in combinazione con l'art. 581 c.p.p., comma 1, lett. c), (a norma del quale è onere del ricorrente "enunciare i motivi del ricorso, con l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta") evidenzia che non può ritenersi consentita l'enunciazione perplessa ed alternativa dei motivi di ricorso, essendo onere del ricorrente di specificare con precisione se la deduzione di vizio di motivazione

sia riferita alla mancanza, alla contraddittorietà od alla manifesta illogicità ovvero a una pluralità di tali vizi, che vanno indicati specificamente in relazione alle varie parti della motivazione censurata. Il principio è stato più recentemente accolto anche da questa sezione, a parere della quale "È inammissibile, per difetto di specificità, il ricorso nel quale siano prospettati vizi di motivazione del provvedimento impugnato, i cui motivi siano enunciati in forma perplessa o alternativa, essendo onere del ricorrente specificare con precisione se le censure siano riferite alla mancanza, alla contraddittorietà od alla manifesta illogicità ovvero a più di uno tra tali vizi, che vanno indicati specificamente in relazione alle parti della motivazione oggetto di gravame" (sez. 2, sentenza n. 31811 dell'8 maggio 2012, CED Cass. n. 254329). Per tali ragioni la censura alternativa ed indifferenziata di mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione risulta priva della necessaria specificità, il che rende il ricorso inammissibile.

2.1. Infine, secondo altro consolidato e condivisibile orientamento di questa Corte Suprema (per tutte, sez. 4, sentenza n. 15497 del 22 febbraio - 24 aprile 2002, CED Cass. n. 221693; sez. 6, sentenza n. 34521 del 27 giugno - 8 agosto 2013, CED Cass. n. 256133), è inammissibile per difetto di specificità il ricorso che riproponga pedissequamente le censure dedotte come motivi di appello (al più con l'aggiunta di frasi incidentali contenenti contestazioni, meramente assertive ed apodittiche, della correttezza della sentenza impugnata) senza prendere in considerazione, per confutarle, le argomentazioni in virtù delle quali i motivi di appello non siano stati accolti.

2.1.1. Si è, infatti, esattamente osservato (sez. 6, sentenza n. 8700 del 21 gennaio - 21 febbraio 2013, CED Cass. n. 254584) che "La funzione tipica dell'impugnazione è quella della critica argomentata avverso il provvedimento cui si riferisce. Tale critica argomentata si realizza attraverso la presentazione di motivi che, a pena di inammissibilità (artt. 581 e 591 c.p.p.), debbono indicare specificamente le ragioni di diritto e gli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta. Contenuto essenziale dell'atto di impugnazione è, pertanto, innanzitutto e indefettibilmente il confronto puntuale (cioè con specifica indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che fondano il dissenso) con le argomentazioni del provvedimento il cui dispositivo si contesta). 2.1.2. Il motivo di ricorso in cassazione è caratterizzato da una "duplice specificità": "Deve essere sì anch'esso conforme all'art. 581 c.p.p., lett. C (e quindi contenere l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta presentata al giudice dell'impugnazione); ma quando "attacca" le ragioni che sorreggono la decisione deve, altresì, contemporaneamente enucleare in modo specifico il vizio denunciato, in modo che sia chiaramente sussumibile fra i tre, soli, previsti dall'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), deducendo poi, altrettanto specificamente, le ragioni della sua decisività rispetto al percorso logico seguito dal giudice del merito per giungere alla deliberazione impugnata, sì da condurre a decisione differente" (sez. 6, sentenza n. 8700 del 21 gennaio - 21 febbraio 2013, CED Cass. n. 254584).

ONERI DEL RICORRENTE E CONTROLLO SULLA MOTIVAZIONE

2.1.3. Risulta, pertanto, evidente che, “se il motivo di ricorso si limita a riprodurre il motivo d’appello, per ciò solo si destina all’inammissibilità, venendo meno in radice l’unica funzione per la quale è previsto e ammesso (la critica argomentata al provvedimento), posto che con siffatta mera riproduzione il provvedimento ora formalmente “attaccato”, lungi dall’essere destinatario di specifica critica argomentata, è di fatto del tutto ignorato. Nè tale forma di redazione del motivo di ricorso (la riproduzione grafica del motivo d’appello) potrebbe essere invocata come implicita denuncia del vizio di omessa motivazione da parte del giudice d’appello in ordine a quanto devolutogli nell’atto di impugnazione. Infatti, quand’anche effettivamente il giudice d’appello abbia omesso una risposta, comunque la mera riproduzione grafica del motivo d’appello condanna il motivo di ricorso all’inammissibilità. E ciò per almeno due ragioni. È censura di merito. Ma soprattutto (il che vale anche per l’ipotesi delle censure in diritto contenute nei motivi d’appello) non è mediata dalla necessaria specifica e argomentata denuncia del vizio di omessa motivazione (e tanto più nel caso della motivazione cosiddetta apparente che, a differenza della mancanza “grafica”, pretende la dimostrazione della sua mera “apparenza” rispetto ai temi tempestivamente e specificamente dedotti); denuncia che, come detto, è pure onerata dell’obbligo di argomentare la decisività del vizio, tale da imporre diversa conclusione del caso”.

2.1.4. Può, pertanto, concludersi che “la riproduzione, totale o parziale, del motivo d’appello ben può essere presente nel motivo di ricorso (ed in alcune circostanze costituisce incumbente essenziale dell’adempimento dell’onere di autosufficienza del ricorso), ma solo quando ciò serva a “documentare” il vizio enunciato e dedotto con autonoma specifica ed esaustiva argomentazione, che, ancora indefettibilmente, si riferisce al provvedimento impugnato con il ricorso e con la sua integrale motivazione si confronta. A ben vedere, si tratta dei principi consolidati in materia di “motivazione per relazione” nei provvedimenti giurisdizionali e che, con la mera sostituzione dei parametri della prima sentenza con i motivi d’appello e della seconda sentenza con i motivi di ricorso per cassazione, trovano piena applicazione anche in ordine agli atti di impugnazione” (sez. 6, sentenza n. 8700 del 21 gennaio – 21 febbraio 2013, CED Cass. n. 254584).

LA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA D’APPELLO.

3. Anche il giudice d’appello non è tenuto a rispondere a tutte le argomentazioni svolte nell’impugnazione, giacché le stesse possono essere disattese per implicito o per aver seguito un differente iter motivazionale o per evidente incompatibilità con la ricostruzione effettuata (per tutte, Cass. pen., sez. 6, sentenza n. 1307 del 26 settembre 2002 – 14 gennaio 2003, CED Cass. n. 223061). 3.1. In presenza di una doppia conforma affermazione di responsabilità, va, peraltro, ritenuta l’ammissibilità della motivazione della sentenza d’appello *per relationem* a quella della decisione impugnata, sempre che le censure formulate contro la sentenza di primo grado non contengano elementi ed argomenti diversi da quelli già esaminati e disattesi, in quanto il giudice di appello, nell’effettuazione del controllo della fondatezza degli elementi su cui si regge la sentenza im-

pugnata, non è tenuto a riesaminare questioni sommariamente riferite dall’appellante nei motivi di gravame, sulle quali si sia soffermato il primo giudice, con argomentazioni ritenute esatte e prive di vizi logici, non specificamente e criticamente censurate.

In tal caso, infatti, le motivazioni della sentenza di primo grado e di appello, fondendosi, si integrano a vicenda, confluendo in un risultato organico ed inscindibile al quale occorre in ogni caso fare riferimento per giudicare della congruità della motivazione, tanto più ove i giudici dell’appello abbiano esaminato le censure con criteri omogenei a quelli usati dal giudice di primo grado e con frequenti riferimenti alle determinazioni ivi prese ed ai passaggi logico-giuridici della decisione, sicché le motivazioni delle sentenze dei due gradi di merito costituiscano una sola entità (Cass. pen., sez. 2, sentenza n. 1309 del 22 novembre 1993 – 4 febbraio 1994, CED Cass. n. 197250; sez. 3, sentenza n. 13926 del 1 dicembre 2011 – 12 aprile 2012, CED Cass. n. 252615).

L’AFFERMAZIONE DI RESPONSABILITÀ “OLTRE OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO”.

4. Per quel che concerne il significato da attribuire alla locuzione “oltre ogni ragionevole dubbio”, presente nel testo novellato dell’art. 533 c.p.p. quale parametro cui conformare la valutazione inerente all’affermazione di responsabilità dell’imputato, è opportuno evidenziare che, al di là dell’icastica espressione, mutuata dal diritto anglosassone, ne costituiscono fondamento il principio costituzionale della presunzione di innocenza e la cultura della prova e della sua valutazione, di cui è permeato il nostro sistema processuale.

Si è, in proposito, esattamente osservato che detta espressione ha una funzione meramente descrittiva più che sostanziale, giacché, in precedenza, il “ragionevole dubbio” sulla colpevolezza dell’imputato ne comportava pur sempre il proscioglimento a norma dell’art. 530 c.p.p., comma 2, sicché non si è in presenza di un diverso e più rigoroso criterio di valutazione della prova rispetto a quello precedentemente adottato dal codice di rito, ma è stato ribadito il principio, già in precedenza immanente nel nostro ordinamento costituzionale ed ordinario (tanto da essere già stata adoperata dalla giurisprudenza di questa Corte Suprema – per tutte, sez. Un., sentenza n. 30328 del 10 luglio 2002, CED Cass. n. 222139 –, e solo successivamente recepita nel testo novellato dell’art. 533 c.p.p.), secondo cui la condanna è possibile soltanto quando vi sia la certezza processuale assoluta della responsabilità dell’imputato (Cass. pen., sez. 2, sentenza n. 19575 del 21 aprile 2006, CED Cass. n. 233785; sez. 2, sentenza n. 16357 del 2 aprile 2008, CED Cass. n. 239795).

In argomento, si è più recentemente, e conclusivamente, affermato (sez. 2, sentenza n. 7035 del 9 novembre 2012 – 13 febbraio 2013, CED Cass. n. 254025) che “La previsione normativa della regola di giudizio dell’“al di là di ogni ragionevole dubbio”, che trova fondamento nel principio costituzionale della presunzione di innocenza, non ha introdotto un diverso e più restrittivo criterio di valutazione della prova ma ha codificato il principio giurisprudenziale secondo cui la pronuncia di condanna deve fondarsi sulla certezza processuale della responsabilità dell’imputato”.

ARTURO CAPONE*

Ricercatore in diritto processuale penale – Università degli Studi “Mediterranea” di Reggio Calabria

Autosufficienza del ricorso e specificità dei motivi in Cassazione

The meaning of the self-sufficiency principle in the Cassation Appeal

La tassatività delle specie di invalidità impedisce la creazione giurisprudenziale di cause di inammissibilità; il c.d. “principio di autosufficienza del ricorso” va dunque ricondotto nei consueti limiti della specificità dei motivi, adattata alle peculiarità del vizio. In questa prospettiva è legittima la pretesa che il ricorrente riporti testualmente nel ricorso la proposizione probatoria che si assume travisata o ignorata, ma non quella di trascrivere integralmente l'atto.

Legal conditions for the Cassation Appeal (when the objection concerns the reasons of the decision: art. 606, lett.e, c.p.p.) in order to be admissible impose not to transcribe the full content of the act, but the transcription of the specific critical phrases.

L'AUTOSUFFICIENZA IN AMBITO PROCESSUALE CIVILE

Il principio di autosufficienza del ricorso venne enunciato dalla Cassazione civile a partire dalla metà degli anni Ottanta con riferimento al controllo sulla motivazione; esso veicolava l'esigenza che la decisività della prova di cui era stata omessa l'acquisizione potesse valutarsi sulla base delle deduzioni del ricorrente contenute nell'atto, senza che i giudici di legittimità fossero costretti a indagini integrative *ex actis*¹.

Ben presto però il principio di autosufficienza mostrò una spiccata attitudine espansiva, sia in estensione che in profondità. Da una parte infatti esso fu ribadito anche con riferimento ad altri motivi di ricorso, incluso quello diretto a denunciare eventuali *errores in procedendo*, che pure, secondo una giurisprudenza costante, legittima, anzi esige, una verifica negli atti di causa². D'altra parte s'incominciò a pretendere non solo la dimostrazione dell'idoneità delle censure prospettate a condurre all'annullamento, ma dapprima l'onere di specifica

individuazione dell'atto di cui si denunciava il malgoverno, in modo che i giudici di legittimità fossero agevolati nel suo reperimento tra i documenti prodotti dalle parti ai sensi dell'art. 369, comma 2, n. 4, c.p.c.; poi l'onere di trascriverne integralmente il contenuto³. Si arrivò così all'enunciazione della generale «necessità che il ricorso per cassazione contenga in sé tutti gli elementi indispensabili per individuare le ragioni per cui si chiede l'annullamento della sentenza di merito e, altresì, a permettere la valutazione della fondatezza di tali ragioni, senza fare rinvio alle fonti estranee allo stesso ricorso»⁴.

Il d. lgs. n. 40 del 2006 finì per accogliere il principio di autosufficienza nella sua estensione, ma ridimensionandone un poco le pretese; l'art. 366 c.p.c. difatti si limita a imporre al ricorrente, a pena di inammissibilità, «la specifica indicazione degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda»⁵.

La giurisprudenza di legittimità tuttavia ha manifestato una forte resistenza a ricondurre il principio entro i limiti imposti dal legislatore, continuando per lo più a richiedere, a pena di inammissibilità del ricorso, l'integrale trascrizione dell'atto⁶. Segni

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

¹ Montaldo, *Note sul c.d. principio di autosufficienza dei motivi di cassazione*, *Giust. civ.*, 2006, I, 2087; Rusciano, *In tema di autosufficienza del ricorso per cassazione*, *Giur. it.*, 2005, 1672.

² Caporusso, *Autosufficienza del ricorso per cassazione e divieto di esame diretto degli atti processuali*, in *Scritti in onore di Marco Comporti, Pagliantini – Quadri – Sinesio* (a cura di), Milano, 2008, 457-458.

³ Giusti, *L'autosufficienza del ricorso per cassazione civile*, www.cortedicassazione.it/Documenti, 6-13.

⁴ Rusciano, *op. cit.*, 1672.

⁵ Cfr. Caporusso, *op. cit.*, 465-467; Sassani, *Il nuovo giudizio civile di cassazione*, *Riv. dir. proc.*, 2006, 228.

⁶ Napoletano, *L'autosufficienza del ricorso*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, Iannirubato – Morcavallo (a cura di), Milano, 2010,

ONERI DEL RICORRENTE E CONTROLLO SULLA MOTIVAZIONE

di resipiscenza si riscontrano tuttavia in una recente decisione delle Sezioni unite⁷.

LA RICEZIONE DEL "PRINCIPIO" IN AMBITO PENALE

Dopo anni di dibattito la legge n. 46 del 2006 ha affiancato alla mancanza o manifesta illogicità un terzo vizio della motivazione, impropriamente denominato «contraddittorietà», che risulta dal confronto della medesima motivazione con «altri atti del processo»⁸. Si trattava di consentire l'emersione agli occhi dei giudici di legittimità di due ipotesi gravemente patologiche che un controllo solo interno al provvedimento impugnato avrebbe lasciato sommerse: il travisamento della prova, che si ha quando il giudice di merito fonda la sua decisione sulla valutazione di un atto istruttorio di cui però altera la base testuale, e l'omessa considerazione di una prova, che si ha quando il giudice non dà conto dell'esistenza di una prova contraria regolarmente acquisita⁹.

Vizi simili richiedono un controllo *ex actis*. Il legislatore del 2006, nel restituire ai giudici di legittimità il potere di prendere visione dell'incartamento processuale, ha imposto al ricorrente l'onere di indicare specificamente nei motivi d'impugnazione gli atti processuali asseritamente travisati o ignorati. Si può legittimamente supporre che quest'onere, oltre che per alleggerire i compiti del giudice di legittimità, sia stato stabilito anche per altri due scopi: sottolineare che il vizio in questione non coincide con il "travisamento del fatto", che allude al generico contrasto tra la decisione del giudice e gli atti processuali, ma va inteso come testuale discrasia tra un singolo verbale istruttorio e la parte della motivazione che ne dà o avrebbe dovuto darne conto¹⁰; ammonire i

giudici di legittimità a non prendere spunto dalla denuncia del vizio per avventurarsi in una complessiva rilettura degli atti di causa.

La giurisprudenza penale ha invece per lo più considerato quell'onere alla stregua di una ricezione in ambito processuale penale del principio di autosufficienza; sulla base di tale inquadramento dogmatico ha finito per fare propri, seppure in modo non compatto, gli orientamenti estensivi che caratterizzano la giurisprudenza civile¹¹.

In verità inizialmente la giurisprudenza aveva delineato gli oneri del ricorrente distinguendo con chiarezza il piano della specificità del motivo da quello dell'autosufficienza del ricorso. Sotto il primo profilo, partendo dal presupposto che il travisamento o l'omessa considerazione di una prova non impongono *ipso facto* l'annullamento, se la prova medesima non risulti di tale capacità dimostrativa da disarticolare l'intero ragionamento svolto dal giudicante, la Corte aveva attribuito al ricorrente l'onere di a) individuare l'atto istruttorio di riferimento; b) enunciare l'elemento fattuale che da esso scaturisce; c) dare la prova della verità di tale elemento fattuale; d) indicare le ragioni per cui esso compromette la tenuta logica e la coerenza interna della motivazione¹².

Sotto il secondo profilo la Corte aveva messo in evidenza che l'onere di specifica individuazione dell'atto stabilito dall'art. 606, lett. e), c.p.p. può essere assolto «nelle forme di volta in volta più adeguate alla natura degli atti stessi (integrale esposizione e riproduzione, nel testo del ricorso, allegazione in copia, precisa identificazione della collocazione dell'atto nel fascicolo *et similia*)»¹³.

399-400; per una rassegna della giurisprudenza civile v. Molfese, – Molfese, *Ricorso e controricorso per cassazione in materia civile*, Padova, 2013, 542 ss.; in senso fortemente critico sugli orientamenti della giurisprudenza che hanno inteso «indicazione» come «trascrizione» v. Ricci, *Sull' "autosufficienza" del ricorso per cassazione: il deposito dei fascicoli come esercizio ginnico e l'avvocato cassazionista come amanuense*, *Riv. dir. proc.*, 2010, 736.

⁷ Cass., sez. un., 22.5.2012, n. 8077, *CED Cass.*, 622361, su cui vedi Giusti, *op. cit.*, 18-19.

⁸ Cfr. Bargi, *I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, Gaito (a cura di), Milanofiori Assago, 2006, 166-167; C. Valentini, *La riforma del ricorso per cassazione*, in *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Scalfati (a cura di), Milano, 2006, 221-222.

⁹ Cfr. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 245; Iacoviello, *Il controllo della Cassazione sulle prove: prove invalide, prove travisate, prove ignorate*, *Cass. pen.*, 1994, 1245-1246; in giurisprudenza v. Cass., sez. VII, 11.5.2006, n. 27518, *CED Cass.* 234604.

¹⁰ Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 408-413.

¹¹ Tale ricezione sembra aver coinvolto, oltre a quello di cui all'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., anche altri motivi di ricorso; v. Cass., sez. IV, 13.12.2011, n. 2394, *Cass. pen.*, 2013, 245-246 in tema di *error in procedendo* che richiede, a pena di inammissibilità, un'integrale produzione dell'atto asseritamente inutilizzabile. In termini assai critici Conti, *L'autosufficienza del ricorso nel giudizio penale di cassazione*, in *www.cortedicassazione/Documenti*, 16 parla di «un acritico recepimento della alquanto opinabile giurisprudenza civile in materia».

¹² Cass., sez. VI, 15.3.2006, n. 10951, *Foro it.*, 2006, II, 539. Nel medesimo senso v. Cass., sez. VI, 27.4.2006, n. 32578, *CED Cass.*, 234646; Cass., sez. V, 5.6.2006, n. 23524, *ivi*, 234153.

¹³ Cass., sez. VI, 15.3.2006, n. 10951, *Foro it.*, 2006, II, 539; nel medesimo senso v. Cass., sez. VI, 26.4.2006, n. 22257, *CED Cass.*, 234721; Cass., sez. II, 7.6.2006, n. 19584, *ivi*, 233773. Che i parametri della specificità e dell'autosufficienza vadano tenuti distinti può ricavarsi anche da quella giurisprudenza secondo cui «la mera indicazione nel ricorso di atti che si assumono trascurati o mal interpretati non vale a soddisfare l'esigenza di specificità dei motivi di gravame, dovendo questi comunque rappresentare le ragioni per le quali tali atti, se correttamente valutati, avrebbero dovuto necessariamente o, quantomeno, presumibilmente dar luogo ad una diversa pronuncia decisoria»; così Cass., sez. V, 11.1.2007, n. 8096, *ivi*, 235734.

Successive decisioni hanno tuttavia rigettato la piena fungibilità tra specifica indicazione del luogo ove rintracciare l'atto e documentazione del suo contenuto; aderendo a quella che in ambito processuale civile è stata considerata la versione *light* del principio di autosufficienza, la Corte ha affermato che per superare il vaglio di ammissibilità la c.d. "localizzazione" dell'atto nel fascicolo non basta: occorre una puntuale «illustrazione» o «rappresentazione» delle risultanze ritenute rilevanti¹⁴.

Sempre più spesso però i giudici di legittimità, facendosi interpreti della versione più radicale del principio di autosufficienza, non si accontentano né della specifica indicazione, né della puntuale illustrazione dell'atto travisato o ignorato, ma ne esigono a pena di inammissibilità l'integrale trascrizione nel ricorso o l'allegazione in copia¹⁵.

Il principio di autosufficienza sembra inoltre aver finito per assorbire, sul piano dell'inquadramento dogmatico, anche l'esigenza di specificità; si riconduce infatti a tale principio anche la necessità che il ricorso illustri le argomentazioni logiche e giuridiche sottese alla censure proposte¹⁶.

LA DECISIONE

La sentenza in esame dedica una prima parte al rapporto tra autosufficienza e limiti del sindacato di legittimità sulla motivazione, prevalentemente rivolta a una rigorosa elencazione degli oneri del ricorrente. In caso di ricorso per travisamento od omessa considerazione di una prova si attribuiscono infatti al ricorrente da un lato gli oneri già affermati in giurisprudenza legati alla dimostrazione della sussistenza del vizio (identificazione dell'atto, individuazione del fatto, prova della sua verità, ragioni della sua decisività); dall'altro si chiarisce che il ricorrente deve «suffragare la validità del suo assunto mediante l'allegazione o la completa trascrizione dell'integrale contenuto degli atti specificamente indicati, non potendo egli limitarsi ad invitare la Corte Suprema alla lettura degli atti indicati, posto che anche in sede penale è precluso al giudice di legittimità l'accesso agli atti del processo».

La Corte, dimostrando di porsi nella linea di quelle decisioni che tendono oramai a considerare tutti gli oneri fin qui elencati come espressione del principio di autosufficienza, dedica una diversa parte della sentenza alla regola della specificità dei motivi, che però corrispondentemente si riduce all'esigenza che questi non siano enunciati in forma perplessa o alternativa e non si limitino a reiterare le censure proposte al giudice d'appello, ma spieghino piuttosto perché le risposte di costui debbano considerarsi insoddisfacenti.

Convertendo infine gli oneri del ricorrente in obblighi dei giudici di legittimità, secondo la Corte il controllo sul vizio di motivazione dovrebbe in definitiva soffermarsi, secondo una scansione cronologica e concettuale non del tutto nitida, dapprima sul contenuto del ricorso, da cui deve emergere l'effettivo adempimento degli oneri del ricorrente; poi, in successione, sulla decisività del materiale probatorio richiamato, sulla sua compatibilità con l'iter motivazionale seguito dal giudice e infine sulla sussistenza di un travisamento o di un'omessa considerazione di una prova, sempre che «la difformità dalla realtà storica sia evidente, manifesta, apprezzabile *ictu oculi*» e permanga anche a seguito di una globale rivalutazione degli elementi esaminati dal giudice di merito.

AUTOSUFFICIENZA E TASSATIVITÀ DELLE INAMMISSIBILITÀ

La giurisprudenza di legittimità di questi anni in tema di sindacato sul vizio di motivazione appare contraddistinta da un andamento ascendente/discendente: prima si eleva l'onere di specifica individuazione degli atti di cui alla lettera e) a "principio di autosufficienza del ricorso"; poi si individuano gli ulteriori oneri che da tale principio si ricaveranno alla stregua di suoi corollari.

Le esigenze di politica giudiziaria sullo sfondo sono ben note. Il carico di lavoro dei giudici di legittimità, quantificabile in circa 50.000 ricorsi l'anno, è ai limiti della sostenibilità; si cerca perciò di ampliare il novero delle cause di inammissibilità in modo da favorirne lo sfortimento¹⁷.

Nel diritto dato un fine, non tutti i mezzi sono però consentiti. In particolare, per quel che ci riguarda, il sistema respinge cause di inammissibilità di creazione giurisprudenziale¹⁸. È vero che il

¹⁴ Cass., sez. I, 20.4.2006, n. 20370, *CED Cass.*, 233778; Cass., sez. I, 2.5.2006, n. 16223, *ivi*, 233781; Cass., sez. II, 7.6.2006, n. 19547, *ivi*, 233772.

¹⁵ Cass., sez. II, 1.3.2013, n. 26725, *CED Cass.*, 256723; Cass., sez. I, 4.5.2012, n. 25834, *Cass. pen.*, 2013, 2739; Cass., sez. II, 20.12.2011, n. 11806, *CED Cass.*, 252794; Cass., sez. fer., 19.8.2010, n. 32362, *Cass. pen.*, 2012, 187; Cass., sez. V, 22.1.2010, n. 11910, *CED Cass.*, 246552; Cass., sez. I, 22.1.2009, n. 6112, *ivi*, 243225.

¹⁶ Cass., sez. VI, 8.7.2010, n. 29623, *CED Cass.*, 248192.

¹⁷ Cfr. Fidelbo, *Il regime delle inammissibilità e la sezione filtro in Cassazione: esperienze e prospettive*, *Cass. pen.*, 2013, 11136.

¹⁸ Cfr. Rusciano, *op. cit.*, 1674-1675, secondo cui la formulazione più radicale del principio di autosufficienza «rischia di

ONERI DEL RICORRENTE E CONTROLLO SULLA MOTIVAZIONE

principio di tassatività è enunciato espressamente solo per le nullità; esso però può ricavarsi in maniera abbastanza agevole sia dalla normativa codicistica, che proprio con l'art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p. assume tra *errores in procedendo* solo l'inosservanza di norme espressamente sanzionata con l'inammissibilità, sia dalla normativa costituzionale che nell'art. 111, oltre a porre una riserva di legge con riferimento alla disciplina del processo (comma 1), attribuisce il diritto al controllo di legittimità avverso le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale (comma 7); è chiaro che una limitazione di questo diritto non può che provenire da una legge che abbia effettuato un corretto bilanciamento degli interessi in gioco¹⁹.

Bisogna perciò verificare, in relazione agli oneri del ricorrente enunciati dalla giurisprudenza, quanto sia autenticamente ricavabile dalle cause di inammissibilità positivamente stabilite, anche in virtù di un'interpretazione ragionevolmente estensiva, e quanto invece risulti ad esse irrimediabilmente estraneo.

ONERI DEL RICORRENTE E REQUISITI DEI VIZI CENSURABILI

Senza dubbio gli orientamenti giurisprudenziali che hanno via via messo a fuoco gli oneri dei ricorrenti, purché riconducibili alle cause di inammissibilità positivamente stabilite, vanno guardati con favore. Essi difatti puntano alla semplificazione del controllo di legittimità senza sottrarre diritti alle parti, ma pretendendo rigore nell'individuazione delle violazioni di legge che si intendono denunciare. Il ricorso è un mezzo d'impugnazione a critica vincolata e non può essere usato per provocare un nuovo giudizio.

È fisiologico inoltre che tali oneri, specie quelli riconducibili alla specificità dei motivi, vadano calibrati in relazione al vizio denunciato²⁰. Ad esempio quando si denuncia un'illogicità della motivazione, poiché l'esigenza di fondo è quella di rimuovere sentenze il cui dispositivo risulti privo di giustificazione, il ricorrente è tenuto a dimostrare che gli errori di ragionamento del giudice si sono verificati nell'accertamento di fatti poi posti a fondamento della decisione. Quando si denuncia un *error in procedendo* invece si può ragionevolmente richiede-

re che il ricorrente, come nel caso del travisamento, individui con precisione l'atto asseritamente invalido²¹. In breve: dalla struttura del vizio si ricavano gli specifici oneri del ricorrente.

Talvolta però la giurisprudenza sembra battere il percorso inverso, per cui, invece di ricavare gli oneri del ricorrente dalla fisionomia del vizio, asserisce apoditticamente l'esistenza di oneri che si pongono come condizione non solo per l'ammissione del ricorso, ma anche per l'annullamento della sentenza e finiscono così per alterare la stessa fisionomia del vizio. Ciò accade, come vedremo, soprattutto in tema di decisività.

Si tratta perciò di verificare se gli oneri che la Corte di cassazione addossa al ricorrente in relazione alla contraddittorietà tra motivazione e atti del processo non si risolvano talvolta nella surrettizia introduzione di requisiti non previsti dalla legge.

IL VIZIO DI CONTRADDITTORIETÀ TRA MOTIVAZIONE E ATTI E GLI ONERI DEL RICORRENTE

Si è detto all'inizio che la contraddittorietà tra motivazione e atti è stata congegnata dal legislatore del 2006 in modo da consentire un controllo su alcune gravi patologie processuali che non impegnassero la Corte in una complessiva rivalutazione del merito *ex actis*²².

Un recente caso giurisprudenziale può ben chiarire l'autentica fisionomia del vizio. La Corte di appello di Bari aveva riformato una condanna pronunciata in primo grado anche sulla base delle dichiarazioni di un collaborante, testualmente riportate in motivazione, che avrebbero dimostrato la sua assoluta incertezza sull'identità della persona indicata da un terzo come concorrente nell'omicidio. Il pubblico ministero ha fatto ricorso in Cassazione denunciando il travisamento della prova: il frammento della trascrizione stenotipica dell'udienza, diligentemente riprodotto nel ricorso, mostrava che il giudice d'appello «nel riportare il brano, [aveva] interpolato l'avverbio della negazione, così travisando e capovolgendo il significato della risposta del dichiarante». In breve nella motivazione compariva un breve ma cruciale «non», assente nel verbale. Nel giudizio la difesa ha provato ad argomentare che il travisamento non risultava decisivo alla luce della complessiva valutazione delle dichiarazioni del collaborante; accogliendo il ricorso del pubblico ministero, i giudici di legittimità hanno però ribattuto la-

apparire come il frutto di un'operazione "malthusiana", dettata dalla necessità di ridurre in qualsiasi modo le pendenze che affliggono la Corte».

¹⁹ Sul problema della tassatività delle inammissibilità v. Panzavolta, *Inammissibilità*, *Studi urb.*, 2004-2005, 222-225.

²⁰ Marandola, *I motivi di impugnazione. I - Disposizioni generali e giudizio di appello*, Padova, 2008, 77.

²¹ Cass., sez. VI, 24.1.2012, n. 25254, *CED Cass.*, 252895.

²² Cfr. Iacoviello, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 792.

pidari che alla Corte «è inibito ogni apprezzamento di merito del dato processuale, a guisa di prova di resistenza e al di là del sindacato tipico del giudizio di legittimità, circoscritto nell'ambito del provvedimento impugnato e delle evidenze extra testuali scrutinabili ai sensi dell'art. 606, comma 1, lettera e), c.p.p. e nei limiti stabiliti»²³.

Quali sono gli oneri ragionevolmente esigibili in relazione a questo vizio? Veniamo subito al punto più importante: se si denuncia il travisamento della prova non basta asserire che esiste un contrasto tra la motivazione e un atto processuale; occorre mostrare che tale contrasto, lungi dall'essere il frutto di una ragionata confutazione della sua valenza dimostrativa, è determinato dal fraintendimento della proposizione probatoria che da esso scaturisce; la sottoposizione all'attenzione della Corte del testo travisato, da confrontare con la correlativa parte della motivazione, può così bene ricondursi all'indicazione specifica degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta, prevista in via generale dall'art. 581, lett. c), c.p.p.²⁴.

Può dunque ritenersi che il ricorrente, per assolvere all'esigenza di specificità dei motivi, debba: a) individuare l'atto processuale su cui si fonda la doglianza²⁵; b) riportare testualmente l'elemento di prova che da tale atto scaturisce; c) indicare la parte di motivazione che riproduce in modo scorretto quell'elemento; d) mostrare che l'elemento probatorio travisato è stato usato dal giudice nell'accertamento di uno dei fatti posti a base della decisione.

Se si denuncia l'omessa considerazione di una prova, basta forse qualcosa di meno; il ricorrente potrà limitarsi a: a) individuare l'atto su cui si fonda la doglianza; b) affermare che di quell'atto non vi è menzione nella sentenza impugnata; c) riassumere sinteticamente l'elemento o gli elementi di prova ricavabili dall'atto ignorato; d) mostrare che tali elementi appaiono rilevanti ai fini della prova di

un fatto incompatibile con uno di quelli posti a base della decisione.

ALLEGAZIONE O COMPLETA TRASCRIZIONE DELL'ATTO

All'onere di indicare specificamente gli atti del processo che si sostiene contraddicano la motivazione previsto dall'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. può essere attribuito, tenuto conto dell'elaborazione giurisprudenziale, un significato autonomo, non riconducibile all'esigenza di specificità dei motivi, ma piuttosto all'esigenza di snellimento del controllo di legittimità: l'esatta "localizzazione" dell'atto travisato o ignorato nell'incartamento processuale²⁶. Chiamare in causa a tal proposito il principio di autosufficienza del ricorso però è fuorviante, perché la localizzazione serve proprio per consentire una verifica *ex actis*, e inopportuno, perché si presta a cattivi usi.

Infatti la pretesa della Corte di cassazione che il ricorso per adeguarsi a quel principio debba contenere sempre e comunque la trascrizione integrale o l'allegazione in copia dell'atto nella misura in cui esonda dall'alveo della specificità dei motivi appare per un verso illegittima e per un verso controproducente.

Sotto il primo profilo occorre ribadire che la specificità dei motivi può considerarsi raggiunta quando il ricorrente riporta il tenore testuale della proposizione probatoria che si assume travisata. La pretesa di una trascrizione integrale o dell'allegazione in copia dell'atto, non essendo ricavabile né dall'art. 581, lett. c), c.p.p. né dall'art. 606, lett. e), c.p.p., si traduce invece nell'abusiva introduzione di una causa di inammissibilità non prevista dalla legge²⁷. Essa non può ricavarsi dal principio di autosufficienza, perché il medesimo principio, se forse può valere come improprio inquadramento dogmatico del dato positivo, certo non può giustificare, in materie coperte da riserva di legge, la creazione giurisprudenziale di norme contrastanti con la regola della tassatività e per di più limitative di diritti costituzionali.

La Corte in verità ricava l'esigenza di un'integrale trascrizione o allegazione in copia dell'atto anche dalla considerazione sistematica secondo cui «anche in sede penale è precluso al giudice di legittimità l'esame diretto degli atti processuali». Qui il commentatore, per evitare il logoramento

²³ Cass., sez. I, 4.5.2012, n. 25834, cit., in motivazione, 4/7-8/12-13. Per un caso di omessa considerazione di una prova vedi invece Cass., sez. II, 3.10.2013, n. 47035, *CED Cass.*, 257499 (il giudice di merito aveva completamente ignorato l'esistenza in atti della registrazione di una conversazione tra imputato e persona offesa in cui quest'ultima aveva in sostanza riconosciuto la pretestuosità dell'accusa).

²⁴ In questo senso v. Poli, *Specificità, autosufficienza e quesito di diritto nei motivi di ricorso per cassazione*, *Riv. dir. proc.*, 2008, 1261-1262; Napoletano, *op. cit.*, 401; Santoriello, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Milanofiori Assago, 2008, 289.

²⁵ Cass., Sez. I, 11.5.2005, n. 34351, *CED Cass.*, 232508; Cass., Sez. IV, 9.6.2004, n. 33700, *ivi*, 229098; Cass., Sez. IV, 7.4.2004, n. 25310, *ivi*, 228953.

²⁶ Cfr. Poli, *op. cit.*, 1259.

²⁷ G. Conti, *op. cit.*, 15; Iacoviello, *La Cassazione*, cit., 773. In ambito processuale civile v. Rusciano, *op. cit.*, 1674; Montaldo, *op. cit.*, 2095.

ONERI DEL RICORRENTE E CONTROLLO SULLA MOTIVAZIONE

di argomenti già troppo usati, è tentato piuttosto di rimanere in silenzio. Si tratta di un'argomentazione tanto infondata quanto illogica. Va anzitutto ricordata la pacifica giurisprudenza secondo cui almeno nel controllo sull'*error in procedendo* la Corte è giudice anche del fatto²⁸; se non bastasse il chiaro disposto normativo, si può ricordare anche la consolidata giurisprudenza che in relazione al travisamento o all'omessa considerazione di una prova attribuisce ai giudici di legittimità il potere di effettuare un controllo *ex actis*²⁹. È vero che un orientamento minoritario, poi rapidamente riassorbito, aveva negato che la riforma del 2006 veicolasse l'attribuzione di un simile potere³⁰; quell'orientamento però, coerentemente, escludeva in radice il sindacato sul travisamento della prova, risolvendolo in quello sull'omessa pronuncia. Invece non è possibile affermare contemporaneamente che la mancata rispondenza della motivazione alle acquisizioni processuali può oggi essere dedotta come motivo di ricorso, ma che l'esame diretto degli atti del processo è ancora precluso. Tra l'altro, come si è osservato con una certa ironia, «se la Corte non può esaminare gli atti istruttori, non può farlo neppure quando essi vengano trascritti nel ricorso»³¹. Né si osa supporre che la Corte abbia concepito il principio di autosufficienza in una sua forma così estrema che il controllo di legittimità debba essere effettuato solo sulle allegazioni documentali di parte; in ogni caso, se il ricorso supera il vaglio di ammissibilità, un controllo sulla corrispondenza tra tali allegazioni e gli atti del processo, oltre che opportuno, sarà senza dubbio doveroso³².

²⁸ Da ultimo v. Cass., sez. VI, 31.10.2013, n. 44632, *CED Cass.*, 257809, conforme a Cass., sez. un., 31.10.2001, n. 42792, *ivi*, 220092; sul punto v. Iacoviello, *La Cassazione*, cit., 241-262. In ambito processuale civile v. Rusciano, *op. cit.*, 1673; Montaldo, *op. cit.*, 2101.

²⁹ Da ultimo v. Cass., sez. II, 3.10.2013, n. 47035, *CED Cass.*, 257499.

³⁰ Cass., sez. V, 12 aprile 2006, Strano, *Dir. pen. proc.*, 2006, 1522, con nota di Capone, *La contraddittorietà tra motivazione e atti in Cassazione*. Sulla vicenda v. Ferrua, *Atti processuali, addio divieto d'accesso. La pecorella dà più spazio agli ermellini. Art. 606 Cpp: una sentenza contro l'indirizzo restrittivo*, *D&G*, 2006, n. 32, 44 ss.

³¹ Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2011, 277; nel medesimo senso Chiarloni, *Il diritto vivente di fronte alla valanga dei ricorsi in cassazione: l'inammissibilità per violazione del c.d. principio di autosufficienza*, in *www.processocivile.org*, 5.2.1.1.

³² Il sospetto di un'interpretazione radicale del principio di autosufficienza però sorge, tenendo conto anche dell'altra affermazione secondo cui il ricorrente dovrebbe dare la prova «dell'effettiva esistenza dell'atto processuale [...] tra i materiali probatori ritualmente acquisiti nel fascicolo del dibattimento». Il ricorrente però più che "localizzare" l'atto nel fascicolo e fornirne la trascrizione o la copia non può fare; l'effettiva esistenza dell'atto non potrà risultare che da una verifica nel fascicolo.

Per venire al secondo profilo, la trascrizione integrale o l'allegazione in copia dell'atto, il cui pregio dovrebbe provenire da un maggior snellimento del giudizio di legittimità, possono in realtà risultare del tutto spropositati e finire al contrario per appesantire ingiustificatamente il carico di lavoro in Cassazione. Ci sono dichiarazioni testimoniali che occupano decine di udienze e spesso sono inserite nel fascicolo del dibattimento trascrizioni di intercettazioni assai voluminose; in tali casi restringere la trascrizione ai passi controversi appare più economico e coerente con l'esigenza di specificità dei motivi. Come saggiamente aveva stabilito in una prima fase la Cassazione, la rappresentazione degli atti processuali va effettuata «nelle forme di volta in volta più adeguate alla natura degli atti stessi»³³. Inoltre, a prendere in parola l'orientamento più rigoroso, i ricorrenti potrebbero essere tentati dal desiderio di provocare surrettiziamente, attraverso l'estensiva trascrizione o allegazione in copia degli atti del giudizio di merito, proprio quel sindacato *ex actis* sulla logicità della motivazione che il legislatore del 2006 non aveva inteso consentire. Insomma il cieco obbligo di trascrizione integrale o allegazione in copia dell'atto può tradursi a ben guardare in un pregiudizio sia per la ragionevole durata sia per i limiti cognitivi del giudizio di legittimità³⁴. Non a caso le sezioni unite civili di recente sono state paradossalmente costrette a dichiarare inammissibile, proprio per lesione del principio di autosufficienza (*rectius* dell'obbligo di specificità dei motivi), un ricorso che conteneva l'integrale trascrizione di tutti gli atti del giudizio di merito³⁵.

LA VERITÀ DEL FATTO

Nella sentenza in esame la Corte di cassazione, riprendendo una giurisprudenza consolidata, annovera tra gli oneri del ricorrente anche quello di «dare la prova della verità dell'elemento fattuale o del dato probatorio invocato». Sul punto sono lecite le più grandi perplessità³⁶. Quando lamenta la contraddittorietà tra motivazione e atti, il ricorrente asserisce che un elemento di prova scaturito dall'acquisizione di una determinata fonte è stato travisato (nel suo tenore testuale) o completamente ignorato. Questo elemento, che si pretende sia

³³ Cass., sez. VI, 15.3.2006, Casula, cit., 539.

³⁴ Conti, *op. cit.*, 16. Cfr. Santangeli, *Il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione*, *Riv. dir. proc.*, 2012, 621.

³⁵ Cass., sez. un., 9.9.2010, n. 19255, *CED Cass.*, n. 614162.

³⁶ Cfr. Bargi, *op. cit.*, 173; Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, 398; Santoriello, *op. cit.*, 2008, 273-276.

correttamente tenuto in considerazione, certamente ha ad oggetto un fatto che, nella misura in cui risultava rilevante e non superfluo ai fini della verifica dell'ipotesi dell'accusa, il ricorrente intendeva provare. Dal suo punto di vista perciò, come si evince dall'art. 493, comma 1, c.p.p., la verità di quel fatto è asseverata dalla fonte di prova di cui aveva appunto chiesto e ottenuto l'acquisizione: le parti «indicano i fatti che intendono provare e chiedono l'ammissione delle prove».

Se poi quei fatti debbano considerarsi "veri" alla luce di un vaglio sull'attendibilità della fonte dichiarativa o della globale valutazione di tutte le prove disponibili sarà una questione la cui risoluzione non solo non può essere addossata al ricorrente, ma non compete nemmeno alla Corte di cassazione, che deve limitarsi a verificare se esista l'asserito travisamento: sarà il giudice di merito, cui eventualmente verrà rinviato il processo, a pronunciarsi sul punto³⁷.

LA DECISIVITÀ DEL VIZIO

Il criterio della decisività del vizio denunciato cui sarebbe subordinato l'annullamento in Cassazione, previsto espressamente solo con riferimento all'omessa acquisizione della controprova, viene oramai impiegato dai giudici di legittimità per ogni motivo di ricorso, indipendentemente da qualsivoglia previsione di legge³⁸.

Negli ultimi anni tale criterio, che fisiologicamente opera solo a seguito dell'accertamento del vizio, è stato anticipato a criterio di ammissibilità che condiziona la celebrazione del giudizio. Così secondo la sentenza in esame il ricorrente, quando denuncia la contraddittorietà tra motivazione e atti, deve indicare le ragioni per cui l'atto invocato compromette «la tenuta logica e l'intera coerenza della motivazione, introducendo profili di radicale incompatibilità all'interno dell'impianto argomentativo del provvedimento impugnato»³⁹. In breve occorre dimostrare che il travisamento o l'omessa considerazione di una prova hanno determinato una decisione manifestamente illogica⁴⁰.

In effetti tutte le volte in cui in un ricorso si censura la correttezza del procedimento probatorio (sia che il giudice abbia usato una prova inutilizzabile, sia che abbia negato l'ammissione di una contro-

prova, sia che abbia ignorato o travisato una prova regolarmente acquisita), prima di porre nel nulla il provvedimento impugnato è opportuno valutare, alla luce della motivazione, se il dato omesso e/o il dato di cui non si doveva tenere conto abbiano introdotto elementi di conoscenza di un qualche rilievo per la decisione. Un punto di riferimento normativo che si rivela particolarmente adatto allo scopo è l'art. 190, comma 1, c.p.p., a norma del quale il diritto alla prova incontra un limite nella manifesta irrilevanza o nella manifesta superfluità dell'elemento di conoscenza che si intende introdurre nel processo. Naturalmente, poiché ci si trova a questo punto di fronte a una sentenza, quella verifica va fatta in relazione non ai fatti descritti nell'imputazione, ma ai fatti che il giudice abbia posto a base della decisione⁴¹.

Quando la Corte di cassazione pretende invece che il ricorrente dimostri che il vizio ha determinato l'illogicità della motivazione opera una duplice forzatura. In primo luogo travisa il dato normativo, che si può leggere con chiarezza alla luce della sua stratificazione storica: la manifesta illogicità o la mancanza della motivazione devono risultare dal testo del provvedimento impugnato, mentre gli altri atti del processo possono essere consultati per verificare l'esistenza di eventuali contraddittorietà; i tre vizi della motivazione hanno insomma ciascuno un autonomo profilo⁴². In secondo luogo, come abbiamo già anticipato, sotto il pretesto di individuare gli oneri del ricorrente, la Corte di fatto introduce abusivamente nella fattispecie che impone l'annullamento un requisito non previsto dalla legge.

È ancora una volta lievemente incongruo che la pretesa di un simile onere/requisito si rintracci in decisioni la cui cifra starebbe nella rivendicazione dei limiti del sindacato di legittimità. Nel controllo sulla decisività del vizio la Corte non può veramente ricostruire come avrebbe deciso il giudice di merito; può solo verificare se il proprio giudizio (basato su questo compendio probatorio zoppicante costituito da un lato dalla prova di cui si invoca o si censura l'uso e dall'altro dalle argomentazioni probatorie contenute nella motivazione) coincide o meno con quello del giudice di merito. Ciò si tra-

³⁷ *Contra* v. Iacoviello, *La Cassazione*, cit., 397.
³⁸ Cfr. Capone, *Il principio di decisività dei vizi della sentenza nel controllo della Corte di cassazione*, *Cass. pen.*, 2004, 1463 ss.

³⁹ Nel medesimo senso v. Cass., sez. VI, 4.5.2006, n. 33519, *CED Cass.*, 234399; in tema v. G. Conti, *op. cit.*, 6-8.

⁴⁰ V. in questo senso Iacoviello, *La Cassazione*, cit., 782.

⁴² Cfr. Gialuz, *sub art. 606, Codice di procedura penale commentato*, Giarda e Spangher (a cura di), Milanofiori Assago, 2010, 5434.

ONERI DEL RICORRENTE E CONTROLLO SULLA MOTIVAZIONE

duce proprio in un dispendioso e malcerto nuovo giudizio di merito.

A sostegno di un'interpretazione più restrittiva non è poi difficile scorgere un'esigenza sostanziale più importante della delimitazione dei poteri della Cassazione. I processi spesso hanno natura indiziaria e il giudizio costituisce il risultato di una ponderazione complessiva di una pluralità di elementi che, isolatamente considerati, non sono dirimenti. Data una motivazione scritta dal giudice per giustificare la propria decisione è molto raro che la rilevazione del travisamento o dell'omessa considerazione di una prova di per sé possano renderla manifestamente illogica. L'esperienza insegna in-

vece che, se presi in considerazione fin dall'inizio e ponderati correttamente assieme agli altri, elementi che riguardati *ex post* in sede di legittimità non appaiono decisivi potrebbero indirizzare il giudice di merito verso un percorso logico del tutto differente. Quando la prova di cui si invoca o si censura l'uso risulta non manifestamente superflua o irrilevante in relazione ai fatti che il giudice ha posto a base della decisione, la Cassazione non deve sostituirsi al giudice di merito, ma annullare la sentenza e provocare un nuovo giudizio di merito⁴³.

⁴³ Cfr. Poli, *op. cit.*, 1263-1264.

Abnormità del provvedimento di imputazione coatta emesso per reati diversi da quelli contestati

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 30 gennaio 2014, n. 4319 – Pres. Santacroce; Rel. Lombardi

In materia di provvedimenti del giudice per le indagini preliminari sulla richiesta di archiviazione, le disposizioni contenute nell'art. 409 commi 4 e 5 c.p.p. devono formare oggetto di rigorosa interpretazione, al fine di evitare qualsiasi ingerenza dell'organo giudicante nella sfera di autonomia della pubblica accusa.

In materia di procedimento di archiviazione, costituisce atto abnorme, in quanto esorbita dai poteri del giudice per le indagini preliminari sia l'ordine d'imputazione coatta emesso nei confronti di persona non indagata, sia quello emesso nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per quali aveva richiesto l'archiviazione.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

1. Con provvedimento in data 10 ottobre 2012 il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Lucca, all'esito dell'udienza camerale conseguente all'opposizione delle persone offese, G. R. e P.G., in proprio e nella qualità di genitori esercenti la potestà sui figli minori, ha rigettato parzialmente la richiesta di archiviazione del Pubblico ministero, restituendogli gli atti con l'ordine di formulare l'imputazione per i reati di ingiuria, minaccia aggravata e lesioni personali nei confronti di L. F. e L.V., previa iscrizione del nome di quest'ultima nel registro degli indagati.

Il Pubblico ministero, a seguito di denuncia-querela delle predette persone offese, aveva iscritto nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. il solo L.F. in relazione ai reati di cui agli artt. 612-bis e 582 cod. pen..

Aveva successivamente chiesto l'archiviazione, non ravvisando i presupposti del reato di atti persecutori, nè ritenendo possibile riqualificare i fatti esposti in querela ai sensi dell'art. 660 c.p.

La decisione di non formulare richieste per le altre condotte denunciate veniva giustificata con la contestuale pendenza di altri procedimenti penali aventi ad oggetto i medesimi fatti.

Tale prospettazione veniva accolta dal G.i.p. limitatamente al reato di atti persecutori, mentre era ritenuta ingiustificata la rinuncia del pubblico ministero a procedere per i reati di lesioni, ingiurie e minaccia aggravata, che sarebbero stati commessi da L.F. e da L.V. in data 16 agosto 2011 con le modalità e nelle circostanze di tempo e di luogo

descritte in querela; fatti che non risultavano essere stati presi in considerazione in altri procedimenti penali. Conseguentemente il G.i.p., non solo ordinava l'iscrizione nel registro degli indagati del nominativo di L. V. e dei reati omessi, ma altresì la formulazione coatta dell'imputazione per detti reati nei confronti di entrambi.

2. Avverso l'ordinanza aveva proposto ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Lucca, che denunciava l'abnormità del provvedimento per essere stato imposto l'esercizio dell'azione penale per reati e nei confronti di un soggetto – L.V. – per i quali non vi era stata pregressa iscrizione nel registro delle notizie di reato ex art. 335 cod. proc. pen..

Il ricorso veniva assegnato alla Quinta Sezione penale.

3. Con memoria depositata il 4 giugno 2013, il difensore di L. F. e L.V. deduceva, in rito, la tardività dell'impugnazione del P.m. ai sensi dell'art. 585 cod. proc. pen. e l'incompetenza dell'U.N.E.P. del Tribunale di Lucca per la notifica, nonché, nel merito, l'infondatezza della notitia criminis.

4. La Quinta Sezione penale della Corte di cassazione, con ordinanza del 6 giugno 2013, ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen..

Nell'ordinanza si rileva che, a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite (sent. n. 22909 del 31/05/2005, Miner vini, Rv 231163, che a sua volta richiama le linee-guida della consolidata giurisprudenza costituzionale), non è in dubbio il potere del g.i.p. di ordinare, all'esito dell'udienza camerale, l'iscrizione nel registro degli indagati del nominativo di soggetti non precedentemente iscritti dal pubbli-

ABNORMITÀ DEL PROVVEDIMENTO DI IMPUTAZIONE

co ministero, nonché l'iscrizione della *notitia criminis* in relazione a titoli di reato ulteriori e diversi da quelli originariamente individuati dalla pubblica accusa.

Permangono, però, secondo l'ordinanza, perplessità in ordine al potere del g.i.p. di ordinare, in siffatte ipotesi, l'imputazione coatta.

Si rileva che la giurisprudenza di legittimità sembra sostanzialmente omogenea nel configurare quale atto abnorme il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari disponga l'imputazione coattiva nei confronti di persone non precedentemente iscritte nel registro degli indagati (sez. 5, n. 27 del 25/10/2005, dep. 2006, Roncato, Rv. 233058; sez. 4, n. 23100 del 18/04/2008, Villa, Rv. 240504; sez. 3, n. 15732 del 12/02/2009, Loschiavo, Rv. 243253; sez. 5 n. 6225 del 18/11/2010, dep. 2011, ignoti, Rv. 249294; sez. 1, n. 39283 del 13/10/2010, Ciarmiello, F.v. 248839; sez. 6, n. 3891 del 12/01/2012, Milana, Rv. 251578).

È stato ravvisato, invece, dalla Sezione rimettente un contrasto interpretativo, non composto, in ordine al carattere abnorme del provvedimento con il quale il g.i.p., investito della richiesta di archiviazione nei confronti di soggetto iscritto nel registro degli indagati, ravvisi nella fattispecie altri titoli di reato, invitando il p.m. a formulare la relativa imputazione.

Si osserva che secondo un indirizzo, apparentemente maggioritario, il provvedimento del g.i.p. non si configura, in tal caso, come atto abnorme (sez. 6, n. 42508 del 28/09/2012, Peverelli, Rv. 253617; sez. 6, n. 9005 del 20/01/2010, Iannantuono, Rv. 246407; sez. 6, n. 14565 del 31/01/2011, S., Rv. 250029; sez. 6, n. 34284 del 22/06/2011, Polese, Rv. 250836; sez. 5, n. 43262 del 07/10/2008, Frizzo, Rv. 241724; sez. 1, n. 41207 del 24/11/2006, Laccetti, Rv. 236003).

Secondo un diverso orientamento, invece, in tale ipotesi il provvedimento del g.i.p. deve qualificarsi come atto abnorme (sez. 3, n. 28481 del 27/05/2009, Battisti, Rv. 244565; sez. 6, n. 41409 del 13/10/2009, Anzellotti, Rv. 245476; sez. 4, n. 20198 del 21/02/2007, Mannelli, Rv. 236667; sez. 6, n. 5058 del 15/12/2009, dep. 2010, Saccenti, Rv. 246136).

5. Il Primo Presidente, con decreto del 1 luglio 2013, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza in camera di consiglio.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

2. La questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite è la seguente: "Se sia abnorme il provvedimento con cui il g.i.p., investito della richiesta di archiviazione per un determinato reato, ravvisando anche altri fatti costituenti reato, a carico del medesimo indagato o di altri soggetti non indagati, ordini al pubblico ministero di formulare l'imputazione *ex art. 409 c.p.p.* in riferimento a questi ultimi".

3. Preliminarmente deve essere rilevata l'infondatezza dell'eccezione di tardività del ricorso del P.m. dedotta dalla difesa di L. F. e L.V.

È stato, infatti, accertato, tramite comunicazione dalla Cancelleria del G.i.p. del Tribunale di Lucca, che il provvedimento impugnato è stato trasmesso all'Ufficio del P.m. in data 18 ottobre 2012, con la conseguente tempestività dell'impugnazione presentata presso il giudice a quo il 31

ottobre 2012, ai sensi dell'art. 585 c.p.p., comma 1, lett. a) e comma 2, lett. a).

L'ulteriore eccezione processuale è inammissibile, non contenendo neppure l'indicazione dell'atto cui la stessa intende riferirsi o le conseguenze di una irrituale notifica, così come inammissibili sono le deduzioni di natura fattuale relative alla infondatezza della *notitia criminis*.

4. Con l'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite la Quinta sezione penale ha rilevato il permanere di un contrasto interpretativo nella giurisprudenza di legittimità in ordine al carattere abnorme del provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari ordini l'imputazione coatta nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli oggetto della richiesta di archiviazione.

Secondo un indirizzo, definito "apparentemente" maggioritario, l'ordinanza del G.i.p. non costituirebbe atto abnorme (sez. 6, n. 42508 del 28/09/2012, Peverelli, Rv. 253617; sez. 6, n. 9005 del 20/01/2010, Iannantuono, Rv. 246407; sez. 6, n. 14565 del 31/01/2011, S., Rv. 250029; sez. 6, n. 34284 del 22/06/2011, Polese, Rv. 250836; sez. 5, n. 43262 del 07/10/2008, Frizzo, Rv. 241724; sez. 1, n. 41207 del 24/11/2006, Laccetti, Rv. 236003).

Secondo un diverso orientamento in tale ipotesi il provvedimento del g.i.p. deve invece qualificarsi come atto abnorme (sez. 2, n. 19447 del 03/04/2006, Filippone, Rv. 234200; sez. 3, n. 28481 del 27/05/2009, Battisti, Rv. 244565; sez. 6, n. 41409 del 13/10/2009, Anzellotti, Rv. 245476; sez. 5, n. 12987 del 16/02/2012, Di Felice, Rv. 252312).

Nell'ambito di tale secondo orientamento, secondo l'ordinanza di rimessione, devono essere comprese anche le pronunce (sez. 4, n. 20198 del 21/02/2007, Mannelli, Rv. 236667 e sez. 6, n. 5059 del 15/12/2009, dep. 2010, Saccenti, Rv. 246136) relative all'ipotesi in cui il pubblico ministero aveva espressamente riservato, in ordine al reato ritenuto dal giudice, le proprie determinazioni quanto all'esercizio o meno dell'azione penale, nell'ambito di una richiesta di archiviazione parziale riguardante altro reato ipotizzato a carico del medesimo indagato.

5. La soluzione del quesito rimesso alle Sezioni Unite ha sostanzialmente ad oggetto la delimitazione dei poteri di controllo attribuiti al giudice per le indagini preliminari sull'operato del pubblico ministero per assicurare il rispetto del principio costituzionale della obbligatorietà dell'azione penale *ex art. 112 Cost.*

Al fine di assicurare tale controllo il codice di procedura penale, sul solco del previgente codice di rito del 1930, ha escluso un generalizzato intervento diretto dell'organo sovraordinato della pubblica accusa, salvi i casi, legati a palesi inadempienze del pubblico ministero, di avocazione disciplinati dall'art. 412 c.p.p., ed ha affidato al g.i.p. il potere di deliberazione sulle scelte abdicative della pubblica accusa in merito all'esercizio dell'azione penale attraverso il procedimento di archiviazione disciplinato dagli artt. 408 e ss. c.p.p.

È noto, poi, che il legislatore del 1988, ai fine di assicurare la terzietà del giudice, stabilita dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recepita dall'Italia con la L. 4 agosto 1955, n. 848, ed attualmente dall'art. 111 Cost., comma 2, ha

nettamente distinto le funzioni inquirenti, attribuite in via esclusiva al pubblico ministero, da quelle giudicanti.

Alla luce degli indicati parametri di ordine costituzionale, pertanto, devono essere individuati e delimitati i poteri di intervento attribuiti al g.i.p. allorché venga azionato dal pubblico ministero il procedimento di archiviazione.

6. L'art. 409 c.p.p. stabilisce che il g.i.p., se non accoglie la richiesta di archiviazione del pubblico ministero, presentata ai sensi dell'art. 408 c.p.p. entro i termini di durata delle indagini, o non reputi inammissibile l'opposizione presentata dalla persona offesa dal reato a norma dell'art. 410, fissa la data dell'udienza in camera di consiglio. All'esito della stessa il giudice, se non ritiene di accogliere la richiesta di archiviazione, alternativamente può indicare al pubblico ministero le nuove indagini che ritenga necessarie, fissando un termine per il loro espletamento, o ordinare al pubblico ministero di formulare l'imputazione entro il termine di dieci giorni.

Tale ipotesi ovviamente ricorre allorché il g.i.p. reputi che sussistano, allo stato degli atti, gli estremi per esercitare l'azione penale.

7. La legittimità del descritto potere di intervento del g.i.p. sull'esercizio dell'azione penale è stata reiteratamente sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, che, dichiarando infondate le questioni sottoposte al suo esame, ha sempre affermato che i confini tracciati dal legislatore sui poteri dei due organi che si occupano delle indagini preliminari sono ben definiti e conformi ai principi costituzionali dell'obbligatorietà dell'azione penale e della attribuzione della titolarità del suo esercizio in capo all'organo inquirente/requirente.

In particolare, il Giudice delle leggi, con sentenza n. 88 del 1991, ha affermato che il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale esige che nulla sia sottratto al controllo di legalità del giudice, sicché appaiono giustificati sia il potere del giudice di ordinare nuove indagini sia l'ordine di formulare l'imputazione rivolto al pubblico ministero.

Il controllo di legalità esercitato dal giudice, inoltre, in attuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, investe l'intera vicenda processuale e riguarda l'integrità dei risultati delle indagini, senza la possibilità di imporre limiti devolutivi in relazione alla domanda del p.m. (Corte cost., sent. n. 478 del 1993).

In tale ambito, tuttavia, l'azione del giudice non contrasta con i principi del sistema accusatorio, essendo demandato a esso solo l'atto di impulso, che non esorbita dalla funzione di controllo, mentre il concreto promovimento dell'azione penale, che si esplica nella formulazione dell'imputazione, resta di esclusiva competenza del p.m.

Con ordinanza n. 176 del 1999 la Corte cost. ha affermato che, a prescindere dal tipo di archiviazione richiesta dal pubblico ministero, qualora non figurino nel procedimento persone formalmente indagate e nell'ipotesi in cui non ritenga di poter accogliere la richiesta di archiviazione, il giudice ha sempre il potere di ordinare la iscrizione nel registro degli indagati delle persone cui il reato sia attribuibile.

Con riferimento alla ipotizzata lesione dei diritti di difesa dell'indagato, allorché il giudice ordini l'imputazione

coatta, per non essere preceduta dall'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.*, la Corte cost., dichiarando la manifesta infondatezza della relativa questione con ordinanze n. 348 del 2005 e n. 286 del 2012, ha osservato che, anche in questo caso, è assicurata una piena ostensione della documentazione relativa alle indagini espletate (ai sensi dell'art. 408 c.p.p., comma 1, il p.m. deve infatti trasmettere il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari) e che il diritto di intervento dell'imputato è assicurato dalla disciplina generale del procedimento in camera di consiglio.

Conclusivamente il Giudice delle leggi ha sempre ribadito che i confini tracciati dal legislatore tra i poteri dei due organi che si occupano delle indagini preliminari sono ben definiti e conformi ai principi costituzionali della obbligatorietà dell'azione penale e della sua titolarità in capo all'organo requirente, essendo riservata al giudice per le indagini preliminari essenzialmente una funzione di controllo e di impulso, e che tutte le questioni portate alla attenzione di quella Corte erano frutto di un'interpretazione errata delle rispettive funzioni del giudice e del pubblico ministero.

8. Sulla delimitazione dei poteri di controllo e di intervento attribuiti al g.i.p. nel procedimento di archiviazione si sono già pronunciate le Sezioni Unite con la sentenza n. 22909 del 31/05/2005, Minervini, Rv. 231163, sia pure sulla limitata questione del potere del giudice di ordinare la iscrizione nel registro delle notizie di reato di altri soggetti non indagati, per i quali il p.m. non aveva formulato alcuna richiesta, disponendo altresì la prosecuzione delle indagini, e di rinviare ad altra udienza per l'ulteriore corso.

Nell'affermare il carattere abnorme dell'ordinanza impugnata limitatamente al provvedimento di rinvio ad altra udienza, dichiarando, invece, legittimo l'ordine di iscrizione nel registro delle notizie di reato di soggetti non indagati e di prosecuzione delle indagini, la sentenza ha fornito una precisa linea di indirizzo sulla tematica dei poteri attribuiti al g.i.p. in materia di archiviazione.

Le Sezioni Unite hanno affermato, peraltro sulla scia della copiosa giurisprudenza costituzionale citata, che rientra tra i poteri del g.i.p. quello di effettuare un controllo completo sulle indagini svolte dal pubblico ministero, non limitato, sotto il profilo oggettivo, alle imputazioni iscritte nel registro delle notizie di reato e, sotto il profilo soggettivo, alle persone indagate ed iscritte nel relativo registro, con la conseguenza che, se le sue valutazioni non concordino con le richieste conclusive del p.m., egli potrà invitare quest'ultimo a compiere nuove indagini e, qualora queste debbano essere estese a persone non indagate, ne potrà ordinare l'iscrizione nel registro delle notizie di reato.

Conclusivamente è stato affermato dalla sentenza che "la questione dei rapporti tra g.i.p. e p.m. in sede di archiviazione, quindi, non sembra tanto essere quella dell'oggetto (intera notizia di reato o soltanto imputazione elevata dal p.m.), quanto piuttosto quella del rapporto: esercizio azione penale-controllo giudiziale. Appare di tutta evidenza che il g.i.p. non può limitarsi ad un semplice esame della richiesta finale del p.m., ma deve esercitare il suo control-

ABNORMITÀ DEL PROVVEDIMENTO DI IMPUTAZIONE

lo sul complesso degli atti procedurali rimessigli dallo stesso p.m.; è, d'altro canto, del tutto evidente che non può prendere egli l'iniziativa di esercitare l'azione penale in nome e per conto del p.m.".

Di particolare rilievo risultano, ai fini della decisione del quesito sottoposto alle Sezioni Unite, le affermazioni della sentenza, secondo le quali il potere attribuito al g.i.p. dall'art. 409 c.p.p., comma 5, di ordinare la formulazione dell'imputazione presuppone che la persona nei confronti della quale deve essere elevato l'addebito sia stata iscritta nel registro delle notizie di reato e che deve essere qualificato come abnorme il provvedimento con il quale il g.i.p. abbia disposto il rinvio ad un'ulteriore udienza camerale, in quanto lesivo delle prerogative del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale.

I provvedimenti adottati dal g.i.p., in dissenso con la richiesta di archiviazione formulata dalla pubblica accusa, fanno "tornare il procedimento nella iniziativa del p.m. il quale, nel seguire le indicazioni del g.i.p., potrà esercitare, nella sua autonoma determinazione, tutti i poteri attribuitigli dalla legge, primo fra tutti quello di adottare le determinazioni conseguenti all'esito delle indagini espletate".

Si può, pertanto, affermare, sulla scia dell'indirizzo interpretativo già espresso dalle Sezioni Unite, che le disposizioni dell'art. 409 c.p.p., commi 4 e 5, concernenti i poteri di intervento del giudice delle indagini preliminari sull'esercizio dell'azione penale, devono formare oggetto di interpretazione estremamente rigorosa, al fine di evitare qualsiasi ingerenza dell'organo giudicante nella sfera di autonomia della pubblica accusa.

9. È, inoltre, opportuno ribadire, non avendo la questione, anche se incidentalmente esaminata dalla sentenza, formato oggetto di uno specifico quesito sottoposto all'esame della precedente pronuncia delle Sezioni Unite, che è abnorme il provvedimento del giudice per le indagini preliminari, nella parte in cui, oltre a ordinare al pubblico ministero l'iscrizione nel registro delle notizie di reato di una persona non sottoposta ad indagini, disponga nei confronti di quest'ultima la formulazione dell'imputazione coatta.

È evidente, infatti, che siffatto provvedimento costituisce un'indebita ingerenza del giudice nei poteri dell'organo inquirente, non solo di indagare, a tutto campo, nei confronti della persona non contemplata nella richiesta di archiviazione, ma soprattutto di adottare autonome determinazioni all'esito delle indagini espletate.

L'ordine di imputazione coatta nei confronti di un soggetto non sottoposto ad indagini determina inoltre una lesione dei diritti di difesa dello stesso, non essendo la persona rimasta estranea alle indagini destinataria dell'avviso ex art. 409 c.p.p., comma 1, e non avendo partecipato all'udienza camerale, con la conseguente *discovery* delle risultanze delle indagini.

Si è già, peraltro, osservato che, come rilevato nell'ordinanza di rimessione mediante la citazione delle sentenze da essa richiamate, la giurisprudenza di questa Corte è sostanzialmente consolidata nell'affermazione di tale principio (sez. 5, n. 27 del 25/10/2005, dep. 2006, Roncato, Rv. 233058; sez. 4, n. 23100 del 18/04/2008, Villa, Rv. 240504; sez. 3, n. 15732 del 12/02/2009, Loschiavo, Rv. 243253; sez.

5, n. 6225 del 18/11/2010, dep. 2011, ignoti, Rv. 349294; sez. 1, n. 39283 del 13/10/2010, Ciarmiello, Rv. 248839; sez. 6, n. 3891 del 12/01/2012, Milana, Rv. 251578).

Non costituisce, invece, atto abnorme l'ordine di iscrizione della persona non sottoposta ad indagini nel registro delle notizie di reato in relazione a fatti che emergano a suo carico da quelle già espletate.

Tale ordine, come già osservato nella sentenza delle Sezioni Unite Minervini, solo apparentemente non è contemplato dall'art. 409 c.p.p., comma 4, in quanto esso è compreso nel potere del giudice di ordinare nuove indagini: attività che presuppone necessariamente l'iscrizione, dovendosi osservare in materia le regole di legalità formale imposte dall'art. 335 c.p.p., al cui rispetto è in ogni caso obbligato l'organo inquirente.

10. A conclusioni non diverse si deve pervenire con riferimento all'ipotesi in cui il giudice per le indagini preliminari ravvisi a carico della persona indagata fatti costituenti reato diversi da quelli per i quali è stata formulata la richiesta di archiviazione.

Anche in tale ipotesi, infatti, l'ordine di imputazione coatta obbliga il pubblico ministero a contestare i fatti, così come emersi dalle indagini già espletate, precludendogli la possibilità di adottare autonome determinazioni all'esito delle ulteriori indagini che la pubblica accusa ritenga di espletare sulle diverse ipotesi di reato rilevate dal giudice a seguito della iscrizione delle stesse nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.

Si deve pertanto affermare che è inibito al giudice per le indagini preliminari ordinare al pubblico ministero la formulazione della imputazione nei confronti della persona indagata per ipotesi di reato diverse da quelle per le quali è stata richiesta l'archiviazione, dovendo in tal caso il giudice limitarsi a ordinare l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. degli ulteriori reati che abbia ravvisato nelle risultanze delle indagini portate a sua conoscenza.

11. Per completezza di esame in ordine alla impugnabilità del provvedimento del giudice per le indagini preliminari, non prevista dal codice di rito, va osservato che lo stesso costituisce, nel caso in esame, senza ombra di dubbio atto abnorme, come esaustivamente argomentato nella citata pronuncia delle Sezioni Unite di questa Corte, sia pure con riferimento al diverso profilo esaminato da quella pronuncia.

Com'è noto il legislatore del 1988 non ha inteso individuare una categoria degli atti abnormi, suscettibili di autonoma impugnazione, per la difficoltà della loro tipizzazione, demandando alla giurisprudenza di rilevarne l'esistenza e di fissarne le caratteristiche ai fini dell'impugnabilità (Relazione preliminare al codice di procedura penale).

Orbene, la giurisprudenza di questa Corte (sez. U, n. 17 del 10/12/1997, Di Battista, Rv. 209603; sez. U, n. 26 del 24/11/1999, Magnani, Rv. 215094 e successive riguardanti singole applicazioni del principio di diritto) ha adeguatamente definito la nozione di atto abnorme, connotandola in negativo, nel senso che non può definirsi tale l'atto che costituisce mera violazione di norme processuali, ed in positivo, affermando che è affetto da abnormità non solo

il provvedimento che, per la singolarità e la stranezza del contenuto risulti avulso dall'intero ordinamento processuale (cosiddetta anomalia strutturale), ma anche quello che, pur essendo manifestazione di un legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite, sì da determinare una stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo ovvero una inammissibile regressione dello stesso ad una fase ormai esaurita.

Nel caso in esame, afferendo l'anomalia del provvedimento alla delimitazione dei poteri del giudice per le indagini preliminari rispetto alla sfera di autonomia dell'organo inquirente, con il rilevato coinvolgimento di principi di ordine costituzionale, costituisce atto abnorme il provvedimento di detto giudice che limiti i poteri di determinazione del pubblico ministero, imponendogli il compimento di atti al di fuori delle ipotesi espressamente previste dal codice di rito.

12. Va conclusivamente enunciato il seguente principio di diritto:

“Esorbita dai poteri del giudice per le indagini preliminari e costituisce, pertanto, atto abnorme, sia l'ordine di imputazione coatta *ex art. 409 c.p.p.*, comma 5, nei confronti di persona non indagata, sia il medesimo ordine riferito

all'indagato per fatti diversi da quelli per i quali il pubblico ministero abbia chiesto l'archiviazione”.

13. Passando all'esame del ricorso, risulta, pertanto, fondata la doglianza del pubblico ministero sia con riferimento all'imposizione dell'imputazione coatta nei confronti di L.V., persona non indagata, sia con riferimento al medesimo ordine relativamente alla posizione di L.F. per fatti, ritenuti dal giudice di rilevanza penale, che non avevano formato oggetto della richiesta di archiviazione.

Peraltro, con riferimento alla posizione di detto imputato, nella richiesta di archiviazione si faceva espresso riferimento all'esistenza di ulteriori iscrizioni nel registro delle notizie di reato ed alla formazione di diversi procedimenti a seguito delle reciproche querele proposte dalle persone offese e dallo stesso indagato.

L'ordinanza impugnata deve essere, pertanto, annullata senza rinvio limitatamente agli ordini di imputazione coatta.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata limitatamente agli ordini di formulazione delle imputazioni.

Dispone la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Lucca.

Così deciso in Roma, il 28 novembre 2013.

Depositato in Cancelleria il 30 gennaio 2014

ARMANDO MACRILLÒ*

Dottore di ricerca in Diritto processuale penale

Nuovi casi di abnormità “funzionale” nell'attività giurisdizionale di controllo sulla richiesta di archiviazione

New cases of invalid control over the prosecutor request to be authorized to drop the case

L'Autore, dopo aver ripercorso la giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia di controllo giurisdizionale sull'archiviazione, si sofferma in modo adesivo sull'avvenuta individuazione, da parte delle Sezioni Unite, dell'abnormità dell'ordine d'imputazione coatta emesso nei confronti di soggetto non indagato e nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per quali era stata richiesta l'archiviazione evidenziando le problematiche sottese al riparto di attribuzioni fra il pubblico ministero ed il giudice per le indagini preliminari.

The author, after examining the Supreme Court and the Constitutional Court case law on jurisdictional control over the request by the public prosecutor to be authorized to drop the case, analyses two decisions where the Supreme Court deemed “abnormal” and therefore invalid the Court order incriminating both a person who was not investigated and the one under investigation for criminal crimes different from those for which the prosecutor had asked to be authorized to drop the case pointing out the critical issues underlying the division of duties between the public prosecutor and the judge of the preliminary investigations.

ABNORMITÀ DEL PROVVEDIMENTO DI IMPUTAZIONE

IL NODO DA SCIOGLIERE

A distanza di quasi dieci anni dalla sentenza n. 22909 del 2005, le Sezioni Unite della Cassazione sono tornate a pronunciarsi sui limiti al potere di controllo del giudice per le indagini preliminari sulla richiesta di archiviazione della parte pubblica ravvisando – in accoglimento del gravame proposto dal Procuratore della Repubblica competente – ben due profili di abnormità dell'ordinanza emessa dal g.i.p. del Tribunale di Lucca a norma dell'art. 409 c.p.p.

Nel caso di specie, il giudice territoriale, all'esito dell'udienza camerale, rigettava parzialmente la richiesta di archiviazione con riferimento ad uno dei delitti ascritti all'indagato (atti persecutori) e contestualmente ordinava l'iscrizione nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p. di una persona non indagata e per reati in precedenza non presi in considerazione (lesioni, ingiurie e minaccia aggravata), imponendo altresì la formulazione dell'imputazione ex art. 409 comma 5 c.p.p. nei confronti di entrambi gli indagati.

La questione prospettata ha determinato la rimessione del ricorso (dapprima assegnato alla Quinta Sezione penale) alle Sezioni Unite considerato che, quantunque non fosse revocabile in dubbio la prerogativa del giudice per le indagini preliminari di disporre l'iscrizione ex art. 335 c.p.p. di soggetti in precedenza non indagati e per reati differenti da quelli originariamente individuati ed altresì l'abnormità dell'atto con cui era disposta l'imputazione coattiva nei confronti di soggetti il cui nome non era stato iscritto nell'apposito registro, permanevano dubbi interpretativi ed un contrasto non ancora sedato fra Sezioni semplici avuto riguardo alla sussistenza della facoltà per l'organo giurisdizionale, ravvisati ulteriori titoli di reato ascrivibili all'indagato, di sollecitare (con riferimento a questi) il pubblico ministero a formulare l'imputazione¹.

Prima dell'intervento risolutore delle Sezioni unite si fronteggiavano *in subiecta materia* due distinti orientamenti, rispettivamente tendenti da un lato a negare e dall'altro ad affermare il carat-

tere di abnormità del provvedimento con cui il giudice avesse ordinato la formulazione dell'imputazione nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli formanti oggetto della richiesta d'inazione.

Secondo il primo orientamento, una volta formulata la richiesta di archiviazione, il *thema decidendum* non si modellava sulla base d'una specifica domanda, ma sulle risultanze processuali dalle quali il giudice per le indagini preliminari può trarre elementi per disporre la formulazione dell'accusa in ordine ad ulteriori fatti di reato². In tal guisa il controllo del giudice si presentava adeguato a contrastare le inerzie e le lacune investigative del pubblico ministero onde evitare che le scelte di questi finissero col tradursi in una forma "discriminatoria" di esercizio dell'azione (od inazione) penale.

L'opposto filone giurisprudenziale, invece, riteneva abnorme il provvedimento con il quale fosse ordinata la formulazione dell'imputazione a carico di soggetti diversi da quelli originariamente sottoposti a indagine o per fatti diversi da quelli per i quali il procedimento era stato iscritto, senza che il giudice avesse preventivamente ordinato (in modo conforme ai suoi poteri) l'iscrizione dei soggetti o dei reati anzidetti nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.³. Secondo tale orientamento, insomma, l'imputazione coatta – se disposta in siffatta maniera – avrebbe finito con l'assumere i connotati di un'abnorme imposizione dell'esercizio dell'azione, traducendosi, in sostanza, in un'«espropriazione del potere costituzionale di iniziativa del pubblico ministero»⁴.

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE E DELLE SEZIONI UNITE IN TEMA DI CONTROLLO GIURISDIZIONALE SULL'ARCHIVIAZIONE

La Corte costituzionale, a partire dagli anni Novanta, ha intrapreso un'attenta opera di verifica sul riparto di attribuzioni in materia di archiviazione fra il pubblico ministero ed il giudice per le indagini preliminari condotta alla luce dei principi della Carta fondamentale (in particolare avuto riguardo al disposto degli artt. 25 e 112 Cost.) avente quale fine sia la ricerca di un punto di equilibrio fra discrezionali-

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

¹ Cfr. Dalia-Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2013, 554, dove si rimarca – con riferimento alla prerogativa del giudice di ordinare l'iscrizione nel registro ex art. 335 c.p.p. di persona dapprima non indagata – che tale adempimento debba essere «sollecitamente eseguito» e che altrettanto sollecitamente debbano essere adottate le determinazioni consequenziali. Secondo gli Autori, qualora il termine per le indagini sia scaduto, il magistrato inquirente dovrà immediatamente provvedere a formulare le proprie richieste conclusive.

² Da ultimo v. Cass., sez. VI, 28 settembre 2012, n. 42508, *Cass. pen.*, 2013, 3605. In senso conforme, sez. VI, 20 gennaio 2010, n. 9005, *Foro it.*, 2011, 192; sez. V, 7 ottobre 2008, n. 43262, *CED Cass.*, 241724; sez. I, 24 novembre 2006, n. 41207, *Cass. pen.*, 2007, 4659.

³ Cass., sez. V, 16 febbraio 2012, n. 12987, *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, 89. Conf. Cass., sez. III, 27 maggio 2009, n. 28481, *Cass. pen.*, 2011, 296; sez. V, 5 giugno 2000, n. 3252, *ivi*, 2001, 2004.

⁴ V. testualmente Cass., sez. V, 5 giugno 2000, n. 3252, *cit.*

tà e obbligatorietà dell'azione, sia, al contempo, una razionalizzazione delle prassi in materia, posto che l'accoglimento di una concezione rigida del canone di obbligatorietà comporterebbe l'impossibilità di smaltire il carico di lavoro e determinerebbe, com'è stato esattamente rilevato, l'elaborazione di criteri occulti di selezione dei procedimenti da coltivare⁵. L'indagine *de qua*, pertanto, oltre che affrontare i principi di legalità ed obbligatorietà dell'azione, ha dovuto necessariamente confrontarsi con tematiche (difficilmente compatibili con la pretesa intangibilità di un "dogma" quale quello contenuto nell'art. 112 Cost.) come la necessaria scrematura delle notizie di reato, la correlata efficienza degli uffici del pubblico ministero e l'estensione quantitativa e qualitativa del controllo – necessariamente *ex post* – rimesso all'autorità giurisdizionale; ne è scaturita una "rilettura di compromesso" del canone obbligatorio di cui all'art. 112 Cost. mirata a contemperare la finalità di investigazione assegnata alle indagini preliminari con l'esigenza di scongiurare, ove possibile, dibattimenti inutili⁶.

Dopo appena due anni dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale la Corte costituzionale, nel tentativo di recuperare un ruolo maggiormente attivo del giudice anche nel caso-limite delle indagini contro ignoti, ebbe a chiarire come l'assenza – per l'ipotesi di archiviazione prevista dall'art. 415 c.p.p. – di un rinvio «globale» alle disposizioni degli artt. 408, 409 e 410 (a differenza di quanto disposto per gli «altri casi di archiviazione» disciplinati dall'art. 411) non comporta di per sé che l'art. 409, comma 4, non debba trovare applicazione, ben potendo l'assenza di un rinvio del genere trovare sufficiente spiegazione nella già rilevata sicura inapplicabilità all'archiviazione per essere ignoto l'autore del reato di altre previsioni concernenti l'ar-

chiviazione per infondatezza della notizia di reato, quali, ad esempio, la pronuncia dell'ordinanza per la formulazione dell'imputazione e la fissazione dell'udienza preliminare⁷. I Giudici di palazzo della Consulta, con la storica sentenza n. 88 del 1991, ebbero ad affermare che il principio di obbligatorietà dell'azione (contrapposto a quello di opportunità che opera, in varia misura, nei sistemi ad azione penale facoltativa) esige che nulla sia sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice, consentendo all'organo dell'accusa l'inazione anche in base a valutazioni estranee all'oggettiva infondatezza della *notitia criminis*, ma comporta, altresì, che in casi dubbi l'azione vada esercitata e non omessa; a comprova di ciò deporrebbe proprio la formulazione dell'istituto dell'archiviazione in termini di «manifesta infondatezza». Com'è stato esattamente rilevato, la Corte in quella pronuncia fece perno sulla direttiva n. 37 della Legge delega ed in particolare sul principio di «completezza» delle indagini volto a scongiurare casi di esercizio "apparente" dell'azione, ossia basato su indagini palesemente incomplete, superficiali o lacunose⁸. Secondo il Giudice delle leggi, tuttavia, obbligatorietà dell'azione non significa «conseguenzialità automatica tra notizia di reato e processo»; il pubblico ministero non risulta perciò tenuto ad iniziare il processo per qualsiasi *notitia criminis* atteso che, proprio in virtù di quanto prescrive l'art. 50 c.p.p., l'obbligo di esercitare l'azione penale «sorge solo se sia stata verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione, che è, appunto, non-esercizio dell'azione»⁹.

⁷ Il filone giurisprudenziale in parola è stato inaugurato da C. cost., sent. 31 luglio 1990, n. 409, *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, 47, secondo cui è proprio la finalità che accomuna tutte le varie ipotesi di archiviazione a giustificare l'estensione, dall'ipotesi-base (archiviazione per infondatezza della notizia di reato) all'ipotesi dell'art. 415 (archiviazione perché ignoto l'autore del reato), di quanto risulta compatibile con quest'ultima, correlativamente alla non estensibilità di quanto si appalesa, invece, incompatibile con essa. Si leggano tuttavia le annotazioni critiche del Giarda, *Ricordo del giudice istruttore o esigenze di simmetria sistemica?*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1166, secondo cui nella normativa che conferisce al giudice per le indagini preliminari ampi poteri di intervento in materia di archiviazione possono intravedersi «chiaroscuri inquisitori» non in linea con la ripartizione di ruoli caratteristica del processo accusatorio.

⁸ Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2013, 584, secondo cui la Corte ha precisato un ulteriore punto fondamentale: la regola di cui all'art. 125 disp. att. c.p.p. consiste in un vaglio circa l'attitudine degli elementi acquisiti a giustificare la celebrazione di un dibattimento.

⁹ In questo senso, testualmente, C. cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, *Giur. cost.*, 1991, 586, con cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 125 disp. att. c.p.p. sollevata in riferimento all'art. 76 Cost., per eccesso di delega rispetto all'art. 2, n. 50, della l. 16 febbraio 1987, n. 81. La Corte ha evidenziato che, ai sensi dell'art. 125 disp. att. c.p.p., il quadro acquisitivo viene, valutato non nell'ottica del risultato

⁵ V. Cordero, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 485; Kostoris, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze di deflazione e «irrelevanza del fatto»*, AA. VV., *I nuovi binari del processo penale tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Milano, 1996, 208 ss. Più recentemente cfr. sul tema Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, 179, secondo cui nella procedura di archiviazione, onde evitare elasticità che potrebbero condurre ad abusi, il fatto deve essere adottato come punto di riferimento privilegiato al fine di consentire un recupero di oggettività al vaglio giudiziale.

⁶ V. su tutti De Luca, *Controlli extra-processuali ed endo-processuali nell'attività inquirente del pubblico ministero, Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli, 1991, 217, secondo cui spesso, dietro lo schermo dell'obbligatorietà, si celano «automatismi funesti» che all'esterno possono sembrare persino persecutori. Cfr. altresì nel medesimo senso Marafioti, *L'archiviazione fra crisi del dogma di obbligatorietà dell'azione ed opportunità "di fatto"*. *Prospettive di razionalizzazione della prassi*, Massa-Schipani (a cura di), *Un "codice tipo" di procedura penale per l'America latina*, Padova, 1994, 123 ss.

ABNORMITÀ DEL PROVVEDIMENTO DI IMPUTAZIONE

Chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 554 comma 2 c.p.p. rispetto all'art. 112 Cost., la Corte costituzionale, già nel 1993, evidenziò che la tipologia del "controllo" che il giudice è chiamato ad esercitare in sede di archiviazione e, quindi, la qualità e la quantità delle attribuzioni che l'ordinamento riserva al suo intervento, non sono modellati in stretta aderenza alla specificità della richiesta che il pubblico ministero gli rivolge, «quasi che la stessa integri una domanda a devoluzione rigorosamente circoscritta», atta a scongiurare qualsiasi sconfinamento da quel particolare "tema" sul quale l'organo della giurisdizione viene ad essere investito e che il pubblico ministero sarebbe dunque libero di contrassegnare. In sostanza, ad avviso della Corte, sarebbe proprio «la finalità che accomuna tutte le varie ipotesi di archiviazione» a giustificare l'estensione della disciplina prevista per l'ipotesi base (archiviazione per infondatezza della notizia di reato) anche alle restanti ipotesi, così da «far emergere una figura di giudice per le indagini preliminari in grado di indicare al pubblico ministero gli approfondimenti non ancora compiuti» senza restare vincolato ad un diverso epilogo a seconda della particolare "formula" che lo stesso requirente abbia enunciato nella richiesta¹⁰. Sotto altro profilo, poi, dovendo il controllo del giudice verificare se, alla stregua del materiale raccolto nel corso delle indagini, sia conforme a legalità l'inazione della parte pubblica, il sindacato non potrà che riguardare l'integralità dei risultati dell'indagine, restando dunque esclusa qualsiasi possibilità di ritenere che un simile apprezzamento debba invece circoscriversi all'interno dei soli confini tracciati dalla *notitia criminis* deliberata dal pubblico ministero¹¹.

La prerogativa del giudice per le indagini preliminari – nel caso di richiesta di archiviazione formulata in un procedimento contro ignoti – di disporre, laddove non ritenga di poter accogliere la

richiesta di archiviazione, l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. del nominativo del soggetto cui il reato sia a quel momento da attribuire ha trovato l'autorevole avallo della Corte costituzionale sin dal 1999¹², mentre, a partire dal 2002, il Giudice delle leggi ha affrontato – risolvendolo in maniera affermativa – il *punctum pruriens* relativo alla compatibilità della disciplina dell'imputazione coatta di cui all'art. 409 comma 5 c.p.p. con il diritto di difesa della persona sottoposta ad indagini¹³. In particolare la Corte, chiamata a pronunciarsi in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 409 del codice di rito penale, nella parte in cui non prevedeva che, anche nel caso di formulazione dell'imputazione su ordine del giudice che il magistrato inquirente dovesse previamente notificare all'indagato l'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p., ha evidenziato, anche in tempi recentissimi, come il contraddittorio assicurato all'indagato in occasione dell'udienza camerale escluda la sussistenza d'una disparità di trattamento¹⁴; tanto più che la mancanza di un'incolpazione analoga a quella prevista dall'art. 415-bis c.p.p. non può considerarsi lesiva del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, adeguatamente salvaguardati

¹² V. C. cost., ord. 18 maggio 1999, n. 176, *Giur. cost.*, 1999, 1741.

¹³ V. C. cost., ord. 19 novembre 2002, n. 460, *Cass. pen.*, 2003, 1170, con nota di Nuzzo, *Nel caso di imputazione «coatta» il diritto di difesa è garantito: non è necessario l'avviso ex art. 415-bis c.p.p.* Altresì, nel medesimo senso, C. cost., ord. 29 luglio 2005, n. 348, *Cass. pen.*, 2006, 1605 con nota di Zappulla, *Il potere del g.i.p. di ordinare l'iscrizione del nome nel registro delle notizie di reato prima dell'udienza prevista in seguito ad opposizione alla richiesta di archiviazione*. In dottrina v. Conti, *Archiviazione*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Padova, 2009, 797.

¹⁴ A ben vedere, la "fase" immediatamente successiva alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari non comporta il venire in essere di un contraddittorio nel senso pieno del termine (ossia innanzi ad un giudice terzo ed imparziale) ma può indirizzare il pubblico ministero, mediante la collaborazione della persona sottoposta ad indagini, a richiedere l'archiviazione della *notitia criminis*: Si tratta, come avverte la dottrina più autorevole, di un evidente ritorno al passato cioè all'epoca dell'istruzione sommaria condotta dal pubblico ministero e di quella formale condotta dal giudice istruttore; similmente ad oggi, al tempo era previsto che il giudice ed il magistrato del pubblico ministero depositassero gli atti di indagine e fosse consentito alla difesa di prenderne visione depositare istanze. L'aspetto maggiormente criticabile dell'attuale disciplina di cui all'art. 415-bis c.p.p. è che il riconoscimento del diritto di difesa, a ben vedere, postula una «trasformazione degli atti di indagine in mezzi di prova» atteso che una volta che in caso d'inerzia difensiva, la pretesa punitiva rivolta al giudice dall'inquirente risulta evidentemente rafforzata. V. testualmente Dalia, *Nuove garanzie difensive e anticipazione della soglia di giudizio*, *Studi di diritto processuale penale*, Padova, 2005, 73. Sul tema, in senso sostanzialmente conforme, si legga Verdoliva, *L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini*, AA.VV., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, Kalb (a cura di), I, Milano, 2000, 88.

dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento giudiziale, che è l'autentica prospettiva della parte pubblica incaricata di instaurare il processo. Cfr. altresì Roca, *Archiviazione, non luogo a procedere e dovere di completezza delle indagini nella sentenza della Corte costituzionale n. 88/1991*, *Giust. pen.*, 1992, I, 186.

¹⁰ Nel medesimo senso si legga Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, 203.

¹¹ V. Corte cost., sent. 30 dicembre 1993, n. 478, *Giur. it.*, 1995, I, 92, secondo cui una volta formulata la richiesta di archiviazione, il *thema decidendum* che investe il giudice non si modella in funzione dell'ordinario dovere di pronunciarsi su di una specifica domanda, ma «del ben più ampio potere di apprezzare se, in concreto, le risultanze dell'attività compiuta nel corso delle indagini preliminari siano o meno esaurienti ai fini della legittimità dell'inazione del pubblico ministero».

dall'accesso completo agli atti di indagine e dallo *ius ad loquendum*, riconosciuti alla persona sottoposta ad indagini, l'uno e l'altro strumentali al contraddittorio garantito dinanzi al giudice nella «sede camerale che precede l'ordine di formulare l'imputazione»¹⁵. Ricollegandosi a precedenti pronunce del Giudice delle leggi, l'ordinanza n. 348 del 2012 ha evidenziato che il meccanismo previsto dall'art. 415-bis c.p.p. si presenta diverso da quello relativo all'imputazione coatta, perché l'avviso in questione è diretto a consentire all'indagato l'esplicazione di un'ulteriore attività difensiva, che potrebbe incidere sulle determinazioni del pubblico ministero, inducendolo a richiedere l'archiviazione, mentre dopo l'ordine del giudice per le indagini preliminari di formulare l'imputazione viene meno qualunque ulteriore spazio per l'attività difensiva¹⁶. L'impostazione *de qua*, seppure non esente da critiche, è stata fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità la quale, con orientamento del tutto consolidato, ha reputato abnorme (in quanto atto a determinare una regressione del procedimento contrastante col canone costituzionale di ragionevole durata del processo) il provvedimento con il quale il giudice dell'udienza preliminare pronunci la nullità dell'atto con cui venga formulata l'imputazione coatta sul presupposto che lo stesso dovesse essere preceduto dall'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.*¹⁷.

In tale quadro interpretativo tracciato dalla Corte costituzionale è andata ad inserirsi la sentenza delle Sezioni unite n. 22909 del 2005 la quale, come si accennava in precedenza, costituisce l'antecedente "storico" della pronuncia in commento che, a sua volta, finisce col rappresentarne l'ideale prosecuzione. Secondo la sentenza "Minervini", in sede di archiviazione il giudice per le indagini preliminari può dissentire dalla parte pubblica in ordine non solo alla richiesta di questa, ma anche alle determinazioni che lo stesso inquirente intenda adottare all'esito dell'attività d'indagine. Di conseguenza, il g.i.p. ben può disporre che il pubblico ministero

iscriva nel registro *ex artt. 335 c.p.p.* il nominativo di altri soggetti non contemplati, senza che tale provvedimento sia suscettibile di venir considerato abnorme¹⁸. Tuttavia, sempre secondo detta pronuncia, si è in presenza di un provvedimento *extra ordinem* allorquando il giudice, non accogliendo la richiesta di archiviazione, fissa un'udienza "in prosecuzione": tale atto costituisce, secondo le Sezioni unite, un «imprevedibile e non previsto vincolo per il magistrato inquirente», che può andare ad incidere sull'esercizio dell'azione penale a lui rimesso e sulle valutazioni conclusive circa l'idoneità o non degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio¹⁹.

LE ARGOMENTAZIONI DEI GIUDICI DI LEGITTIMITÀ. L'ABNORMITÀ "FUNZIONALE" NEL PROCEDIMENTO DI ARCHIVIAZIONE DELLA NOTITIA CRIMINIS

La decisione in commento conferma in maniera autorevole quanto già rilevato dalla dottrina ossia che il giudice per le indagini preliminari disponga di «un potere sostitutivo» (che traspare con evidenza dalla lettera dell'art. 409 comma 4 c.p.p.) tale da assorbire l'attività dell'organo sottoposto a controllo, potendone vantare i medesimi poteri²⁰. Siffatta prerogativa, come rimarcato anche dalla Corte costituzionale, non conduce ad uno svilimento del poterdovere del pubblico ministero di gestire l'attività d'indagine in piena autonomia e libertà «circa la natura, il contenuto e le modalità di assunzione dei singoli atti che ritenga necessari»²¹. Non deve perciò destare meraviglia se lo sforzo ermeneutico dei Supremi giudici si sia concentrato nell'individuazione di limiti a siffatti poteri giurisdizionali; tant'è vero che la Corte ha adottato, quale punto di partenza del percorso argomentativo, l'approdo cui era pervenuta la precedente pronuncia "Minervini" del 2005 ed in particolare quel rigore interpretativo, allora ado-

¹⁵ V. C. cost., ord. 12 dicembre 2012, n. 348, *Cass. pen.*, 2013, 1003 con osservazioni di Aprile.

¹⁶ Cfr. sul tema C. cost., ord. 29 dicembre 2004, n. 441, *Giur. cost.*, 2004, 6; Id., 26 novembre 2002, n. 491, *ivi*, 2002, 6, le quali hanno sancito che, in caso di formulazione coatta dell'imputazione, il contraddittorio sull'eventuale incompletezza delle indagini si esplica nell'udienza in camera di consiglio che il giudice è tenuto a fissare.

¹⁷ In tal senso, *Cass.*, sez. IV, 19 novembre 2009, n. 48033, *CED Cass.*, 245795; sez. V, 2 luglio 2007, n. 28571, *ivi*, 237572; sez. IV, 8 marzo 2007, n. 20215, *ivi*, 236668; sez. IV, 22 aprile 2004, n. 24672, *ivi*, 228794; sez. VI, 11 luglio 2003, n. 34041, *ivi*, 226775; sez. III, 9 maggio 2003, n. 25881, *ivi*, n. 225606; sez. VI, 26 marzo 2003, n. 21438, *ivi*, n. 225901; sez. V, 3 febbraio 2003, n. 12376, *ivi*, n. 224784.

¹⁸ Sul tema si rimanda alla compiuta disamina di Marandola, *I registri del pubblico ministero. Tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001, 154 ss.

¹⁹ V. *Cass.*, sez. un., 31 maggio 2005, n. 22909, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 1638 con nota di Varone, *Brevi riflessioni in tema di archiviazione della notitia criminis e abnormità dell'atto processuale*; *Cass. pen.*, 2006, 1125, con nota di Macrillò, *Provvedimenti abnormi e limiti al potere di controllo del g.i.p. in materia di archiviazione*.

²⁰ V. Giostra, *L'archiviazione, lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994, 10, ad avviso del quale se il giudice per le indagini preliminari non potesse emettere un provvedimento quale quello previsto dall'art. 409 comma 4 c.p.p., la possibile elusione dell'obbligo d'agire rimarrebbe sprovvista di sanzione. In senso non dissimile cfr., Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, cit., 202.

²¹ In questo senso testualmente C. cost., 22 maggio 1991, n. 253, *Giur. cost.*, 1991, 2069. V. altresì Giostra, *L'archiviazione*, cit., 73.

ABNORMITÀ DEL PROVVEDIMENTO DI IMPUTAZIONE

perato nel delimitare i poteri d'intervento del giudice per le indagini preliminari rispetto alla sfera riservata al pubblico ministero il quale, sebbene sia vincolato alle indicazioni dell'organo giudicante per quanto attiene la «direzione da imprimere alle indagini», non lo è affatto per ciò che riguarda «i singoli mezzi investigativi eventualmente indicati»²².

La conseguenza della suddetta impostazione è stata la declaratoria di abnormità di due tipologie di provvedimenti del giudice per le indagini preliminari chiamato a pronunciarsi sull'inazione della parte pubblica.

Il primo atto, incidentalmente preso in esame dalla sentenza in commento, è quello con cui l'organo giurisdizionale, oltre ad imporre alla parte pubblica l'iscrizione del nominativo di un soggetto dapprima non indagato, ne disponga altresì l'imputazione coatta. Invero già la sentenza n. 22909 del 2005 aveva avallato (mediante una condivisibile interpretazione dell'art. 409 comma 4 c.p.p.) la legittimità dell'ordine d'iscrizione della persona non indagata per fatti emersi a carico della medesima e non rilevati dall'inquirente; tuttavia, rimarcano oggi le medesime Sezioni Unite, non può ritenersi manifestazione di un legittimo potere l'ordine d'imputazione coatta nei confronti di un soggetto estraneo alla richiesta di archiviazione per ben tre ordini di ragioni:

- si verificherebbe un non ammissibile sconfinamento delle attribuzioni dell'organo giurisdizionale in un ambito allo stesso non riservato dalla legge processuale;
- si impedirebbe al magistrato inquirente, una volta espletate le indagini, di determinarsi in maniera indipendente;
- verrebbe a concretarsi una macroscopica lesione dei diritti di difesa della persona sottoposta ad indagini, rimasta sino a quel punto estranea alle vicende del procedimento e, come tale, impedita a conoscere gli atti raccolti dal pubblico ministero oltre che a partecipare all'udienza camerale ex art. 409 c.p.p.

Tale interpretazione ben si coniuga con quanto rilevato sul tema dell'imputazione coatta dalla dottrina, ad avviso della quale trattasi di procedura, difficilmente conciliabile con il principio secondo cui *ne iudex procedat ex officio*, che orienta in modo marcato il processo verso schemi inquisitori e che

culmina in un "giudizio" (o ordine) «nel senso dell'utilità del passaggio dibattimentale»²³. Se si aggiunge che nel caso oggetto della pronuncia in commento il giudice per le indagini preliminari, prima di ordinare il vaglio dibattimentale, aveva disposto l'iscrizione nel registro ex art. 335 c.p.p. di un soggetto dapprima non indagato, può definitivamente cogliersi la misura della macroscopica interferenza del giudicante (il cui ruolo travalica ampiamente i confini della funzione di controllo ed anche il criterio dettato dall'art. 125 disp. att. c.p.p.) nell'operato dell'organo requirente, risultando quest'ultimo oltremodo condizionato nello svolgimento di compiti che la legge assegna allo stesso in via esclusiva e non surrogabile²⁴.

Il secondo profilo di abnormità è ravvisato dalle Sezioni unite nell'ipotesi in cui il giudice per le indagini preliminari individui, a carico della persona nei cui confronti si svolgono le indagini, fatti-reato differenti rispetto a quelli per i quali il magistrato requirente abbia formulato richiesta di archiviazione.

La dottrina già da tempo aveva chiarito come anche l'attività del magistrato inquirente non sfugga alle maglie del principio di obbligatorietà dell'azione; difatti, proprio l'art. 409 comma 4 smentisce una lettura formalistica del precetto contenuto nell'art. 112 Cost. nella misura in cui – abilitando il giudice a contestare alla parte pubblica altresì l'incompletezza delle investigazioni – vincoli l'organo dell'accusa «anche a svolgere diligentemente le attività di ricerca della prova»²⁵. Tuttavia, ad avviso della Corte, il provvedimento *de quo* non si limita ad indicare al pubblico ministero il tema o l'eventuale "direzione"

²³ L'espressione è di Ferraioli, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 2006, 117. V. altresì sul tema Tranchina, *Ruoli naturali e innaturali del giudice nel nuovo processo penale*, *Indice pen.*, 1989, 392.

²⁴ Si legga in chiave critica sulla funzione di controllo assegnata al giudice per le indagini preliminari, Ferrua, *Il ruolo del giudice nel controllo sulle indagini*, Ad avviso del Papagno, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Milano, 2009, 518, l'art. 125 disp. att. c.p.p. rappresenta nel procedimento di archiviazione quello che per il giudizio ordinario è l'art. 190 comma 1 c.p.p. ossia «un criterio ermeneutico con cui leggere ed interpretare tutte le altre norme del procedimento archiviativo». Secondo l'A., pertanto, la disposizione *de qua* deve essere considerata come valido strumento per la definizione degli ambiti di competenza fra giudice per le indagini preliminari e pubblico ministero.

²⁵ In questi termini testualmente Caprioli, *L'archiviazione*, cit., 535, secondo cui non può ritenersi conforme alle previsioni codicistiche una concezione che veda il pubblico ministero libero di decidere l'an, il *quomodo* e il *quando* dell'attività di indagine conseguente alla ricezione della notizia di reato. Con specifico riguardo ai rapporti fra dovere di investigare e quello di agire si rimanda alle sempre attuali considerazioni del Grevi, *Archiviazione per «inidoneità probatoria»*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1299

²² Lo sostiene testualmente Varone, *Brevi riflessioni*, cit., 1656. Cfr. altresì sul tema Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, 540, secondo cui è fuori di dubbio che il pubblico ministero non possa reiterare la richiesta di archiviazione senza aver investigato nella direzione indicata dal giudice mentre resta dubbia legittimità circa l'operato dell'inquirente che senza aver svolto le indagini indicate dal giudice o avendo svolto indagini diverse richieda o disponga il rinvio a giudizio.

delle ulteriori indagini ma determina un anomalo sconfinamento dei poteri dell'organo giurisdizionale in un ambito riservato alla parte pubblica che coinvolge i principi costituzionali di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) e di distinzione fra funzioni inquirenti e giudicanti sancito dall'art. 111 comma 2 Cost. e, al livello sovranazionale, dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Sotto tale angolazione la pronuncia in esame si allinea al secondo orientamento giurisprudenziale di legittimità (menzionato in precedenza) formatosi dopo la sentenza "Minervini", peraltro richiamata in motivazione, secondo cui l'ordine di formulare l'imputazione riferito a persona non indagata e per un fatto non oggetto della *notitia criminis* esorbita dalla funzione di controllo – pur sempre circoscritta al fatto materiale per cui si procede – che il giudice svolge in sede di archiviazione ovvero di impedire l'elusione del precetto che impone al pubblico ministero di esercitare l'azione penale nei casi in cui il processo non si appalesi superfluo²⁶.

Resta, invece, pienamente legittimo il provvedimento con cui l'ufficio giudicante ordina l'iscrizione, nel registro di cui all'art. 335, del nome di persone non indagate disponendo, altresì, la prosecuzione delle indagini a loro carico: del pari, quale naturale conseguenza, sussiste in capo al giudice il potere di ordinare – previa iscrizione del nome nel registro di cui all'art. 335 – il compimento di nuove indagini anche nei confronti di persone ulteriori e diverse da quelle già iscritte ad opera del pubblico ministero²⁷. È utile rammentare che, anche secondo la dottrina, le prerogative dell'organo giurisdizionale, in caso di *mala gestio* delle indagini, sarebbero rimaste pressoché invariate anche a seguito dell'interpolazione dell'art. 405 c.p.p. cui, nel 2006, è stato aggiunto il comma 1-bis che – sino alla nota pronuncia d'incostituzionalità n. 121 del 2009 – prevedeva un effetto vincolante della decisione in materia cautelare della Corte di cassazione (facente seguito ad un provvedimento *de libertate* nel merito) in ordine alle determinazioni del pubblico ministero circa l'esercizio dell'azione penale²⁸.

Se, dunque, il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, in sintonia con l'indirizzo tracciato dalla pronuncia del 2005, prospetta una soluzione al contrasto giurisprudenziale rispettosa del riparto di attribuzioni fra giudice e pubblico ministero sancito dal codice di procedura penale, resta ora da verificare se i provvedimenti censurati siano correttamente inquadrabili nell'ambito della discussa categoria della c.d. "abnormità funzionale" elaborata dalla Suprema corte a partire dalla fine degli anni Novanta²⁹.

È ormai non revocabile in dubbio che l'abnormità (fatta rientrare, in maniera pressoché pacifica, nel *genus* delle invalidità) debba trovare cittadinanza nell'ordinamento, essendo stata accantonata – in quanto retaggio d'una concezione restrittiva dei principi di tassatività delle nullità e dei mezzi di impugnazione che finirebbe col vanificare le istanze di giustizia sostanziale delle parti processuali – ogni resistenza in tal senso³⁰. La figura *de qua* presenta, dunque, caratteri di eccezionalità sia con riguardo al principio di tassatività delle nullità di cui all'art. 177

agli esiti del primo». Difatti, ad avviso della Corte, sebbene alcune pronunce rese in sede cautelare rivestano un'efficacia preclusiva sul processo, ciò non vale avuto riguardo all'azione penale per la diversità dei valori in gioco e per il fatto che viene trascurata la diversità della base probatoria delle due valutazioni a confronto. Se infatti il pubblico ministero può selezionare gli elementi da sottoporre al giudice, «le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale sono, invece, prese sulla base di tutto il materiale investigativo»; quando invece la Cassazione si pronuncia in materia cautelare non accerta in modo diretto la mancanza del *funus commissi delicti* limitandosi a verificare la motivazione del provvedimento impugnato, con la conseguenza che l'eventuale annullamento di quest'ultimo non comporta automaticamente l'inesistenza dei gravi indizi. Insomma la norma sottoposta al vaglio di costituzionalità finiva con l'alterare la logica dell'istituto dell'archiviazione che avrebbe acquisito l'obiettivo di impedire che l'azione penale fosse inopportuna esercitata con la conseguenza che la richiesta coatta di imputazione finiva per trasformarsi in una sorta di sanzione *extra ordinem* per le iniziative cautelari inopportune del pubblico ministero discriminante le posizioni degli indagati. In dottrina si veda Adorno, *La richiesta "coatta" di archiviazione, Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Scalfati (a cura di), Milano, 2006, 49 ss., il quale censurava l'avvenuta introduzione del comma 1-bis nell'art. 405 c.p.p. «non essendo seriamente pensabile che la stessa possa snaturare i tradizionali e collaudati criteri di selezione delle notizie di reato meritevoli di approfondimento processuale». In senso parzialmente critico si legga altresì Papagno, *L'interpretazione del giudice penale*, cit. 510, il quale riteneva essersi in presenza di una regola decisoria che restringeva «sensibilmente la discrezionalità del pubblico ministero».

²⁹ Non è casuale il richiamo, fatto dalla pronuncia in esame, a Cass., sez. un., 24 novembre 1999, Magnani, *CED Cass.*, 215094, con cui la Suprema corte ebbe a definire l'abnormità c.d. "funzionale", la quale – a differenza di quella c.d. "strutturale" che affligge il provvedimento così eccentrico da risultare avulso dall'ordinamento – determina una «crisi di funzionamento» ossia la stasi o l'indebita regressione del processo.

³⁰ V. Santalucia, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003, 12 ss.

²⁶ V. da ultimo Cass., sez. VI, 12 gennaio 2012, n. 3891, *CED Cass.*, 251578.

²⁷ Volendo si rimanda a Macrillò, *Provvedimenti abnormi e limiti al potere di controllo del g.i.p. in materia di archiviazione*, cit., 1129.

²⁸ V. C. cost., sent. 24 aprile 2009, n. 121, *Giur. cost.*, 2009, 2, 1131, secondo cui è stato ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 405 comma 1-bis c.p.p. aggiunto dall'art. 3 l. 20 febbraio 2006, n. 46 in quanto ribalta il rapporto intercorrente fra il procedimento incidentale *de libertate* e quello principale, introducendo un *vulnus* «al principio di impermeabilità del secondo rispetto

ABNORMITÀ DEL PROVVEDIMENTO DI IMPUTAZIONE

c.p.p. che a quello dei mezzi di impugnazione (art. 568 c.p.p.); invero, secondo la dottrina, più che costituire una deroga alla tassatività delle impugnazioni, il vizio in parola ne sarebbe la conferma, attesa l'esistenza di un *numerus clausus* di provvedimenti giurisdizionali e la necessità che, nel caso in cui un atto si ponga completamente al di fuori del sistema, quest'ultimo faccia scattare un meccanismo di autodifesa³¹.

Il provvedimento oggetto di delibazione nella sentenza che si annota, si presenta abnorme non tanto perché non costituisce espressione dei poteri riconosciuti al giudice dall'ordinamento o comunque ne viola le norme, ma poiché postula l'esplicazione del potere giurisdizionale al di là dei casi consentiti e dei limiti fissati dall'ordinamento³²; di conseguenza viene a determinarsi una stasi comportante una pregiudizievole alterazione nell'ordinaria sequenza del procedimento che finisce col regredire «ad una fase ormai esaurita».

Invero la retrocessione del procedimento non costituisce di per sé elemento decisivo ed esclusivo ai fini dell'individuazione dell'atto abnorme; tant'è vero che, in proposito, le medesime Sezioni unite – con la sentenza n. 25957 del 2009 – hanno operato un distinguo tra “regresso tipico” (consentito dalla legge), e “regresso illegittimo” (compiuto nell'esercizio di un potere non correttamente esercitato), affermando che il solo secondo risulterebbe fonte di abnormità «in quanto atipico e conseguente ad atto compiuto in carenza di potere»³³. È però opportuno

ricordare che l'orientamento, che individua in maniera estensiva l'abnormità, finisce col configurarla allorché la regressione poggi su un presupposto erroneo o su un'applicazione *contra legem* degli istituti processuali³⁴. Secondo tale tesi (che ci sentiamo di condividere), l'abnormità del provvedimento discenderebbe dall'aver esso comportato un'indebita regressione del procedimento, pur esercitandosi un potere legittimo, quale può essere quello di accertamento di una nullità, ma al di là delle ipotesi previste e dei casi regolati dalla legge processuale: il regresso del procedimento sarebbe perciò “atipico” comportando l'abnormità del relativo provvedimento se conseguente ad un atto adottato dal giudice in carenza di potere³⁵.

La pronuncia in esame conferma, da ultimo, che l'atto abnorme, stante la sua eccentricità rispetto all'ordinamento, possa essere sottoposto a ricorso immediato per cassazione³⁶.

La mancata previsione di una specifica impugnazione del provvedimento affetto da abnormità, dipende dalla difficoltà della sua tipizzazione e dalla non riconducibilità ad alcuno degli schemi disciplinati dal sistema processuale; di conseguenza la sua “imprevedibilità” non ne consente l'inserimento tra gli atti impugnabili come tali tassativamente previsti. La giurisprudenza di legittimità, conseguentemente, ha ritenuto indispensabile porre rimedio a dette situazioni mediante l'impugnazione in cassazione al fine di rimuovere un provvedimento non inquadrabile nel sistema o che si pone di impedimento allo sviluppo processuale³⁷.

Se per quanto detto, l'abnormità è una forma d'invalidità sussidiaria, ravvisabile solo in mancanza di ulteriori strumenti di gravame *latu sensu*, ovvero di possibilità offerte dal sistema per rimediare con prontezza all'anomalia della pronuncia giudiziale nell'ambito dello sviluppo processuale e delle

³¹ In tal senso Amodio, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Amodio-Dominioni (a cura di), Milano, II, 77; Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, cit., 324. Secondo Cass., sez. un., 26 marzo 2009, n. 25957, cit., la corretta applicazione dei principi processuali, come sopra evidenziati, ai rapporti tra giudice e pubblico ministero imporrà per il futuro di limitare, l'ipotesi di abnormità strutturale al caso di carenza di potere in astratto ovvero di deviazione del provvedimento giudiziale rispetto allo scopo di modello legale nel senso di esercizio di un potere previsto dall'ordinamento, «ma in una situazione processuale radicalmente diversa da quella configurata dalla legge e cioè completamente al di fuori dei casi consentiti, perché al di là di ogni ragionevole limite (carenza di potere in concreto)».

³² Sulla prima problematica cfr. Cass., sez. V, 22 dicembre 2012, n. 15051, CED Cass., 252475; sez. V, 10 luglio 2008, n. 31975, *ivi*, 241162, mentre sull'abnormità quale conseguenza della violazione di norme v. Cass., sez. III, 3 maggio 2011, n. 24163, *Arch. nuova proc. pen.* 2011, 550. Cfr. Galati, *Atti processuali penali*, Dig. pen., I, Torino, 1995, 366, ad avviso del quale «il compimento di un atto processuale non è attività fungibile, espletabile, in altri termini, da qualsiasi soggetto indifferentemente e con le modalità che più aggradano».

³³ V. testualmente Cass., sez. un., 26 marzo 2009, n. 25957, *Foro it.*, 2010, 9, II, 457. Per il caso di regressione del procedimento v. Cass., sez. VI, 30 maggio 2012, n. 29855, *Cass. pen.*, 2013, 3188; sez. III, 18 novembre 2009, n. 49404, CED Cass., 24545; sez. I, 27 ottobre 2009, n. 44195, *ivi*, 245678; sez. V, 18 marzo 2009, n.

14527, *Cass. pen.* 2011, 1522; sez. III, 28 maggio 2008, n. 27129, CED Cass., 240251; sez. III, 11 gennaio 2008, n. 8333, *ivi*, 239053; Sulla regressione in contrasto con il principio della ragionevole durata, si veda, Cass., sez. VI, 17 febbraio 2011, n. 22499, CED Cass., 250494.

³⁴ Vale ricordare che sullo specifico tema, fra l'altro, anche la Corte Costituzionale ha sottolineato che il sistema è complessivamente improntato, per esigenze di speditezza e di economia, al principio di non regressione del procedimento. In tal senso, C. cost., ord. 22 giugno 2005, n. 236, *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 633.

³⁵ Cfr. sul tema Dalia-Normando, *Nullità degli atti processuali*, II) *Diritto processuale penale*, Enc. giur. Treccani, XXI, Roma, 1990, 3 ss.

³⁶ Cfr. sul punto Caprioli, *Commento all'art. 568 c.p.p.*, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Chiavario (coordinato da), Torino, 1990, 1955, nonché Santalucia, *op. cit.*, 33.

³⁷ In questo senso, Cass., sez. III, 27 settembre 2002, n. 38633, *Riv. pen.*, 2003, 43.

sue fasi, sulla scia della sentenza in commento, non dovrà nel futuro, per le caratteristiche di assoluta atipicità e residualità del fenomeno, consentirsi una dilatazione del concetto di abnormità per far fronte a situazioni di illegittimità considerate altrimenti non inquadrabili né rimediabili³⁸. Tanto più che il provvedimento reputato abnorme dalla sentenza in esame, probabilmente, avrebbe potuto trovare adeguata sanzione procedimentale nella disposizione di cui all'art. 178 lett. b c.p.p. la quale sanziona, a pena di nullità (assoluta ex art. 179 e, come tale, rilevabile dalla persona offesa, dal pubblico ministero ed anche d'ufficio dal giudice per le indagini preliminari sino all'emissione del provvedimento finale del procedimento), l'inosservanza delle disposizioni concernenti l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale o, quanto meno avuto riguardo al combinato disposto di cui agli artt. 178 lett. c e 180 c.p.p., versandosi in presenza (se non di un'omessa citazione, costituente nullità assoluta) di una nullità a regime intermedio derivante dall'inosservanza delle disposizioni in tema di intervento, assistenza e/o rappresentanza della persona indagata³⁹.

Proprio per scongiurare un eccessivo ricorso alla categoria dell'abnormità, sarà più che mai opportuno negare rilievo ai casi d'irrilevanza sopravvenuta dell'anomalia, dovuta ad un successivo provvedimento o ad una situazione processuale che ne ha fatto venir meno la rilevanza: si tratta di casi – diversi

da quello relativo alla sentenza in commento – in cui il giudice abbia fatto uso di una prerogativa che non gli spettava, senza che comunque si sia realizzata alcuna stasi del processo, anche se vi sia stata indebita regressione, e le cui conseguenze siano rimediabili mediante legittime attività d'impulso⁴⁰.

In conclusione l'abnormità funzionale, riscontrabile – come si è detto in precedenza – nel caso di stasi del processo e d'impossibilità di proseguirlo, andrà limitata all'ipotesi in cui il provvedimento giudiziario (non altrimenti impugnabile) imponga al pubblico ministero un adempimento che concretizzi un atto la cui invalidità sia rilevabile nel corso futuro del procedimento o del processo; negli altri casi la parte pubblica dovrà osservare i provvedimenti emessi dal giudice giusto quanto prevede il codice di rito penale in cui, a proposito dei «casi analoghi» di conflitto (art. 28 comma 2), si è evitato ogni riferimento a casi di contrasto tra pubblico ministero e giudice, proprio per sottolineare che eventuali casi di contrasto «non sono riconducibili alla categoria dei conflitti, e ciò anche in considerazione della qualità di parte – sia pure pubblica – che il pubblico ministero ha nel contesto del nuovo sistema processuale»⁴¹.

³⁸ Si veda, per un utile raffronto, Valentini, *I profili generali della facoltà di impugnare, Le impugnazioni penali*, Gaito (diretto da), Torino, 1998, 200 ss. V. altresì Varone, *op. cit.*, 1666.

³⁹ Sui delicati rapporti intercorrenti fra nullità ed abnormità si veda Cass., sez. III, 30 gennaio 1997, n. 313, *Dir. pen. proc.*, 1997, 1234, con nota critica di Scella, *Un uso improprio del concetto di atto processuale abnorme*.

⁴⁰ È appena il caso di rammentare che l'emissione di un provvedimento abnorme può configurare un'ipotesi di illecito disciplinare per il magistrato, ai sensi dell'art. 2, lett. ff, d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 come modificato dalla l. 24 ottobre 2006, n. 269 (in *G.U.*, 24 ottobre 2006, n. 248), («adozione di provvedimento non previsto da norme vigenti»).

⁴¹ V. testualmente, *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, Roma, 1978, 16. Cfr. altresì Carulli-Dalia, *Le nuove norme sul processo penale*, Napoli, 1989, 193, ove si rimarca che dai lavori preparatori può rilevarsi che la disciplina dei conflitti mira a regolare la sfera della competenza e della giurisdizione e «non anche i dissensi fra uffici in ordine a situazioni diverse».

È tempestiva la richiesta di giudizio abbreviato presentata in udienza preliminare in concomitanza all'esaurimento della discussione difensiva

Corte di Cassazione, sezione I, sentenza 8 gennaio 2014, n. 348 – Pres. Giordano; Rel. Magi

La richiesta di giudizio abbreviato può anche seguire la formulazione delle conclusioni del pubblico ministero in quanto l'espressione utilizzata dal legislatore è idonea a comprendere l'intera fase della discussione prevista dall'art. 421, comma 2, fino al suo epilogo, sicché il termine finale della proposizione della domanda è rappresentato dal momento in cui si esaurisce, con la formulazione delle conclusioni di tutte le parti, la discussione.

Quanto all'errato diniego del giudice preliminare sull'intempestività della richiesta di giudizio abbreviato "ordinario", deve notarsi sul piano generale che la decisione della Corte Costituzionale n. 169 del 2003 ha comportato la modifica del quadro normativo dell'intero istituto, introducendo espressamente l'obbligo per la parte di riproporre la richiesta di abbreviato condizionato "respinta" dal GUP nella fase preliminare del giudizio dibattimentale ed il potere/dovere del giudice del dibattimento non solo di operare la valutazione di congruità ed esattezza del diniego ma di procedere alla effettiva celebrazione del rito abbreviato nell'ipotesi in cui ritenga il diniego ingiustificato: non vi è alcuna ragione logica e sistematica per ritenere che tale sindacato, per identità di ratio, non debba essere operato – in apertura del giudizio dibattimentale – anche nelle ipotesi di diniego (per motivi di ritenuta inammissibilità) di una istanza di giudizio abbreviato "ordinario"

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. In data 18.4.2013 il GUP del Tribunale di Pescara, con ordinanza, dichiarava – per quanto qui rileva – intempestive le istanze di ammissione al giudizio abbreviato formulate da tutti gli imputati del procedimento cumulativo numero *Omissis* (RG GIP) in corso di svolgimento nella fase della udienza preliminare.

A sostegno di tale decisione processuale il g.u.p. osservava, in sintesi, che:

– le istanze di ammissione al rito abbreviato (sia ordinario che condizionato alla acquisizione di ulteriori elementi di prova) erano da ritenersi tardive in quanto formulate dopo che il Giudice dell'udienza preliminare aveva invitato il rappresentante dell'accusa ad illustrare le proprie conclusioni;

– l'udienza del 18 aprile 2013, in prosieguo rispetto a quella tenutasi il 14 marzo 2013, era stata infatti preceduta da detto invito, avvenuto in chiusura dell'udienza del 14 marzo, ed il p.m. aveva ritenuto di sollecitare – in tal sede – un rinvio per dare modo a tutte le difese di ascol-

tare le conclusioni, data l'ora tarda e le numerose sostituzioni intervenute nel corso dell'udienza;

– pertanto nessun dubbio poteva esserci sul fatto che l'udienza del 18 aprile 2013 (in apertura della quale venivano proposte le istanze di adozione del rito alternativo) era stata fissata esclusivamente "per la discussione" delle parti.

Da ciò ad avviso del g.u.p. derivava, pur in un contesto processuale che non aveva ancora "dato luogo" alla discussione del pubblico ministero, la presa d'atto della impossibilità di accogliere le richieste di adozione del rito alternativo, secondo una interpretazione dell'art. 438, comma 2, sostenuta anche nella presente sede di legittimità (sez. 3 n. 18820 del 31.3.2011, rv 250009) e tesa ad individuare un limite preclusivo all'istanza rappresentato dal momento in cui il giudice conferisce la parola al pubblico ministero per illustrare le conclusioni. Essendosi, nel caso in esame, superato detto limite – già all'udienza del 14 marzo, con rinvio al 18 aprile 2013 solo per motivi di opportunità e contestualità dell'atto

da compiersi – ne derivava una pronunzia di inammissibilità delle istanze.

2. Avverso detto provvedimento hanno proposto ricorso per cassazione *Omissis* a mezzo dei rispettivi difensori, deducendo l'abnormità dell'ordinanza in quanto emessa al di fuori dei casi consentiti dalla legge e comunque qualificabile come estranea all'ordinamento processuale.

Tutti i ricorrenti, imputati destinatari del provvedimento con cui è stata dichiarata l'inammissibilità dell'istanza, formulano comuni critiche ai contenuti del medesimo, critiche che possono sintetizzarsi nel modo che segue.

I ricorrenti muovono, *in primis* da una articolata ricostruzione in fatto e in diritto della vicenda procedimentale e precisano che le richieste di rito abbreviato "condizionato" prevedevano, in subordine, l'ammissione al rito abbreviato "ordinario". Dunque non si trattava di richieste sottoposte a valutazione di ammissibilità nei loro contenuti, ma solo sotto il profilo formale.

Si evidenzia inoltre che pacificamente il pubblico ministero nel momento in cui sono state portate all'attenzione del giudice le richieste di definizione con rito alternativo – nella fase iniziale dell'udienza del 18 aprile 2013 – non aveva ancora preso la parola per illustrare le sue conclusioni.

Pertanto, pur ponendosi nell'ottica coltivata dalla decisione di questa Corte citata dal g.u.p. (sez. 3 n. 18820 del 31.3.2011) la stessa sarebbe stata impropriamente evocata, dato che da tale arresto giurisprudenziale (interpretato anche alla luce di altre decisioni, pure citate) si ricava che il momento preclusivo debba – in concreto – individuarsi nel momento iniziale della discussione medesima.

Ciò perché – nella prospettiva dei ricorrenti – il conferimento della parola al pubblico ministero per la formulazione delle conclusioni non segna il passaggio a detta fase sino a quando il citato comportamento processuale (ossia l'illustrazione delle conclusioni) abbia avuto inizio, non potendosi ritenere preclusa la richiesta di rito alternativo che in ogni caso intervenga prima di tale "comportamento".

Dunque l'invito del giudice ad illustrare le conclusioni potrebbe assumere il rilievo assegnato dal giudice nell'ordinanza impugnata solo quando a detto invito sia effettivamente seguito quantomeno l'inizio dell'attività illustrativa delle conclusioni da parte dell'organo dell'accusa.

Si assume – in ogni caso – che dal contenuto del verbale di udienza del 14 marzo non risulta espressamente la circostanza – su cui si fonda l'ordinanza reiettiva – dell'aver il g.u.p. invitato il pubblico ministero a concludere, essendo stata compiuta altra attività processuale ed essendo stato verbalizzato, all'esito, esclusivamente il rinvio "per la discussione" all'udienza del successivo 18 aprile.

Pertanto la stessa ordinanza impugnata si fonderebbe su un travisamento del "fatto processuale" di tale entità da renderla abnorme.

L'intervento del pubblico ministero è in realtà avvenuto solo dopo che il g.u.p. all'udienza del 18 aprile aveva

deciso sulle proposte istanze di adozione del rito abbreviato e su altre questioni sollevate in apertura di detta udienza.

Da ciò la necessità per il g.u.p. – a sostegno della decisione di inammissibilità – di precisare un dato di fatto che dal verbale del 14 marzo non risulta espressamente, rappresentato dall'aver compiuto in tale data l'invito a concludere, invito che risulta verbalizzato espressamente solo nel corso dell'udienza del 18 aprile e sempre in un momento successivo alla proposizione e al rigetto delle istanze di celebrazione del rito abbreviato.

Da ciò si dipana la costruzione in diritto della ipotesi di abnormità dell'ordinanza, dato che la stessa, seguendo la linea ricostruttiva dei ricorrenti, ampiamente sviluppata negli atti di ricorso, cui si rinvia per il dettaglio:

a) non risulta altrimenti impugnabile ed è pertanto assoggettata al solo rilievo di abnormità;

b) risulta emessa fuori dei casi previsti dalla legge (con carenza di potere in concreto) secondo i recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di atto abnorme elaborati da questa Corte;

c) determina la ingiusta soppressione del diritto potestativo degli istanti a veder celebrato il rito alternativo dell'abbreviato ordinario, con conseguente pregiudizio irrimediabile arrecato al diritto di difesa, dato che la componente premiale – in caso di condanna – correlata alla scelta del rito non sarebbe più fruibile;

d) altera le condizioni di accesso al giudice naturale precostituito per legge, (nel caso in esame la Corte di Assise, in virtù delle contestazioni operate) atteso che attribuisce il giudizio all'organo collegiale in presenza di una certa e documentata volontà degli imputati di essere giudicati innanzi all'organo monocratico.

3. Hanno depositato memorie i difensori delle costituite parti civili *Omissis* nonché *Omissis*. In dette memorie, anche ribadite a seguito della conoscenza delle conclusioni rassegnate dal Procuratore Generale presso questa Corte, si prospetta l'inammissibilità dei ricorsi, non potendo qualificarsi l'ordinanza emessa dal g.u.p. in termini di abnormità.

Attraverso la complessiva ricostruzione dei profili dell'istituto e dei numerosi arresti giurisprudenziali in merito, si evidenzia che l'atto in questione – consistente nella verifica non già dei contenuti quanto della formale ammissibilità dell'istanza di accesso al rito alternativo, sotto il profilo della sua tempestività – rientra nella sfera di attribuzioni del giudice cui la richiesta è rivolta e non rappresenta alcun sviamento della potestà decisoria giurisdizionale. Potrebbe dunque sostenersi l'erronea applicazione della norma di riferimento e pertanto l'eventuale illegittimità dell'atto ma non la sua abnormità.

L'impugnazione proposta, dunque, violerebbe il principio di tassatività e andrebbe dichiarata inammissibile.

Peraltro, nel caso in esame si sostiene la piena legittimità dell'atto impugnato, essendo spirato, già all'udienza del 14 marzo 2013 il termine per la proposizione delle richieste di rito abbreviato. In tale data, infatti, il g.u.p. aveva risolto altre questioni procedurali (nell'ambito di una complessa "fase" dell'udienza preliminare iniziata da

È TEMPESTIVA LA RICHIESTA DI GIUDIZIO ABBREVIATO

circa quattro anni) ed aveva rivolto al pubblico ministero l'invito ad illustrare le sue conclusioni, con sequenza che non può essere messa in dubbio attraverso la impropria valorizzazione – *ex adverso* – dei contenuti sintetici del relativo verbale.

Da ciò correttamente si ritiene deliberato il diniego, posto che l'individuazione del momento preclusivo – secondo i contenuti espressi da sez. 3 n.18820 del 31.3.2011 – non può dipendere, come si ipotizza nei ricorsi, dall'effettivo inizio dell'attività illustrativa delle conclusioni ma dal momento in cui il giudice dichiara aperta la discussione. Trattasi infatti di una vera e propria "fase" interna alla udienza preliminare che non postula l'inizio della attività di concreta illustrazione ma che viene ad esistenza con l'intervento del giudice teso a conferire la parola al pubblico ministero.

Peraltro, si evidenzia che l'ordinanza emessa, nel ritenere inammissibili le istanze di accesso al rito abbreviato, non determina alcuna stasi del procedimento atteso che introduce la successiva fase dibattimentale. Il sindacato sul diniego, impropriamente sollecitato con i ricorsi qui in trattazione, ben potrebbe essere esercitato dal giudice del dibattimento, con le diverse modalità previste dalla giurisprudenza di legittimità e da quella della Corte Costituzionale. Anche sotto tale profilo si conclude per l'inammissibilità o il rigetto dei ricorsi.

4. Il Procuratore Generale presso questa Corte, con requisitoria scritta del 30 luglio 2013 ha chiesto l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata.

Ad avviso del Procuratore Generale i ricorsi risultano fondati in ragione sia della attuale fisionomia del rito abbreviato c.d. ordinario che in rapporto alla sequenza procedimentale verificatasi in fatto.

Premessa, infatti, la ricognizione dei caratteri dell'istituto della abnormità – attraverso ampi e puntuali riferimenti – si osserva che detta istanza di rito abbreviato, nella attuale disciplina, non risulta sottoposta *ex lege* ad alcun vaglio discrezionale da parte del giudice cui viene rivolta, rappresentando un vero e proprio "diritto potestativo" dell'imputato.

Da ciò la considerazione per cui il diniego costituirebbe espressione di un potere non previsto dalla legge, tale da rendere l'atto abnorme.

Ciò anche nella fattispecie in esame, ove viene evocato un profilo esclusivamente strutturale di "tardività" delle richieste.

Tale profilo, infatti, si ritiene derivato – nella ricostruzione in fatto operata dal g.u.p. – da un eccessivo formalismo, atteso che la dinamica procedurale consente di ritenere iniziata la discussione solo quando a seguito dell'invito formulato la parola sia effettivamente "presa" dal rappresentante dell'accusa. Lì dove tale evenienza non si sia verificata (come pacificamente risulta) all'udienza del 14 marzo e si sia preferito aggiornare l'udienza con rinvio al 18 aprile, detto rinvio pone le parti ancora in termine per avanzare richieste di definizione alternativa, posto che in tal sede di certo il g.u.p. avrebbe dovuto concedere nuovamente la parola al p.m., non essendo ancora iniziata la discussione in senso proprio.

Il rinvio, in assenza di discussione già iniziata, determinerebbe infatti il ragionevole "affidamento" delle parti nella possibilità di proporre le istanze non precluse e la condotta negatoria all'accesso al rito finirebbe con il violare tale generale principio.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. I ricorsi sono da dichiararsi inammissibili, per le ragioni che seguono.

1.1 Essendo gli stessi basati su una denuncia di abnormità (non risultando altrimenti impugnabile l'ordinanza in esame, con cui si è dichiarata l'inammissibilità delle istanze di adozione del rito abbreviato) conviene anzitutto precisare alcune coordinate interpretative di tale nozione, di esclusiva elaborazione giurisprudenziale.

Come è noto, la categoria concettuale della abnormità nasce per porre rimedio a comportamenti procedimentali posti in essere dall'organo giudicante da cui derivano atti non altrimenti impugnabili – in virtù del principio di tassatività delle sanzioni processuali e dei relativi rimedi – e al contempo espressivi, in concreto, di uno «sviamento» della funzione giurisdizionale, non più rispondente al modello previsto dalla legge.

La lunga e articolata elaborazione giurisprudenziale sul tema (a partire dalle decisioni elaborate nella vigenza del codice del 1930, tra cui sent. 12.12.81, ove si precisava che risulta abnorme il provvedimento che per la singolarità e stranezza del suo contenuto sta al di fuori non solo delle norme legislative ma dell'intero ordinamento processuale, tanto da doversi considerare imprevisto e imprevedibile dal legislatore) è stata efficacemente sintetizzata dalla decisione emessa dalle Sezioni Unite n. 25957 del 26.3.2009, che questo Collegio condivide, in cui si è posta in rilievo, a fini di razionalizzazione delle diverse ipotesi e di effettiva percezione della diversità tra atto abnorme e atto illegittimo, la differenza esistente tra abnormità strutturale e abnormità funzionale dell'atto emesso, con classificazione delle relative ipotesi.

L'abnormità strutturale va infatti limitata al caso di esercizio da parte del giudice di un potere non attribuitogli dall'ordinamento processuale (carenza di potere in astratto) ovvero di deviazione del provvedimento giudiziale rispetto allo scopo di modello legale, nel senso di esercizio di un potere previsto dall'ordinamento, ma in una situazione processuale radicalmente diversa da quella configurata dalla legge e cioè completamente al di fuori dei casi consentiti, perché al di là di ogni ragionevole limite (carenza di potere in concreto).

L'abnormità funzionale, è invece, da individuarsi nel caso di stasi del processo e di impossibilità di proseguirlo e va limitata all'ipotesi in cui il provvedimento giudiziario imponga al pubblico ministero un adempimento che concretizzi un atto nullo rilevabile nel corso futuro del procedimento o del processo. Dunque ciò che rileva – al fine di qualificare un atto emesso dal giudice come abnorme – risulta essere:

a) il confronto tra l'atto posto in essere dal giudice ed il modello legale di riferimento, nel senso che lì dove l'atto sia astrattamente "espressivo" di un potere conferito dal-

la legge, pur se erroneamente applicato, non può essere l'atto stesso qualificato abnorme se non nel caso in cui la copertura del modello legale risulti, in realtà, solo apparente, essendo stato emesso al di fuori dei casi consentiti e al di là di ogni ragionevole limite;

b) l'analisi delle conseguenze dell'atto, da qualificarsi abnorme solo ove imponga il compimento di una ulteriore attività viziata e dunque ponga in pericolo l'equilibrio funzionale del procedimento e la stessa nozione di processo come "serie ordinata" di atti tendenti alla stabilità della sua conclusione.

Risulta pertanto essenziale l'analisi delle coordinate normative di riferimento, dato che, per quanto sinora detto, l'ipotesi dell'errore nel compimento dell'atto (per erronea interpretazione di uno dei presupposti normativi che regolano la fattispecie o per erronea valorizzazione di un profilo di fatto in realtà ininfluyente) non è di per sé decisiva al fine di ritenere presente un profilo di abnormità strutturale o funzionale.

1.2 Ed è proprio tale ragionamento che consente, ad avviso di questo Collegio, di ritenere l'atto emesso dal g.u.p. nella vicenda che ci occupa erroneo sul piano interpretativo ma non connotato da abnormità, nè strutturale nè funzionale. Conviene, infatti, partire da una generale considerazione, quanto all'ipotesi di abnormità strutturale.

Tutte le istanze di parte previste nel sistema processuale, siano esse tese alla instaurazione di un sub-procedimento incidentale o a provocare una decisione nell'ambito del procedimento principale, sono sottoposte – al fine di ottenere l'effetto giuridico desiderato – ad un duplice vaglio: di ammissibilità (vaglio di carattere formale, nel senso che l'istanza deve provenire dal soggetto legittimato a compierla e deve rispettare il proprio modello legale di riferimento, ivi compresi eventuali termini posti a pena di decadenza) e di fondatezza (esame dei contenuti in fatto e in diritto, verifica dei presupposti oggettivi e conseguente statuizione da parte del giudice).

Nel delicato settore delle istanze di parte tese ad ottenere l'accesso ad una forma differenziata di decisione di merito – quale è l'istanza di ammissione al rito abbreviato – nessuno può negare che l'attuale sistema normativo – dopo le profonde modifiche introdotte dalla L. n. 479 del 1999 – ha di certo rinunciato ad una verifica di "fondatezza" dell'istanza di abbreviato c.d. "puro", essendo stato opportunamente eliminato il presupposto della "decidibilità allo stato degli atti", presupposto foriero di ingiustificate disparità di trattamento, riequilibrato nella dinamica decisoria del rito dalla introduzione di poteri di integrazione istruttoria ex officio in capo al giudice (art. 441 comma 5_cod.proc.pen.). Ma, al contempo, nessuno può ragionevolmente sostenere che sia stato eliminato anche l'ulteriore vaglio di "ammissibilità" dell'istanza medesima, intesa come generale verifica – operata dal giudice – della rispondenza dell'atto di parte al "suo" modello legale di riferimento.

Per introdurre il procedimento differenziato di giudizio di primo grado (ossia il rito abbreviato) l'istanza:

a) deve essere proposta direttamente dall'imputato o

da soggetto munito di procura speciale conferita nei modi di legge (art. 438, comma 3);

b) deve essere proposta in una determinata "sede" procedimentale, rappresentata dall'udienza preliminare (art. 438 co.1) ovvero dal momento successivo alla notifica del decreto di giudizio immediato indicato, a pena di decadenza, dall'art. 458 comma 1 o ancora dal momento in cui risulta prevista nelle altre dinamiche procedurali del rito direttissimo (art. 451. comma 5, e art. 452, comma 2) o del procedimento per decreto (art. 461, comma 3);

c) ove proposta in udienza preliminare soggiace al dettato normativo di cui all'art. 438, comma 2, che testualmente recita, quanto al *tempus* di proposizione, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422.

Ora, nessuno può dubitare del fatto che la richiesta di giudizio abbreviato presentata dal difensore non munito di procura speciale o la richiesta di abbreviato presentata durante la fase delle indagini preliminari siano, ad esempio, atti di parte difformi dal proprio modello legale di riferimento, tali da dover essere dichiarati inammissibili.

Ciò perché il giudice resta, in ogni caso, titolare esclusivo del potere di verificare la "rispondenza" tra fatto (anche processuale) e fattispecie astratta di riferimento, adottando i provvedimenti conseguenti.

Dunque, in prima approssimazione può convenirsi sul fatto che sussiste, pur nell'attuale quadro normativo, il potere/dovere del giudice di qualificare l'istanza di adozione del rito abbreviato "ordinario" come ammissibile o meno, statuendone l'inammissibilità lì dove la parte non rispetti il modello legale astratto e in tal senso può parlarsi di "diritto potestativo" dell'imputato a veder celebrato il giudizio abbreviato solo in presenza di una istanza formalmente ammissibile e sottoposta con esito positivo a detta verifica. Sul punto, taluni dei precedenti arresti di questa Corte – citati nei ricorsi – ove si è ritenuta sussistente l'abnormità del provvedimento reiettivo della richiesta di abbreviato "ordinario", si riferiscono invero a casi in cui il sindacato del giudice si era spinto oltre i limiti della verifica di mera ammissibilità formale, ritenendo ad esempio non accoglibile la richiesta in virtù della pena edittale prevista per il reato contestato – è il caso di sez. 1 n. 43541 del 7.10.2004 rv 230057 – o ritenendo implicitamente intervenuta una rinuncia ad una precedente istanza ammissiva in realtà mai formulata – è il caso di sez. 1 n.399 del 18.11.2008, rv 242871 e pertanto possono rientrare nella nozione di abnormità per carenza di potere "in concreto", mentre non condivisibile risulta essere il precedente rappresentato da sez. 1 n. 44539 del 24.10.2012, rv 254461 ove il sindacato esercitato dal giudice riguardava, appunto, le modalità di presentazione dell'istanza ammissiva e non poteva pertanto dirsi connotato da abnormità.

1.3 Ciò consente di superare il primo quesito posto dall'oggetto del ricorso: il g.u.p. ha nel caso di specie fatto uso di un potere a lui spettante (in astratto) e riconosciuto dall'ordinamento.

È TEMPESTIVA LA RICHIESTA DI GIUDIZIO ABBREVIATO

Resta tuttavia da verificare ulteriormente se nell'esercizio di siffatto potere – nel caso concreto – si siano superati i limiti di ragionevolezza, tanto da poter affermare che il potere è stato esercitato in modo solo apparente e del tutto al di là dei limiti consentiti.

Anche tale opzione non può trovare accoglimento.

Sul punto, va affermato che l'esistenza di contrapposti indirizzi giurisprudenziali, emersi nella presente sede di legittimità circa l'esatto "confine" della richiesta di rito abbreviato nella concreta dinamica dell'udienza preliminare è di per sé la "prova" di una non accorta tecnica normativa di descrizione della tempistica della richiesta, tale da poter dar luogo a contrasti interpretativi.

E lì dove ci siano contrasti interpretativi si entra nel regno dell'opinabile, ove le categorie concettuali di riferimento sono rappresentate dalla condivisione o dal dissenso, ma restano espressive, a monte, dell'utilizzo da parte del giudice di merito della facoltà a lui riconosciuta dall'art. 12 preleggi.

Sul punto, infatti, va immediatamente precisato che l'opzione interpretativa cui si è rifatto il g.u.p. di Pescara risulta sostenuta, in effetti, dalla decisione emessa sez. 3 n. 18820 del 31.3.2011, rv. 250009.

A fronte del testuale dato normativo in punto di "tempistica" della richiesta di cui all'art. 438 comma 2 cod. proc. pen. (siano a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422) in tale decisione, riguardante un processo cumulativo, si è sostenuto che a fini di ritualità della richiesta medesima la "linea di confine è data dal momento in cui il g.u.p. concede la parola al p.m. per formulare le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422" e si è argomentato in proposito che tale assetto risulterebbe conforme alle cadenze dell'udienza preliminare, anch'essa scandita in "fasi" che riproducono almeno in parte lo scenario dibattimentale.

La si condivida o meno, tale risulta essere la linea interpretativa seguita dal g.u.p., con la particolarità in fatto – su cui molto si dirigono le critiche dei difensori dei ricorrenti e dello stesso Procuratore Generale presso questa Corte – di un conferimento di "parola" operato dal g.u.p. all'udienza del 14 marzo 2013 (di ciò non è lecito dubitare, pena la falsità ideologica della stessa ordinanza impugnata, di certo fedele all'accadimento processuale come è dimostrato dal fatto che nel verbale di tale data si parla di rinvio per la discussione) cui, per ragioni di *fair play* processuale non era seguita la "parola" medesima.

Ma, sul punto, non può imputarsi al g.u.p. – in realtà – alcun effettivo travisamento.

Se la stessa decisione citata individua una "linea di confine" in un atto del giudice (l'aver conferito la parola per la discussione è comportamento che implica la risoluzione di tutte le questioni logicamente e giuridicamente antecedenti ed in tal senso può essere indicativo della chiusura di una fase e dell'apertura di una fase successiva) e se tale atto era stato compiuto nella parte finale dell'udienza del 14 marzo le successive istanze erano da dichiararsi effettivamente tardive.

In ciò non può pertanto ritenersi che il potere sia stato esercitato in modo "eccentrico" rispetto al fine, da parte

del g.u.p. Ma il punto, a parere di questo Collegio, è un altro ed è rappresentato dal fatto – come si anticipava – che la stessa decisione emessa dalla 3 Sezione di questa Corte in data 31 marzo 2011 non è condivisibile, in quanto finisce con l'introdurre un termine preclusivo non del tutto "in linea" con il dettato normativo, volutamente aperto.

In altre parole, come statuito in precedenti arresti, appare preferibile la interpretazione secondo cui la richiesta di giudizio abbreviato può anche seguire la formulazione delle conclusioni del pubblico ministero in quanto l'espressione utilizzata dal legislatore è idonea a comprendere l'intera fase della discussione prevista dall'art. 421, comma 2, fino al suo epilogo, sicché il termine finale della proposizione della domanda è rappresentato dal momento in cui si esaurisce, con la formulazione delle conclusioni di tutte le parti, la discussione (tra le altre, sez. 1 n. 755 del 14.11.2002, rv. 223251). Ciò risulta, peraltro, più aderente al principio generale per cui in presenza di un dettato normativo che introduce una preclusione, l'interpretazione – anche al fine di non ledere l'aspettativa all'esercizio della relativa facoltà – non può determinare l'anticipazione della scadenza del termine rispetto all'ordinario significato dei termini utilizzati dal legislatore.

Ma è del tutto evidente – come il perdurante contrasto interpretativo tra diverse Sezioni di questa Corte, non ancora risolto, dimostra – che trattasi di questione interpretativa di un dato normativo di non facile lettura – specie in ipotesi di processi cumulativi – e che, pertanto, giammai può determinarsi, ove si ritenga di aderire ad un orientamento piuttosto che ad un altro, l'emissione di un provvedimento abnorme, nei sensi sin qui precisati.

Tra l'altro, pur esorbitando dai limiti della stretta risposta al quesito in punto di abnormità del provvedimento impugnato, può essere utile evidenziare che la linea interpretativa qui ritenuta preferibile – basata sul favor per l'adozione del rito alternativo – è stata espressa di recente dalla stessa Corte Costituzionale nella decisione numero 117 del 4 aprile 2011 (con cui è stata dichiarata inammissibile una questione relativa a preteso contrasto tra l'art. 391 octies c.p.p., e art. 442 c.p.p., comma 1 bis, e l'art. 111 Cost., in tema di giusto processo).

In tale pronuncia, si è infatti evidenziato che quanto al giudizio abbreviato esso può essere richiesto e ammesso in sede di udienza preliminare anche a discussione iniziata e fino al momento in cui non siano formulate le conclusioni e ciò consente di ritenere utilizzabili in tale giudizio i risultati di documenti depositati nel corso dell'udienza preliminare, ivi compresi i risultati di investigazioni difensive.

Trattasi di una affermazione che, seppur relativa a pronuncia di inammissibilità della questione ivi decisa, consente di ritenere costituzionalmente preferibile – a fini di scioglimento del dubbio interpretativo – la lettura della norma di riferimento in senso comprensivo della "fase" della discussione, collocando – allo stato attuale della disciplina – la facoltà di richiesta nel momento in cui il

singolo imputato formuli, tramite il difensore, le “sue” conclusioni in sede di udienza preliminare.

1.4 L'esposizione del tema consente di affrontare anche l'ulteriore profilo di eventuale abnormità funzionale, da ritenersi anch'esso insussistente.

L'effetto del diniego, *rectius* della dichiarazione di inammissibilità delle istanze, non è certo quello di “dar luogo” ad un atto nullo, essendo stata introdotta la successiva fase dibattimentale attraverso l'emissione del decreto di rinvio a giudizio, atto di certo immune da vizi non essendovi dipendenza rilevante ai sensi dell'art. 185 c.p.p., comma 1, ponendosi esclusivamente il problema delle forme, tempi e modalità di “sindacato” sull'operato del GUP. Circa tale profilo, va anche affermato che non può condividersi la ricorrenza di una ipotesi di violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge, di cui all'art. 25 Cost., in conseguenza dell'erroneo diniego emesso dal GUP. Il sistema normativo, con i suoi adattamenti dovuti agli interventi additivi operati dalla Corte Costituzionale, lungi dal fissare in modo immutabile la celebrazione del giudizio abbreviato innanzi al giudice (monocratico) dell'udienza preliminare già prevede in sé il caso di celebrazione del rito abbreviato – proprio in virtù del possibile rimedio all'errore – da parte del giudice (collegiale) del dibattimento.

È il caso del sindacato sul diniego emesso dal GUP alla celebrazione del rito abbreviato “condizionato” le cui modalità sono state previste dalla decisione numero 169 del 2003 della Corte Cost.

In tale pronuncia, in particolare, il giudice delle leggi ha ritenuto ormai superata – in virtù della nuova fisionomia assunta dal rito in questione – la modalità di sindacato sul diniego “a dibattimento concluso” (con eventuale applicazione della diminuzione processuale lì dove si ritenga ingiustificato il diniego) che era stata introdotta, per ragioni di contrasto con il principio di uguaglianza, dalla precedente decisione numero 92 del 1992 ed ha espressamente affermato che alla luce del mutato quadro normativo non vi è alcun ostacolo a che, qualora l'imputato riproponga prima dell'apertura del dibattimento la richiesta condizionata di giudizio abbreviato, sia lo stesso giudice del dibattimento – ove ritenga ingiustificato il rigetto della precedente richiesta – a disporre e celebrare il giudizio abbreviato, con ogni conseguenza di legge.

Tale soluzione viene ritenuta conforme al principio di uguaglianza e a quello di ragionevole durata del processo, atteso che comporta la virtuosa saldatura tra il recupero dei tempi processuali e l'applicazione – in caso di condanna – della diminuzione di cui all'art. 442 c.p.p., comma 2.

Ora, non vi è dubbio che – ragionando in termini generali – tale decisione della Corte Costituzionale ha comportato la modifica del quadro normativo dell'intero istituto, introducendo espressamente l'obbligo per la parte di riproporre la richiesta di giudizio abbreviato “respinta” dal GUP nella fase preliminare del giudizio dibattimentale ed il potere/dovere del giudice del dibattimento non solo di operare la valutazione di congruità ed esattezza del diniego ma di procedere alla effettiva cele-

brazione del rito abbreviato nell'ipotesi in cui ritenga il diniego ingiustificato.

A ben vedere, pertanto, non vi è alcuna ragione logica e sistematica per ritenere che tale sindacato, per identità di ratio, non debba essere operato – in apertura del giudizio dibattimentale – anche nelle ipotesi di diniego (per motivi di ritenuta inammissibilità) di una istanza di giudizio abbreviato “ordinario”, in ciò potendosi risolvere anche le frequenti questioni – sollevate tramite lo strumento del conflitto negativo di competenza – insorte in passato tra GUP e giudice dibattimentale (cui sinora era stata data prevalente risposta nel senso di ritenere possibile il sindacato a dibattimento concluso con obbligatoria riduzione di pena nelle ipotesi di ritenuta erroneità del diniego, così tra le altre sez. 1 n. 47960 del 23.11.2012, rv 254018; sez.1 n.47021 del 30.10.2008, rv 242059; sez. 1 n.35069 del 25.9.2002, rv 222361).

Lì dove infatti la Corte Costituzionale ha attribuito detta competenza “funzionale” al giudice dibattimentale nel più complesso caso della richiesta “condizionata” (che richiede un esame degli atti raccolti e dei contenuti della condizione posta dal richiedente ai fini indicati dall'art. 438, comma 5) corrisponde ad un ragionevole criterio di interpretazione sistematica farne derivare l'estensione alla più semplice ipotesi di rigetto dell'istanza di giudizio abbreviato ordinario (che richiede esclusivamente la rivalutazione dei profili formali o di tempistica dell'istanza), pur senza sollecitare una nuova pronuncia espressa del giudice delle leggi (che nei caso in esame difetterebbe di rilevanza, essendo stato direttamente impugnato per abnormità il diniego) e pur senza attendere un (in verità opportuno) intervento del legislatore.

Tale indirizzo ermeneutico andrebbe ad avviso del Collegio seguito anche nel caso in esame, con gli opportuni adattamenti alla dinamica processuale in atto (nel senso della possibile alternativa di celebrazione del rito abbreviato da parte del giudice dibattimentale in ragione della riproposizione – ove temporalmente possibile – delle istanze e dell'esito favorevole del sindacato sul diniego o della applicazione della sola riduzione di pena a dibattimento concluso in ragione della impossibilità di riproporre le istanze per avvenuto superamento della fase di trattazione delle questioni preliminari).

Ciò consentirebbe di ricollegare – lì dove intervenga riproposizione dell'istanza e sindacato da parte del giudice nel senso della ingiustizia del diniego – la eventuale diminuzione di pena in caso di condanna ad un effettivo recupero di tempi della decisione, conformemente ai contenuti della citata decisione della Consulta.

Alla declaratoria di inammissibilità dei ricorsi consegue la condanna al pagamento delle spese processuali e al versamento, per ciascun ricorrente, di una somma di denaro in favore della cassa delle ammende che stimasi equo determinare in Euro 1.000,00.

P.Q.M.

Dichiara inammissibili i ricorsi e condanna i ricorrenti al pagamento delle spese processuali e, ciascuno, al versamento di Euro 1.000,00 a favore della cassa delle ammende.

ROBERTO PUGLISI*

Dottore di ricerca in procedura penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Quali rimedi contro l’illegittimo diniego di giudizio abbreviato non condizionato?

How to react against the wrongful denial of summary judgment not conditioned?

Condivisa la massima estensione di accesso al rito abbreviato attraverso la fissazione del termine per la proposizione della relativa richiesta con le conclusioni dei difensori (e, quindi, anche dopo le conclusioni del p.m.), occorre interrogarsi sul rimedio esperibile per reagire contro illegittimi dinieghi basati su presupposti formali. Grazie alla sua naturale fluidità, l’abnormità sembra, allo stato, lo strumento più idoneo per colmare il vuoto di tutela che mina il diritto di accesso al rito, ferma l’esigenza di un intervento legislativo.

Shared the maximum extension of access to summary trial by setting the deadline for the proposition of the request to the conclusions of the defence attorneys (and, therefore, even after the conclusion of the prosecutor), should be established the remedy available to react against wrongful denials based on formal basis. “Abnormità” appears, at present, the most appropriate tool to bridge the gap in the protection of access to the special procedure.

IL TERMINE PER L’ACCESSO AL RITO

L’art. 438, comma 2, c.p.p. indica l’ultimo momento del procedimento entro il quale si può chiedere il giudizio abbreviato tipico. Il contrasto interpretativo sorto sull’esatta individuazione del termine in questione non sembra radicarsi in un significato poco chiaro.¹ In effetti, per un verso, gli strumenti ermeneutici a disposizione (utilizzati anche dalla sentenza qui in esame) appaiono in grado di fuga-

re incertezze interpretative² e, per altro, «va tenuto conto (...) della “ratio” (deflativa) dell’istituto, che induce a una interpretazione lata delle norme che regolano l’accesso al rito abbreviato».³ Al contempo, la menzionata disposizione si rende crocevia inconsapevole di scelte attinenti ai rimedi esperibili avverso un illegittimo diniego e, finanche, alla sistemazione che, una volta per tutte, si dovrebbe assegnare al controverso modello fondato tendenzialmente su un giudizio allo stato degli atti.⁴

Qui la Corte chiarisce il tempo utile per la presentazione della domanda di accesso al rito e, incidentalmente, esclude che l’erronea dichiarazione di

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

¹ Cfr., tuttavia, Cass., sez. III, 31 marzo 2011, n. 18820, *CED Cass.*, 250009, per un’anticipazione del termine finale al momento in cui iniziano le conclusioni del p.m.; si tratta di una lettura che, per tutelare «precise esigenze di trasparenza... e di *par condicio*» nei casi di procedimenti con più imputati, afferma la necessità «che tutti siano posti nelle medesime condizioni e che quindi, per tutti, il termine sbarramento, entro cui rappresentare le proprie strategie processuali sia il medesimo». V., invece, Cass., sez. I, 19 febbraio 2009, n. 12887, *CED Cass.*, 243041, per l’allungamento fino alla dichiarazione di chiusura della discussione da parte del g.u.p. (conforme, Cass., sez. I, 23 aprile 2004, n. 15982, *CED Cass.*, 227761) che si pone sulla scia di Cass., sez. I, 13 gennaio 2003, *CED Cass.*, 223251. In linea con il più ampio riconoscimento applicativo, anche in sede di eventuali repliche, v. Pistorelli-Bricchetti, *Giudizio abbreviato*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, 4, tomo I, Filippi (a cura di), *Procedimenti speciali*, Torino, 2008, 132.

² Ciononostante, con un’ordinanza successiva, la Corte di legittimità ha rimesso alle Sezioni unite la soluzione del contrasto sorto sul termine per richiedere il giudizio abbreviato (Cass., 29 gennaio 2014, n. 4068, inedita, che, in realtà, si fonda su un unico precedente contrario – Cass., III, 31 marzo 2011, n. 18820, cit. – rispetto alla prevalente giurisprudenza nel senso dell’allargamento delle possibilità di trasformazione del rito).

³ Cass., sez. I, 13 gennaio 2003, cit. Cfr., Maffeo, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004, 218, secondo cui si è «in presenza di una formula legislativa che, obiettivamente, dà adito ad una pluralità di interpretazioni».

⁴ In argomento, Aprile, *Giudice unico e processo penale. Commento alla legge “Carotti” 16 dicembre 1999*, n. 479, Milano, 2000, 63; Orlandi, *Procedimenti speciali*, Conso-Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010, 677ss.

inammissibilità della medesima possa esprimersi in un atto abnorme.

Propugnando un'interpretazione estensiva del termine contemplato dall'art. 438 comma 2 c.p.p., la pronuncia annotata afferma che «in presenza di un dettato normativo che introduce una preclusione, l'interpretazione – anche al fine di non ledere l'aspettativa all'esercizio della relativa facoltà – non può determinare l'anticipazione della scadenza del termine rispetto all'ordinario significato dei termini utilizzati dal legislatore»; motivo per il quale appare preferibile sostenere che «la richiesta di giudizio abbreviato può anche seguire la formulazione delle conclusioni del pubblico ministero in quanto l'espressione utilizzata dal legislatore è idonea a comprendere l'intera fase della discussione prevista dall'art. 421, comma 2, fino al suo epilogo, sicché il termine finale della proposizione della domanda è rappresentato dal momento in cui si esaurisce, con la formulazione delle conclusioni di tutte le parti, la discussione».

Del resto, i giudici della Consulta avevano già offerto una lettura ampia dell'art. 438, comma 2, c.p.p. precisando che il giudizio abbreviato «può essere richiesto e ammesso anche a discussione iniziata e fino al momento in cui non siano formulate le conclusioni»;⁵ non vi è ragione, insomma, per limitare l'instaurazione del rito sulla base di preclusioni sfornite di una base normativa certa.⁶

Da ultimo, la questione è stata affrontata dalle Sezioni unite: il termine per la richiesta nel corso dell'udienza preliminare va fissato con la presentazione delle "conclusioni definitive" da parte di ciascun difensore dei diversi imputati.⁷

(SEGUE) IPOTESI SPECIFICHE

Acquisita la necessaria massima estensione delle possibilità di accesso al rito abbreviato, occorre

⁵ C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 117, <http://www.giurcost.org/decisioni/2011/0117s-11.html>.

⁶ V., nello stesso senso, Bruno, *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova, 2007, 71; Maffeo, *Il giudizio abbreviato*, cit., 220, per cui sono «non indifferenti ai fini della richiesta anche le conclusioni del pubblico ministero, potendo integrare le stesse una diversa rappresentazione dello stato degli atti»; Zacché, *Il giudizio abbreviato*, Ubertis-Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XXXV.2, 2004, 50. Per un'anticipazione del termine finale «alle conclusioni come formulate da entrambe le parti, sicché deve considerarsi tempestiva la richiesta solo se presentata prima che prenda la parola il pubblico ministero per illustrare le sue conclusioni», Aprile, *Giudice unico e processo penale*, cit., 143.

⁷ Cass., sez. un., 15 maggio 2014, n. 20214, http://www.processopenaleegiustizia.it/scenari_leggi.php?id=647, in cui si precisa, altresì, che deve escludersi che il termine finale, «unico per tutti gli imputati sarebbe quello in cui l'ultimo difensore prende la parola». La parità delle parti, si prosegue, è principio riguardante solo quelle contrapposte (accusa e difesa).

chiedersi cosa accade in alcune ipotesi particolari, riguardanti la presenza di più difensori, l'integrazione investigativa disposta ai sensi dell'art. 421 bis c.p.p. e l'effettuazione di eventuali repliche.

Partendo dalle indicazioni fornite dalla Corte, sembra che al primo quesito si possa, ora, rispondere escludendo preclusioni derivanti dall'aver preso la parola dopo che già altri difensori hanno esposto le proprie difese.⁸ Se il limite temporale va fissato con la formulazione delle conclusioni, non c'è ragione per vietare la richiesta di riti alternativi a chi dovesse prendere la parola per ultimo ovvero per imporre un ordine di precedenza delle discussioni dei difensori a seconda delle strategie prescelte. Si dovrebbe immaginare una sorta di dichiarazione preventiva di intenti che non potrebbe valere, però, più di un *gentlemen agreement* e, come tale, non idoneo a generare decadenze. Ogni diversa soluzione avrebbe l'effetto di anticipare il termine in questione, con inevitabile ridimensionamento dell'accennata *ratio* deflativa.⁹

Argomenti a favore di questa lettura si ritrovano, altresì, in quella giurisprudenza che sostiene il diritto ad ottenere l'abbreviato anche dopo l'integrazione investigativa disposta ai sensi dell'art. 421 bis c.p.p.¹⁰ In tale ipotesi, si precisa, il provvedimento del g.u.p. che dispone l'integrazione ex art. 421 bis o 422 c.p.p. non dichiara chiusa la discussione, di modo che appare passaggio obbligato una nuova discussione nell'udienza fissata con la medesima ordinanza. Dal mancato richiamo, nella disciplina sul rito abbreviato, all'art. 421 bis c.p.p. ("frutto di un'evidente dimenticanza del legislatore" del 1999)¹¹ non si può, pertanto, evincere una preclusione per l'imputato che, anzi, potrebbe temporeggiare sulla richiesta di rito alternativo in vista di un'integrazione probatoria *ope iudicis*. Oltretutto, all'imputato deve essere garantito il diritto a essere giudicato (anche in sede di abbreviato) sulla base del materiale raccolto a seguito dell'integrazione.¹²

L'applicazione dello stesso parametro potrebbe invocarsi anche per il caso di richiesta che segue le even-

⁸ In realtà, questa è l'ipotesi su cui si è radicato il contrasto portato dinanzi alle Sezioni Unite (v., *supra*, nota 1, Cass., sez. III, 31 marzo 2011, n. 18820, cit.).

⁹ Risolvendo il contrasto denunciato sul punto (v., *supra*, nota 2), le Sezioni Unite (27 marzo 2014, cit.) hanno enunciato il principio secondo cui il termine finale per richiedere il giudizio abbreviato «è quello della formulazione delle conclusioni da parte del difensore di ciascun imputato».

¹⁰ Cass., 24 marzo 2009, n. 12885, *CED Cass.*, 243041. Conformemente, Cass., sez. V, 23 febbraio 2006, n. 6777, *CED Cass.*, 233829. Aderiscono, Aprile, *Giudice unico e processo penale*, cit., 143; Pistorelli-Bricchetti, *Giudizio abbreviato*, cit., 132.

¹¹ Cass., 24 marzo 2009, n. 12885, cit.

¹² Così, Cass., sez. V, 23 febbraio 2006, n. 6777, cit.

È TEMPESTIVA LA RICHIESTA DI GIUDIZIO ABBREVIATO

tuali repliche del pubblico ministero. Tale fattispecie presenta caratteristiche analoghe alle precedenti nella misura in cui, anche qui, non è ancora intervenuta una formale dichiarazione di chiusura della discussione. Ipotizzare l'impossibilità di modifica dei temi (e delle richieste) precedentemente affrontati rappresenterebbe una via d'uscita per salvaguardare l'interesse delle altre parti a contraddire sulla richiesta di abbreviato. Fissare, tuttavia, il termine finale *de quo* a una fase anteriore alla formale chiusura della discussione è operazione incompatibile con il dettato legislativo.¹³ Neanche le Sezioni unite affrontano direttamente il problema; il riferimento al concetto di "conclusioni definitive", tuttavia, parrebbe meglio attagliarsi al «momento in cui termina la discussione e si cristallizzano le conclusioni rassegnate da tutte le parti, cioè quello della replica da parte del difensore».¹⁴

Chiarito il preliminare, debbono affrontarsi i più delicati risvolti coinvolgenti le possibilità di reazione contro rigetti di richieste tempestivamente presentate.

IL DIRITTO ALL'AMMISSIONE DEL GIUDIZIO ABBREVIATO

Prima di scandagliare i rimedi esperibili nel caso di un illegittimo diniego di accesso al rito, è utile individuare la natura della posizione giuridica sottostante alla richiesta di giudizio abbreviato (diritto, aspettativa o altro), stante la connessione tra i due temi.

L'introduzione del modello alternativo al dibattimento fondato sull'impiego dei risultati investigativi è segnata da una connotazione essenzialmente consensuale. Originariamente ancorato al *placet* del pubblico ministero, l'attuale schema di rito abbreviato configura per l'imputato un vero e proprio diritto all'ammissione, ferme le condizioni formali della richiesta.¹⁵

Nel modello originario, per sostenere l'inaccessibilità al rito in caso di stadio avanzato del procedi-

mento, si ribadiva l'ineludibilità degli scopi deflativi connessi all'abbreviato.¹⁶ Fu la Corte costituzionale a precisare l'«attribuzione all'imputato... del diritto alla diminuzione di un terzo della pena in caso di condanna» e, pertanto, la sindacabilità, da parte del giudice, del dissenso del pubblico ministero:¹⁷ il principio di legalità risultava leso nella misura in cui si rimetteva la riduzione di un terzo della pena "ad una mera scelta processuale dell'accusa".¹⁸

È chiaro, dunque, come la presenza di un aspetto di carattere sostanziale (il beneficio in caso di condanna) abbia inciso sulla natura della posizione soggettiva sottostante la richiesta di accesso al rito *de quo*. Lo spostamento del «baricentro dell'abbreviato dalla struttura consensuale al riconoscimento di un vero e proprio diritto allo sconto di pena in favore dell'imputato»¹⁹ enfatizza, così, gli effetti premiali del rito piuttosto che la struttura dell'accertamento. Un singolare risultato di tale premessa è il riconoscimento della postuma riduzione di pena anche nel caso di erronea dichiarazione di inammissibilità da parte del giudice dell'udienza preliminare, «independentemente dalla semplificazione delle forme processuali».²⁰

Per questa via, la volontà dell'imputato di *abbreviare* il processo penale viene considerata esclusivamente in termini di convenienza sanzionatoria, lasciando sullo sfondo le dinamiche probatorie sti-

¹⁶ C. cost., sent. 31 maggio 1990, n. 277, <http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0277s-90.html>, che giungeva a ritenere non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 247 disp. att. c.p.p. «nella parte in cui limita l'ammissibilità del giudizio abbreviato ai procedimenti in cui non siano state compiute le formalità d'apertura del dibattimento di primo grado».

¹⁷ C. cost., sent. 8 febbraio 1990, n. 66, *Giur. cost.*, 1990, 274; <http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0066s-90.html>, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 247 disp. att. c.p.p. «nella parte in cui non prevede che il pubblico ministero, in caso di dissenso, sia tenuto ad enunciarne le ragioni e nella parte in cui non prevede che il giudice, quando, a dibattimento concluso, ritiene ingiustificato il dissenso del pubblico ministero, possa applicare all'imputato la riduzione di pena contemplata dall'art. 442, secondo comma, dello stesso codice».

¹⁸ Sulla stessa scia, interveniva la dichiarazione di illegittimità costituzionale «del combinato disposto degli artt. 438, 439, 440 e 442, del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede che il giudice, all'esito del dibattimento, ritenendo che il processo poteva essere definito allo stato degli atti dal giudice per le indagini preliminari, possa applicare la riduzione di pena dall'art. 442, secondo comma, dello stesso codice», C. cost., sent. 31 gennaio 1992, n. 23, *Giur. cost.*, 1992, 109 (<http://www.giurcost.org/decisioni/1992/0023s-92.html>).

¹⁹ Così, Zacché, *Il giudizio abbreviato*, cit., 26. Sul punto, Tranchina, *I procedimenti alternativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 125: «si smarrisce quella caratterizzazione in chiave di "patteggiamento sul rito"... dal momento che punto focale non è più l'accordo tra le parti...ma...l'eventuale applicazione all'imputato di una atipica circostanza attenuante».

²⁰ V. Zacché, *Il giudizio abbreviato*, cit., 31, con riferimento a C. cost., sent. 31 gennaio 1992, n. 23, cit.

¹³ V. Pistorelli-Bricchetti, *Giudizio abbreviato*, cit., 132.

¹⁴ Cass., sez. un., 15 maggio 2014, n. 20214, cit.

¹⁵ Per la considerazione dell'ammissione del giudizio abbreviato (versione 1988), invece, come mera aspettativa «vale a dire, di una posizione di "attesa di un evento giuridico più o meno probabile, ma sempre incerto, e per ragioni estranee alla volontà di chi attende", posizione dalla quale "potrà conseguire una tutela giuridica e qualche rilevanza per il diritto soltanto in via indiretta e mediata, attraverso effetti, insomma, che non si risolvono mai in un potere autonomo del soggetto di far valere l'aspettativa medesima"», v. Tranchina, *I procedimenti alternativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, AA. VV., *I nuovi binari del processo penale tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Atti del Convegno ASPP di Napoli 8-10 dicembre 1995, 122. Espressamente di "aspettativa dell'imputato di accedere ai riti speciali" si parlava, poi, nella sentenza n. 265 del 1994 della Consulta (<http://www.giurcost.org/decisioni/1994/0265s-94.html>).

molate da una richiesta di essere giudicato allo stato degli atti.²¹ Non assume alcuna rilevanza l'interesse ad avvantaggiarsi di un tendenziale congelamento del materiale di prova mediante la rinuncia al dibattimento; piuttosto, il diritto di ammissione del giudizio abbreviato emerge sotto il profilo del diritto allo sconto di pena in caso di condanna.

L'aggancio del diritto a ottenere il giudizio abbreviato alla presenza dei benefici sanzionatori appare, tuttavia, riduttivo atteso che, concentrando l'attenzione sulla salvaguardia del beneficio premiale, riduce l'interesse alla scelta del rito abbreviato alla sola prospettiva di una possibile condanna. Passa in secondo piano il vantaggio di avvalersi dei più limitati sviluppi probatori e di affidarsi a un giudizio secondo una base cognitiva potenzialmente diversa da quella dibattimentale.

Ciò induce a riflettere, in prima battuta, sugli scopi insiti nel diritto a ottenere giudizio abbreviato – non basato esclusivamente sul suo eventuale effetto premiale – e, quindi, sui rimedi esperibili per salvaguardarne la prerogativa. Si tratta di temi connessi nella misura in cui gli strumenti di tutela devono tenere conto della ragion d'essere posta al fondo della posizione da proteggere.

Le difficoltà interpretative riguardano l'assenza di una specifica previsione legislativa sull'impugnabilità del provvedimento che impedisce l'accesso al rito.

Si noterà, fra l'altro, che dal 1999 lo schema dell'abbreviato cambia e la differenza tra richiesta semplice e condizionata diviene una possibile fonte di disorientamento laddove spinge a distinguere le verifiche di ammissibilità dei due tipi di istanza; tale snodo è utile ai fini della questione in esame, poiché aiuta a testare l'adattabilità o meno al caso di specie della soluzione già trovata dalla Consulta, nel 2003, per l'abbreviato condizionato.²²

POSSIBILI RIMEDI AL DINIEGO DEL GIUDIZIO ABBREVIATO SEMPLICE

Risolta la questione relativa ai tempi entro cui può pervenire la richiesta di giudizio abbreviato e focalizzata la presenza di un diritto potestativo dell'imputato, rimangono, dunque, da individuare gli strumenti di tutela praticabili per insistere nella scelta di ottenere l'instaurazione del rito²³; in altri termini,

il punto sta nell'individuare un mezzo tramite cui controllare l'opzione giudiziaria che ha negato l'accesso al rito.

Prima di conoscere i diversi orientamenti formati sul punto, si devono considerare gli effetti sistematici prodotti dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 169 del 2003, punto di partenza obbligato per ogni ragionamento. Con tale pronuncia, sono state riconosciute maggiori facoltà di accesso al rito abbreviato dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 438, comma 6, c.p.p.; tale disposizione è in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. laddove non prevede, in caso di rigetto della richiesta di abbreviato condizionato, la sua presentazione prima della dichiarazione di apertura del dibattimento e il conseguente potere del giudice del dibattimento di disporre la trasformazione del rito. Preso atto dell'incongruità di una soluzione pedissequamente ricalcata sulla pronuncia n. 23 del 1992,²⁴ il giudice delle leggi anticipa *in limine litis* il doveroso sindacato giurisdizionale sull'accesso al giudizio abbreviato condizionato.

La prospettiva adottata per indagare sulla natura dell'interesse a ottenere l'ammissione del giudizio abbreviato incide sull'individuazione dello strumento con il quale insistere per l'ammissione del rito. Il mutato quadro normativo di riferimento non consente più di limitare lo sguardo agli effetti benefici in termini di pena in caso di condanna; non sembrano esaustive, pertanto, le soluzioni di semplice recupero premiale poste all'esito del dibattimento²⁵, inclini a sottovalutare l'interesse dell'imputato ad affrontare il giudizio servendosi del modello probatorio abbreviato. Emerge, ora, la preoccupazione di garantire all'imputato la realizzazione del rito ricercando forme di controllo più ampio. Fermo l'intervento della Corte costituzionale sul diniego del giudizio abbreviato condizionato, occorre prendere posizione in ordine a quanto accade dinanzi ad una domanda semplice respinta.

Uno spunto è contenuto nella stessa sentenza n. 169 del 2003, laddove si afferma che, per l'abbreviato condizionato, «non è ipotizzabile il conflitto fra giudice del dibattimento e giudice dell'udienza preliminare, ammesso dalla giurisprudenza di legittimità esclusivamente per la differente ipotesi in cui con provvedimento abnorme o comunque illegittimo venga rigettata la richiesta di giudizio

mento scaturisce dalla mancanza di «una disciplina impugnatoria dell'ordinanza reietiva» (così, Scalfati, *Le nuove prospettive del decreto penale*, in Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Milano, 2000, 559). Sul punto, v. Pistorelli-Bricchetti, *Giudizio abbreviato*, cit., 202; Maffeo, *Il giudizio abbreviato*, cit., 244.

²⁴ V., *supra*, nota 16.

²⁵ Cfr. C. cost., sent. 31 gennaio 1992, n. 23, cit.

²¹ V. Bruno, *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, cit., 255.

²² C. cost., sent. 23 maggio 2003, n. 169, *Cass. pen.*, 2003, 2950 ss., con nota di Di Bitonto, *La Corte costituzionale ritocca il nuovo giudizio abbreviato*.

²³ La necessità di un controllo da parte del giudice del dibatti-

È TEMPESTIVA LA RICHIESTA DI GIUDIZIO ABBREVIATO

abbreviato “semplice”». Sulla base di ciò, la Corte costituzionale, oltre a dichiarare fondato il vizio di costituzionalità proposto, ha adoperato lo strumento dell’art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, estendendo gli effetti additivi anche al caso (non oggetto dei dubbi del giudice *a quo*) di abbreviato condizionato richiesto con l’opposizione a decreto penale di condanna.

Ciò induce a ritenere che il giudice delle leggi abbia considerato l’invalidità dell’erronea dichiarazione di inammissibilità della richiesta semplice come soluzione da affidare al diritto vivente, tanto da non coinvolgere tale fattispecie nell’illegittimità derivata; così, l’analoga dichiarazione d’illegittimità costituzionale relativa alla richiesta semplice sarebbe impedita dalla prassi che cataloga l’erronea inammissibilità dell’abbreviato semplice tra gli atti abnormi (e, quindi, impugnabili).²⁶

Con la pronuncia annotata, invece, la Corte di cassazione nega la sussistenza di un’ipotesi di abnormità poiché, in questo caso, il giudice farebbe uso di un potere a lui spettante e non si determinerebbe, perciò, una crisi di funzionamento (stasi o indebita regressione) del processo. Si accede, così, all’estensione applicativa del controllo da parte del giudice del dibattimento con eventuale prosecuzione, in questa sede, nelle forme del giudizio abbreviato.²⁷ A tal proposito, la decisione annotata, per avvicinare l’ipotesi semplice a quella condizionata, puntualizza la permanenza di un potere/dovere in capo al giudice di verificare la “rispondenza” tra fatto (anche processuale) e fattispecie astratta di riferimento, adottando i provvedimenti conseguenti.²⁸ Tuttavia, le riserve espresse in merito alla possibilità di avvalersi degli approdi cui è

giunta la Consulta nel 2003 spingono a non condidere tale analisi.

Invero, la suggerita scorciatoia di superare un interessamento della Corte costituzionale incontrerebbe un limite nella stessa giurisprudenza di legittimità che, tranne qualche tentennamento, si mostra convinta dell’abnormità dell’atto di diniego illegittimo. Ecco perché, appare scarsamente condivisibile, l’estensione – proposta dalla sentenza in commento – della soluzione adottata con la sentenza n. 169 del 2003 per garantire un sindacato sul diniego del giudizio abbreviato condizionato; esiste una lettura costituzionalmente orientata della norma – proposta dal diritto vivente – che rende non dovuto un intervento del giudice delle leggi.²⁹ Il quadro che emerge sembrerebbe, a questo punto, fondato su una distinzione, quanto ai rimedi esperibili, tra le due ipotesi di erronea preclusione all’abbreviato. Occorre, dunque, perlomeno interrogarsi circa gli eventuali tratti di originalità della verifica sulla domanda semplice rispetto al sindacato sull’integrazione probatoria richiesta. I tentativi, come si vedrà, non appaiono soddisfacenti.

Nel caso di richiesta semplice, sembrano coinvolti meri aspetti formali la cui verifica, pur doverosa e pur mantenendo viva una forma di controllo giurisdizionale,³⁰ è scevra da spazi di discrezionalità nel merito. Si potrebbe eccepire che il carattere preliminare del controllo non impone al giudice di scendere nel merito della fattispecie processuale di riferimento; a differenza della richiesta condizionata, qui non si è superato lo stadio dell’ammissibilità formale e non è in gioco una funzione di giudizio più ampia che potrebbe aprire il campo a giudizi discrezionali (e perciò tutti validi). Tuttavia, un simile ragionamento poggierebbe su un errore prospettico, non tenendo conto del fatto che anche “la necessità ai fini della decisione” e “la compatibilità con le finalità di economia processuale” sono parametri di ammissibilità; la richiesta di integrazione probatoria suscita, così, solo uno scrutinio aggiuntivo (ma omogeneo) ai fini della verifica di praticabilità del rito. Non c’è dubbio che sussistono, nel caso dell’art. 438, comma 5, c.p.p., dei contorni meno definiti rispetto alla domanda semplice; cionondimeno, la discrezionalità interpretativa più larga per l’istanza

²⁶ Tale soluzione è implicitamente riconosciuta dalle stesse Sezioni unite che danno atto della «ormai prevalente giurisprudenza di legittimità» nel senso dell’abnormità dell’«eventuale provvedimento reiettivo del g.u.p.» (Cass., sez. un., 24 ottobre 2004, n. 44711, *Riv. pen.*, 2005, 898).

²⁷ Sull’argomento, Parlato, *Dichiarazione di inammissibilità della richiesta di giudizio abbreviato per ritenuta tardività: quid iuris ai fini di un “recupero” del rito negato?*, *Foro ambr.*, 2003, 365. Per la riproposizione dell’istanza semplice rigettata al giudice del dibattimento per una sua decisione *in limine*, Pistorelli-Bricchetti, *Giudizio abbreviato*, cit., 204. In caso di reiterato rigetto, da parte dei giudici di merito, della richiesta semplice considerata erroneamente tardiva e impugnazione della relativa ordinanza unitamente alla sentenza di condanna, le Sezioni unite (sent. 15 maggio 2014, n. 20214, cit.) affermano la possibilità di procedere direttamente all’annullamento senza rinvio con rideterminazione della pena previa concessione della riduzione di un terzo ai sensi dell’art. 442, comma 2, c.p.p..

²⁸ Cfr., però, Cass., sez. un., 24 ottobre 2004, n. 44711, cit., che, avallando sia la strada dell’invalidità del rigetto illegittimo della richiesta semplice, sia la soluzione enunciata dalla Consulta per l’istanza condizionata, di fatto assume una diversità ontologica tra i due tipi di controllo giurisdizionale.

²⁹ Corrisponderebbe, invero, «ad un ragionevole criterio di interpretazione sistematica» facendone derivare le stesse conseguenze «alla più semplice ipotesi di rigetto dell’istanza di abbreviato ordinario che richiede esclusivamente la rivalutazione dei profili formali o di tempestiva dell’istanza».

³⁰ È pacifica la permanenza di un vaglio del giudice sull’istanza semplice, dovendo, questa essere presentata nei modi e con le forme previste dalla legge.

condizionata non consente di ritagliare un margine di errore di diversa natura rispetto alla pretesa semplice.

Non si rinvengono elementi distintivi che possano giustificare rimedi diversi per fattispecie analoghe; non appare ragionevole, perciò, la divaricazione, quanto a effetti, tra richiesta semplice e condizionata illegittimamente non accolta. L'interpretazione giurisprudenziale (nomofilattica e costituzionale) sembra essere giunta a un risultato criticabile nel suo complesso.

L'ILLEGITTIMITÀ DEL DINIEGO TRA ABNORMITÀ E NULLITÀ

L'impraticabilità dell'omologazione, quanto a rimedi avverso il diniego illegittimo, della richiesta semplice a quella condizionata obbliga, comunque, a ricercare una via d'uscita alternativa all'incostituzionalità della norma.

L'attenzione va, perciò, posta sulla possibilità di inquadrare tra gli atti invalidi il provvedimento così adottato dal giudice; in giurisprudenza, l'operazione è compiuta prevalentemente ricorrendo alla figura dell'abnormità.³¹ Si afferma, al proposito, che «rientra nel paradigma del provvedimento abnorme, siccome estraneo all'ordinamento processuale e in grado di conculcare irrimediabilmente il diritto potestativo dell'imputato di accedere al rito abbreviato semplice».³² Il "contenuto atipico" del rifiuto illegittimo lo fa divergere dallo schema legale, determinando un "distorto sviluppo del rapporto procedimentale".³³ Tale impostazione, avallata anche dalle Sezioni Unite,³⁴ scaturisce dalla necessità di sganciarsi dalla soluzione propugnata dalla Consulta nel 1992 per affermare la facoltà incoercibile dell'imputato non solo di beneficiare dello sconto di pena, ma, altresì, di essere giudicato in base agli atti

esistenti nel fascicolo del p.m. (e non alla luce del più ampio compendio probatorio dibattimentale).

Ai bordi dell'abnormità si muove l'alternativa del conflitto di competenza tra g.u.p e giudice del dibattimento che rilevi l'illegittimità del diniego.³⁵ In questo caso, il carattere abnorme del provvedimento ostativo all'abbreviato semplice sembra fare da presupposto per l'attivazione *motu proprio* del conflitto da parte del giudice del dibattimento (art. 30, comma 2, c.p.p.). La denuncia *ex officio* del conflitto consentirebbe di aggirare, altresì, la doverosa impugnazione da parte dell'imputato del provvedimento illegittimo emesso dal g.u.p..

Sotto altra prospettiva, si è affermata, altresì, l'insussistenza di un'abnormità sia sotto il profilo strutturale dell'atto – non presentando alcuna singolarità e stranezza idonee a farlo risultare avulso dall'intero ordinamento processuale – sia dal punto di vista funzionale – non determinando alcuna stasi del procedimento,³⁶ stante la possibilità di riproporre la richiesta fino al termine di cui all'art. 438, comma 6, c.p.p.. Quest'ultima proposta non convince del tutto, se non altro perché è una soluzione evidentemente non applicabile alla fattispecie in commento, in cui è in contestazione proprio la tardività della richiesta.

Un orientamento esegetico, muovendosi sempre sul binario dell'invalidità, giunge, invece, ad affermare un'ipotesi di nullità dell'ordinanza di inammissibilità.³⁷ L'erronea ordinanza di inammissibilità della richiesta semplice sarebbe colpita da nullità a regime intermedio violando una disposizione concernente l'intervento dell'imputato. La strada per giungere a tale soluzione passa per l'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., accedendo a una concezione di "intervento dell'imputato" comprensiva dell'effettiva

³¹ Cass., sez. I, 24 ottobre 2012, n. 44539, *CED Cass.*, 254461; Cass., sez. I, 2 aprile 2004, n. 22287, *Cass. pen.*, 2005, 886; Cass., sez. I, 4 settembre 2002, n. 31997, *Riv. pen.*, 2003, 451; Cass., sez. I, 1° agosto 2001, n. 30276, *Cass. pen.*, 2003, 1594; Cass., sez. I, 15 gennaio 2001, n. 7167, *Cass. pen.*, 2001, 2744. In generale, sull'abnormità funzionale, v. Cass. sez. Un., 24 novembre 1999, n. 26, *CED Cass.*, 215094; Cass., sez. un., 10 dicembre 1997, *CED Cass.*, 209603. In senso contrario all'abnormità, Cass., sez. I, 13 ottobre 2000, n. 1405, *CED Cass.*, 218113, con riferimento, addirittura, a un caso in cui si negava l'introduzione di «un duplice regime» configurante «il cosiddetto giudizio abbreviato "incondizionato" e quello "condizionato" a richieste istruttorie ulteriori» e si rigettava la richiesta semplice in virtù delle lungaggini che avrebbe prodotto, comunque, l'istruzione probatoria disposta d'ufficio.

³² Così, Cass., sez. I, 24 ottobre 2012, n. 44539, cit.

³³ Cfr. Cass., sez. I, 18 novembre 2008, n. 399, *Cass. pen.*, 2010, 1893.

³⁴ V., Cass., sez. un., 24 ottobre 2004, n. 44711, cit.

³⁵ Cass., sez. I, 2 aprile 2004, n. 22287, *CED Cass.*, 228198; Cass., sez. I, 2 luglio 2001, n. 30276, *CED Cass.*, 219633, qualificando «come "caso analogo" di conflitto quello insorto fra giudice dell'udienza preliminare e giudice del dibattimento a seguito della decisione abnorme del primo, al quale debbono essere trasmessi gli atti perché proceda al giudizio abbreviato». Cfr., altresì, Cass., 24 marzo 2009, n. 12885, cit., che ha dichiarato la competenza del g.u.p. dopo avere rilevato l'abnormità del diniego di giudizio abbreviato in caso di richiesta pervenuta nell'udienza successiva all'integrazione probatoria disposta *ex art. 421 bis* c.p.p..

³⁶ Cass., sez. I, 25 gennaio 2001, n. 5745, *CED Cass.*, 218113.

³⁷ Così, Zignani, *Diniego del giudizio abbreviato: tra abnormità e conflitto di competenza*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 988; Zacché, *Il giudizio abbreviato*, cit., 98; Bruno, *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, cit., 251; Martines, *Riconoscimento della diminuzione ex art. 442 c.p.p. all'esito del dibattimento e prove assunte*, *Cass. pen.*, 2013, 4007. In giurisprudenza, la categoria della nullità viene coinvolta per affermarne incidentalmente la sussistenza nel caso di illegittimità del provvedimento di ammissione (Cass., sez. III, 24 febbraio 2011, n. 15639, *CED Cass.*, 249995; Cass., sez. II, 13 novembre 2008, n. 45144, *CED Cass.*, 241977).

È TEMPESTIVA LA RICHIESTA DI GIUDIZIO ABBREVIATO

possibilità di svolgere le facoltà e i poteri riconosciuti dalla legge.³⁸ La traiettoria adottata muove dall'idea secondo cui l'*intervento* attribuisce all'imputato non solo la possibilità di essere presente ma, altresì, di influire sul corso del procedimento, avanzando richieste in grado di determinarne gli itinerari.³⁹ La giurisprudenza non ha mostrato finora (forse, non a caso) espressa condivisione del ragionamento. Invero, il rispetto del diritto all'*intervento* si attua nella misura in cui si dà all'imputato la giusta possibilità, appunto, di esercitare il proprio diritto di difesa presentando memorie, richieste, eccezioni. Per giungere alla dichiarazione di nullità dell'ordinanza reiettiva dell'abbreviato semplice, occorrerebbe che l'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p. coprisse non solo l'effettività all'esercizio del diritto di formalizzare l'istanza ma anche la compiutezza della valutazione giudiziale. Per quanto qui rileva, invece, la tutela in esame si arresta al diritto di effettuare l'*intervento* (richiesta semplice) senza coinvolgere la scelta del giudice; ecco perché l'illegittimità del diniego sembra cadere fuori il raggio di azione delle nullità per violazione del diritto ad intervenire.⁴⁰

³⁸ In senso contrario all'inclusione della fattispecie nella categoria della nullità generale, Maffeo, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004, 247, a causa dell'errore metodologico che vizierebbe a monte il ragionamento approdante alla nullità; Massari, *Il rifiuto di celebrare il giudizio abbreviato: quali rimedi?*, *Cass. pen.*, 2001, 2809, limitando il diritto in esame allo sconto di pena e non anche al rito in quanto tale e, dunque, calibrando il diritto di difesa solo sui risvolti sostanziali (eterogenei rispetto all'art. 178, comma, lett. c), c.p.p.).

³⁹ Sulle categorie generali delle nullità, cfr. Dominioni, *Sub art. 178*, Amodio-Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, 1989, 268. Con specifico riferimento ai riti alternativi, cfr. Scalfati, *Le nuove prospettive del decreto penale*, cit., 556, riguardo alla mancata informazione sull'accesso ai riti semplificati e alla conseguente incrinatura del «diritto all'*intervento* dell'imputato, con l'effetto di produrre patologie riconducibili agli artt. 178, comma 1 lett. c), e 180 c.p.p.».

⁴⁰ Cfr. Dominioni, *Sub art. 178*, cit., 268 s.; Rafaraci, *Nullità*

Grazie alla sua naturale fluidità, l'abnormità sembra, allo stato, lo strumento più idoneo per colmare il vuoto di tutela che mina il diritto di accesso al rito, ferma l'esigenza di un intervento legislativo.

È difficile, poi, capire perché non si sia giunti alla stessa conclusione anche per le richieste negate di abbreviato condizionato.⁴¹ Una particolare ipotesi che mette a nudo la fragilità di un diverso trattamento è rappresentata dal caso di vizi formali connessi ad istanze condizionate: cosa accade per esempio se, erroneamente, viene dichiarata tardiva una richiesta di abbreviato subordinata a un'integrazione probatoria? In questo caso, la perfetta identità delle verifiche compiute dal giudice rispetto all'ipotesi non condizionata imporrebbe di adottare la medesima soluzione. Alla ritenuta tardività o alla supposta mancanza di legittimazione per la presentazione della domanda occorre garantire la stessa reazione da parte del sistema. In questo caso, la differenza tra i due tipi di richiesta viene azzerata quanto alla totale sovrapponibilità dei vizi contro cui si deve agire.

In ogni caso, all'annullamento senza rinvio dell'atto abnorme (ordinanza reiettiva) *ex art.*, 620, lett. d), c.p.p. seguirà la trasmissione degli atti al giudice dell'udienza preliminare per l'ulteriore corso del processo.⁴²

(*dir. proc. pen.*), *Enc. dir.*, Agg. II, 613, secondo cui l'«intervento dell'imputato... attiene alla partecipazione personale al processo, in vista, naturalmente dell'esercizio di poteri o facoltà che ad essa sono legati».

⁴¹ Per le quali, si rammenta, vale la soluzione del recupero dibattimentale conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale affermata dalla sentenza n. 169 del 2003 della Corte costituzionale (v., *supra*, nota 20).

⁴² *Cass.*, sez. I, 15 gennaio 2001, n. 7167, cit., 2745.

Mutamento del giudice in appello in fase di discussione e nullità della sentenza

Corte di Cassazione, sezione III, sentenza 30 ottobre 2013, n. 50928 – Pres. Teresi; Est. Orilia

Viola il principio dell'immutabilità del giudice – determinando la nullità assoluta della sentenza – lo sdoppiamento della discussione dinanzi a due collegi diversi. Non è possibile, a differenza che per quanto attiene alle prove orali, l'eventuale rinnovazione mediante lettura degli interventi conclusivi delle parti, che constano delle conclusioni e della illustrazione delle stesse.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

1. La Corte d'Appello di L'Aquila, con sentenza 27.6.2012 ha confermato la colpevolezza degli imputati M.F. e S.R. in ordine al reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti (art. 110 c.p. e D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 2) commesso rispettivamente nelle qualità di amministratori di fatto e di diritto della Blue srl; ha invece dichiarato non doversi procedere per intervenuta prescrizione in relazione alle violazioni riguardanti l'anno 2002 ed ha quindi rideterminato la pena in anni uno di reclusione.

Secondo la Corte di merito, le operazioni a cui le fatture si riferivano (prestazioni relative a contratti di associazione in partecipazione) dovevano ritenersi inesistenti sulla base di una serie di elementi evidenziati in motivazione.

2. I difensori degli imputati ricorrono in cassazione denunciando sei motivi qui di seguito sintetizzati:

2.1 violazione dell'art. 525 c.p.p., comma 2 e nullità della sentenza per mutamento del giudice dopo l'udienza di discussione del 14.4.2012;

2.2 violazione dell'art. 125 c.p.p., art. 417 c.p.p., lett. b) e art. 546 c.p.p. – Contraddittorietà e illogicità della motivazione in ordine al rigetto dell'eccezione di nullità del capo di imputazione per omessa individuazione delle condotte degli imputati, con particolare riferimento alla qualità di amministratore di fatto del M.;

2.3 violazione del D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 2 e vizio di motivazione (per illogicità e contraddittorietà). Attraverso un'ampia censura, si contesta la ritenuta insussistenza delle operazioni mediante l'analisi delle singole fatture in relazione alle varie annualità;

2.4 mancanza dell'elemento soggettivo del reato – Omessa e contraddittoria motivazione – Mancata applicazione della causa di non punibilità di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 15;

2.5 violazione del D.Lgs. n. 289 del 2002, art. 9 – Omessa pronuncia;

2.6 violazione degli artt. 132 e 133 c.p. – Omessa motivazione sulla quantificazione della pena alla S..

3. Con memoria 12.6.2013 i difensori hanno proposto motivi aggiunti in ordine alla dedotta nullità della sentenza per mutamento del giudice e alla effettività dell'attività sociale, richiamando in proposito una pronuncia di merito. **CONSIDERATO IN DIRITTO** Omissis

Il primo motivo di ricorso – che propone il tema dello sdoppiamento della discussione delle parti dinanzi a due collegi diversi – è fondato.

La questione è stata già affrontata da questa Corte con una pronuncia recente (cfr. sez. 5, Sentenza n. 45649 del 25/09/2012 Ud. dep. 22/11/2012 Rv. 254004) a cui si intende dare senz'altro continuità: il sistema delineato dall'art. 525 c.p.p. comma 2 esige che a deliberare la sentenza concorrano, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento. E, poiché quest'ultima fase processuale consta dell'istruzione dibattimentale e della discussione, l'identità del giudice, tanto monocratico che collegiale, deve sussistere nell'arco di ambedue detti momenti, così come nella fase successiva della decisione, per l'ovvio motivo che, in virtù della scelta dell'oralità del procedimento, la sentenza deve essere deliberata da chi ha presieduto alla raccolta delle prove (anche se, in ipotesi, non si tratti dello stesso giudice che ha proceduto all'ammissione di esse, dal momento che il principio di immutabilità esige soltanto che a decidere sia lo stesso giudice che ha presieduto all'istruttoria: Cass. 42509/2008) e alla successiva discussione, avendo in tal modo acquisito la conoscenza di prima mano del materiale probatorio e, in successione, delle argomentazioni delle parti, pubblica e private, a sostegno delle rispettive conclusioni. Regola che subisce un'eccezione con riferimento alla fase degli atti in-

MUTAMENTO DEL GIUDICE IN APPELLO IN FASE DI DISCUSSIONE E NULLITÀ DELLA SENTENZA

troduttivi del dibattimento, di talché la nullità non sussiste quando il giudice muti immediatamente dopo la verifica della regolare costituzione delle parti (Cass. 4916/2003). La giurisprudenza di legittimità ha peraltro introdotto, a fini di economia processuale e per la salvaguardia del principio di ragionevole durata del processo, il correttivo rappresentato dalla possibilità di rinnovazione del dibattimento, con il consenso delle parti, mediante lettura dei verbali delle prove acquisite dal giudice in diversa composizione, che diventano così direttamente utilizzabili dal mutato organo giudicante.

Venendo all'esame del caso di specie, dall'esame del fascicolo – che la natura procedurale del vizio dedotto senz'altro consente – risulta che all'udienza del 13.4.2012 dopo le conclusioni del Procuratore Generale e le discussioni dei difensori, la Corte d'Appello dispose un rinvio per la decisione ad altra udienza (quella del 27.6.2012) acquisendo documentazione. A tale ultima udienza, la composizione della Corte era però diversa essendo mutato uno dei componenti del Collegio.

È evidente quindi che alla udienza del 27.6.2012 gli interventi delle parti (precedentemente svolti) non potevano neppure essere rinnovati, non trattandosi di atti verbalizzati, ma di discussioni orali di cui sono verbalizzate soltanto le richieste finali, da sole inidonee a dar conto del per-

corso argomentativo che le sorregge, che non può essere ignorato in sede di decisione, pena la svalutazione della discussione stessa e più in generale dell'oralità del processo.

Come appare evidente, il principio dell'immutabilità del giudice risulta nel caso di specie violato per effetto dello sdoppiamento della discussione dinanzi a due collegi diversi. E il vulnus – in tal modo prodotto all'esigenza che l'organo decidente sia lo stesso che ha presieduto alla raccolta delle prove ed alla discussione – non è sanato dalla mancata opposizione delle parti, non essendo possibile, a differenza che per quanto attiene alle prove orali, la rinnovazione mediante lettura degli interventi conclusivi delle parti, che constano delle conclusioni e della illustrazione delle stesse.

La sentenza impugnata è quindi affetta da nullità assoluta e a tale vizio segue l'annullamento senza rinvio restando assorbiti gli ulteriori motivi.

Gli atti vanno trasmessi al giudice a quo per un nuovo giudizio.

P.Q.M.

annulla senza rinvio la sentenza impugnata e dispone trasmettersi gli atti alla Corte d'Appello di L'Aquila per il giudizio.

Così deciso in Roma, il 30 ottobre 2013.

Depositato in Cancelleria il 17 dicembre 2013

MARCELLO D'AIUTO*

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

È coniugabile il principio di immediatezza con il giudizio di secondo grado?

The principle of the immutability of the Court in the appeal judgement

La Corte di cassazione conferma, anche in secondo grado, la regola dell'immutabilità del giudice, sostenendo che il collegio non può mutare i suoi componenti quando la discussione delle parti è stata effettuata. Si tratta di un'idea apprezzabile, nonostante il principio d'immediatezza sconti l'assenza di oralità nel giudizio d'appello.

The Italian Supreme Court confirms the application, also on appeal, of the principle of the immutability of the Court, arguing that the board cannot change its components when the debate of the parties has already been carried out. It is a valuable idea, although the principle of immediacy discounts the absence of orality in the appeal judgement.

IL CASO

La sentenza in commento riafferma, a distanza di breve tempo da un precedente simile, la necessaria identità fisica, anche in appello, del giudice che ac-

quisisce la prova con quello che decide. La pronuncia, in realtà, si inserisce in un ambito di riflessione

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

mai sopito che coinvolge la natura stessa del giudizio di impugnazione e la sua compatibilità con i canoni del giusto processo. La decisione di ritenere applicabile il principio di immutabilità del giudice, anche in secondo grado, allora, consente di riprendere alcune considerazioni sulla necessità di ripensare la struttura del dibattimento in appello per dare seguito anche alle mozioni che vengono dalle autorità sovranazionali.

La decisione trae origine dal ricorso dell'imputato che lamentava la violazione dell'art. 525, comma 2, c.p.p. per il mutamento del giudice dopo l'udienza di discussione. Nel caso di specie, era avvenuto che, a seguito delle conclusioni del Procuratore Generale e le discussioni dei difensori, la Corte d'Appello aveva ordinato un rinvio ad altra udienza, disponendo l'acquisizione di alcuni documenti. All'udienza successiva, però, la composizione del collegio risultava diversa, perché mutato uno dei suoi componenti.

La Corte di Cassazione, richiamando un proprio antecedente¹, accoglieva il ricorso ritenendo che lo sdoppiamento della discussione dinanzi a due giudici diversi sia causa di nullità assoluta della sentenza per violazione dell'art. 525, comma 2, c.p.p.

La motivazione affonda le ragioni nella necessaria immutabilità del giudice, conseguenza del principio di immediatezza, che vuole la sentenza deliberata dallo stesso magistrato che ha partecipato alla raccolta delle prove. Per la Corte, al pari dell'assunzione dei mezzi di prova, la discussione è momento essenziale del dibattimento; per di più che di quest'ultima sono verbalizzate solo le richieste finali, da sole inidonee a dar conto del percorso argomentativo perseguito dalla parte. A differenza di quanto attiene alle prove, dunque, non è possibile una sorta di rinnovazione mediante lettura, pena, tra l'altro, l'indebito svilimento della discussione stessa.

IMMUTABILITÀ DEL GIUDICE E FLESSIBILITÀ DELLA REGOLA

La pronuncia richiede un approfondimento in relazione alla struttura dell'appello ed alla sua compatibilità con il principio di immediatezza². Il punto critico è bene annunciarlo subito risiede nella possibilità di individuare, in un giudizio pressoché cartone-

lare, un principio che, viceversa, presuppone l'oralità processuale.

L'immutabilità del giudice, che dell'immediatezza rappresenta un precipitato, infatti, richiede che la sentenza sia il risultato delle percezioni più autentiche prodotte nel giudice dalla diretta partecipazione al dibattimento³. Come tale, il principio presuppone che tra fonti di prova e giudice non vi siano intermediazioni di sorta, ma che il convincimento sia fondato sulle reali implicazioni soggettive seguite alla escussione delle prove⁴.

L'accertamento di un fatto, del resto, non è un fenomeno asettico che si realizza mediante una specie di fotografia delle circostanze che lo hanno determinato e caratterizzato; esso, piuttosto, si compone di vari elementi cognitivi – alcuni dei quali esulano persino dalla sfera razionale – attribuibili al giudicante. Ecco perché un contatto il più possibile diretto e ravvicinato tra il giudice e la fonte di prova limita la possibilità di "mediazioni" e costituisce un criterio di decisione più equilibrato⁵.

Esiste un legame necessario tra immediatezza ed oralità, in quanto solo la trasmissione verbale della conoscenza assicura al giudice il contatto diretto con la fonte. L'immediatezza, infatti, non ha senso se non nei confronti delle prove orali né può essere perseguita a prescindere dall'oralità⁶. In questi termini, oralità ed immediatezza rappresentano le precondizioni dello schema tradizionale del processo accusatorio⁷. Insieme al contraddittorio, infatti,

³ Menna, *Immediatezza e principio di immutabilità del giudice*, *Giur. it.*, 1994, 188, secondo cui all'immediata presa di coscienza dell'ambiente esterno si attribuisce un significato particolare in dibattimento, ove si determinano reali possibilità di mediazione dei contenuti probatori che potrebbero in concreto alterare la rappresentazione degli avvenimenti.

⁴ L'organo giudicante, nel momento della valutazione, deve aver presente l'assunzione delle prove effettuate in modo continuativo e non come lettura dei verbali di prove acquisite da altri, Iandolo Pisanelli, *Dibattimento e divieto di delega*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 120.

⁵ Il principio di immediatezza garantisce che il convincimento del giudice sulla ricostruzione di un fatto passato si formi attraverso un'acquisizione probatoria avvenuta al suo cospetto, senza l'operare di intermediari riguardo alla rappresentazione che dell'avvenimento oggetto del processo venga offerta dalle fonti di prova e dalle stesse parti, in questi termini, Ubertis, *Dibattimento (principi del)*, *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, 462-463.

⁶ Al riguardo si veda Chinnici, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., 33. Secondo l'autore intesa nel senso "forte" l'oralità traduce la necessità in base alla quale in dibattimento occorre assicurare il contatto diretto ed effettivo tra giudice e prova di tal guisa che nella decisione conclusiva del processo di primo grado confluiscono non conoscenze indirette ma atti intrinseci delle sue percezioni e delle sue impressioni formatesi, senza mediazione alcuna, nella purezza del contraddittorio dibattimentale.

⁷ I principi di oralità e immediatezza non hanno valore in se stessi, bensì servono ad accertare la verità nel modo migliore.

¹ Cass., sez. V, 25 settembre 2012, n. 45649.

² Il principio di immediatezza appartiene al patrimonio ontologico della nostra esperienza processuale penale; invero dell'esperienza processuale *tout court*, essendo previsto anche nel rito civile e nel processo amministrativo, così Chinnici, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 218.

MUTAMENTO DEL GIUDICE IN APPELLO IN FASE DI DISCUSSIONE E NULLITÀ DELLA SENTENZA

rappresentano i principi sui quali poggia il “dibattimento per la prova” che ha caratterizzato il nuovo codice di rito⁸. Che all’interno del mutato modello processuale il principio di immutabilità abbia un valore anche simbolico, oltre che ideologico, molto forte è testimoniato dalla sanzione che il legislatore ha previsto esplicitamente in caso di sua violazione ovvero la nullità assoluta della sentenza⁹. Il fondamento risiede nell’idea che solo attraverso il principio di immediatezza si realizzi effettivamente il contraddittorio¹⁰. Per questo la norma non vuole solo stabilire che, in caso di violazione del principio, si proceda alla rinnovazione del dibattimento, ma aspira addirittura a prevenire che una simile eventualità si verifichi¹¹.

La regola dell’immutabilità, però, lungi dall’essere il simulacro intangibile connesso al contraddittorio delle parti, ha incontrato, nella prassi giurisprudenziale, riconoscimenti alterni. Il principio incontra già nel codice alcune eccezioni; altre sono state enucleate dalla giurisprudenza con ardite aperture a prassi di rinnovazione della prova.

Al riguardo il testo costituzionale, per spirito pragmatico, non contiene un esplicito riferimento al principio di immediatezza, così da consentire la legittimità di istituti che prevedono l’acquisizione della prova dinanzi ad un giudice diverso da quello che decide. Si tratta, comunque, di ipotesi giustifi-

cate dalla contemporanea necessità di assicurare una specifica e contrapposta esigenza processuale; è il caso dell’incidente probatorio, dove l’urgenza di acquisire un dato, che potrebbe non essere recuperabile, consente di derogare all’immediatezza¹².

Diverso, e molto più articolato, è invece il discorso relativo alla rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale nel caso di mutamento del giudice ed alla soluzione accolta dalla giurisprudenza¹³; alla base, sembra esserci una svalutazione del principio in parola, ritenuto sacrificabile in una concezione efficientistica del processo penale.

Se come detto, l’immediatezza presuppone l’oralità del dibattimento e se la violazione del principio determina la nullità assoluta della sentenza, allora il mutamento del giudice dovrebbe dar luogo ad una regressione del procedimento, così da consentire una nuova ammissione e, poi, assunzione della prova. Il pieno diritto alla prova, come detto, si realizza solo dinanzi al giudice chiamato poi a decidere; e il suo vaglio dovrebbe estendersi fino all’ammissione della prova e riverberarsi poi sulla sua assunzione.

Nel silenzio del codice, viceversa, si era insinuata una prassi giurisprudenziale che consentiva la rinnovazione del dibattimento mediante la semplice lettura dei verbali di prove in precedenza assunte¹⁴. Si riteneva, infatti, che la partecipazione del giudice non comportasse una vera e propria rinnovazione del dibattimento ma che la stessa potesse essere attuata anche mediante la lettura delle dichiarazioni che, a norma dell’art. 511, comma 2, c.p.p. legittimamente facevano parte del fascicolo del dibattimento¹⁵.

Essi hanno un valore strumentale in quanto assicurano la correttezza del risultato, così Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012, 202.

⁸ Secondo Riccio, *Le letture dibattimentali tra immediatezza e “non dispersione”*, *Giust. pen.*, 2012, 188, in termini filosofici, alla prova per lettura si è attribuita la forza di rendere riconoscibile il sistema processuale, essendo essa la regola nel processo Rocco tanto da costituire il punto di contrapposizione della opposta logica accusatoria.

⁹ Il legislatore ha voluto munire di apposita sanzione il principio in questione perché l’applicabilità dell’art. 178 comma 1 lett. a, avrebbe potuto essere messa in dubbio dalla giurisprudenza, così Marini, sub *artt. 525-526*, Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1991, 491.

¹⁰ L’art. 472, comma 2, del codice Rocco, prevedeva il medesimo principio di immutabilità del giudice, senza però comminare alcuna sanzione al mancato rispetto del dettame. In proposito mancava una uniformità ermeneutica essendovi tanto chi sosteneva che la trasgressione della norma fosse una mera irregolarità, quanto chi giungeva a riconoscere integrata addirittura una ipotesi di inesistenza, infine chi vi individuava una nullità di carattere generale, si veda Uberty, *Dibattimento (principi del)*, cit., 463.

¹¹ In caso contrario la norma sarebbe stata rubricata “rinnovazione del dibattimento” ed avrebbe disciplinato espressamente il procedimento da adottare in caso di mutamento del giudice, in questi termini Conti, *Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 747. Secondo Chinnici, *L’immediatezza nel processo penale*, cit., 219-220, è inequivocabile che la sanzione (nullità assoluta) si giustifica per la volontà del legislatore di ritenere il principio di immutabilità del giudice imprescindibile per la tenuta logica del sistema processuale.

¹² Sul punto alcuna dottrina ha insistito sulla bontà di scelte che insistono sull’oralità per considerare preferibile un contraddittorio senza immediatezza piuttosto che un contraddittorio posticipato nel tempo in cui i ricordi risultano sbiaditi, così Siracusano, *Urge recuperare l’oralità*, *Dir. pen. proc.*, 1997, 527.

¹³ La prassi giudiziaria ha visto porsi con maggiore frequenza di quanto il legislatore non avesse, forse pensato, il problema della utilizzabilità della prova orale, raccolta da giudici che sono stati sostituiti nel corso del dibattimento da persone fisiche differenti. La considerazione appartiene a Tremolada, *Utilizzabilità della prova orale dopo il mutamento del giudice*, *Dir. pen. proc.*, 1995, 744.

¹⁴ Tra le altre, Cass., sez. III, 12 dicembre 1996, *Cass. pen.*, 1998, 1393; Cass., sez. V, 17 dicembre 1997, *Cass. pen.*, 1999, 185.

¹⁵ Eppure al riguardo si era già espressa la C. cost., 3 febbraio 1994, n. 17, *Cass. pen.*, 1994, 1172. Nella pronuncia citata il giudice delle leggi aveva chiarito che la necessità di rinnovare il dibattimento fosse un problema indipendente dalla disciplina della utilizzabilità delle dichiarazioni rese prima del mutamento del giudice. La Corte aveva altresì specificato che, in caso di mutamento del giudice, in primo luogo sarebbe stato necessario rinnovare il dibattimento; in seconda battuta sarebbe stato possibile utilizzare le precedenti dichiarazioni, legittimamente acquisite, mediante l’istituto della lettura che, ai sensi dell’art. 511, comma 2, c.p.p., deve seguire l’esame orale del dichiarante.

Un parziale correttivo è stato rappresentato dal consenso delle parti alla lettura delle precedenti dichiarazioni quale *condicio sine qua non* per rinnovare, mediante lettura, l'istruttoria dibattimentale¹⁶. Si è detto al riguardo che la prima assunzione della prova esaurisce la spontaneità della fonte, pertanto un secondo esame non garantirebbe la genuinità della dichiarazione¹⁷. Oltre a ciò, un esame troppo lontano nel tempo, in cui i ricordi sono sbiaditi, ridurrebbe le capacità di accertamento del processo.

Tale soluzione, ormai accolta dalla giurisprudenza – che trova un suo aggancio in letteratura¹⁸ – in realtà confligge con un ostacolo di fondo: la nullità assoluta, a tutela del principio, sembra escludere l'immediatezza dalla disponibilità delle parti; mentre un giudice che fonda il suo convincimento su una prova assunta da altri esula da tale modello, finendo con il rappresentare un *vulnus* ad un processo giusto¹⁹. Se l'intera istruttoria è con-

dotta da un giudice che cambia (per esempio) al momento della discussione, di fatto, il nuovo magistrato eredita una conoscenza "mediata" limitandosi a percepire l'argomentazione sulla prova effettuata dalle parti.

In definitiva, gli aggiustamenti praticati nella prassi flettono lo standard del principio di immutabilità al contrario di quanto il testo dell'art. 525 c.p.p., sembra richiedere.

IMMEDIATEZZA E APPELLO

La giurisprudenza, come ribadisce il provvedimento annotato, recupera a sorpresa il menzionato principio nel giudizio di appello, anche laddove il contraddittorio è pressoché cartolare.

L'appello, infatti, è un processo *ex actis*, che non prevede di regola la formazione della prova dinanzi al giudice chiamato a decidere²⁰. È, del resto, il modello imperante durante il precedente codice quando si riteneva che i giudici di secondo grado dovessero controllare la conformità tra ciò che era stato fatto e ciò che doveva essere fatto²¹. Il secondo giudizio era considerato parte di un tutto, la ricerca della verità, che si snodava lungo più tappe²². In particolare il secondo giudizio sarebbe dovuto essere la camera di compensazione delle scarse prerogative dell'imputato atteso che in primo grado la formazione della prova era riservata al giudice istruttore, nell'istruzione formale, e, prima, al pubblico ministero, nell'istruzione sommaria²³. La precedente struttura dell'appello è stata trasfusa nel nuovo codice: da qui gli istituti

¹⁶ L'antesignana è la sentenza Cass., sez. un., 15 gennaio 1999, *For. It.*, 1999, 146. In quella occasione la Corte ha escluso che, in caso di mutamento del giudice, il principio di immediatezza imponga il riesame dei soggetti già esaminati dinanzi al precedente giudice quale condizione di utilizzabilità ai fini della decisione delle dichiarazioni rese. Ciò perché l'art. 525, comma 2, c.p.p. si limita ad imporre che la decisione sia adottata dallo stesso giudice che ha partecipato al dibattimento e può dirsi che partecipa al dibattimento il giudice che interviene a tutti gli atti compiuti dal momento in cui esso viene dichiarato aperto fino a quello in cui viene dichiarato chiuso, indipendentemente dalle concrete modalità con le quali si è proceduto all'assunzione delle prove. La Corte, però, ha chiarito che la testimonianza raccolta dal primo giudice non è utilizzabile per la decisione mediante lettura, senza ripetere l'esame del dichiarante quando questo possa aver luogo e sia stato richiesto da una delle parti. Al riguardo si veda Costiglia, *Il principio di immediatezza e la rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice*, *Cass. pen.*, 2007, 3203; Conti, cit., 746.

¹⁷ In certi casi la lettura delle dichiarazioni rese prima del mutamento del giudice potrebbe, paradossalmente, costituire un canale di recupero dell'immediatezza. Infatti non è quasi mai possibile assumere la medesima prova con identici esiti. In alcuni casi, la rinnovazione potrebbe rivelarsi deludente per le parti ed esse potrebbero avere interesse al recupero delle dichiarazioni rese durante il primo esame, sia pure dinanzi ad un diverso giudice, così Spangher, *Verso un processo di parti*, *Studium iuris*, 2002, 471.

¹⁸ Al riguardo si veda Caianello, *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, *Cass. pen.*, 1998, 1399; Scella, *Sul valore probatorio delle deposizioni assunte anteriormente al mutamento di composizione dell'organo giudicante*, *Cass. pen.*, 1994, 1311; Marandola, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova dibattimentale*, *Cass. pen.*, 1999, 2500. Per Chinnici, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., 248, però, sembra non dubitabile che il consenso alla lettura non possa avere la funzione di sanare la nullità assoluta della sentenza emessa in violazione del principio d'identità del giudice, qualora non si sia rinnovata l'istruzione nel dibattimento, pur essendo mutata la composizione dell'organo giudicante, senza che l'omissione fosse giustificata da impossibilità di ripetizione dell'attività medesima.

¹⁹ Da ultimo la Corte Costituzionale ha specificato che il diritto all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere si raccorda, almeno per quanto riguarda l'imputato, alla garanzia prevista dall'art. 111, comma 3, cost. nella parte in cui riconosce

alla persona accusata di un reato la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico e di ottenere la convocazione l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa, C. Cost., ord. 10 giugno 2010 n. 205, *Dir. pen. proc.*, 2010, 929.

²⁰ Il giudizio d'appello può integrare semplicemente un controllo della decisione di primo grado ovvero costituire un *novum iudicium*. La differenza tra le due tipologie si situa nella identificazione nel secondo caso, di strumenti finalizzati a suscitare una mera attività di controllo; nel primo caso in mezzi tendenti a determinare un ampliamento del materiale probatorio dinanzi al secondo giudice, così Calamandrei, *La cassazione civile, Opere giuridiche*, Napoli, 1976, 184. La cultura della nostra giurisdizione sembra permeata dalla legge della gradualità, secondo la quale l'apprensione della conoscenza è possibile solo per approssimazione graduale, vedi al riguardo Chinnici, *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora quando?*, *Arch. pen.*, 2012, 921.

²¹ Così Ferrante, *L'effetto devolutivo delle impugnazioni*, Milano, 1962, 94.

²² Già da un punto di vista rigorosamente logico, il controllo evoca un'operazione di carattere accessorio, necessariamente connessa ad altra antecedente che si pone ad oggetto di verifica, così Peroni, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, 76.

²³ Si veda al riguardo, Spangher, *Appello*, *Enc. dir.*, Milano, 1987, 197.

MUTAMENTO DEL GIUDICE IN APPELLO IN FASE DI DISCUSSIONE E NULLITÀ DELLA SENTENZA

della relazione della causa, della lettura degli atti di primo grado e, soprattutto, della attività istruttoria che si presenta una pura eventualità e in casi limitati, dell'attività effettuata in primo grado²⁴; come in passato, qui l'assunzione della prova viene attribuita una funzione del tutto residuale²⁵, in quanto strumento utile all'integrazione parziale o totale della piattaforma del primo giudizio²⁶. Il giudice del gravame, del resto, ha ben chiaro l'esito del primo grado e le motivazioni che l'hanno determinato: in relazione ad essi valuta la necessità di integrare la sua conoscenza²⁷. In altre parole, il procedimento si sostanzia in un contraddittorio sulla prova e non ha l'ambizione di fondare un autonomo e nuovo giudizio²⁸.

²⁴ Al momento della riscrittura del codice, quanto al giudizio d'appello, l'alternativa era emersa a chiare lettere: o lasciare inalterata la disciplina sul punto, confermando la circoscritta possibilità di un'attività istruttoria nei limiti della stretta necessità per l'operazione di controllo ovvero, tenuto conto del diverso orizzonte accusatorio del nuovo modello processuale, strutturare il secondo processo come un autonomo accertamento, quantomeno nei casi di impugnazione avverso una sentenza di condanna, nel rispetto delle fonti sovranazionali che strutturano l'impugnazione in termini di diritto dell'imputato al riesame della sentenza di condanna da parte di un giudice superiore, vedi Chinnici, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio d'appello*, *Cass. pen.*, 2012, 3164. Un'ulteriore soluzione sarebbe potuta essere, sul modello dei sistemi di *common law*, eliminare il doppio grado di giudizio di merito in caso di sentenza di proscioglimento, al riguardo si veda Padovani, *Il doppio grado di giurisdizione. Appello dell'imputato, appello del p.m., principio del contraddittorio*, *Cass. pen.*, 2003, 4023.

²⁵ Al riguardo è emblematica la posizione giurisprudenziale secondo la quale riguardo alle prove nuove di cui al comma 1 dell'art. 603 c.p.p., intervenuta una preclusione in primo grado che abbia impedito alle parti di produrre delle prove, per l'assunzione delle stesse, dalle quali sono decadute, è necessario che la richiesta sia avanzata nelle forme tipiche dell'art. 603, comma 1, c.p.p. e non mediante semplice istanza verbale in udienza, *Cass.*, sez. I, 28 settembre 1993, *Giust. pen.*, 1994, 472.

²⁶ Vedi Fiorio, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, 159.

²⁷ Attraverso la richiesta di rinnovazione non è consentito alla parte di sanare surrettiziamente decadenze o irrivalità del procedimento di ammissione probatoria articolata in primo grado, vedi Peroni, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, 196.

²⁸ In letteratura, si è sostenuta l'esistenza di un rapporto di necessaria implicazione tra appello e logica del controllo. Muovendo in particolare da una nozione di giudizio inteso come processo intellettuale imprescindibilmente legato ad una cognizione immediata del dato fattuale in capo all'organo investito della decisione, l'impostazione in parola ha teorizzato un'intrinseca identità tra secondo giudizio e attività di controllo critico, Peroni, *Nuove deduzioni probatorie in fase di discussione finale: tra logiche di gravami e diritto alla prova*, *Cass. pen.*, 1997, 2106. Se l'eterogeneità, però, rende impossibile un'assimilazione tra il giudizio di merito ed il giudizio di legittimità, la stessa osmosi non può *sic et simpliciter* essere esclusa tra giudizio di primo grado e quello di secondo grado. E ciò anche se il *thema* dovesse coincidere non con tutti i fatti oggetto di imputazione ma solo con quelli per i quali si lamenta una ingiusta decisione, così Chinnici, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, 42.

Alla luce dei canoni del giusto processo, tuttavia, entra in crisi la compatibilità del modello descritto con il nucleo di garanzie minime, del giudizio penale²⁹. È di tutta evidenza, infatti, che un sistema appiattito sulla presunzione di completezza istruttoria non è in grado di integrare le prerogative dell'imputato³⁰, soprattutto nelle ipotesi in cui il secondo grado termina con la condanna.

Sono le stesse notazioni che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato richiamando l'art. 6 CEDU: «se ad impugnare è il p.m., il giudice d'appello non può riformare la sentenza e pronunciare sentenza di condanna senza avere assunto nuovamente in contraddittorio le prove dichiarative "disponibili" a carico dell'imputato»³¹. In tal caso, il giudizio d'appello, insomma, deve consentire la rinnovazione integrale delle prove in contraddittorio rispettando il principio di immediatezza, posto che l'elaborazione del materiale probatorio nella dialettica delle parti dinanzi al giudice che decide è uno dei requisiti irrinunciabili del giusto processo³².

L'attuale procedimento d'appello, dunque, presenta rischi di conflittualità con i parametri del giusto processo, anche per quanto delineato dalle fonti³³. È innegabile, infatti, che l'art. 603 c.p.p. non assicuri a fondo il diritto alla prova dell'imputato ma riproponga suggestioni legate all'accertamento della verità come fenomeno progressivo riservato all'autorità giudicante³⁴.

Il punto di frizione maggiore si consuma proprio sul terreno dell'immediatezza. Un giudizio che si articoli semplicemente come controllo sulla prova formata *aliunde* è ontologicamente incompatibile

²⁹ L'espressione è mutuata da Deganello, *Ripensare il grado d'appello nel processo penale: osservazioni a margine di recenti disegni di riforma*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 634.

³⁰ È destinato a riproporsi il problema perenne della piena maturazione del processo accusatorio "all'italiana", che accusatorio non può di certo essere considerato, almeno fino a quando l'appello rimane, tendenzialmente, solo cartolare, con l'integrazione probatoria relegata a livello di eccezione, così Gaito, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello*, *Arch. pen.*, 2012, 76.

³¹ Corte e.d.u., 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia.

³² Così Gaito, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello*, cit., 75.

³³ La sentenza Dan contro Moldavia ha impresso una forte accelerazione alle prospettive evolutive delle impugnazioni penali e dell'appello in particolare, in un ambito dove il legislatore delegato del 1988 aveva erroneamente creduto di poter lasciare le cose sostanzialmente invariate, determinando l'assurdo di processi orali in primo grado ma ancora imperniati sulla scrittura nelle fasi successive, ancora Gaito, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello*, cit., 78.

³⁴ L'eterogeneità dei fini non altera l'identico codice genetico dei due procedimenti – di primo e secondo grado – che si connotano, dunque, per l'attività del "conoscere per giudicare", sia che si accertino per la prima volta i fatti oggetto di imputazione, sia che si conosca in seconda battuta di quei medesimi fatti, così Chinnici, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., 44.

con il dettame dell'art. 525 c.p.p. che, come più volte precisato, non consente di prescindere dal contraddittorio orale praticato dinanzi al giudice chiamato a decidere.

DISCUSSIONE DELLE PARTI ED IMMUTABILITÀ DEL GIUDICE D'APPELLO

La consapevolezza dei limiti sottesi all'appello ha spinto un'interpretazione più appagante delle norme; in questo senso può essere letta la sentenza in commento, che si sforza di attuare l'operatività del principio di immediatezza in un giudizio che per sua natura con lo stesso è difficilmente coniugabile.

La Corte di cassazione ancora il principio di immutabilità anche alla discussione delle parti, quale attività processuale comparabile all'assunzione dei mezzi di prova. Peraltro, il fatto che essa non sia oggetto di integrale trascrizione, secondo i giudici di legittimità, la rende di fatto non rinnovabile attraverso lettura neppure se le parti vi acconsentissero.

La Corte, quindi, applica in modo rigoroso l'art. 525, comma 2, c.p.p. recuperando, con riferimento alla discussione, la nullità assoluta quale sanzione connessa alla norma. Ma la discussione, ha una portata autonoma pur dovendo essere considerata in stretta correlazione all'assunzione della prova.

L'atto del provare, infatti, contiene una dimensione argomentativa che lo rende, per certi versi, omogeneo all'atto del giudicare³⁵. Le argomentazioni delle parti hanno l'indubbia capacità, per questo, di incidere sull'esito del giudizio e, pertanto, meritano di essere considerate come attività processuali al pari della ricerca, dell'ammissione e dell'assunzione dei mezzi di prova.

Tale notazione non è banale se rapportata al precedente sistema in cui l'accertamento era tutto incentrato sull'attività del giudice che acquisiva da sé i mezzi di prova utili alla decisione. In un contesto simile, la discussione non era essenziale al convincimento ma, al più, poteva integrare un ausilio alla motivazione giudiziale.

Viceversa, in un modello incentrato sul contraddittorio per la prova, le argomentazioni delle parti diventano momento fondamentale nell'accertamento processuale. Per quello che in precedenza si è detto, l'immutabilità del giudice rende la prova come un fenomeno percepito dal giudice. Il convincimento, quindi, non è il risultato di un'equazione matematica in cui gli elementi probatori sono i fattori numerici quanto il risultato di osservazioni in-

dividuali suscitate dalla partecipazione del giudice al dibattimento³⁶.

In tale contesto, è ben evidente che la discussione esprime tutta la sua potenzialità in un procedimento basato sull'oralità e, dunque, sull'argomentazione della parte fin dal momento acquisitivo della prova³⁷. Se il giudice, viceversa, eredita il materiale probatorio e si limita a leggerlo, il suo convincimento è meno legato all'attività argomentativa della parte. Tuttavia, in casi del genere e come accade solitamente nel giudizio d'appello, la discussione rappresenta l'unico momento di effettiva partecipazione della parte alla pronuncia. Ecco perché l'identità tra il giudice che ha partecipato al dibattimento e quello che decide deve essere riferita anche al momento in cui si esprimono gli argomenti in fase di discussione e, forse, soprattutto a questo nelle ipotesi in cui manca un contraddittorio per la prova.

Il recupero del principio di immediatezza concentrato anche sul momento della discussione delle parti appare, allora, un tentativo di fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'appello.

Il giudizio di secondo grado, però, non può continuare ad essere il terreno per inutili breccie che non incidano sulla struttura complessiva del procedimento. Il principio di immediatezza è inevitabilmente connesso all'oralità ed al contraddittorio per la prova; riconoscere il primo significa dare per assunti gli altri³⁸.

La necessità è quella di ripensare all'appello come un giudizio nuovo rispetto al primo grado, così da renderlo conforme al modello processuale di matrice accusatoria³⁹.

³⁶ Per una ampia digressione sul valore delle argomentazioni e sulla loro potenzialità di condizionamento del giudizio si veda Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma, 2002.

³⁷ Il contraddittorio fra le parti è lo schema metodologico per neutralizzare il pericolo insito in ogni giudizio: la inevitabile soggettività del giudicante. Nessuna investitura formale assicura di per sé l'imparzialità. La vera garanzia risiede nelle regole processuali che collocano il giudice in posizione di eguale distanza fra le parti, ancora Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti*, cit., 9.

³⁸ L'importante è intendere il processo d'appello nei termini di nuovo giudizio, da svolgere secondo le scadenze formali del primo. E crediamo di non sbagliare ritenendo di rinvenire questa possibile lettura del secondo processo come *nuvum iudicium*, l'unica compatibile con il modello processuale voluto dalla Costituzione, così Chinnici, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, cit., 76.

³⁹ L'abolizione dell'appello è ancora oggi un orizzonte proibito sia per il radicamento storico e l'appropriazione culturale del doppio grado di giudizio, sia perché non si sono perfezionati gli istituti giudiziari utili contro la fallibilità dei magistrati e gli errori dei litiganti, in questi termini Orlandi, *Sono davvero troppi tre gradi di giurisdizione penale?*, *Principio accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, Nunziata (a cura di), *Dir. giust.*, 2004, suppl. al n. 29, 132.

³⁵ Così Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, 3.

Mandato d'arresto europeo "cautelare": competente ad emetterlo è il giudice che procede, e non quello che ha disposto la misura

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 28 novembre 2013, n. 2850 – Pres. Santacroce; Rel. Cortese

La competenza funzionale ad emettere il mandato d'arresto europeo per l'esecuzione di una misura cautelare custodiale, ai sensi dell'art. 28 comma 1 lett. a) l. 22 aprile 2005 n. 69, spetta al giudice che procede.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. Nei confronti di P.B., indagato sia dalla Procura della Repubblica di Milano sia da quella di Reggio Calabria per reati in materia di illecita detenzione e traffico internazionale di stupefacenti, nonché per ulteriori reati, sono state emesse due distinte ordinanze applicative della misura della custodia cautelare in carcere, rispettivamente, dal G.i.p. di Reggio Calabria il 4 ottobre 2012, e dal G.i.p. di Milano l'8 ottobre 2012.

Con riferimento a tale secondo provvedimento cautelare, contestualmente alla sua esecuzione, avvenuta il 18 ottobre 2012, il Procuratore della Repubblica di Milano trasmise il procedimento, per competenza territoriale, alla Direzione Distrettuale Antimafia di Reggio Calabria.

Il 31 gennaio 2013 la Procura della Repubblica di Reggio Calabria comunicava a quella di Milano che, alla data di esecuzione dell'ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere, P.B. risultava detenuto in Italia, per essere stato arrestato in Germania il 4 febbraio 2011 e consegnato all'a.g. italiana in esecuzione di un mandato d'arresto Europeo emesso dal G.i.p. di Catanzaro nell'ambito del procedimento penale recante il n. 1/2007 R.G.N.R. D.D.A..

Sulla base di tale informazione, il 20 febbraio 2013 il P.m. di Milano richiedeva l'emissione, nei confronti del P., del mandato d'arresto Europeo funzionale alla sua consegna suppletiva.

Il 21 febbraio 2013 il G.i.p. di Milano dichiarava la propria incompetenza funzionale a provvedere, in quanto il procedimento non era più pendente davanti all'Autorità giudiziaria milanese.

Il successivo 28 febbraio 2013, quindi, il P.m. di Reggio Calabria richiedeva l'emissione del m.a.e. in relazione all'ordinanza emessa in data 8 ottobre 2012 dal G.i.p. di Milano, ma il G.i.p. di Reggio Calabria, cui gli atti erano stati nel frattempo trasmessi, declinava a sua volta, in data 11 marzo 2013, la propria competenza ad emettere il richiesto m.a.e., sollevando conflitto negativo di competenza, sull'assunto che la competenza in questione spetta al Giudice che ha emesso il titolo cautelare in base al quale è richiesto il m.a.e., ossia, nel caso di specie, al G.i.p. di Milano.

A conforto di tale assunto, il G.i.p. reggino, sulla scorta di quanto deciso nelle sentenze nn. 15200 e 18569 del 2009 della Corte di cassazione, richiamava il tenore letterale della L. 22 aprile 2005, n. 69, art. 28, secondo il quale il m.a.e. processuale per la procedura attiva di consegna è emesso "dal giudice che ha applicato la misura cautelare" custodiale.

Aggiungeva altresì il detto G.i.p. che la trasmissione degli atti per ragioni di competenza da un ufficio all'altro del pubblico ministero non spiega alcuna incidenza sull'efficacia delle misure cautelari in corso di applicazione, e che egli non si trovava in possesso degli atti necessari a delibare la richiesta, non essendo "stato investito di alcuna richiesta, fuorché l'emissione del m.a.e., da parte del P.m. reggino".

2. In data 8 aprile 2013 il G.i.p. di Milano faceva pervenire note scritte in cui osservava che il dato letterale della l. n. 69 del 2005, art. 28 non enuncia una competenza funzionale permanente del giudice che ha emesso l'originario titolo cautelare, ma deve essere interpretato, in ragione dell'accessorietà del m.a.e. alla tutela cautelare,

alla luce della previsione di cui all'art. 279 cod. proc. pen., che attribuisce la competenza, in tema di applicazione, revoca e modifica delle misure cautelari, al "giudice che procede" (e, anteriormente all'esercizio dell'azione penale, al g.i.p.). Diversamente opinando, rilevava il G.i.p. milanese, il giudice chiamato ad emettere il mandato di arresto Europeo in forza del mero dato storico della paternità dell'originario titolo cautelare, si troverebbe – privo (com'era egli stesso nella specie) della disponibilità del completo incarto processuale – nella condizione di dover provvedere in maniera del tutto automatica, senza poter effettuare le verifiche imposte dalla legge in ordine alla permanente efficacia della misura coercitiva a suo tempo emessa e, in generale, alla sussistenza dei presupposti in atto per l'emissione del m.a.e. attivo.

3. La Prima Sezione di questa Corte, assegnata del conflitto, con ordinanza n. 30761 del 2-17 luglio 2013, ha ravvisato un contrasto giurisprudenziale in ordine alla individuazione della competenza funzionale alla emissione del mandato di arresto Europeo nella procedura attiva di consegna, evidenziando come, secondo un iniziale orientamento, basato su di un'interpretazione logico-sistemica del quadro normativo di riferimento (L. n. 69 del 2005, artt. 28, 30 e 39), la competenza de qua dovrebbe radicarsi in capo all'autorità giudiziaria che procede (sez. 1, n. 26635 del 29/04/2008, confl. comp. in proc. Trib. Ragusa, Rv. 240531); mentre, in un secondo momento, si è privilegiata un'interpretazione letterale della L. n. 69 del 2005, art. 28, stabilendosi che la detta competenza spetta in ogni caso al giudice che ha emesso la misura cautelare, anche se non sia più il giudice "che procede" (sez. 1, n. 15200 del 26/03/2009, confl. comp. in proc. Lauricella, Rv. 243321). Richiamate le principali ragioni rispettivamente individuate a sostegno dei contrapposti indirizzi interpretativi, il Collegio rimettente ha osservato come la questione oggetto del presente conflitto sia già stata, di recente, sottoposta dalla Sesta Sezione penale (ordinanza n. 12321 del 13/03/2012, dep. 2/04/2012, Caiazzo) all'esame delle Sezioni Unite, che, tuttavia, per ragioni di preclusione processuale, non hanno avuto modo di affrontarla (sez. U, n. 30769 del 21/06/2012, Caiazzo, Rv. 252891, 252892).

Detta precedente ordinanza – si ricorda nell'attuale provvedimento di rimessione – ha sostenuto la maggiore fondatezza del primo (quello "sistematico") dei su menzionati indirizzi esegetici, e ciò in base ai rilievi:

– della necessità di ricondurre l'applicazione della regola posta dalla L. 22 aprile 2005, n. 69, art. 28, comma 1, lett. a), all'interno di un quadro normativo che (alla stregua dell'art. 39, comma 1, della stessa legge) presuppone il rispetto, "in quanto compatibili", delle disposizioni del codice di procedura penale e delle leggi complementari, tra cui spicca, in particolare, quella di cui all'art. 279 cod. proc. pen. (unitamente a quella, correlata, di cui all'art. 91 disp. att. cod. proc. pen.): regola di sistema – con cui il cit. art. 28 non è stato formalmente coordinato solo per il particolare iter dei lavori parlamentari – che individua la figura del giudice de libertate parallelamente alla dinamica evoluzione del rapporto processuale ed alla

sua progressiva articolazione nelle varie fasi e nei diversi gradi (sulla base della disponibilità materiale e giuridica degli atti), e che può ritenersi implicitamente richiamata dalla disposizione di cui alla L. n. 69 del 2005, art. 31, secondo la quale il mandato d'arresto Europeo perde efficacia quando il titolo cautelare interno su cui si basa venga revocato, annullato, o sia divenuto inefficace (sulla base dei principi generali e delle ordinarie regole processuali fissate dagli artt. 272 ss. cod. proc. pen.);

– del carattere non meramente automatico e compilatorio della emissione del mandato d'arresto Europeo, richiedente, infatti, la valutazione della sussistenza dei relativi presupposti di legge, la delibazione sul se procedere o non all'attivazione della complessa procedura, il previo inoltro dell'eventuale richiesta di revoca del privilegio o di esclusione dell'immunità, di cui la persona ricercata benefici, l'individuazione di quale meccanismo seguire fra i due previsti dalla L. n. 69 del 2005, art. 29, commi 1 e 2, (con l'espletamento degli adempimenti conseguenti);

– della incompatibilità pratica e funzionale della interpretazione strettamente letterale dell'art. 28, con le esigenze di celerità proprie della procedura di consegna semplificata voluta dal legislatore Europeo, in tutte le ipotesi – che sono poi quelle che danno luogo alla problematica in discussione – in cui sia venuta meno la contestualità tra l'applicazione della misura cautelare e l'emissione del m.a.e. (con la possibile pendenza del fascicolo presso un giudice territorialmente e/o funzionalmente diverso e lontano da quello che aveva emesso la originaria misura cautelare posta a base del m.a.e.).

4. Tanto ricordato, la Prima Sezione ha quindi rimesso il conflitto alle Sezioni Unite con ordinanza del 2 luglio 2013.

Con decreto in data 18 luglio 2013, il Primo Presidente ha assegnato la causa alle Sezioni Unite penali, fissandone la trattazione per l'odierna udienza in camera di consiglio.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione rimessa alle Sezioni Unite è la seguente:

"Se la competenza funzionale ad emettere il mandato di arresto Europeo spetti al giudice che ha applicato la misura cautelare, anche laddove il procedimento penda davanti ad un giudice diverso, oppure all'autorità giudiziaria che procede".

1.1. La questione nasce dal modo in cui il legislatore interno ha regolato la detta competenza.

L'art. 6 della decisione-quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto Europeo ed alle procedure di consegna tra gli Stati membri dell'U.E., si limita, invero, a stabilire (nel comma 1) che "per autorità giudiziaria emittente si intende l'autorità giudiziaria dello Stato membro emittente che, in base alla legge di detto Stato, è competente a emettere un mandato d'arresto Europeo", mentre "per autorità giudiziaria dell'esecuzione si intende l'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione che, in base alla legge di detto Stato, è competente dell'esecuzione del mandato di arresto Europeo"

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO "CAUTELARE"

(comma 2). Il nuovo modello di cooperazione giudiziaria introdotto dalla su citata decisione-quadro non impone, quindi, la predeterminazione di alcuna specifica regola di competenza in capo alle autorità giudiziarie di emissione, o di esecuzione, rinviando sul punto alle scelte discrezionali operate all'interno dei vari Stati membri.

In ossequio al criterio direttivo enunciato nell'art. 6, p. 1, della suddetta decisione quadro, la disposizione di cui alla L. 22 aprile 2005, n. 69, art. 28, introduce regole di attribuzione della competenza "attiva" sulla base del provvedimento alla cui esecuzione è funzionale il mandato d'arresto Europeo, stabilendo che questo può essere emesso:

a) dal giudice che ha applicato la misura cautelare della custodia in carcere o degli arresti domiciliari (si tratta, in questo caso, dell'ipotesi di mandato emesso per finalità "processuali");

b) dal p.m. presso il giudice dell'esecuzione che ha emesso, ex artt. 656 ss. cod. proc. pen., l'ordine di esecuzione della pena detentiva o della misura di sicurezza a carattere detentivo ordinata con la sentenza (in questo caso, invece, si tratta dell'ipotesi di mandato emesso per finalità "esecutive").

L'emissione del mandato di arresto Europeo presenta, com'è noto, una connotazione di tipo esclusivamente giudiziario, non essendo la relativa valutazione sottoposta ad alcun giudizio di "gradimento" da parte dell'autorità politica (la richiesta di consegna è rivolta dall'autorità giudiziaria italiana ad altra autorità giudiziaria che dovrà darvi esecuzione).

Il mandato di arresto Europeo si pone in sostanza come "decisione giudiziaria" (ex art. 1, p. 1, della decisione-quadro 2002/584/GAI) che attua in concreto il titolo custodiale ovvero il provvedimento irrevocabile adottato dall'autorità giudiziaria interna, consentendo al comando in esso contenuto di circolare liberamente nello spazio territoriale Europeo con la forza tipica dell'esecutività. Spetta inoltre all'organo giudiziario individuato secondo la regola posta dalla L. n. 69 del 2005, art. 28, valutare sia la sussistenza dei presupposti di legge per l'emissione del m.a.e., sia l'an debeatur, vale a dire la concreta necessità di richiedere l'arresto e la consegna della persona ricercata ad un altro Stato membro dell'Unione Europea.

1.2. Mentre per la competenza all'emissione del m.a.e. "esecutivo" non si sono posti né si pongono particolari problemi interpretativi e applicativi, per la regola di competenza all'emissione del m.a.e. "processuale" stabilita nella formulazione letterale del testo normativo balza subito all'occhio un difetto di coordinamento con le regole generali che presiedono all'individuazione del giudice competente in ordine alle misure cautelari (art. 279 cod. proc. pen. e art. 91 disp. att. cod. proc. pen.): difetto che sembra dar luogo a una sorta di sistematica competenza "ultrattiva" del giudice che ha adottato in origine la misura cautelare, indipendentemente dalla fase o grado, eventualmente lontani e successivi, in cui si manifestasse la necessità della emissione del mandato di arresto Europeo, e anche dalle vicende modificatrici (affievolimento, aggravamento, revoca e successivo ri-

pristino) cui la misura stessa dovesse andare incontro nel corso del tempo.

2. Procediamo ora all'esame del contrasto che, sulla questione oggetto di rimessione, si è manifestato nella giurisprudenza di legittimità.

2.1. Dopo una prima decisione che, senza farsi espressamente carico degli illustrati nodi problematici posti dall'applicazione della disposizione di cui alla L. n. 69 del 2005, art. 28, stabilì, in sede di definizione di un conflitto di competenza sollevato da un tribunale del riesame, che la competenza ad emettere il m.a.e., nel caso in cui il g.i.p. abbia rigettato la richiesta di applicazione della misura cautelare e la stessa sia stata disposta dal tribunale del riesame in seguito a gravame proposto dal p.m., spetta al tribunale del riesame a norma della L. n. 69 del 2005, art. 28, comma 1, lett. a), (sez. 1, n. 16478 del 19/04/2006, confl. comp. in proc. Abdelwahab, Rv. 233578), la Suprema Corte affrontò espressamente e approfonditamente i detti nodi, allorché, investita da un conflitto negativo di competenza insorto tra il g.i.p., che aveva emesso le ordinanze di custodia cautelare, e il tribunale, presso il quale il procedimento risultava successivamente pendente per il merito, ritenne di risolverli, optando per un'interpretazione logico – sistematica della L. n. 69 del 2005, artt. 28, 30 e 39, in base alla quale la competenza deve essere attribuita all'autorità giudiziaria che procede (sez. 1, n. 26635 del 29/04/2008, confl. comp. in proc. Trib. Ragusa, Rv. 240531, che ha indicato nel tribunale il giudice competente). La ragione giustificativa di tale orientamento è stata individuata non solo nel considerevole lasso di tempo che può intercorrere tra l'emissione della misura coercitiva e l'emissione del m.a.e., ma anche nell'esigenza che l'organo emittente sia pienamente a conoscenza dell'iter processuale compiuto, sì da assolvere ai numerosi incombeni che la legge pone al riguardo (quali, ad es., le informazioni, la relazione di accompagnamento, la trasmissione di informazioni integrative, ecc). La prevalenza in tal modo attribuita all'interpretazione logico – sistematica, rispetto a quella strettamente letterale, della disposizione di cui alla L. n. 69 del 2005, art. 28, comma 1, lett. a), si radica, pertanto, sulla natura delle informazioni che, a norma dell'art. 30, devono corredare il m.a.e., e che necessariamente postulano la disponibilità degli atti processuali: lo Stato richiesto, infatti, ben potrebbe richiedere la trasmissione di ulteriori elementi di informazione, che solo il giudice che ha quella disponibilità e conosce l'evoluzione del procedimento sarebbe in grado di esaudire.

Ponendosi entro tale prospettiva, inoltre, la S.C. ha rilevato che se, nel caso di un "fisiologico iter processuale", è corretto prevedere che chi emette la misura custodiale, avendo interesse a farla eseguire, disponga se del caso gli opportuni accertamenti sulla persona ricercata e in base ad essi emetta – entro termini ragionevolmente ristretti – anche il m.a.e. (in linea con i dati acquisiti e dei quali ha piena cognizione), non sembra possibile accedere, di contro, alla medesima soluzione allorquando tra l'emissione della misura restrittiva e l'emissione del mandato d'arresto Europeo intercorra un "considerabile lasso di

tempo": in ragione della evoluzione dell'iter processuale, della fluidità che spesso caratterizza l'ipotesi accusatoria e delle non rare modifiche dell'impianto probatorio, il m.a.e. potrebbe, infatti, non coincidere in toto con la misura originariamente emessa, imponendo in tal modo la sua emissione da parte dell'autorità giudiziaria che risulti essere a piena conoscenza dell'evoluzione processuale nel frattempo intervenuta.

Proseguendo su tale linea interpretativa, non avrebbe alcun senso, nell'ipotesi in cui il processo sia progredito sino alla fase del giudizio e l'impianto accusatorio si sia presumibilmente modificato o "arricchito", attribuire al g.i.p. la competenza "attiva" esclusivamente sulla base di un suo ormai lontano e non più "attuale" provvedimento, così come apparirebbe del tutto incongrua siffatta attribuzione nella diversa ipotesi in cui, successivamente all'emissione della misura cautelare, fosse ravvisata la competenza territoriale di un altro giudice.

2.2. Tale orientamento logico-sistematico è stato però sconfessato da un successivo indirizzo interpretativo, che ancorandosi strettamente alla formulazione letterale del testo normativo, ha stabilito che la competenza ad emettere il m.a.e. spetta al giudice che ha emesso la misura cautelare, ancorché non sia più il giudice "che procede" (sez. 1, n. 15200 del 26/03/2009, confl. comp. in proc. Lauricella, Rv. 243321, che ha dichiarato la competenza del g.i.p. che aveva emesso la misura cautelare, in relazione ad un caso in cui quest'ultimo, pur avendo emesso la misura, aveva declinato la propria competenza in favore di quella del tribunale dinanzi al quale pendeva il procedimento di merito).

La S.C. ha osservato, in particolare:

- che la L. n. 69 del 2005, art. 29 non subordina l'emissione del m.a.e. ad una valutazione di merito, ma solo alla condizione che l'imputato o il condannato risultino nel territorio di uno Stato membro dell'U.E., con la conseguenza che la sua adozione "non appare espressione dell'esercizio del potere cautelare, ma uno strumento per consentire l'esecuzione in campo Europeo dell'originario provvedimento";

- che l'art. 30 della legge su menzionata prevede che il m.a.e.

contenga un apparato informativo legato esclusivamente alla misura cautelare emessa, e dunque "nulla che attenga all'iter processuale in corso".

A tale ultimo orientamento si è adeguata la successiva giurisprudenza di legittimità, stabilendo anche in un altro caso di conflitto la competenza del giudice che aveva emesso la misura cautelare (sez. 1, n. 18569 del 16/04/2009, confl. comp. in proc. Diana, Rv. 243652, relativa a una sequenza procedimentale in cui una corte di assise di appello aveva declinato, in favore della corte di assise, la competenza a provvedere in ordine alla richiesta del procuratore generale della Repubblica di emissione di un m.a.e. a carico dell'imputato, attinto da un'ordinanza di custodia cautelare in carcere emessa dalla corte di primo grado). A conforto di tale soluzione si è in particolare rilevato che la compilazione e la spedizione del m.a.e. non costituiscono espressione della potestà coercitiva e,

per tanto, non rientrano nelle generali attribuzioni del giudice procedente, ai sensi dell'art. 279 cod. proc. pen.: si tratterebbe dunque, entro siffatta prospettiva ermeneutica, "di un'attività di carattere meramente certificativo - amministrativo-strumentale, preordinata alla esecuzione della ordinanza cautelare fuori dei confini dello Stato, la quale non offre alcun margine di discrezionalità al compilatore e costituisce adempimento assolutamente dovuto e a contenuto vincolato".

Nè, peraltro, gioverebbe, al riguardo, la considerazione di supposte esigenze di carattere pratico, in relazione alla immediata disponibilità degli atti occorrenti per attingere i dati necessari per la compilazione del provvedimento e al correlato aspetto della economia processuale, sotto il profilo che, specie ove sia decorso un notevole lasso di tempo dall'emissione dell'ordinanza coercitiva, il giudice che l'ha deliberata non è più in possesso del fascicolo, in dipendenza della evoluzione di fase o di grado del processo. Siffatta obiezione non è ritenuta fondata, essenzialmente sulla base di due argomenti:

- in primo luogo, perché la stessa ordinanza che ha disposto la misura coercitiva (necessariamente non ancora in corso di esecuzione, se è richiesto il m.a.e.) non deve essere allegata al fascicolo formato per il dibattimento, sicché il giudice procedente non ha la disponibilità del provvedimento;

- inoltre, secundum id quod plerumque accidit, gli atti sulla base dei quali è fondata la coercizione sono custoditi nel fascicolo del p.m., e neppure di essi il giudice dibattimentale procedente ha la disponibilità.

Non vi sarebbe ragione, conclusivamente, per avallare quell'orientamento interpretativo che assegna al giudice che procede il compito che la legge assegna, invece, al giudice che ha emesso il provvedimento coercitivo. Sulla scia di tale indirizzo si è collocata anche sez. 1, n. 29207 del 17/06/2011, in proc. Draguntinovic, che ha risolto un conflitto di competenza insorto fra il Tribunale monocratico di Torino - che riteneva competente all'emissione del m.a.e. il G.i.p. presso il medesimo Tribunale, in quanto giudice che aveva applicato la misura coercitiva - e quest'ultima autorità giudiziaria, che a sua volta sollevava conflitto negativo di competenza ritenendo, alla luce di una interpretazione della Corte di legittimità, che, se, nel caso di un fisiologico iter processuale, è corretto prevedere che chi emette la misura custodiale, avendo interesse a farla eseguire, disponga di opportuni accertamenti ed in base ad essi emetta, più o meno contestualmente, e comunque entro termini ragionevolmente ristretti, anche il m.a.e., non è lecito, di contro, accedere alla medesima previsione allorquando - come nel caso di specie - tra l'emissione della misura restrittiva e l'emissione del mandato di arresto intercorra un considerevole lasso di tempo; nella specie, infatti, oltre al tempo trascorso dall'emissione della misura custodiale, la stessa non era più in esecuzione ed era intervenuta una sentenza definitiva di condanna a seguito della quale il Tribunale aveva acquisito, sull'accordo delle parti, l'intero fascicolo del Pubblico ministero. Nel caso in esame, la S.C. ha ritenuto di condividere l'orientamento espresso da sez. 1, n. 15200 del

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO "CAUTELARE"

26/03/2009, Lauricella, Rv. 243321, nonché da sez. 1, n. 18569 del 16/04/2009, Diana, Rv. 243652, dichiarando la competenza del G.i.p. presso il Tribunale di Torino. Ancora sulla stessa linea si è espressa da ultimo sez. 1, n. 32891 del 24/06/2013, confl. comp. in proc. Iures, che, nel risolvere il conflitto insorto fra il G.i.p. del Tribunale di Enna e il Tribunale di Caltanissetta, ha dichiarato la competenza di quest'ultimo quale tribunale che, in sede di appello ex art. 310 cod. proc. pen. proposto dal P.m., aveva applicato la misura cautelare della custodia in carcere.

3. In dottrina si è sottolineato anzitutto l'indiscusso merito della riforma introdotta dalla decisione-quadro sul mandato d'arresto Europeo, consistente nell'aver concesso all'autorità giudiziaria di riappropriarsi dei suoi tipici poteri di cognizione, laddove il procedimento, come in questo caso, esibisca i caratteri della iurisdictio, poteri che altrove (estradizione da e per Paesi terzi) le rimangono invece preclusi.

Nel nuovo sistema introdotto dal mandato d'arresto Europeo, infatti, la competenza funzionale del giudice de libertate e la legittimazione del magistrato del p.m. sono individuate secondo un criterio di derivazione, in virtù del quale il mandato di arresto è da considerare un provvedimento che attua in concreto il titolo custodiale adottato dall'autorità giudiziaria italiana, consentendo al comando in esso contenuto di esplicitare la forza tipica dell'esecutività. Entro tale prospettiva, si è osservato che la previsione dell'art. 28 determina una evidente asimmetria nell'articolazione della competenza giurisdizionale tra la fase attiva e quella passiva della procedura di consegna, introducendo un significativo elemento di novità nel quadro dei rapporti giurisdizionali con le autorità straniere: per la prima volta, infatti, la competenza in fase attiva non viene radicata a livello distrettuale presso le procure generali delle corti d'appello, ma viene stabilita in modo diverso e attribuita, in particolare, quanto alla richiesta di consegna per fini processuali, al giudice della cautela. Sotto quest'ultimo profilo, non si è mancato di segnalare come l'espressione usata nel testo normativo ("giudice che ha applicato la misura cautelare") può creare complicazioni sul piano applicativo, ove intesa in senso restrittivamente letterale (il g.i.p. che ha emesso la misura, infatti, sarebbe competente anche nel caso in cui il mandato d'arresto Europeo venisse emesso in fasi o gradi successivi), laddove l'identità soggettiva tra "autorità giudiziaria procedente" ed "autorità giudiziaria emittente" sembra inerire alla specifica e "dinamica" interdipendenza tra il m.a.e. e il provvedimento restrittivo della libertà personale su cui esso si fonda, fatta palese dalla previsione della L. n. 69 del 2005, art. 31, secondo cui la revoca, l'annullamento o la perdita di efficacia del provvedimento da cui origina l'euro-mandato d'arresto comporta l'istantanea caducazione del "titolo esecutivo" Europeo, senza che debba esservi un provvedimento ad hoc (l'autorità giudiziaria, nella persona del procuratore generale presso la corte d'appello, deve, infatti, solo comunicare immediatamente al Ministro della giustizia le eventuali vicende "estintive" del provvedimento originario, affinché questi ne dia poi notizia allo Stato mem-

bro di esecuzione. Le complicazioni sul piano organizzativo cui può dar luogo l'interpretazione letterale dell'art. 28 vengono evidenziate anche in riferimento alla previsione della L. n. 69 del 2005, art. 29, che subordina l'emissione della richiesta di consegna, nella duplice forma del mandato d'arresto o dell'inserimento della specifica segnalazione nel S.I.S. (Sistema Informativo Schengen), alla ricorrenza di precise situazioni giuridiche ovvero fattuali. Siffatta disposizione prevede, infatti, che l'autorità giudiziaria competente si attivi "quando risulta che l'imputato o il condannato è residente, domiciliato o dimorante nel territorio di uno Stato membro dell'Unione Europea", oppure, se tali luoghi restino ignoti, quando risulta la "possibile presenza" del ricercato nel territorio di uno di questi Stati.

L'eventualità che tali situazioni si perfezinino o addirittura vengano ad esistenza in fasi più avanzate del procedimento o, più genericamente, in un momento successivo rispetto a quello in cui viene emessa la misura cautelare appare poco compatibile con la tesi di un imprescindibile legame fra la competenza ad emettere il mandato d'arresto e il giudice che ha emesso la originaria misura, che si troverebbe, nelle situazioni in discorso, a doversi occupare nuovamente di un procedimento del quale si è già definitivamente spogliato.

Particolarmente netta a favore dell'interpretazione sistematica è la posizione di chi osserva che il mancato coordinamento della L. n. 69 del 2005, art. 28 con la regola di sistema dettata dall'art. 279 cod. proc. pen. non toglie che – essendo per legge stabilita la stretta dipendenza del m.a.e. dal titolo cautelare da cui trae legittimazione (art. 31 legge n. 69) – un'eventuale competenza "ultrattiva" del giudice che ha disposto la misura finirebbe per obliterare il principio del controllo continuo sulla necessità od opportunità della sua permanenza, secondo il modulo che attribuisce al giudice che procede (e che quindi ha la disponibilità degli atti) la persistente verifica dell'adeguatezza della misura in corso di esecuzione. Ancor più che nella verifica della sussistenza dei presupposti di legge, è nella verifica dell'an debeatur che si manifesterebbe in misura pregnante, secondo l'opinione in esame, la discrezionalità dell'apprezzamento giudiziale, il quale deve fare i conti con i numerosi istituti del codice di rito che consentono o impongono, secondo i casi, modificazioni o revocche della misura. L'ordinanza di rimessione ne enumera vari, ma certamente se ne possono immaginare molti altri (ad esempio, una sentenza della Corte costituzionale nel frattempo sopravvenuta a dichiarare l'illegittimità di automatismi nell'applicazione della custodia in carcere non potrebbe essere ignorata in una delibazione del genere di cui si discute). Non mancano, infine, posizioni dottrinarie che ritengono che il legislatore del 2005 fosse necessariamente consapevole del diverso significato delle espressioni utilizzate nella L. n. 69 del 2005, art. 28 e nell'art. 279 cod. proc. pen., ed abbia, pertanto, deliberatamente inteso distaccarsi da quest'ultima previsione: a fronte di un dato testuale inequivocabile, per valorizzare una presunta diversa "intenzione del legislatore" (ex art. 12, comma 1, ultima parte, delle disposizioni preliminari

del codice civile) sarebbe necessario individuare perentorie ragioni di ordine sistematico, di cui si nega, nel caso in esame, la sussistenza.

4. Nel contrasto giurisprudenziale fra l'interpretazione logico-sistematica e quella letterale della regola posta dalla L. 22 aprile 2005, n. 69, art. 28, comma 1, lett. a), il Collegio, in sostanziale accordo anche con le prevalenti riflessioni dottrinarie, ritiene senz'altro di optare per la prima di esse.

4.1. Militano anzitutto in tal senso pregnanti ragioni di ordine sistematico (già ampiamente evidenziate – per *relationem* alla precedente ordinanza n. 12321 del 13/03/2012, Caiazza – nell'ordinanza di rimessione). Per la necessaria identità soggettiva tra l'autorità giudiziaria che emette il m.a.e. e l'autorità giudiziaria procedente fa propendere, in primo luogo, la stretta interdipendenza tra il m.a.e. ed il provvedimento restrittivo della libertà, sulla cui adozione esso si fonda. Emblematica al riguardo appare la disposizione di cui alla L. n. 69 del 2005, art. 31, che stabilisce il principio della non autonomia del m.a.e. rispetto al provvedimento interno, prevedendo che il mandato d'arresto perda efficacia quando il provvedimento restrittivo della libertà personale, "sulla base del quale è stato emesso", venga revocato, annullato, o sia divenuto inefficace (sulla base dei principi generali e delle ordinarie regole processuali fissate dagli artt. 272 ss. cod. proc. pen., in tal modo implicitamente richiamate nella legge di attuazione).

L'intima connessione tra il m.a.e. e le sorti del titolo di riferimento, che si evince dal citato art. 31 (come già puntualmente osservato in giurisprudenza: sez. 6, n. 20823 del 19/01/2010, Bosti, Rv. 247360), rivela il ruolo determinante che sul destino del m.a.e. assume il giudice che decide le dette sorti, che è appunto il giudice competente a sensi dell'art. 279 cod. proc. pen., vale a dire il giudice che procede ovvero, nella fase delle indagini, il g.i.p.. In favore del necessario intervento del giudice procedente in sede di emissione del m.a.e. milita poi il rilievo che tale emissione, lungi dall'esaurirsi (come ritenuto nell'ambito dell'orientamento ermeneutico "letterale") in un'attività di mero riscontro certificativo e compilativo, costituisce il risultato dell'esercizio di una prerogativa rimessa al giudice (e, nella fase esecutiva, al pubblico ministero), cui spetta valutare essenzialmente i seguenti profili, di ordine sostanziale e processuale:

a) la sussistenza dei presupposti di legge per l'emissione del m.a.e. (L. n. 69 del 2005, art. 28 e art. 29, comma 1);

b) l'an *debeatur* in merito alla richiesta da rivolgere agli altri Stati membri dell'Unione Europea.

I presupposti di legge, in particolare, sono tre:

1) che nel procedimento penale sia stato emesso il provvedimento di custodia cautelare (o un ordine di esecuzione della pena detentiva), non eseguito per irreperibilità dell'imputato o del condannato;

2) che sia certa, probabile o possibile la presenza dell'imputato (o del condannato) sul territorio di un altro Stato membro, qualunque sia la sua cittadinanza;

3) che ricorrano determinati limiti di pena.

Quanto alla verifica della sussistenza dei profili dell'an *debeatur*, la stessa poggia su un apprezzamento largamente discrezionale, oggettivamente ricollegabile ad un'attenta ponderazione del complesso degli elementi storico-fattuali e probatori a disposizione dell'autorità giudiziaria che procede nella fattispecie concreta.

A tale riguardo, utili criteri direttivi di ordine generale si rinvengono nel "Vademecum per l'emissione del mandato d'arresto Europeo", elaborato dal Ministero della giustizia – Direzione Generale della giustizia penale, e nel "Manuale Europeo sull'emissione del mandato di arresto Europeo", adottato dal Consiglio dell'Unione Europea il 18 giugno 2008 (8216/2/08).

In proposito, ci si può limitare a segnalare che:

– la stretta correlazione tra lo status *detentionis* e il m.a.e. ne rende problematica l'emissione sulla base della misura coercitiva degli arresti domiciliari (art. 28, comma 1, lett. a), della legge sopra citata, in relazione all'art. 284 cod. proc. pen.), sconosciuta (o comunque non equiparata alla custodia carceraria) in altri ordinamenti, inducendo il giudice ad adottare, in questo caso, particolari cautele nella decisione;

– l'emissione del m.a.e. è comunque soggetta ai limiti generali di ragionevolezza e proporzionalità, sui quali si fonda l'azione comune dell'Unione Europea, nel settore della cooperazione giudiziaria (art. 5 T.U.E.).

Ne consegue che il giudice (e il pubblico ministero), quando agisce come autorità "di emissione" del m.a.e., è chiamato sempre ad operare una duplice valutazione.

Sul piano interno, dovrà tener conto di una serie di elementi indicativi, quali quelli rappresentati, a titolo esemplificativo, dalla gravità del reato, dalla personalità dell'autore, dall'entità della pena e dalla durata della misura cautelare, anche in considerazione della scadenza dei termini di fase: tali verifiche spettano "naturalmente" al giudice che procede ed esulano, da un punto di vista logico e sistematico, dall'ambito cognitivo del giudice, non più procedente, che ha semplicemente emesso l'originaria ordinanza impositiva.

Sul piano internazionale, dovrà considerare che dall'emissione del m.a.e. scaturisce una complessa attività di cooperazione internazionale tra organi di polizia e autorità giudiziarie, e che l'esecuzione del mandato comporta l'arresto e la detenzione del ricercato, nel territorio di un altro Stato membro, per un lungo periodo di tempo, sollecitando l'instaurazione di un continuo interscambio informativo tra le autorità giudiziarie interessate e, talora, tra queste ultime ed Eurojust (decisione-quadro 13 giugno 2002, ex artt. 16 e 17). Non c'è dubbio che le valutazioni predette – contrariamente a quanto assunto da sez. 1, n. 15200 del 26/03/2009, confl. comp. in proc. Lauricella, Rv. 243321 – implicano uno specifico esercizio di fatto del potere cautelare.

All'autorità giudiziaria competente ad emettere il m.a.e. spetta poi il compito di provvedere ad inoltrare la richiesta di revoca del privilegio o di esclusione dell'immunità, nel caso in cui la persona ricercata benefici di un'immunità o di un privilegio riconosciuti da uno Stato diverso da quello di esecuzione, ovvero da un organi-

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO "CAUTELARE"

simo internazionale (L. n. 69 del 2005, art. 29, comma 3). E sempre alla stessa autorità giudiziaria spetta la valutazione in merito alla scelta fra i due meccanismi attraverso i quali è possibile avviare la procedura attiva di consegna, L. n. 69 del 2005, ex art. 29, commi 1 e 2: si tratta di due percorsi procedurali distinti, e dipendenti direttamente dalla circostanza che sia noto o meno il luogo di residenza, domicilio o dimora del soggetto di cui si pretende la consegna.

Nella seconda delle evenienze or ora considerate, quando "risulta possibile" che la persona si trovi nel territorio di uno Stato membro dell'U.E., l'art. 29, comma 2, prevede che l'autorità competente all'emissione del m.a.e. disponga l'inserimento di una specifica segnalazione nel S.I.S. (Sistema Informativo Schengen), conformemente alle disposizioni dell'art. 95 della Convenzione del 19 giugno 1990, di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, resa esecutiva nel nostro ordinamento con la legge 30 settembre 1993, n. 388. L'inserimento di siffatta segnalazione costituisce un atto equipollente allo stesso mandato di arresto Europeo, a condizione, però, che la stessa venga corredata dell'apparato informativo richiesto per il contenuto del m.a.e. dalla L. n. 69 del 2005, art. 30, sì come già specificato nella disposizione di cui alla decisione-quadro 13 giugno 2002, art. 8, p. 1. È evidente che il corretto espletamento degli adempimenti descritti dall'art. 29, commi 2 e 3 e art. 30 della legge sopra citata, presuppone una serie di valutazioni, talora particolarmente urgenti e delicate, che possono essere affidate solo ad un giudice in grado di governare effettivamente la fase processuale in corso e di calibrarne la dinamica, ed i relativi esiti, tenuto anche conto della consistenza e qualità delle eventuali integrazioni richieste dall'autorità di esecuzione. Ai predetti rilievi può ancora aggiungersi (seguendo la corretta traccia dell'ordinanza di rimessione) che la necessità di emettere il m.a.e. ben può manifestarsi a distanza di tempo dall'applicazione della misura cautelare (come nel caso in cui sopravvengano elementi che dimostrano la presenza del latitante in un altro Stato membro) e che la localizzazione e l'arresto del ricercato ben possono verificarsi a distanza di tempo dalla diffusione delle ricerche avviata tramite la segnalazione nel S.I.S. In entrambe le situazioni ora indicate è altamente probabile che il procedimento penale, con il relativo fascicolo, risulti pendente dinanzi ad un giudice diverso da quello che aveva emesso la misura cautelare su cui deve basarsi il m.a.e..

Quanto alle obiezioni (sollevate in particolare da sez. 1, n. 18569 del 16/04/2009, confl. comp. in proc. Diana, Rv. 243652) che la stessa ordinanza che ha disposto la misura coercitiva (necessariamente non ancora in corso di esecuzione, se è richiesto il m.a.e.) non deve essere allegata al fascicolo formato per il dibattimento, sicché il giudice procedente non ha la disponibilità del provvedimento, e che gli atti sulla base dei quali è fondata la coercizione sono normalmente custoditi nel fascicolo del p.m., e neppure di essi il giudice dibattimentale procedente ha la disponibilità, si osserva che le stesse sono facilmente superabili in base alla regola stabilita nell'art. 279 cod.

proc. pen., che, riconoscendo al giudice che procede la competenza a intervenire (con modifiche, revocche, ecc.) sulle misure cautelari in atto, presuppone ovviamente che lo stesso giudice, chiamato a confrontare la situazione cautelare originaria con gli elementi sopravvenuti (cosa che, come si è visto, si trova sovente a dover fare anche il giudice competente ad emettere il m.a.e.), sia posto in grado di conoscere la prima in ogni profilo utile. E si può aggiungere – rovesciando in qualche modo l'argomento in discorso – che, se è abbastanza agevole acquisire la conoscenza di una situazione pregressa e in sé definita, ben più difficile risulterebbe l'operazione inversa, di fornire a un giudice ormai lontano dal procedimento, tutto il materiale successivamente acquisito e ancora in fieri.

4.2. Sullo specifico punto relativo all'espressione letterale adoperata nella L. n. 69 del 2005, art. 28, comma 1, lett. a), la prima osservazione da fare è che tale disposizione, facendo riferimento (non al giudice che ha "emesso" l'ordinanza cautelare, bensì) al giudice che "ha applicato la misura cautelare", richiama il fenomeno della "applicazione" della misura, preso espressamente in considerazione, unitamente a quelli della "revoca" e delle "modifiche", dall'art. 279 cod. proc. pen., per disciplinare la "gestione" delle misure cautelari, affidata unitariamente al "giudice che procede" (ovvero, in fase di indagini, al g.i.p.). Se, da un lato, è indubbiamente vero che la norma in esame non si esprime in termini di competenza funzionale o gestionale ma usa il verbo "applicare" al passato, si può, dall'altro, ragionevolmente ritenere che l'uso del tempo passato era nella specie imposto dal fatto che l'emissione del m.a.e. segue necessariamente, sul piano causale e temporale, alla formazione di un titolo custodiale. La mancanza della contestualità fra i due provvedimenti impediva l'uso del presente, e la necessità di far riferimento a un'applicazione in concreto disposta impediva di adottare formule indicative di una mera astratta competenza. Ne è seguita, per esigenze di semplicità sintattica – oltre che, probabilmente, per una preferenziale attenzione rivolta alla ipotesi ritenuta normale di emissione del m.a.e. a ridosso dell'adozione della misura custodiale – una locuzione che ha impropriamente isolato e valorizzato un occasionale fatto storico, di contro alle immanenti istanze di coordinamento sistematico che la nuova norma imponeva. Per soddisfare compiutamente queste ultime, il legislatore avrebbe dovuto in sostanza adottare una formula alquanto complessa, del tipo: "giudice investito della competenza sulla gestione (applicazione, revoca o modifica) della misura cautelare nel procedimento in cui la stessa è stata disposta". Ed è in effetti in tal senso che il Collegio ritiene – secondo il brocardo *minus dixit quam voluit* – che la norma de qua vada letta, in necessario ossequio alle ragioni di coerenza sistematica sopra ampiamente esposte.

Per sottolineare quanto sarebbe avulsa dal sistema – e inconciliabile con la fondamentale ratio di garanzia che individua la figura del giudice de libertate parallelamente alla dinamica evoluzione del rapporto processuale ed alla sua progressiva articolazione nelle varie fasi e nei diversi gradi, sulla base della disponibilità materiale e giuridica

degli atti – l'interpretazione strettamente letterale dell'art. 28, comma 1, lett. a), si consideri, in aggiunta ai rilievi già svolti, che essa condurrebbe ad attribuire la competenza ad emettere il m.a.e., con tutti gli apprezzamenti e adempimenti connessi, anche al giudice che abbia applicato la misura in sede di appello ex art. 310 cod. proc. pen. (e a tale conclusione sono in effetti giunti la cit. sez. 1, n. 16478 del 19/04/2006, confl. comp. in proc. Abdelwahab, Rv. 233578, e la cit. sez. 1, n. 32891 del 24/06/2013, confl. comp. in proc. Iures), che è per definizione chiamato a intervenire in materia solo ed esclusivamente in funzione della deliberazione sulla proposta impugnazione. Problemi analoghi sorgerebbero anche nel caso in cui la misura "custodiale" seguisse a un aggravamento, disposto in appello, di una originaria misura non custodiale. In tale ipotesi, come anche nel caso che il suddetto aggravamento della misura avvenisse su autonoma istanza del p.m., non ci sarebbe neppure un giudice che ha "applicato" originariamente la misura cautelare custodiale, bensì, da un lato, un giudice che ha applicato in origine una misura cautelare non custodiale e, dall'altro, un giudice che, intervenendo sulla misura originariamente applicata, l'ha "sostituita" con misura custodiale. Ancora più complicata sarebbe poi la situazione di misura custodiale originariamente applicata da un giudice, poi affievolita in misura non custodiale, e successivamente ripristinata nella forma custodiale. Se l'ordinanza che da luogo al m.a.e. è quest'ultima, l'interpretazione letterale dell'art. 28 non sembra offrire soluzioni sicure e univoche per l'individuazione del giudice competente.

4.3. Ai precedenti rilievi si può aggiungere un'altra importante considerazione.

Tutto il discorso sopra svolto si riferisce, come è evidente, alla ipotesi base in cui il m.a.e. attivo sia emesso in via principale e originaria per l'arresto e la consegna del ricercato da parte dell'Autorità del Paese estero in cui si suppone che esso si trovi.

In modo un pò diverso si presenta però il caso – che, per vero, ricorre specificamente nel procedimento in esame – della richiesta (necessaria per superare i vincoli derivanti dal principio di specialità) di assenso alla estensione della consegna per la sottoposizione di un soggetto, già in custodia presso il Paese richiedente in forza di consegna avvenuta in esecuzione di un m.a.e. precedente, a un provvedimento restrittivo relativo a un fatto anteriore alla detta consegna e diverso da quello cui essa atteneva.

In tale ipotesi, infatti, ove per definizione l'interessato è assente dallo Stato richiesto, la decisione-quadro non disciplina il procedimento da seguire e, quanto alla legislazione interna, la L. n. 69 del 2005, art. 32 non prevede alcun criterio di determinazione della competenza, mentre l'art. 26, comma 3, affida la relativa verifica, nel caso della omologa procedura passiva, alla corte d'appello che ha dato esecuzione al mandato d'arresto Europeo.

Tale mancanza di disciplina non potrebbe che essere colmata alla stregua dell'indicazione contenuta nella L. n. 69 del 2005, art. 39, comma 1, ("Per quanto non previsto dalla presente legge si applicano le disposizioni del codice di procedura penale e delle leggi complementari, in

quanto compatibili"), che condurrebbe ragionevolmente a individuare la competenza per l'effettuazione della richiesta secondo la regola dell'art. 279 cod. proc. pen.. Ne conseguirebbe, dunque, ove si desse dell'art. 28 una interpretazione strettamente letterale, l'ulteriore anomalia di applicare regole di competenza diverse alla ipotesi del m.a.e. attivo base (apprensivo) e a quella della richiesta di assenso per la consegna suppletiva.

L'interpretazione sistematica tratta invece allo stesso modo entrambe le ipotesi suddette, superando anche l'ulteriore problema che potrebbe scaturire dall'incertezza sulle modalità con cui attivare la procedura di consegna estensiva.

In effetti, sia la previsione del p. 4 dell'art. 27 della decisione-quadro, che la norma attuativa interna della L. n. 69 del 2005, art. 26, comma 3 non prevedono espressamente, per la richiesta di assenso alla estensione della consegna, l'emissione di un nuovo apposito m.a.e.. Si potrebbe, quindi, argomentatamente ritenere la possibilità di una procedura "libera" (salvo il rispetto dell'art. 8 della decisione-quadro, richiamato dalla L. n. 69 del 2005, art. 26, comma 3) diversa da quella richiedente l'emissione del m.a.e. (considerato anche che la funzione primaria di tale strumento, di ottenere l'arresto del soggetto da parte dello Stato di rifugio, evidentemente non può esplicarsi quando il soggetto sia stato già consegnato e ivi più non si trovi).

Sotto altro profilo, peraltro, è innegabile che la finalizzazione della richiesta di assenso alla sottoposizione del soggetto, già in custodia ad altro titolo, a un diverso provvedimento restrittivo interno, renda abbastanza "naturale" che la stessa venga espressa – come avvenuto nel caso di specie – attraverso l'emissione di un apposito m.a.e. (e tale percorso indica, invero, all'ultimo capoverso del punto 5.4., il citato "Vademecum del mandato di arresto Europeo" redatto dal Ministero della Giustizia, sia pure in relazione alle richieste relative alla esecuzione di decisioni), il quale recherà, in forza della previsione di cui alla L. n. 69 del 2005, art. 30, tutto quanto richiesto dall'art. 8 della decisione-quadro.

In questo caso, si potrebbe porre il problema se un simile m.a.e. ricada o non nell'ambito operativo dell'art. 28, con quanto ne conseguirebbe, in termini di discrasie applicative, in caso di risposta negativa (per la già ricordata interferenza della clausola della L. n. 69, art. 39), ove si optasse per l'interpretazione strettamente letterale di tale norma.

5. Conclusivamente, tale ultima interpretazione non può essere accolta e deve invece optarsi per una lettura logica-sistematica della norma, secondo il complessivo discorso sopra svolto.

Le relative conclusioni possono sintetizzarsi nel seguente principio di diritto: "La competenza funzionale ad emettere il mandato di arresto Europeo per l'esecuzione di una misura cautelare custodiate, anche in funzione del conseguimento dell'assenso alla consegna suppletiva, spetta al giudice investito della competenza sulla gestione della misura nel procedimento in cui la stessa è stata disposta".

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO "CAUTELARE"

6. Applicando il detto principio alla fattispecie di causa, la competenza alla emissione del m.a.e. nei confronti del P. in relazione alla misura custodiale disposta con l'or-

dinanza emessa dal G.i.p. di Milano l'8 ottobre 2012 deve essere attribuita a G.i.p. del Tribunale di Reggio Calabria. [Omissis]

TERESA ALESCI*

Dottore di ricerca in Procedura penale – Seconda Università degli studi di Napoli

La competenza funzionale all'emissione del mandato d'arresto europeo processuale

The competence to issue a European arrest warrant

Il lavoro analizza la recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione che ha attribuito la competenza funzionale ad emettere il m.a.e. al giudice che procede, focalizzando l'attenzione sulla procedura di assenso alla consegna suppletiva. Il ragionamento delle Sezioni Unite, coerente con i principi informatori del sistema processuale penale italiano, trascura, tuttavia, la questione relativa alla sanzione applicabile al provvedimento emesso da un giudice diverso da quello procedente.

The paper analyzes the recent decision of the "Supreme Court", which assigned the competence to issue a European arrest warrant to the trial judge, focusing to the supplementary delivery.

The decision neglects the penalty applicable to the m.a.e..

LA VICENDA

Con la pronuncia in commento, le Sezioni Unite hanno definitivamente risolto il contrasto giurisprudenziale relativo all'individuazione del giudice funzionalmente competente ad emettere il mandato d'arresto europeo c.d. "cautelare" nella procedura attiva di consegna. Il caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte attiene non al modello tipico di m.a.e. attivo ordinario, finalizzato ad ottenere la consegna della persona ricercata, ma ad un mandato utilizzato dall'organo richiedente come "veicolo" per attivare la procedura di assenso all'estensione della consegna per la sottoposizione di un soggetto già in custodia presso lo Stato richiedente in virtù di una precedente consegna.

Nel caso di specie, la necessità di risolvere il contrasto giurisprudenziale traeva origine da un conflitto negativo di competenza, causato dalla circostanza che il g.i.p. che aveva disposto l'applicazione della custodia cautelare in carcere *ab origine* ed il

g.i.p. che era stato investito del caso a seguito della trasmissione degli atti, per competenza alla Procura in sede, si erano dichiarati incompetenti ad emettere il mandato d'arresto europeo ai fini della consegna suppletiva dell'interessato.

L'ordinanza della Prima Sezione della Corte di Cassazione¹, nel demandare la questione alle Sezioni Unite, ha individuato un percorso argomentativo ben motivato e ricco di spunti di riflessione.

L'INDIVIDUAZIONE DEL GIUDICE COMPETENTE

L'art. 28 comma 1 lett. a) della l. 22 aprile 2005 n. 69,²

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

¹ Cass., sez. I, 2 luglio 2013, n. 30761, con nota di Romeo, *Nuovamente alle Sezioni Unite la questione della competenza all'emissione del mandato d'arresto europeo*, www.penalecontemporaneo.it; si veda anche Ranaldi, *Alle Sezioni Unite la questione della competenza all'emissione del mandato d'arresto europeo*, www.archiviopenale.it

² La norma recepisce in pieno il principio di cui all'art. 6, pa-

che ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 relativa al mandato di arresto europeo, disciplina la procedura attiva di consegna ed individua i criteri finalizzati all'individuazione del giudice competente³ ad emettere il m.a.e., distinguendo i singoli organi giudiziari in tal senso legittimati sulla base della diversa finalità "cautelare" o "esecutiva" dei provvedimenti che devono circolare nello spazio territoriale europeo.

Invero, il mandato d'arresto europeo, a seconda delle finalità, può essere emesso dal giudice che ha "applicato" la misura cautelare della custodia in carcere ovvero dal p.m. presso il giudice dell'esecuzione.⁴ Nel primo caso il presupposto è costituito dall'avvenuto esercizio del potere cautelare nell'ambito di un procedimento penale ancora *in itinere*, mentre la seconda ipotesi si fonda su una sentenza irrevocabile di condanna.⁵ L'emissione del mandato di arresto europeo, dunque, presenta una natura prevalentemente giudiziaria, non essendo sottoposta ad alcun "giudizio di gradimento" da parte dell'autorità politica.

La formulazione poco chiara dell'art. 28 impedisce il coordinamento⁶ con le regole generali inerenti

l'individuazione del giudice competente in ordine alle misure cautelari, ai sensi degli artt. 279 c.p.p. e 91⁷ norme att. c.p.p., sebbene la *ratio* della previsione sia diretta ad attuare gli stessi criteri utilizzati nel diritto interno per l'esecuzione del provvedimento che incide sulla libertà personale.

Per altro verso, l'ambiguità della disposizione normativa ha determinato il sorgere di orientamenti giurisprudenziali contrastanti.⁸

Secondo un primo indirizzo la competenza funzionale spetta al giudice procedente alla luce di una ricostruzione logico-sistematica degli artt. 28, 30 e 31 della l. 69 del 2005.⁹

Il *nucleo argomentativo* di tale condivisibile indirizzo poggia sulla "natura delle informazioni" che, ai sensi dell'art. 30, devono corredare il m.a.e. e che, a rigor di logica, presuppongono la disponibilità degli atti processuali. Infatti, lo Stato richiesto potrebbe avere la necessità di conoscere ulteriori elementi di informazione che soltanto l'organo procedente potrebbe fornire.

Tale prospettiva ermeneutica appare ancor più fondata nell'ipotesi in cui l'emissione del m.a.e. si verifichi in un segmento temporale diverso e successivo rispetto a quello nel quale la misura cautelare è stata disposta. Dunque, tenuto conto dell'evolu-

ragrafo 1, della Decisione quadro 2002/584/GAI, che attribuisce alle legislazioni interne il compito di individuare gli organi deputati ad emettere il provvedimento *de quo*. Sul punto si veda De Amicis, Sub art. 28, Colaiacovo-De Amicis-Iuzzolino (a cura di), *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2013, 225.

³ Si è osservato che la rubrica della disposizione citata alludendo "cumulativamente" alla competenza adotta tale concetto in maniera meno rigorosa rispetto all'uso che ne viene fatto nel linguaggio legislativo, ove si intende riferito solo alla sfera delle attribuzioni giurisdizionali. Tuttavia Chiavario, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, Torino, 2013, 270, sottolinea che tale distonìa trae origine dalla formulazione adottata nell'art. 6 della Decisione quadro.

⁴ Sul punto Della Monica, *Il mandato di arresto europeo*, Kalb (a cura di), *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012, 813. L'Autore esprime perplessità sulla scelta del legislatore di riconoscere la legittimazione attiva alternativamente al p.m. o al giudice. Secondo Della Monica, infatti, l'organo più idoneo, in virtù della posizione istituzionale e delle prerogative funzionali, risulterebbe essere il p.m. "cui meglio si addice, in qualità di promotore della concreta attuazione della pretesa punitiva, lo svolgimento di adempimenti di natura prettamente esecutiva." Di diverso avviso Chiavario, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, cit., 268, secondo il quale la legittimazione attiva in capo ad un'autorità investita di funzioni giurisdizionali appare coerente con la scelta operata dal vigente codice di procedura penale che configura una netta separazione di funzioni tra giudice e p.m., "istituendo – al di là di quanto previsto dall'art. 13 della Cost. – una vera riserva di giurisdizione".

⁵ Cfr. De Amicis, Sub art. 28, cit., 226.

⁶ Cfr. Bene, *Mandato d'arresto europeo: le Sezioni Unite non decidono*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 10, 1287, che evidenzia come la logica sottesa alla disciplina del m.a.e. appare in sintonia con i criteri

utilizzati nel diritto interno per l'esecuzione di un provvedimento limitativo della libertà personale.

⁷ La disposizione di cui all'art. 91 norme att. c.p.p. rappresenta una norma di dettaglio rispetto all'art. 279 del codice di rito, poiché specifica, con riferimento ai tempi morti dell'iter processuale, il concetto di "giudice che procede" cui fa riferimento la previsione codicistica.

⁸ Per esigenze di completezza, si segnala che, con una precedente pronuncia, le Sezioni Unite, discutibilmente, non hanno colto l'occasione per risolvere il contrasto sorto, arrendendosi sulla soglia di una preliminare questione di rito quale l'inopponibilità del mandato d'arresto europeo; cfr. Cass., sez. un., 27 luglio 2012, n. 30769, *Guida dir.* 2012, 39, 74. Più precisamente le Sezioni Unite hanno dichiarato l'inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza dei motivi, ritenendo il m.a.e. non impugnabile nell'ambito dell'ordinamento interno, neppure ai sensi degli artt. 111, comma 7 della Costituzione e 568, comma 2, c.p.p. Tale principio, peraltro, era già largamente riconosciuto, in quanto i vizi riguardanti il m.a.e. possono essere fatti valere solo nello Stato richiesto, qualora incidenti sulla procedura di sua pertinenza e secondo le regole previste nel relativo ordinamento. Sul punto la giurisprudenza è vasta; *ex plurimis* Cass., sez. VI, 5 febbraio 2007, n. 9273, *Cass. pen.* 2008, 1503; Cass., sez. VI, 19.01.2010, n. 20823, *Cass. pen.*, 2011, 1514. In dottrina si veda De Amicis, *Competenza funzionale all'emissione del m.a.e.*, *Treccani. Libro dell'anno del diritto 2013*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2013, 649. In senso critico Bene, *Mandato d'arresto europeo: le Sezioni Unite non decidono*, cit., 1286.

⁹ Cass., sez. I, 29 aprile 2008, n. 26635, *Foro it.*, 2009, 12, II, 647; conforme ma con profili diversi anche Cass. sez. I, 19 aprile 2006, n. 16478, *Cass. pen.*, 2007, 1714 secondo cui la competenza spetta al tribunale del riesame nell'ipotesi in cui il Gip ha rigettato l'istanza di applicazione della misura cautelare e la stessa sia stata disposta dal Tribunale del riesame in seguito a gravame proposto dal p.m.

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO "CAUTELARE"

zione dell'iter processuale, della fluidità dell'ipotesi accusatoria e delle possibili modifiche dell'impianto probatorio, la competenza funzionale spetta all'autorità giudiziaria procedente.

Il secondo orientamento, più recente e maggioritario,¹⁰ muovendo da una interpretazione rigorosamente letterale dell'art. 28, ritiene che il mandato di arresto europeo debba essere emesso dal giudice che ha disposto l'originaria misura cautelare.

Il mutamento di prospettiva è avvenuto sulla base di uno stretto ancoraggio alla formulazione normativa che fa riferimento non al giudice che procede ai sensi dell'art. 279 c.p.p. ma al giudice che ha "applicato" la misura cautelare.

Su tale fondamento, da un lato, la Suprema Corte sostiene che l'emissione del m.a.e. si esaurisce in un'attività di riscontro certificativo, o meramente compilativo, preordinata all'esecuzione dell'ordinanza cautelare al di fuori dei confini statuali e priva di qualsiasi margine di discrezionalità. Dall'altro, essa nega la fondatezza delle esigenze di carattere pratico, quali la materiale disponibilità degli atti necessari per la compilazione del provvedimento e le finalità di economia processuale, poiché le informazioni che devono essere contenute nel m.a.e., ai sensi dell'art. 30, sono legate, sostiene la Corte, alla misura cautelare emessa e non si riferiscono all'iter processuale in corso.¹¹

Dunque, secondo tale indirizzo giurisprudenziale, l'emanazione del mandato d'arresto costituisce un "adempimento vincolato" che priva il giudice di qualsiasi valutazione nel merito.

LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE

La pronuncia in commento evidenzia le incongruenze dell'orientamento maggioritario e, in coerenza con i principi che informano il procedimento cautelare, attribuisce la competenza ad emettere l'euro-mandato al giudice procedente.

In via preliminare la Suprema Corte analizza le finalità dell'istituto in un'ottica sovranazionale,¹²

¹⁰ Cass., sez. I, 26 marzo 2009, n. 15200, *Foro it.*, 2009, II, 647; Cass., sez. I, 17 giugno 2011, n. 16478, *CED Cass.*, 29207.

¹¹ Cass., sez. I, 16 aprile 2009, n. 18569, *Foro it.*, 2009, II, 646. Al riguardo, peraltro, la dottrina ha posto in evidenza l'intento del legislatore di mantenere, nell'individuazione della competenza, gli stessi criteri operanti nel diritto interno per l'esecuzione del provvedimento che incide sulla libertà personale. Cfr. sul punto Chelo, *Il mandato d'arresto europeo*, Padova, 2010, 336.

¹² La Decisione Quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 rappresenta il primo provvedimento legislativo del Consiglio ad aver applicato il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie al settore della cooperazione internazio-

ponendo l'attenzione sulle ricadute interne. In particolare, il legislatore nazionale, attuando la decisione quadro, ha trasformato un meccanismo fortemente burocratizzato, quello estradizionale, in una procedura specificatamente giurisdizionale,¹³ che, tuttavia, presenta ancora un'asimmetria nell'articolazione della competenza tra fase attiva e fase passiva.¹⁴

Peraltro, la normativa nazionale ha introdotto un elemento di novità nella regolamentazione dei rapporti giurisdizionali con le autorità straniere, poiché la competenza non è stata radicata a livello distrettuale presso la Procura generale della Corte d'Appello, ma è stata attribuita al giudice titolare del potere cautelare.¹⁵

L'iter logico seguito dalla Suprema Corte risulta condizionato dal forte ed indissolubile legame che unisce il provvedimento cautelare ed il mandato d'arresto europeo.¹⁶ Il dato relazionale spiega il criterio di derivazione che giustifica la competenza funzionale del magistrato *de libertate* e la legittimazione del magistrato del p.m.,¹⁷ poiché il m.a.e.

nale in materia penale, imponendo il travolgimento dei tradizionali meccanismi estradizionali attraverso l'introduzione di una procedura di natura puramente giudiziaria valida su tutto il territorio dell'Unione. Cfr. Vassalli, *Mandato d'arresto e principio d'eguaglianza*, *Giusto proc.*, 2002, 3, 129. In relazione al concetto di "mutuo riconoscimento" si veda Pagliano, *Limiti e garanzie del principio del mutuo riconoscimento*. *Riflessioni in tema di mandato d'arresto europeo*, *Cass. pen.* 2012, 345 ss.

¹³ Cfr. Cluoco, *Disciplina della procedura attiva di consegna*, Pansini-Scalfati (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005, 203. L'Autore sottolinea le ricadute dirompenti del sovvertimento del postulato dell'"interstualità", su cui poggiava l'intero vecchio sistema di estradizione.

¹⁴ Cfr. De Amicis-Iuzzolino, *Guida al mandato d'arresto europeo*, Milano, 2008, 110. Peraltro viene evidenziata l'opportunità di un coordinamento tra il giudice che emette il mandato d'arresto europeo e l'ufficio del p.m.. Nella prassi, infatti, il mandato d'arresto europeo viene inviato al p.m. per l'esecuzione - ossia la successiva trasmissione al Ministero della Giustizia. Si allude in particolare, all'ipotesi in cui il p.m. voglia coordinare l'esecuzione di una pluralità di provvedimenti in territorio nazionale e all'estero, secondo criteri il cui apprezzamento compete solo all'organo titolare delle indagini. Sul punto si veda l'orientamento espresso dalla Procura generale presso la Corte d'Appello di Roma, nella riunione del 5 aprile 2007, consultabile sul sito www.giustizia.lazio.it

¹⁵ Cfr. Selvaggi-De Amicis, *La legge sul mandato d'arresto europeo tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative*, *Cass. pen.*, 2005, 1821.

¹⁶ Si veda De Amicis-Iuzzolino, *Guida al mandato d'arresto europeo*, cit., 110, che sottolineano "l'intima correlazione" del m.a.e. con il provvedimento *de libertate* nel procedimento penale domestico. Peraltro Iuzzolino, *Mandato d'arresto europeo e garanzie costituzionali*, *Il giusto processo*, 2002, 3, 2, sottolinea che l'euro-mandato non costituisce una nuova figura di arresto, nell'ambito dell'Unione europea, ma soltanto un meccanismo per l'esecuzione dei provvedimenti coercitivi (cautelari o finali) che le autorità giudiziarie di alcuni stati membri sono competenti ad emettere, in conformità del proprio diritto nazionale.

¹⁷ Cass., sez. VI, 13 marzo 2012, n. 12321, www.penalecontem-

costituisce un mero strumento per l'esecuzione extraterritoriale di un provvedimento giudiziario nazionale, legittimamente adottato in conformità alla disciplina nazionale di emissione.¹⁸

Il carattere accessorio dell'euromandato emerge con chiarezza proprio dalla relazione che l'art. 28 pone tra lo stesso e l'ordinanza cautelare o l'ordine di esecuzione.¹⁹ Del resto, la strumentalità²⁰ del mandato d'arresto europeo rispetto al provvedimento di supporto viene ulteriormente rafforzata dalla previsione dell'art. 31 della legge di attuazione che collega la perdita di efficacia dell'euromandato alla sopravvenuta caducazione della misura cautelare.²¹

La ricostruzione dell'intima connessione tra il m.a.e. e le sorti del titolo custodiale²² risulta funzionale all'individuazione del ruolo del giudice che nel procedimento interno è chiamato ad operare un controllo permanente e che, secondo il disposto di cui al 279 c.p.p., è individuato nel giudice procedente.²³

La decisione di emettere il mandato d'arresto europeo lungi dall'esaurirsi in un'attività di "riscontro certificativo o di tipo meramente compilativo", costi-

tuisce la conseguenza di una prerogativa rimessa al giudice. La valutazione dell'organo giudicante, infatti, si sostanzia nell'accertamento della sussistenza dei presupposti per l'emissione del mandato²⁴ e nel verificare l'*an debeat* in merito alla richiesta di arresto e di consegna da rivolgere ad altri Stati membri dell'Unione Europea. Tale ultimo controllo pone in capo al giudice una discrezionalità che, seppur ancorata a parametri determinati, non può definirsi vincolata,²⁵ dovendo egli verificare l'opportunità di emettere il mandato alla luce dei diversi istituti del codice di rito che consentono o impongono modificazioni o revoche della misura. D'altro canto, la valutazione sull'*an debeat* non può prescindere dai limiti generali di ragionevolezza e proporzionalità delle misure; principi, questi ultimi, su cui si fonda l'azione comune dell'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria.²⁶

Se la decisione del giudice poggia su un apprezzamento largamente discrezionale, ricollegabile ad un'attenta ponderazione del complesso degli elementi storico-fattuali e probatori, ne consegue che solo l'autorità procedente è in grado di esercitare tale attività con ampiezza di prospettive ed effettività dei risultati, traendone le necessarie determinazioni ai fini dell'atto d'impulso della procedura attiva di consegna.

Risulta pregevole lo sforzo argomentativo della pronuncia in commento che, oltre a dimostrare la ragionevolezza di un'interpretazione sistematica del paradigma normativo, confuta razionalmente la tesi contraria, argomentando lungo direttrici non tracciate dall'ordinanza di rimessione quando sostiene l'infondatezza dell'interpretazione letterale, ancorata all'espressione "applicata".²⁷

Infatti, la Suprema Corte rileva che il termine "applicare" di cui all'art. 28 della legge attuativa

poraneo.it. In dottrina Cimadomo, *La procedura attiva di consegna*, Kalb (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, 2005, 518 ss.

¹⁸ De Amicis-Iuzzolino, *Al via in Italia il mandato d'arresto UE*, *Dir. e giustizia*, 2005, 19, 65.

¹⁹ Cfr. Chiavario, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, cit., 196, il quale sottolinea, che pur non essendo esplicitamente precisati i requisiti ulteriori che i provvedimenti di supporto devono possedere, essi si rinvergono nella giurisdizionalità e motivazione, come risulta implicitamente dalla normativa codicistica.

²⁰ La definizione è di De Amicis-Iuzzolino, *Guida al mandato d'arresto europeo*, cit., 126.

²¹ La caducazione del titolo esecutivo è automatica senza la necessità di un provvedimento *ad hoc* dell'autorità giudiziaria. Al Procuratore generale presso la Corte d'Appello viene attribuito il solo compito di darne immediata comunicazione al Ministro della Giustizia ai fini della trasmissione della notizia allo Stato membro di esecuzione. Cfr. Cuoco, *Disciplina della procedura attiva di consegna*, cit., 209, che sottolinea le criticità di questa previsione, definendola "mal calibrata". In particolare sottolinea il mancato raccordo, necessario, tra "vertice" e "base", laddove all'obbligo di comunicazione incombente sul procuratore generale non è correlato nessun esplicito dovere di avviso dell'eventuale intervenuta revoca del provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria emittente. Anche Marchetti, *La fase dell'esecuzione nella procedura passiva di consegna. La procedura attiva e le misure cautelari reali*, *Dir. pen. proc.*, 2005, 8, 962, evidenzia che tale iter poco lineare "si riverbera negativamente sulla tempestività dell'informativa".

²² Il dato relazionale era già stato puntualizzato da Cass., sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 20823, *Cass. pen.*, 2011, 1514.

²³ Ad avviso della Suprema Corte, l'emissione dell'euromandato implica "uno specifico esercizio di fatto del potere cautelare". Tale affermazione solleva qualche perplessità, laddove sembra configurare un'inedita iniziativa giudiziale ufficiosa in materia cautelare; su questi profili cfr. Colaiacovo, *Brevi osservazioni sulla competenza ad emettere il mandato d'arresto europeo processuale nella procedura attiva*, *www.archiviopenale.it*.

²⁴ I presupposti di legge che devono ricorrere ai sensi degli artt. 28 e 29 della legge attuativa sono: l'emissione nel procedimento penale di un'ordinanza di custodia cautelare o di un ordine di esecuzione della pena detentiva, non eseguiti per irreperibilità dell'imputato o del condannato; la certa, probabile o possibile presenza dell'imputato o del condannato sul territorio di un altro Stato membro, qualunque sia la loro cittadinanza ed il rispetto dei limiti di pena.

²⁵ Si veda Colaiacovo, *Brevi osservazioni sulla competenza ad emettere il mandato d'arresto processuale nella procedura attiva*, cit., 3. Secondo l'Autore, tale pronuncia si pone in forte contrasto con quanto affermato da Cass., sez. VI, 4 giugno 2012, 21470, *Mass. Uff.*, n. 252722. Quest'ultima, dichiarando l'abnormità del provvedimento con il quale il GIP rigetti la richiesta di emissione del mae inoltrata dal pm, ha esplicitamente definito il vaglio giudiziale "discrezionalmente vincolato".

²⁶ Art. 5 TUE.

²⁷ Bisogna segnalare, tuttavia, che le Sezioni Unite non argomentano sufficientemente tale passaggio, limitandosi esclusivamente a fornire una lettura diversa della disposizione normativa.

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO "CAUTELARE"

richiama il fenomeno dell'applicazione della misura che, ex art. 279 c.p.p., è affidata unitariamente al "giudice che procede" competente a disciplinare la "gestione" delle misure cautelari.²⁸

IL PROCEDIMENTO DI ASSENSO ALLA CONSEGNA SUPPLETIVA

La peculiarità del caso sottoposto alla valutazione della Suprema Corte attiene, dunque, alla procedura per ottenere l'assenso dallo Stato estero alla consegna suppletiva.

In via preliminare occorre osservare che l'art. 27 della decisione quadro fissa la regola secondo cui la persona fatta oggetto di un m.a.e. non può essere sottoposta "a procedimento penale per eventuali reati, anteriori alla consegna, diversi da quello per cui è stata consegnata".

L'art. 26 della legge di attuazione²⁹ specifica la portata ed i confini del principio di specialità in relazione alla disciplina passiva, mentre l'art. 32 stabilisce, anche sul versante interno, la rilevanza di tale principio attraverso un rinvio alle medesime eccezioni previste dall'art. 26.

Pacificamente, in dottrina e in giurisprudenza, si ritiene che tali disposizioni, diversamente da quanto previsto in ambito estradizionale, elevino il principio di specialità a condizione di procedibilità in quanto precludono, senza un consenso *ad hoc*, non solo il diritto di punire o di limitare la libertà personale, ma anche l'assoggettabilità dell'individuo consegnato al processo.³⁰

Sul versante attivo tale divieto incide, quindi, sull'esercizio dell'azione penale ma non esclude che l'interessato possa essere sottoposto ad indagini, con le forme ed i limiti previsti dall'art. 346 c.p.p.³¹

²⁸ La sentenza si spinge oltre, a fugare qualsiasi dubbio, precisando che «l'uso del tempo passato "applicato" si spiega in funzione della necessaria successione temporale e causale del mandato d'arresto europeo rispetto al titolo custodiale».

²⁹ L'art. 26 norme att., così come l'art. 699 c.p.p. e l'art. 14 della Convenzione europea di estradizione, sembra dare al principio una più ampia latitudine applicativa, riferendola al fatto diversamente da quanto previsto nella decisione quadro dove si fa invece riferimento al reato. Cfr. sul punto Chiavario, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, cit., 276.

³⁰ *Ex plurimis* Marchetti, *Mandato d'arresto europeo*, Enc. dir., Annali II, Milano, 2008, 565; Iuzzolino, *Il mandato d'arresto europeo*. B) *La procedura attiva*, Spangher (a cura di), *Trattato*, VI, 548 ss.; Barazzetta-Brichetti, *Assenso rapido alla consegna ad altro Stato*, Guida dir., 2005, 19, 404 ss.; in giurisprudenza, in particolare sull'interpretazione del principio di specialità quale clausola di procedibilità dell'azione penale si veda Cass., sez. un., 28 febbraio 2001, n. 8, *Cass. pen.*, 2002, 3793; Cass., sez. un., 29 novembre 2007, n. 11971, *Cass. pen.*, 2008, 3178.

³¹ Tale disposizione disciplina gli atti che possono essere compiuti in mancanza di una condizione di procedibilità; cfr.

Tuttavia, la Corte di Cassazione³² ha "circoscritto" l'applicazione del principio di specialità alle sole situazioni in cui viene in gioco la privazione della libertà personale del soggetto consegnato, così da impedirne solo la coercizione personale ma non anche l'esercizio dell'azione penale. Secondo tale orientamento, la decisione quadro relativa al m.a.e. avrebbe adottato un «criterio di specialità attenuata», ragionevolmente giustificato dall'elevato grado di fiducia tra gli Stati membri.³³

L'orientamento lascia perplessi, poiché si pone in totale distonia con la disciplina nazionale che ha concesso al ricercato un sistema di garanzie più robusto di quello previsto dalla decisione quadro, tale da consentire in un futuro non troppo lontano di neutralizzare totalmente il principio di specialità.

L'art. 26 comma 2, riproducendo sostanzialmente quanto previsto nella decisione-quadro, introduce alcune eccezioni che temperano l'assolutezza del principio di specialità. Esse sono raggruppate nell'ambito di tre categorie: il tipo di reato per il quale si intende procedere o eseguire la pena, il consenso dell'interessato e la permanenza del soggetto nel territorio dello Stato della consegna, successivamente alla propria liberazione.³⁴

Anche l'assenso dello Stato che ha dato esecuzione al mandato può determinare in concreto una rimozione dei limiti imposti dal principio di specialità. La relativa procedura, prevista dall'art. 26, comma 3, della legge di attuazione e dall'art. 27, paragrafo 4, della decisione quadro, è finalizzata ad un allargamento degli effetti dell'originaria domanda di consegna, con contestuale salvaguardia di alcune esigenze di garanzie.³⁵

Talune incertezze applicative si rinvencono in relazione alla forma della richiesta di assenso. Alcuni ritengono che per ottenere l'estensione della consegna, l'autorità giudiziaria italiana deve inevi-

sul punto Caianiello, *Il principio di specialità*, Bargis-Selvaggi (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005, 217.

³² Cass., sez. VI, 28 ottobre 2011, n.39240, *Foro it.*, 2012, II, 218; l'interpretazione scelta dalla Corte di Cassazione richiama quella adottata dalla Corte di Giustizia europea nel caso Leymann-Pustovarov, del 1 dicembre 2008, n. 388; per un commento si veda Selvaggi, *Osservazioni a Corte Giustizia Ce*, sez. III, 1 dicembre 2008, n. 388, *Cass. pen.*, 2009, 1296.

³³ Fortemente critico su tale decisione Romoli, *Principio di specialità e mandato di arresto europeo: involuzioni ed evoluzioni giurisprudenziali*, *Giur. it.*, 2012, 7, 1664 ss.; si veda anche Chmielinski Bigazzi, *Osservazioni a Cass. pen.*, 23 settembre 2011, n. 39240, sez. VI, *Cass. pen.*, 2012, 2629 ss.

³⁴ Per una dettagliata analisi si rinvia a Barazzetta-Brichetti, *Assenso rapido alla consegna ad altro Stato*, cit., 107 ss.

³⁵ Cfr. Chiavario, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, cit., 279.

tabilmente emettere un nuovo euromandato.³⁶ Altri invece sostengono la non "necessarietà" dell'emissione di un nuovo mandato d'arresto europeo, essendo sufficiente una mera richiesta *ad hoc* formulata dallo Stato di emissione del mandato originario.³⁷ Su tale questione permangono orientamenti differenti, nonostante la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁸ che ha escluso la necessità di un nuovo euromandato ai fini della consegna suppletiva.

La decisione in commento affronta tale profilo, seppur in via del tutto incidentale.

Invero, in totale distonia con quanto affermato nella precedente decisione a Sezioni Unite e senza alcun riferimento a queste ultime, nella decisione si sostiene che "è innegabile che la finalizzazione della richiesta di assenso alla sottoposizione del soggetto, già in custodia ad altro titolo, a un diverso provvedimento restrittivo interno, renda abbastanza naturale che la stessa venga espressa attraverso l'emissione di un apposito m.a.e.". L'affermazione non è argomentata e potrebbe essere foriera di incertezze applicative, poiché l'emissione di un nuovo euromandato comporterebbe l'applicazione delle regole stabilite dall'art. 28 della legge attuativa.

Ciò nonostante, le Sezioni Unite osservano che la legge attuativa non prevede alcun criterio di determinazione della competenza³⁹ per la procedura di assenso. Tale lacuna viene colmata attraverso la valorizzazione dell'indicazione contenuta nell'art. 39, relativa all'integrazione tra codice di rito e legge di attuazione, che consente l'applicazione dell'art. 279 c.p.p. e l'attribuzione della competenza, anche per la procedura suppletiva, al giudice che procede. Peraltro, la decisione in commento evidenzia

l'ulteriore anomalia che si determinerebbe, qualora si avvalorasse l'interpretazione letterale dell'art. 28. Quest'ultima comporterebbe l'applicazione di regole di competenza diverse per il m.a.e. ordinario e per la richiesta di assenso per la consegna suppletiva.

Il riconoscimento della competenza funzionale⁴⁰ ad emettere il m.a.e., anche nella richiesta di estensione, al giudice che procede sembra superare definitivamente le incertezze dedotte dall'errato convincimento che essa non sia prevista dal legislatore.⁴¹

Tale convinzione, determinata dall'assenza di una sua disciplina nelle regole di competenza per materia e/o per connessione, di fatto lascia all'interprete la determinazione dei casi e dei vizi.⁴²

La diversa concezione ontologica della competenza funzionale si riverbera sul piano patologico, relativo all'individuazione della "sanzione" applicabile.

Solo partendo dal presupposto per cui tal forma di competenza, *rectius* "attribuzione funzionale",⁴³ sfugge alle forme regolamentari generali, è possibile ritenere che la violazione si traduca in un vizio di potere, determinando l'abnormità dell'atto o la incompatibilità del giudice.⁴⁴

⁴⁰ Sul concetto di competenza funzionale permane una querelle dottrinale-giurisprudenziale, che lungi dal risolversi in una mera disputa di tipo accademico, è foriera di conseguenze pratiche.

⁴¹ Sul punto si veda Marvulli, *Competenza ed incompetenza penale*, Enc. dir., V Agg., Milano, 2001, 227. L'Autore sottolinea come anche nel codice del 1989, come in tutti quello che lo avevano preceduto, manchi una definizione della competenza funzionale.

⁴² Sul punto Riccio, *Giudizio immediato, poi patteggiamento. Le Sezioni Unite non sciolgono i dubbi*, Dir. e giustizia, 2006, 70. L'Autore critica la decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione che, in forza dell'asserita mancata previsione nel codice di rito, ne ha esteso per analogia l'applicazione delle regole attinenti alla competenza per materia e di conseguenza il medesimo regime sanzionatorio. Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 4419, Riv. pen. 2005, 1386

⁴³ Cfr. Riccio, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 164. Secondo l'Autore, la categoria appartiene all'ampia sfera della giurisdizione e non ai più ristretti ambiti della competenza, alla logica della "attribuzione" più che alla filosofia della competenza.

⁴⁴ Al contrario Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 4419, cit., individua gli effetti della violazione direttamente sulla idoneità specifica dell'organo all'adozione di un determinato provvedimento, configurando una nullità assoluta ed insanabile, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo. Nello stesso senso anche Cass., sez. un., 20 luglio 1994, n. 14, CED Cass., 198215; Cass., sez. VI, 12 gennaio 1999, n. 7439, Arch. n. proc. pen., 1999, 541; Cfr. Mangiaracina, *Una occasione mancata, per le Sezioni Unite, per risolvere il contrasto sulla competenza a decidere sulla richiesta di patteggiamento a seguito del decreto che dispone il giudizio immediato*, Cass. pen., 2005, 3434, secondo la quale l'incompetenza funzionale determina il sovvertimento delle ripartizioni della potestà giurisdizionale. Si veda anche Iovene, *Giudizio immediato "custodiale" e reati a citazione diretta: l'azione penale tra patologie e competenza funzio-*

³⁶ Cfr. Chelo, *Il mandato d'arresto europeo*, cit., 356, secondo cui il richiamo all'art. 26, contenuto nell'art. 32, è stato operato solo in relazione alla porta del principio ed alle sue eccezioni, mentre lo stesso non dovrebbe intendersi riferito anche alla specifica regola introdotta dal comma 3 dell'art. 26, poiché essa non può essere propriamente definita una "eccezione" al principio.

³⁷ Sul punto Chiavario, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, cit., 279, secondo cui l'accoglimento della richiesta incontra i limiti che risultano dal quadro dei motivi di rifiuto della consegna della persona ricercata.

³⁸ Cass., sez. un., 6 giugno 2012, n. 30769, cit.; si veda anche Bene, *Mandato d'arresto europeo: le Sezioni Unite non decidono*, cit., 1289. L'Autore condivide l'interpretazione delle Sezioni Unite, ritenendo che non vi siano ragioni sistemiche, né dati normativi, proprio in riferimento al profilo contenutistico, che ostacolino l'assimilazione ontologica tra i due atti, il m.a.e. e la richiesta di assenso.

³⁹ La decisione quadro, infatti, non disciplina il procedimento da seguire, e sul versante interno, l'art. 32 della l. 69 del 2005 non prevede alcun criterio di determinazione della competenza, mentre l'art. 26 comma 3 affida la relativa verifica, nel caso dell'omologa procedura passiva alla Corte d'appello, che ha rilasciato l'*exequatur* per il mandato.

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO "CAUTELARE"

In estrema sintesi, in conformità con una ricostruzione dogmatica razionale, si deve ritenere che il concetto di competenza funzionale acquisti funzione "convenzionale", attraverso l'attribuzione dei compiti d'ufficio ad un determinato giudice "competente" già individuato secondo i criteri di ripartizione precedentemente determinati per materia e territorio⁴⁵. Pertanto, essa non è rivolta alla realizzazione operativa del principio di precostituzione e naturalità, ma è "presidio del diverso principio politico dell'imparzialità del giudice".⁴⁶

Soltanto ancorando tale "attribuzione" al principio costituzionale di riferimento e al legame tra potere e oggetto⁴⁷, è possibile individuare corretta-

mente la conseguenza sanzionatoria dell'atto. Infatti, può accogliersi la tesi secondo cui il vizio di tale "attribuzione del giudice" non può essere ricondotto nell'alveo della nullità ma deve essere rimosso attraverso la richiesta di astensione e/o con la ricusazione del giudice, e solo successivamente con la dichiarazione di abnormità dell'atto⁴⁸.

La Suprema Corte ha risolto il contrasto sulla competenza funzionale ma non si è pronunciata in merito al vizio del mandato d'arresto europeo emesso da un giudice incompetente, lasciando il dubbio sulla configurabilità di una nullità assoluta ed insanabile rilevabile anche d'ufficio *ex artt.* 178, comma 1, lett. a) e 179, comma 1, c.p.p. quale vizio dell'incompetenza funzionale in questa ipotesi; la conseguenza sarebbe stata l'annullamento con rinvio.⁴⁹

nale, *Cass. pen.*, 2011, 3080 ss., secondo la quale la competenza funzionale è diretta attuazione del principio costituzionale di naturalità e precostituzione del giudice.

⁴⁵ Cfr. Riccio, *Giudizio immediato, poi patteggiamento. Le Sezioni Unite non sciolgono i dubbi*, cit., 78 ss. Secondo l'Autore, la competenza funzionale ha come presupposto processuale le regole sulla competenza per materia e per territorio.

⁴⁶ Cfr. Riccio, *Competenza funzionale*, *Enc. giur.* Treccani, II Agg., 2002, 6.

⁴⁷ Secondo Riccio, *La procedura penale*, cit., 166 il potere del giudice è qualificato dall'oggetto della singola vicenda processuale, e pertanto, potere ed oggetto «incidono sul concetto e sui limiti del valore "competenza funzionale"».

⁴⁸ Cfr. Riccio, *Giudizio immediato, poi patteggiamento. Le Sezioni unite non sciolgono i dubbi*, cit., 70.

⁴⁹ Cass., sez. IV, 22 novembre 2012, n. 41073, con nota di Jovene, *Giudizio immediato "custodiale" e reati a citazione diretta: l'azione penale tra patologie e competenza funzionale*, *Cass. pen.*, 2011, 3080.

CARLO FIORIO

Straordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Perugia

Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo

Prison Law and European Court of Human Rights

La l. 21 febbraio 2014, n. 10 costituisce l'ultimo tassello di un mosaico inaugurato nel 2010, dopo la prima condanna per "sovraffollamento" inflitta dalla Corte di Strasburgo al nostro Paese. È presto per dire se i reiterati interventi "svuotacarceri" saranno valutati dalla Corte europea come interventi strutturali, anche se i dati ufficiali evidenziano un significativo calo di presenze.

L. 21st February 2014, n. 10 is the last piece of a mosaic started in 2010, after the first conviction for "overcrowding" imposed by the ECHR. to Italy. It's too early to say whether the repeated interventions "in order to empty jails" will be assessed by the European Court as structural interventions, although the official data are showing positive results.

IL CONTESTO E LE LINEE DI TENDENZA

A poche settimane dal *redde rationem* imposto all'Italia dalla Corte di Strasburgo nella celeberrima vicenda "Torreggiani"¹, non è agevole redigere un

bilancio delle cause del sovraffollamento carcerario, al "netto" degli interventi operati nel corso degli ultimi anni dal legislatore.

Dopo un decennio di legislazione "carcerocentrica"², non mitigata dal c.d. indultino

¹ Cfr. Corte e.d.u., sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, che ha imposto al nostro Paese di procedere, secondo lo schema delle c.d. "sentenze-pilota", all'adozione delle misure necessarie a porre rimedio alla violazione dell'art. 3 C.e.d.u. entro il prossimo 28 maggio 2014, data dalla quale la Corte europea deciderà se decidere i ricordi *medio tempore* presentati, ovvero dichiararli irricevibili o cancellarli dal ruolo. A margine della decisione cfr., volendo, Fiorio, *Torreggiani c. Italia: ultimo atto*, *Antigone* 2012, n. 3, 146; nonché Fiorentin, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane*, *www.penalecontemporaneo.it*, 25 febbraio 2013; Id., *Carceri italiane: tutela risarcitoria entro un anno per le vittime del sovraffollamento delle prigioni*, *Guida dir.*, 2013, n. 7, 75 ss.; Passione, *Dall'affaire Sulejmanovic all'affaire Torreggiani e altri: dal diritto violato al diritto negato*, *Antigone* 2012, n. 3; Rimoli, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano o degradante*, *Giur. it.* 2013, 1188; Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, *Cass. pen.* 2013, 11 ss.; Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi*

strutturali entro il termine di un anno, *www.penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2013; Volino, *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, *ivi*, 26 marzo 2013; Zicchittu, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, *Quaderni cost.*, 2013, 161 ss; Montagna, *Art. 3 Cedu e sovraffollamento carcerario. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il caso dell'Italia*, *www.federalismi.it*, 17 maggio del 2013.

² Ad eccezione del regolamento di esecuzione penitenziaria (d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230) e delle due leggi sulle detenute madri (l. 8 marzo 2001, n. 40 e l. 21 aprile 2011, n. 62), gli interventi legislativi del decennio 2000-2010 hanno vanificato le riforme consacrate nella legge Gozzini: cfr. la l. 23 dicembre 2002, n. 279, che ha definitivamente "stabilizzato" gli artt. 4-bis e 41-bis ord. penit.; la l. 5 dicembre 2005, n. 251, la quale, oltre a configurare la recidiva quale "moltiplicatore" penitenziario, ha modificato l'art. 656, comma 9, c.p.p.; la l. 24 luglio 2008, n. 125, implementando le eccezioni alla sospensione dell'ordine di

del 2003 (legge 1° agosto 2003 n. 207) né dall'indulto del 2006 (l. 31 luglio 2006 n. 241)³, la Corte di Strasburgo ha condannato a più riprese l'Italia, ravvisando nell'indegna situazione penitenziaria⁴ la violazione dell'art. 3 CEDU⁵ ed imponendo al nostro Paese di istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario, entro il termine di un anno dalla definitività della sentenza.

Sul versante interno, sia il Capo dello Stato⁶, sia la Corte costituzionale (sent. n. 279 del 2013⁷) hanno

esecuzione; la l. 23 aprile 2009 n. 38, che ha esteso considerevolmente l'ambito operativo degli artt. 275, comma 3, c.p.p. e 4-bis ord. penit., confermando il ventennale processo di progressiva osmosi tra custodia cautelare e detenzione esecutiva; infine, la l. 24 luglio 2009, n. 94, che ha modificato in senso ancor più restrittivo l'art. 41-bis ord. penit.

³ Secondo i dati ufficiali, al 31 agosto 2006 la popolazione penitenziaria era diminuita sino a 38.000 unità, per poi risalire, nel giugno 2009 a quota 63.000 e superare le 65.000 unità a metà gennaio 2010 e le 68.000 unità a giugno dello stesso anno.

⁴ Situazione che ha indotto il Governo a dichiarare, il 13 gennaio del 2010 (e a prorogare l'11 gennaio 2011), lo «stato di emergenza nazionale delle carceri italiane», al fine di poter completare gli interventi finalizzati all'ampliamento degli istituti di pena e al miglioramento delle condizioni di detenzione, anche in deroga alla contrattualistica pubblica.

⁵ V. già Corte e.d.u., sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, a margine della quale cfr. Bortolato, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti*, *Questione giustizia*, 2009, 111; Castellaneta, *Riconosciuto il risarcimento del danno al detenuto se nella cella sovraffollata manca lo spazio vitale*, *Guida dir.*, 2009, n. 36, 90; Eusebi, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, *Cass. pen.*, 2009, 4938; Plastina, *L'Italia condannata dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, *ibidem*, 4928; nonché, più di recente, la già ricordata sentenza pilota *Torreggiani c. Italia*.

⁶ V. il messaggio del Presidente Napolitano alle Camere dell'8 ottobre 2013, con il quale il Capo dello Stato individuava, quali possibili aree di intervento, l'introduzione di meccanismi di *probation*; l'introduzione di pene non detentive; la riduzione dell'area applicativa della custodia cautelare in carcere; l'implementazione degli istituti diretti a garantire che i detenuti stranieri possano espiare la pena inflitta in Italia nei loro Paesi di origine; l'attenuazione della recidiva quale presupposto ostativo per l'ammissione dei condannati alle misure alternative alla detenzione; una incisiva depenalizzazione; l'aumento della ricettività del sistema penitenziario (sul punto cfr. Fiorentin, *Senza riforme strutturali al nostro sistema penale l'Italia resta nella posizione di "sorvegliata speciale"*, *Guida dir.*, 2013, n. 43, 14 ss.

⁷ A margine della quale v. Basile, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale* (sent. n. 279/2013), *Consulta Online*, 2014; Nardocci, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, *Rivista telematica AIC*, 21 marzo 2014; Pugiotto, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, *www.penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014; nonché, già, Della Bella, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte Costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, *ivi*, 13 dicembre 2013.

ammonito il legislatore affinché non tardi a porre mano alle riforme necessarie, al fine di approntare un sistema rispettoso del dettato costituzionale e sovranazionale sulla funzione rieducativa della pena e sui diritti e la dignità della persona.

La legge n. 10 del 2014 completa, per il momento, un variegato mosaico legislativo inaugurato nel 2010, le cui tessere (spesso ottimisticamente denominate "svuotacarceri") ridisegnano il sistema penitenziario alla luce delle necessità indotte dalla giurisprudenza di Strasburgo, senza, tuttavia, restituire l'originaria coerenza degli istituti, troppe volte piegati ad esigenze eterogenee.

In via di estrema sintesi, le linee guida perseguite a livello legislativo nel corso degli ultimi anni si sono sostanzialmente articolate su tre fronti: il primo, volto a potenziare l'edilizia penitenziaria (c.d. piano carceri)⁸; il secondo, satisfattivo delle esigenze deflative anche attraverso il progressivo ricorso a forme di carcerazione "domestica"⁹ ed al potenziamento dei benefici penitenziari e delle alternative alla detenzione; l'ultimo, tendente a diminuire gli ingressi in carcere, attraverso la progressiva (ma non definitiva) sconfezione della legge n. 251 del 2005¹⁰.

In prospettiva diversificata, sul piano dell'adozione di rimedi, preventivi e compensativi, vigorosamente raccomandata dalla giurisprudenza europea, il più recente legislatore ha finalmente introdotto la figura del «reclamo giurisdizionalizzato», ponendo fine alla quindicinale situazione di

⁸ Trattasi di un programma di interventi proposto dal commissario delegato per il superamento della situazione conseguente al sovrappopolamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale, la cui realizzazione è affidata allo stesso commissario a ciò delegato con decreto del presidente del Consiglio dei Ministri. Cfr. già l'art. 44-bis d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, conv. con mod. dalla l. 27 febbraio 2009, n. 14; nonché l'art. 17 d.l. 29 dicembre 2011, n. 216, conv. con mod. dalla l. 24 febbraio 2012, n. 14, che ha previsto la nomina di un apposito commissario straordinario, avvenuta grazie al d.l. 1° luglio 2013, n. 78 (conv. dalla legge n. 94 del 2013), che ne ha rafforzato ulteriormente i poteri. Sui "quattro pilastri" che compongono il piano carceri, v. Aa.Vv., *Rapporto sui diritti globali 2010. Crisi di sistema e alternative*, Roma, 2010, 495 ss.

⁹ Il riferimento corre alla legge n. 199 del 2010 (relativamente alla quale v. Della Casa, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 5; Degl'Innocenti-Faldi, *Le nuove disposizioni in materia di detenzione presso il domicilio*, *Cass. pen.*, 2011, 2816; Fiorio, *Detenzione domiciliare obbligatoria e sovraffollamento carcerario*, *Giur. di Merito*, 2011, 1204; Turchetti, *Legge "svuotacarceri" e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 1787) ed alla legge n. 9 del 2012 (di conversione del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211), a margine della quale cfr., volendo, Fiorio, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 410.

¹⁰ V. il d.l. 1° luglio 2013, n. 78, conv. con mod. dalla l. 9 agosto 2013, n. 94, sul quale v. Fiorio, *Strasburgo chiama. Roma non risponde*, *Dir. pen. proc.*, 2013, 1136 ss.

“supplenza”, resasi necessaria a seguito di C. cost., 11 febbraio 1999, n. 26.

IL D.L. N. 146 DEL 2013 E LE RICADUTE SUL SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO

Nel dichiarato intento «di ridurre con effetti immediati il sovraffollamento carcerario», altresì rafforzando «la tutela dei diritti delle persone detenute», il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 14, n. 10, ha inciso in modo considerevole sulle dinamiche esecutive e penitenziarie, al fine di assicurare quel sistema di rimedi (preventivi e compensativi) “minacciosamente” richiesti dalla Corte europea dei Diritti dell’Uomo.

Recependo molte delle soluzioni elaborate dapprima nell’ambito della Commissione Mista per lo studio dei problemi della Magistratura di Sorveglianza (c.d. Commissione Mista)¹¹, poi in seno alla Commissione di Studio in tema di Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione (c.d. Commissione Giostra)¹², il provvedimento legislativo evidenzia una duplice linea d’azione: da un lato, infatti, esso appronta taluni interventi deflativi, volti, per un verso, a contenere il flusso dei detenuti in entrata, aumentando, per altro verso, quello in uscita. In prospettiva diversificata, invece, esso tende a rafforzare la tutela dei diritti dei detenuti, come espressamente richiesto dai giudici di Strasburgo.

Accanto a tali, improcrastinabili modifiche, si collocano alcuni rilevanti interventi sul sistema penitenziario, volti a restituirne maggiore efficienza: trattasi, in particolare, della semplificazione di alcune materie devolute alla cognizione della magistratura di sorveglianza, oltre che della proroga a tutto il 2013 dei crediti di imposta, benefici e sgravi fiscali, riconosciuti ai datori di lavoro che assumono persone detenute o internate.

LE MISURE DEFLATIVE: GLI INTERVENTI SULLA DISCIPLINA DEGLI STUPEFACENTI

Il decreto-legge è, innanzi tutto, intervenuto sull’art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990, configurando a guisa di ipotesi autonoma¹³, punita con una più lie-

ve pena¹⁴, la fattispecie circostanziale contemplata dal comma 5¹⁵.

Attraverso tale modificazione il legislatore ha inteso “neutralizzare” le limitazioni che la legge n. 251 del 2005 aveva apposto all’esercizio del potere discrezionale del giudice in caso di recidiva reiterata. Detto altrimenti, nel prevedere un’autonoma ipotesi di reato, si è voluto escludere, per il futuro, che il fatto di “lieve entità” possa rientrare, al pari delle altre circostanze, nel giudizio di comparazione di cui all’art. 69 c.p., estremamente irrigidito dalla normativa emergenziale del 2005¹⁶. Nondimeno, non va trascurato come, anche alla luce della novella, permanga un’amplissima discrezionalità del giudice nella qualificazione di un reato in materia di stupefacenti come di “fatto di lieve entità”, che può, in concreto, determinare le più rilevanti conseguenze in tema di trattamento sanzionatorio¹⁷.

Importanti, inoltre, le “ricadute” processuali: da un lato, il trattamento sanzionatorio delineato dal “nuovo” art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309 del 1990, trasforma l’arresto da obbligatorio in facoltativo, indubbiamente attenuando il fenomeno delle cc.dd. porte girevoli, in parte già arginato dalle modificazioni apportate con la legge n. 9 del 2012. Dall’altro lato, la configurazione della fattispecie quale reato autonomo influirà certamente sulla individuazione dei termini di durata massima dell’eventuale custodia cautelare. Infine, gli effetti più evidenti della novella si avranno in materia di prescrizione, ridotta a sette anni e mezzo, laddove – nell’assetto previgente – l’irrelevanza delle circostanze attenuanti (anche ad effetto speciale), sulla durata dei termini prescrizione rendeva di fatto imprescrittibili anche i reati – di assai modesto allarme sociale – di detenzione illecita o piccolo spaccio di stupefacente¹⁸.

¹⁴ Sottolinea Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Milano, 2014, 33, come la rimodulazione del trattamento sanzionatorio intende consentire il triplice obiettivo di consentire «un uso più calibrato delle soluzioni cautelari, evitando l’arresto obbligatorio in flagranza; [...] l’applicazione di una pena in concreto “ragionevole” rispetto all’effettiva lesione del bene giuridico inciso; [...] l’accesso dei condannati tossicodipendenti alle misure alternative “terapeutiche” previste dal medesimo t.u. stup. (artt. 90 e 94, d.p.r. 309/1990), contribuendo a deflazionare l’eccessivo numero di detenuti negli istituti penitenziari» (al 31 dicembre 2013, il 36,8% del totale).

¹⁵ Al fine di garantire la necessaria coerenza interna, la legge di conversione è intervenuta sul testo dell’art. 380, comma 2, lett. h) c.p.p., operando riferimento ai «delitti» e non più alla «circonstanza» di cui al comma 5 dell’art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990.

¹⁶ In questo senso Amato, *La trasformazione in reato del fatto di lieve entità tra norma “svuota carceri” e Corte costituzionale*, *Guida dir.*, 2014, n. 12, 27.

¹⁷ Così Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, cit., 31.

¹⁸ Così, ancora, Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, cit., 35.

¹¹ V. la *Relazione*, *www.penalecontemporaneo.it*, 7 dicembre 2012.

¹² Cfr. il *Documento conclusivo* dei lavori della Commissione, *www.penale contemporaneo.it*, 20 dicembre 2013.

¹³ V. Amato, *Il fatto di lieve entità diventa un reato autonomo*, *Guida dir.*, 2014, n. 4, 38; nonché, per la giurisprudenza, Cass., sez. VI, 8 gennaio 2014, Cassanelli, *www.penale contemporaneo.it*, 1° aprile 2014; Id., sez. IV, 28 febbraio 2014, Spampinato, *ivi*, 1° aprile 2014; Id., sez. IV, 28 febbraio 2014, Verderamo, *ivi*, 9 marzo 2014.

Nelle more della conversione in legge del provvedimento d'urgenza, la Corte costituzionale (sent. n. 32 del 2014) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77, comma 2, Cost., degli artt. 4-bis e 4-vicies ter, d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, conv. con mod. dall'art. 1, comma 1, l. 21 febbraio 2006, n. 49¹⁹. La citata decisione ha prodotto la reviviscenza della legge Jervolino-Vassalli, che, con riferimento all'art. 73, comma 5, d.p.r. n. 309 del 1990, stabilisce, rispettivamente, la pena detentiva della reclusione da uno a sei anni (se il "fatto di lieve entità" ha per oggetto le c.d. droghe pesanti) ovvero da sei mesi a quattro anni (se il "fatto di lieve entità" riguarda, invece, le c.d. droghe leggere).

Il delitto di nuovo conio, inserito dal d.l. n. 146 del 2013, non distinguendo tra tipologie di sostanze e limitandosi ad diminuire il massimo edittale (da sei a cinque anni), evidenzia taluni profili di dubbia costituzionalità laddove, riferendosi al previgente assetto sanzionatorio, non propone una differente regolamentazione della disciplina dei «fatti di lieve entità», diversificata in ragione delle tipologie droganti. Onde evitare che la Corte costituzionale sia ancora chiamata a pronunciarsi in ordine all'applicabilità della novella alle droghe leggere (posto che il vigente comma 5 fissa un massimo edittale più favorevole solo per quelle pesanti), il Governo ha presentato un emendamento al d.l. 20 marzo 2014, n. 36, in attesa di conversione, volto a prevedere, per i fatti «di lieve entità», la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329.

Sempre in riferimento alla normativa in ambito di stupefacenti, nel tentativo di rilanciare l'affidamento c.d. terapeutico (art. 94 del d.p.r. n. 309 del 1990), il decreto-legge (art. 2, comma 1, lett. b) ha soppresso la preclusione della terza concessione della misura terapeutica al condannato nei cui confronti il beneficio fosse già stato concesso due volte. Detto limite, in particolare, è apparso inappropriato in ragione della peculiarità della condizione dei soggetti tossico od alcool dipendenti, i quali, molto spesso, sono esposti al rischio di ricadute. Tale intervento, oltre ad incentivare l'accesso dei detenuti tossicodipendenti all'affidamento in prova in casi particolari, consentirà anche la riproposizione di istanze da parte di chi, alla data del 24 dicembre 2013, avesse già beneficiato per due volte della misura alternativa.

¹⁹ Sugli inevitabili problemi interpretativi, v. Della Bella-Viganò, *Convertito il d.l. 146/2013 sull'emergenza carceri: il nodo dell'art. 73 co. 5 t.u. stup.*, www.penalecontemporaneo.it, 24 febbraio 2014; Id., *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, *ivi*, 27 febbraio 2014.

(Segue): *l'ampliamento delle alternative alla detenzione*

Anche i presupposti oggettivi dell'affidamento in prova "ordinario" (art. 47 ord. penit.) hanno subito una decisa dilatazione, elevandosi a quattro anni di detenzione il limite di pena, anche residua, per la concessione della misura alternativa, nelle ipotesi in cui il condannato «abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire» una positiva prognosi rieducativa²⁰. Il maggior limite di pena, peraltro, riguarda esclusivamente i condannati detenuti in carcere, essendo rimasto invariato il limite di tre anni per la sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p.²¹.

Condivisibile è la modificazione del farraginoso sistema delineato dall'art. 47, comma 4, ord. penit. (e dalle norme che ad esso operano rinvio: art. 50, comma 6, ord. penit; artt. 91, comma 4, e 94, comma 2, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309). La novella (art. 3, comma 2, lett. d), d.l. n. 146 del 2013) ha, infatti, radicato nell'organo collegiale di sorveglianza la competenza a provvedere sull'istanza di affidamento in prova, affiancando ad essa un intervento "cautelare" del magistrato di sorveglianza, il quale, alle condizioni sopra descritte, può disporre la liberazione del condannato, ma anche l'applicazione provvisoria della misura (corredata dalle prescrizioni ad essa coesenziali).

Un'ulteriore innovazione di rilievo nella disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale riguarda il regime delle deroghe temporanee alle prescrizioni, che l'art. 3, comma 1, lett. e) del d.l. n. 146 del 2013, affida, per i casi di urgenza, al «direttore dell'ufficio di esecuzione penale esterna, che ne dà immediata comunicazione al magistrato di sorveglianza e ne riferisce nella relazione di cui al comma 10». Trattasi della codificazione di una "buona prassi" evidenziata nella già ricordata *Relazione* della Commissione Mista e già sperimentata presso alcuni uffici di sorveglianza per i casi di urgenza concernenti determinati bisogni dei

²⁰ Sottolinea Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, cit., 55, trattarsi di «una condizione che finisce per coincidere *in toto* con quella prognosi di concreta efficacia rieducativa e di idoneità preventiva del beneficio che il giudice di sorveglianza è tenuto a compiere con riferimento alla concedibilità stessa, nel merito, della misura in questione».

²¹ Peraltro elevato la scorsa estate (d.l. n. 78 del 2013) a quattro anni per la detenzione domiciliare c.d. "umanitaria". Sottolinea, a tal proposito, «un'ingiustificata disparità di trattamento», Gaspari, *Il monitoraggio elettronico non riduce i controlli*, *Guida dir.*, 2014, n. 4, 36.

soggetti affidati, quali, ad esempio, le esigenze di salute o di giustizia.

(Segue): la “stabilizzazione” dell’esecuzione della pena presso il domicilio

Il provvedimento d’urgenza (art. 5), convertito senza alcuna modificazione *in parte qua*, ha abrogato il primo periodo dell’art. 1 della legge n. 199 del 2010, che limitava temporalmente l’efficacia della disposizione che consente di scontare presso il domicilio la pena detentiva (anche se parte residua) non superiore a 18 mesi.

Nel prevedere la soppressione del periodo «[f]ino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione, e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013», la novella ha stabilizzato all’interno del sistema penitenziario la misura «a tempo» introdotta nel 2010, mediante la quale, tra l’altro, è stato *bypassato* il divieto di concessione della detenzione domiciliare “biennale” (art. 47-ter, comma 1-bis, ord. penit.) ai condannati recidivi reiterati. A seguito dell’abrogazione di tale, ultima norma per effetto del d.l. n. 78 del 2013, il legislatore ne ha reputata opportuna la stabilizzazione, anche a fronte delle potenzialità deflative evidenziate.

(Segue): le modifiche in tema di “braccialetto” elettronico

Nonostante la vivacità del dibattito sull’estensione dell’operatività del c.d. braccialetto elettronico²², attraverso la previsione della sua applicabilità a tutte le misure cautelari diverse dalla custodia carceraria²³, ovvero, addirittura, mediante la costruzione del “domicilio elettronico” quale misura cautelare

²² Trattasi, in realtà di una cavigliera dotata di un rilevatore in grado di monitorare gli spostamenti del soggetto cui essa è applicata. Le caratteristiche del dispositivo sono state individuate dal decreto del ministro dell’interno del 2 febbraio 2001.

²³ Cfr. l’art. 275-bis c.p.p. nella formulazione proposta dalla Commissione Giostra, *Documento conclusivo*, cit., 61-62, funzionale all’ampliamento del «ventaglio di possibili soluzioni adottabili dal giudice della cautela, in modo da consentire a quest’ultimo di adeguare alle peculiarità del caso concreto il tipo di intervento, nel rispetto dei principi della “gradualità” e del “minimo sacrificio necessario”, sanciti dalla Carta fondamentale in tema di limitazioni della libertà personale». Va dato comunque atto che, a seguito delle interpolazioni operate dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119 (di conversione del d.l. 14 agosto 2013, n. 93), l’art. 282-bis, comma 6, c.p.p. prevede, per taluni gravi delitti ed «anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall’articolo 280» c.p.p., l’applicabilità del braccialetto elettronico per la persona sottoposta alla misura cautelare dell’allontanamento dalla casa familiare.

autonoma, soprattutto in relazione alle ipotesi di mancanza ovvero inidoneità di strutture abitative, il decreto-legge ha optato per una soluzione estremamente *soft*, imponendolo quale soluzione pressoché obbligatoria per la sola ipotesi di arresti domiciliari.

La nuova formulazione dell’art. 275-bis, comma 1, primo periodo, c.p.p., nel prevedere che il giudice, nel disporre la misura degli arresti domiciliari «prescriv[er]a procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici» «salvo che le ritenga non necessarie», evidenzia, infatti, una precisa *voluntas legis* diretta a contemplare il monitoraggio elettronico quale soluzione pressoché obbligatoria, salvo – ovviamente – il mancato consenso della persona ad esso sottoposta²⁴, onerando, per converso il giudice a motivare l’eventuale scelta contraria.

La *ratio* della novella, inequivocabilmente finalizzata ad un’inversione di rotta in ordine al sottoutilizzo dei “braccialetti” elettronici, è stata perseguita attraverso l’inversione dell’onere motivazionale. In altri termini, la modificazione sintattica operata sul testo dell’art. 275-bis c.p.p. imporrà, *pro futuro*, che gli strumenti elettronici di controllo costituiranno la regola e il giudice dovrà prescriverli salvo che ne escluda la necessità.

Al contrario, con riferimento alla fase esecutiva, l’utilizzabilità del braccialetto è stata potenziata ed affrancata da qualsivoglia inversione dell’onere motivazionale, prevenendosene l’operatività in tutti i casi di detenzione domiciliare (artt. 47-ter, 47-quinquies ord. penit.; art. 1, comma 8, della legge n. 199 del 2010)²⁵.

È da ritenere che la novella, anche alla luce del processo riformatore avviato in materia di misure cautelari²⁶, favorirà un più ampio ricorso alle misure non detentive²⁷.

(Segue): la liberazione anticipata speciale

Nondimeno, l’innovazione di maggior rilievo destinata ad incidere sui flussi in uscita dal circuito carcerario, è stata l’istituzione della liberazione anticipata

²⁴ Cfr. l’art. 23, comma 5, d.p.r. n. 230 del 2000, che prevede che, nel c.d. “colloquio di primo ingresso”, venga richiesto al detenuto “nuovo giunto” in istituto il consenso all’eventuale utilizzo delle procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici di cui all’art. 275-bis, c.p.p.

²⁵ V. l’art. 58-quinquies ord. penit.; nonché la correlata abrogazione dell’art. 47-ter, comma 4-bis, ord. penit.

²⁶ Cfr. la p.d.l. C 631-B, nel testo modificato dal Senato della Repubblica il 2 aprile 2014.

²⁷ In ordine alla portata dell’intervento, v. Fiorentin, *Con il nuovo svincolo carceri 3mila detenuti in meno e braccialetto elettronico esteso ai domiciliari*, Guida dir., 2014, n. 3, 18 ss.; Gaspari, *Il monitoraggio elettronico non riduce i controlli*, cit., 34.

speciale, benefico "a termine"²⁸, in forza del quale, per un periodo di due anni dalla data di entrata in vigore del d.l., la detrazione di pena concedibile ai sensi dell'art. 54 ord. penit. sarà pari a settantacinque giorni (invece che a quarantacinque) per ogni singolo semestre di pena scontata.

Al fine di incrementarne l'impatto deflativo, la legge prevede che il periodo valutabile ai fini *de quibus* decorra dal 1° gennaio 2010²⁹, precisandosi che la maggiore detrazione di trenta giorni venga accordata solo a condizione che il condannato, successivamente alla concessione del beneficio, abbia continuato a dare prova di partecipazione all'opera di rieducazione.

Esclusi dall'operatività della novella sono i condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis ord. penit.³⁰, nonché coloro che siano stati ammessi all'affida-

mento in prova e alla detenzione domiciliare (relativamente ai periodi trascorsi, in tutto o in parte, in esecuzione di tali misure alternative), né ai condannati che siano stati ammessi all'esecuzione della pena presso il domicilio o che si trovino agli arresti domiciliari *ex art. 656, comma 10, c.p.p.*³¹.

(Segue): *l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato*

Sempre in un'ottica "decongestionante", infine, è stata ampliata l'espulsione come misura alternativa al carcere (art. 16 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286)³², accompagnata dalla previsione di procedure maggiormente "agili" in tema di identificazione dello straniero.

Sotto il primo profilo, è fatto divieto di disporre l'espulsione: *a*) per i delitti previsti dall'art. 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter del d.lgs. 286/1998, per i quali è stabilita la pena detentiva superiore nel massimo a due anni. Trattasi delle condotte di chi promuove, dirige, organizza, finanzia od effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato; ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente; *b*) per uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera *a*) c.p.p., fatta eccezione per quelli consumati o tentati di cui agli articoli 628, comma 3, e 629, comma 2, c.p.

Sempre ai sensi dell'art. 16, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998, in caso di concorso di reati o di unificazione di pene concorrenti, l'espulsione è disposta anche quando sia stata espia la parte di pena relativa alla condanna per reati che non la consentono. Siffatta soluzione, favorevole al c.d. scioglimento del cumulo, pone fine al dibattito che vedeva la giurisprudenza schierata su due fronti contrapposti.

Con riferimento al secondo profilo, concernente le procedure di identificazione dei condannati stranieri e dell'introduzione di più razionali procedure di esecuzione della misura, viene previsto che, all'atto dell'ingresso in carcere di un cittadino straniero, la direzione dell'istituto penitenziario si attivi immediatamente, richiedendo al Questore del luogo le informazioni sulla identità e nazionalità dello stesso. Quest'ultimo, interessate le competenti auto-

²⁸ Il beneficio, che può estendersi (art. 4, commi 1 e 3, del d.l. n. 146 del 2013) – per un totale di oltre sei anni (dal 1° luglio 2009 al 23 dicembre 2015), «potrà arrivare a ridurre la pena di un soggetto condannato di 975 giorni (corrispondenti a 75 gg. di "sconto" per 13 semestri di pena espia). Evidente, quindi, il carattere progressivo della misura, nel senso che essa esplicherà un maggiore effetto sulle pene di più lunga durata, finendo – paradossalmente – per "premiare" maggiormente i condannati con una condanna più grave e, per tale ragione, quelli potenzialmente più pericolosi socialmente» (così Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, cit., 65).

²⁹ Ne ravvisa una finalità «*lato sensu* risarcitoria, atteso che il beneficio speciale in esame sembra voler rappresentare una sorta di "rimedio compensativo" accordato a quei detenuti che, a partire dal 1° gennaio 2010, si sono trovati ad espia la propria condanna in una situazione detentiva entrata in una crisi strutturale sotto il profilo delle condizioni di vita all'interno delle carceri (come riconosciuto dalla stessa sentenza CEDU Torreggiani)», Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, cit., 65.

³⁰ Inizialmente ammessi a godere dell'inedito beneficio «soltanto nel caso in cui [avessero] dato prova, nel periodo di detenzione, di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità», essi sono stati successivamente esclusi dalla legge di conversione, determinandosi inevitabili problemi interpretativi derivanti dalla successione di leggi. Auspica la mutazione dell'orientamento costituzionale sedimentatosi con riguardo alle preclusioni introdotte dalla legge n. 251 del 2005, in forza del quale «i benefici penitenziari già maturati e in corso di attribuzione possono essere concessi, sulla base della normativa anteriore poi divenuta più restrittiva, nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore delle restrizioni, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici stessi», Gaspari, *I domiciliari "bloccano" la liberazione anticipata*, Guida dir., 2014, n. 11, 43. In prospettiva diversificata v., invece, Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, cit., 74, per il quale «saranno salve le concessioni della liberazione anticipata speciale concesse ai "4 bis" nella misura dei 75 giorni/semestre, applicate fino alla entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 146/13 e divenute definitive per assenza di impugnazione da parte del pubblico ministero (nel caso, infatti, che, al momento della vigenza delle modifiche introdotte in sede di conversione, penda reclamo di fronte al tribunale di sorveglianza ai sensi dell'art. 69 bis, l. 354/75, il tribunale dovrà fare applicazione di queste ultime più restrittive disposizioni, non potendosi ritenere il procedimento ancora definito)».

³¹ Cfr. Gaspari, *I domiciliari "bloccano" la liberazione anticipata*, cit., 43.

³² In realtà l'istituto non è assolutamente riconducibile alle misure alternative alla detenzione: attivabile d'ufficio e prescindente dal consenso dell'interessato, esso non evidenzia alcuna finalità rieducativa, non essendo nemmeno collegato ad una valutazione di meritevolezza.

rità diplomatiche, procede all'eventuale espulsione amministrativa.

Sul versante procedurale, la direzione penitenziaria, ricevuto il riscontro della questura, trasmette al magistrato di sorveglianza gli atti utili per l'adozione del provvedimento di espulsione soltanto con riferimento ai detenuti che risultino identificati in seguito all'attività dispiegata dagli uffici immigrazione presso le questure territoriali. Nel caso in cui, invece, il Questore comunichi alla direzione dell'istituto l'impossibilità di procedere all'identificazione dello straniero, la comunicazione sarà omessa, con notevole risparmio di attività amministrativa.

LE NUOVE FRONTIERE DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE: IL RECLAMO GIURISDIZIONALE ED IL GARANTE NAZIONALE DEI DIRITTI DELLE PERSONE DETENUTE

Sul versante della tutela dei diritti dei detenuti, il recente legislatore è intervenuto sia attraverso la previsione di un inedito procedimento pdi reclamo giurisdizionale (art. 35-*bis* ord. penit), maggiormente aderente ai *dicta* della giurisprudenza costituzionale ed europea, sia attraverso l'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persona detenute o private della libertà personale, chiamato a vigilare affinché l'esecuzione della custodia di tutte le persone *in vinculis* sia attuata in conformità alle norme e ai principi costituzionali ed internazionali.

Oltre ad un necessario intervento sul testo dell'art. 35 n. 1) ord. penit.³³, il decreto-legge e la legge di conversione hanno metabolizzato le conclusioni raggiunte in seno alla Commissione Giostra in ordine alla necessità di istituire un reclamo giurisdizionale, attraverso la modifica dell'art. 69 ord. penit. ed alla contestuale introduzione del nuovo art. 35-*bis* ord. penit.

Invero, accanto ad primo livello di tutela, non giurisdizionale, rappresentato dal diritto di reclamo riconosciuto ai detenuti ed agli internati e consistente nel diritto di veicolare doglianze, in forma orale o scritta³⁴, ad autorità eterogenee (amministrative, di garanzia, personalità istituzionali e magistrato di sorveglianza, nell'ambito della sua funzione di vigilanza di cui all'art. 69, commi 1 e 2, ord. penit.), il re-

cente legislatore ha provveduto a tipizzare una specifica ipotesi di reclamo giurisdizionale, esperibile davanti al magistrato di sorveglianza, con l'intento di rispondere anche alle sollecitazioni della giurisprudenza di Strasburgo che impone l'introduzione di un ricorso interno, capace di offrire non solo un effettivo rimedio preventivo delle situazioni in contrasto con l'art. 3 Cedu, quale l'immediata rimozione immediata delle cause, ma anche un rimedio compensativo, cioè a dire l'adeguata riparazione del pregiudizio subito³⁵.

In via di estrema schematizzazione, oltre che in materia di procedimento disciplinare³⁶, il reclamo giurisdizionale sarà proponibile per «l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla [legge penitenziaria] e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti»³⁷. In stretta correlazione con l'istituzione del nuovo reclamo, va premesso che il d.l., sopprimendo la locuzione «nel corso del trattamento» dall'art. 69, comma 5, ord. penit., evidenzia la volontà legislativa di estendere «a tutto campo» i poteri *ex officio* del magistrato di sorveglianza con riguardo alla tutela delle posizioni giuridiche dei condannati³⁸.

³⁵ In argomento si rinvia a Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, Arch. pen., 2014, n. 2; Montagna, *Torreggiani e rimedi "compensativi": prospettive de iure condendo*, *ibidem*.

³⁶ Il termine per proporre reclamo in materia disciplinare è di dieci giorni. Recependo le indicazioni emerse in seno alla Commissione Giostra, il d.l. ha optato per un sindacato giurisdizionale di legittimità, eccezione fatta per le ipotesi di applicazione dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta e dell'esclusione dalle attività in comune, ove esso si estende anche al «merito dei provvedimenti adottati» (art. 69, comma 6, lett. a) ord. penit.). All'accoglimento del reclamo consegue l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare (art. 35-*bis*, comma 3, ord. penit.).

³⁷ Con riferimento alla delicata distinzione tra «diritti soggettivi», «interessi legittimi», oppositivi e pretensivi e «interessi di mero fatto», si rinvia a Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit. Quanto alla «problematica selezione delle posizioni soggettive tutelabili», v. anche Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, cit., 44 ss., per il quale sono «escluse dall'ambito della tutela garantita dal reclamo giurisdizionale ex art. 35 *bis*, in esame: a) le aspettative di mero fatto; b) le lesioni che non possiedono i caratteri della attualità e gravità; c) le fattispecie, già enucleate dalla giurisprudenza costituzionale (v. Corte cost., sent. n. 341/06 e n. 266/09), che afferiscono a posizioni soggettive che sorgono e si sviluppano nell'ambito di rapporti estranei all'esecuzione penale, i quali trovano protezione secondo le generali dettate dall'ordinamento (es. la tutela laburistica del detenuto lavoratore alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria); d) le situazioni soggettive che vengono in considerazione nel momento applicativo degli istituti propri dell'esecuzione penale (es. in materia di applicazione dei benefici penitenziari)».

³⁸ Cfr., Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit., il quale opera riferimento «a tutti quegli atti dell'Amministrazione penitenziaria e/o sanitaria che pur

³³ Tra i destinatari del reclamo sono stati inseriti sia il provveditore regionale, sia i garanti dei diritti dei detenuti. Sul piano strettamente «terminologico», invece, è stata sostituita la dizione della vecchia figura del «direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena» con quella di «Capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria» e quella degli «ispettori» con quella del «direttore dell'ufficio ispettivo».

³⁴ Il reclamo «generico» si caratterizza quale atto a forma e ad oggetto liberi.

Inspirato al rispetto del contraddittorio partecipato, di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p., sia pur con qualche variante rispetto alla disciplina dettata dal codice di rito³⁹, il procedimento disciplinato dall'art. 35-*bis* ord. penit. colma quel vuoto di tutela da tempo denunciato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 26 del 1999⁴⁰, la quale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale proprio delle due norme oggi novellate «nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale».

La quindicinale opera di supplenza giurisdizionale⁴¹, seppur meritoria, richiedeva una stabilizzazione e l'imminente scadenza del *time out* decretato dalla Corte di Strasburgo ha determinato un'accelerazione legislativa senza precedenti.

L'innovazione di rilievo palesata dal nuovo modello procedimentale è rappresentata dall'inclusione, tra i contraddittori eventuali, delle «amministrazioni interessate» (penitenziaria, sanitaria, anche nelle loro sub-articolazioni periferiche⁴²), alle quali è riconosciuto «il diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste»⁴³. Siffatta previsione ha consentito di superare le critiche rivolte al sistema delineato dall'art. 14-*ter* ord. penit., il quale, non contemplando l'amministrazione quale parte del procedimento per recla-

mo, ne inibisce coerentemente il potere di ricorrere per cassazione⁴⁴.

Con riferimento specifico all'oggetto del procedimento, il legislatore ha precisato che il «pregiudizio» lamentato dal detenuto, oltre che «attuale», debba essere anche «grave»⁴⁵. Se il richiamo alla «gravità» evidenzia «l'intento del legislatore di [...] evitare il rischio di gravare la magistratura di sorveglianza di questioni di natura 'bagatellare' e di limitare pertanto la tutela solo a questioni di maggior rilievo»⁴⁶, il riferimento all'"attualità" ripete la dicotomia, evidenziata dalla giurisprudenza di Strasburgo, tra rimedi preventivi e compensativi, escludendo dalla sfera del reclamo giurisdizionale i pregiudizi verificatisi in passato e non più sussistenti al momento della presentazione della domanda⁴⁷. In tale prospettiva, sarà auspicabile un *self-restraint* giurisprudenziale in ordine alla declaratoria di inammissibilità per manifesta infondatezza del reclamo (art. 666, comma 2, c.p.p.).

L'operatività del modello garantito di cui agli artt. 666 e 678 c.p.p. postula – a differenza del precedente sistema modulato sulle cadenze dell'art. 14-*ter* ord. penit. – il diritto dell'interessato che ne faccia richiesta a comparire personalmente in udienza. In caso di accoglimento del reclamo, è opportuno operare una distinzione a seconda che il reclamo sia stato proposto in materia disciplinare ovvero in materia «di diritti»: nella prima eventualità, il magistrato di sorveglianza ne dispone l'annullamento e non la mera disapplicazione⁴⁸. Nel secondo caso,

incidendo sulle posizioni soggettive del detenuto non rientrano nel concetto di trattamento in senso stretto (volto alla rieducazione), come ad esempio tutti quelli riguardanti la salute del detenuto».

³⁹ L'art. 35-*bis*, comma 2, ord. penit. impone il rispetto del termine di dieci giorni per la impugnazione dei provvedimenti disciplinari, come peraltro già previsto dagli artt. 69, comma 6, lett. a) e 14-*ter* della medesima legge. Per converso, nessun termine è previsto per la proposizione dei reclami di cui all'art. 69, comma 6, lett. b) ord. penit., «trattandosi di tutela preventiva, attivabile mediante lo strumento dell'art. 35-*bis*, ord. penit., finché dura la lesione del diritto azionato; laddove, per il danno già subito, resta esperibile con l'azione civile per il risarcimento del danno qualora la violazione della posizione soggettiva si sia già consumata, nell'ordinario termine di prescrizione del diritto» (così Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, cit., 49).

⁴⁰ E ribadito con forza da C. Cost., sent. 3 luglio 1997, n. 212; Id., sent. 23 ottobre 2009, n. 266.

⁴¹ Il riferimento corre a Cass., sez. un., 26 febbraio 2003, Gianni, *Giur. cost.*, 2004, 792, con nota di Vetrano, *Un passo avanti sulla strada della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*. A margine della decisione v. anche Mura, *Le sezioni unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, *Cass. pen.*, 2004, 1362.

⁴² Così Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit.

⁴³ In tale ottica, l'avviso dell'udienza viene notificato «anche all'amministrazione interessata», in ciò registrandosi una differenza con il principio generale codificato all'art. 666, comma 3, c.p.p.

⁴⁴ Osserva, tuttavia, Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit., che l'amministrazione avrebbe potuto «proporre *ex post* ricorso per cassazione per violazione di legge *ex art. 71 ter* o.p., laddove si accedeva all'interpretazione prevalente, che le disposizioni degli artt. da 71 a 71 *sexies* o.p. non erano state abrogate dall'art. 236 disp. att. c.p.p. nei procedimenti monocratici avanti al magistrato di sorveglianza».

⁴⁵ La qualificazione del pregiudizio come «grave» ed «attuale» era stata inserita solo a maggioranza nel testo elaborato dalla Commissione Giostra.

⁴⁶ Così Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit., il quale peraltro osserva come si tratti «di una valutazione relativa che non può che essere parametrata alla realtà carceraria *hic et nunc* di talché pregiudizi che possono apparire non gravi in tempi di detenzione 'normali' possono essere valutati diversamente in tempi di sovraffollamento e dunque con effetti di maggiore e duratura compressione di diritti fondamentali».

⁴⁷ Così, ancora, Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, cit.

⁴⁸ Sottolinea Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, cit., 52, come l'impugnativa in materia disciplinare evidenzia un effetto demolitorio dell'atto amministrativo, «collocandosi tale attività giudiziale nell'ambito della tutela giurisdizionale del giudice ordinario sugli atti della P.A. che incidono su diritti e per i quali sussiste riserva di legge (art. 113 Cost.). La nuova disciplina pone, peraltro, il magistrato di sorveglianza di

invece, il magistrato di sorveglianza ordina all'amministrazione interessata di porre rimedio, entro un preciso termine, alla causa del pregiudizio oggetto del reclamo.

La decisione, reclamabile al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito⁴⁹, può essere successivamente impugnata, entro 15 giorni dalla comunicazione o notificazione dell'avviso di deposito dell'ordinanza, con ricorso per cassazione per violazione di legge.

Nel caso di mancata esecuzione del provvedimento divenuto inoppugnabile, l'interessato ovvero il suo difensore munito di procura speciale, possono chiedere l'ottemperanza al magistrato di sorveglianza⁵⁰, il quale, all'esito di un procedimento partecipato (artt. 666 e 678 c.p.p.), può ordinare l'ottemperanza alla propria decisione, anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, ovvero dichiarare nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito (art. 69, comma 6, lett. b) ord. penit.)⁵¹. Il magistrato di sorveglianza è, inoltre competente in ordine a tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario *ad acta*. Avverso il provvedimento emesso in sede di ottemperanza è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge.

fronte all'alternativa secca tra reiezione del reclamo e accoglimento del medesimo, del che, in materia disciplinare, non residua la possibilità di modificare la sanzione irrogata, qualora ritenuta eccessiva».

⁴⁹ L'intervento del tribunale di sorveglianza quale giudice di secondo grado è stato previsto in sede di conversione del d.l.

⁵⁰ Rispetto alle conclusioni raggiunte dalla Commissione Giostra, volte all'introduzione del giudizio di ottemperanza, attraverso l'interpolazione degli artt. 112-114 del Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), la novella ha percorso una soluzione diversa, individuando nello stesso magistrato di sorveglianza il giudice dell'ottemperanza.

⁵¹ La possibilità, per il magistrato di sorveglianza, di determinare la somma dovuta dall'amministrazione per ogni successiva violazione o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, è stata soppressa dalla legge di conversione. In giurisprudenza, nel senso che il procedimento di matrice penitenziaria sia inadeguato a supportare le richieste di risarcimento del danno "esistenziale" in materia di violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e che la relativa competenza spetta al giudice civile, v. Cass., sez. I, 15 gennaio 2013, n. 4772, Vizzari, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 967, con nota di Fiorentin, En attendant Godot, ovvero la questione della tutela per i diritti negati in carcere tra Corte EDU e Cassazione, in attesa di una riforma troppo a lungo trascurata. A margine della decisione v. anche Della Casa, *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, *Cass. pen.*, 2013, 2264; Viganò, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, *www.penalecontemporaneo.it*, 20 febbraio 2013.

Quanto al Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale⁵² (art. 7 del d.l. n. 146 del 2013), esso è istituito presso il ministero della giustizia, come organo collegiale composto da tre componenti⁵³ che restano in carica per cinque anni non prorogabili. Essi non possono ricoprire cariche istituzionali, anche elettive, né incarichi di qualunque natura in partiti politici e sono immediatamente sostituiti in caso di dimissioni, morte, incompatibilità sopravvenuta, accertato impedimento fisico o psichico, grave violazione dei doveri inerenti all'incarico affidato, ovvero nel caso in cui riportino condanna penale definitiva per delitto non colposo.

Nominato con decreto del Presidente della Repubblica, al Garante è affidato innanzi tutto il compito di promuovere e favorire rapporti di collaborazioni con i garanti territoriali (ovvero «con altre figure istituzionali comunque denominate») già istituiti. Ad esso spetta, inoltre, il compito di vigilare affinché l'esecuzione di qualsiasi forma di limitazione della libertà personale sia attuata in conformità alle norme e ai principi della Costituzione, delle convenzioni internazionali sui diritti umani, delle leggi e dei regolamenti (art. 7, comma 5, lett. a), e di verificare il rispetto degli adempimenti previsti dalla normativa in materia di Centri di identificazione ed espulsione (art. 7, comma 5, lett. e). A tal fine, l'organo collegiale è dotato di ampi poteri conoscitivi, godendo di piena facoltà di accesso, senza necessità di autorizzazione, a tutti i luoghi di esecuzione di pene o misure di sicurezza o comunque di misure privative della libertà personale (art. 7, comma 5, lett. b), e potendo sia prendere visione dei fascicoli relativi ai soggetti detenuti o privati della libertà personale, previo consenso anche verbale dell'interessato (art. 7, comma 5, lett. c), sia richiedere tutte le informazioni e i documenti necessari in possesso delle amministrazioni responsabili delle strutture di detenzione, custodia o accoglienza, eventualmente grazie ad un ordine di esibizione emesso dal magistrato di sorveglianza competente (art. 7, comma 5, lett. d).

Nondimeno, al Garante sono altresì riconosciu-

⁵² In argomento v., per tutti, Diddi, *Il Garante nazionale dei diritti delle persone in vinculis*, Diddi-Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme, in corso di pubblicazione, passim*.

⁵³ Scelti tra persone, non dipendenti delle pubbliche amministrazioni, che assicurano indipendenza e competenza nelle discipline afferenti la tutela dei diritti umani. L'ufficio di componente del Garante non prevede alcuna indennità od emolumenti per l'attività prestata, fermo restando il diritto al rimborso delle spese.

ti penetranti poteri prescrittivi, potendo formulare «specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata, se accerta violazioni alle norme dell'ordinamento ovvero la fondatezza delle istanze e dei reclami proposti ai sensi dell'art. 35 della legge 26 luglio 1975, n. 354», a fronte delle quali «l'amministrazione interessata, in caso di diniego, comunica il dissenso motivato nel termine di trenta giorni» (art. 7, comma 5, lett. f).

Dell'attività svolta, infine, l'organismo informa i Presidenti del Senato e della Camera dei deputati, nonché i Ministri dell'interno e della giustizia con una relazione annuale (art. 7, comma 5, lett. g).

LE MODIFICHE "DI CONTESTO"

L'art. 1, comma 1, lett. b) e c), del decreto-legge, in parte metabolizzando le conclusioni raggiunte in seno alla Commissione Giostra ha operato incisive interpolazioni sulla disciplina del procedimento di sorveglianza, attraverso la sostituzione dell'art. 678, comma 1, c.p.p. e l'inserimento di un inedito comma 1-bis.

Privilegiando un approccio "sostanzialistico", diretto a calibrare la complessità procedurale non già in rapporto alla tipologia del giudice investito, bensì con riguardo alla natura della regiudicanda, l'ambito operativo del procedimento *ex art.* 666 c.p.p. è stato limitato alle materie che coinvolgono in maniera diretta i profili *de libertate*⁵⁴, mentre, con riferimento a *petita* di diversa natura⁵⁵, il tribunale ed magistrato di sorveglianza procederanno con la maggiormente agile procedura camerale di cui all'art. 667, comma 4, c.p.p.

Nell'ottica deflativa caratterizzante il recente intervento legislativo, l'art. 3, lett. g), del decreto-legge ha integralmente sostituito l'art. 51-bis ord. penit., al fine di semplificare il procedimento in tema di estensione delle misure alternative alla detenzione in caso di sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà.

CONSIDERAZIONI DI SINTESI

È ancora presto per dire se i provvedimenti adottati nell'ultimo periodo saranno sufficienti ad onorare gli impegni sovranazionali e a rispettare i principi costituzionali, così come è difficile prevedere quali saranno i provvedimenti che la Corte di Strasburgo adotterà nei confronti dell'Italia il prossimo 28 maggio.

È innegabile, peraltro, che le vicende degli ultimi anni hanno evidenziato, sia sul piano legislativo che su quello della prassi, la sconfitta totale delle politiche penitenziarie caratterizzanti il periodo 2000-2010. Automatismi sanzionatori e preclusioni fondate sul titolo di reato sono stati oggetto di severe censure, le quali si sono tradotte in pesanti moniti giurisdizionali diretti a restituire alla magistratura quella discrezionalità tanto necessaria in materia *de libertate*.

Abbiamo avuto modo di verificare come il legislatore, verificata l'insufficienza di misure deflative concepite essenzialmente in termini di detenzione "domestica", abbia deciso di intervenire sulle cause della carcerazione, rimuovendo parzialmente le preclusioni inserite dalla legge n. 251 del 2005.

Resta però l'icona, il simbolo delle scelte carcerocentriche: l'art. 4-bis ord. penit.

Nonostante siano trascorsi più di venti anni dalla sua introduzione nel tessuto normativo, la norma continua a precludere le potenzialità trattamentali insite nella legge penitenziaria, attraverso un anacronistico "patteggiamento" tra rieducazione e collaborazione. Se, nel primo decennio applicativo, il combinato disposto degli artt. 4-bis e 58-ter ord. penit. aveva forse contribuito a fronteggiare la criminalità organizzata *in executivis*, le successive interpolazioni della prima norma, volte ad utilizzare il "contenitore" penitenziario come espressione di emergenze contingenti ed eterogenee, da reprimere "buttando via la chiave", hanno evidenziato un assetto che suscita svariate perplessità sul piano costituzionale, violando gli artt. 3, 25, comma 1, e 27, comma 3, Cost.

Anche la prassi applicativa da tempo registra solo richieste di collaborazione c.d. impossibile o inesigibile con il rischio di appesantire ancor più i ranghi ridotti della magistratura di sorveglianza.

È giunto il momento, insomma, che la politica abbandoni l'ipocrisia *bipartisan* che da troppo tempo caratterizza l'approccio al carcere e affronti con serenità l'idea che «doppio binario» e «pena» sono entità diverse e che non può negarsi il diritto alla rieducazione in nome di "verità" che il sistema ha il dovere di acquisire senza "ricatto".

⁵⁴ Trattasi, oltre a tutte le materie di competenza del tribunale di sorveglianza, «[s]alvo quanto stabilito dal successivo comma 1-bis», dei ricoveri previsti dall'art. 148 c.p., dei provvedimenti in materia di misure di sicurezza e della dichiarazione di abitualità o professionalità nel reato o di tendenza a delinquere.

⁵⁵ Rateizzazione delle pene pecuniarie; conversione delle pene pecuniarie; remissione del debito; esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata; riabilitazione; valutazione sull'esito dell'affidamento in prova al servizio sociale e di quello "terapeutico" (art. 94 del d.p.r. n. 309 del 1990).

MARTA MENGOZZI*

Ricercatrice di Istituzioni di Diritto Pubblico – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Intercettazioni casuali del Capo dello Stato

Random telephone tappings of the Head of State

Le intercettazioni casuali del Capo dello Stato, nel nostro ordinamento, sono disciplinate soltanto per via giurisprudenziale ed hanno come unico punto di riferimento la sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013. L'articolo analizza il regime ivi delineato, mettendone in rilievo alcuni aspetti critici sia per le soluzioni processuali prospettate, sia per la stessa ricostruzione del ruolo del Presidente della Repubblica su cui si fonda la decisione.

Random telephone tappings of the Head of State, in Italy, are ruled by case-law only, specifically by the judgment of the Constitutional Court n. 1/2013. The essay analyzes the content of the decision, highlighting some critical aspects of procedural rules provided by the Court and of the reconstruction of the role of the President of the Republic within the Italian system, on which the verdict is based.

INTERCETTAZIONI INDIRETTE E CASUALI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Le uniche forme di intercettazione nei confronti del Capo dello Stato che ricevono in Italia una disciplina esplicita di diritto positivo sono quelle dirette – effettuate, cioè, su utenze di cui il Presidente della Repubblica ha la titolarità o la disponibilità, con l'intenzione di ascoltare le sue comunicazioni – nell'ambito di eventuali procedimenti relativi ai c.d. reati presidenziali, di cui all'art. 90 Cost. (alto tradimento e attentato alla Costituzione).

È la legge 5 giugno 1989, n. 219, (*“Nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall'articolo 90 della Costituzione”*) a prevedere, per tali casi, che possano essere disposte intercettazioni telefoniche o di altre forme di comunicazione nei confronti del Presidente della Repubblica, purché deliberate dal Comitato formato dai componenti delle Giunte delle due Camere per le autorizzazioni a procedere (di cui all'art. 12 della legge costituzionale n. 1 del 1953) e soltanto dopo che la Corte costituzionale abbia sospeso lo stesso Presidente dalla carica (art. 7, legge n. 219 del 1989).

Nessuna espressa previsione esiste, invece, in relazione alle altre tipologie di intercettazioni: né per quelle dirette relative ad indagini per reati extra-funzionali, né per le intercettazioni c.d. indirette. Il loro regime è affidato, dunque, soltanto alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale; esso ha, anzi, più propriamente, un unico punto di riferimento: la pronuncia, piuttosto recente¹, con la

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

¹ C. Cost., 15 gennaio 2013, n. 1, *Giur. cost.*, 2013, 1 ss., con note di Pace, *Intervento orale come difensore della Procura della Repubblica di Palermo nel conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente della Repubblica*; Mazziotti, *Osservazioni sulla sentenza 1/2013, con cui la Corte costituzionale ha deciso il conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente della Repubblica nei confronti del Tribunale di Palermo*; Sorrentino, *La distruzione delle intercettazioni del Presidente della Repubblica tra giusto processo e principio di uguaglianza*; Carlassare, *La riservatezza del Presidente fra ragioni del caso e salvaguardia dei principi*; De Siervo, *Una buona sentenza a tutela della libertà del Presidente della Repubblica*; Anzon Demming, *Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione*; D'Andrea, *Attività informale e iper-riservatezza del Presidente della Repubblica: il via libera della Corte con qualche slancio di troppo*. La decisione in parola ha suscitato un vivace dibattito in dottrina e molti sono i contributi in materia; senza pretesa di completezza, si segnalano tra gli altri: Pace, *Intercettazioni tele-*

quale la Corte ha giudicato su un conflitto di attribuzioni sollevato nel 2012 dal Presidente Giorgio Napolitano in relazione ad una intercettazione casuale che lo aveva visto coinvolto.

Prima di approfondire il tema, vale la pena di ricordare che la questione della disciplina costituzionale delle intercettazioni casuali era stata affrontata dal giudice delle leggi solo pochi anni prima con riferimento ai parlamentari, destinatari della specifica disciplina costituzionale di cui all'art. 68, commi 2 e 3, Cost.; la quale, come è noto, prevede il ricorso a tale mezzo di indagine solo previa autorizzazione della Camera di appartenenza². L'approccio al tema allora utilizzato dalla Consulta, nella sentenza n. 390 del 2007³, si rivela, tuttavia, sensibilmente diverso rispetto a quello poi adottato nel 2013 con riferimento al Presidente della Repubblica. Il confronto tra le due pronunce riveste un particolare interesse, poiché contribuisce a mettere in luce alcuni passaggi obiettivamente critici della difficile decisione che la Corte costituzionale è stata chiamata ad assumere nel 2013, sia sul piano della coerenza delle impostazioni di fondo, sia della stessa condivisibilità di alcune soluzioni indicate.

Una precisazione terminologica è d'obbligo, desumibile con chiarezza, per la prima volta, dalla appena richiamata decisione del 2007 relativa alle immunità parlamentari.

Il riferimento alle intercettazioni c.d. indirette presenta un'ambiguità, poiché in tale ampia categoria vanno distintamente considerate, da un lato, le operazioni che hanno un intento elusivo rispetto al regime previsto per le intercettazioni dirette, in quanto poste in essere nei confronti di utenze appartenenti a terzi dei quali si può presumere una

assiduità o comunque frequenza di rapporti con il titolare della garanzia, con l'intenzione di captare proprio le comunicazioni di quest'ultimo; dall'altro, quelle, invece, più propriamente definibili come "casuali" o "fortuite", nelle quali l'ingresso del soggetto tutelato nelle conversazioni intercettate sia imprevisto o accidentale.

Le intercettazioni del primo tipo ricadono in pieno nella disciplina prevista per quelle dirette; per cui l'atto che le dispone è disciplinato in tutto e per tutto dalle norme poste a garanzia del soggetto coinvolto in quanto avente comunque ad oggetto le comunicazioni di quest'ultimo, a prescindere dalla formale titolarità delle utenze.

Per le intercettazioni fortuite, invece, il regime non può essere il medesimo, atteso proprio il loro carattere non prevedibile. La distinzione (che, pure, sul piano pratico può porre qualche difficoltà⁴) è da ricostruire come essenzialmente riferita alla "direzione dell'atto di indagine"⁵, per cui le intercettazioni potranno dirsi casuali "in quanto si presuppone che la captazione avvenga nella cornice di un'attività investigativa che non ha *ab origine* come destinatario il parlamentare"⁶.

La relativa disciplina deve essere ricostruita, quindi, per tale ultima tipologia, sulla base di riflessioni sistematiche; le quali, peraltro, come già si è accennato, hanno preso strade assai diverse nei due casi considerati.

UN PRECEDENTE IMPORTANTE SULLE INTERCETTAZIONI CASUALI DEI PARLAMENTARI: LA LORO UTILIZZABILITÀ NEI CONFRONTI DEI TERZI

Il tema delle intercettazioni fortuite dei parlamentari è giunto al vaglio della Corte costituzionale nella forma del sindacato incidentale relativo alla 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"*), di cui veniva sottoposto a scrutinio di costituzionalità l'art. 6, commi 2, 5 e 6, nella parte in cui subordinava all'autorizzazione della Camera di appartenenza l'utilizzabilità nel corso di procedimenti riguardanti terzi delle intercettazioni casuali di conversazioni in cui è parte un parlamentare.

foniche fortuite e menomazioni delle attribuzioni presidenziali, *www.giurcost.org*; Luciani, *La gabbia del Presidente*, *Giur. cost.*, 2013, 513 ss.; Grisolia, *La sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2013: un nuovo tassello nella ricostruzione giurisprudenziale della figura a del ruolo del Capo dello Stato nel nostro sistema costituzionale*, *www.forumcostituzionale.it*, 2013; Ceccanti, *Una prima lettura rapida in 7 punti della sentenza 1/2013: il Quirinale ha ragione perché se il Presidente fosse intercettabile sarebbe in gioco l'equilibrio tra i poteri e la sua funzione di garantire prestazioni di unità*, *www.forumcostituzionale.it*, 2013; Coduti, *La sentenza n. 1 del 2013 della Corte Costituzionale sullo sfondo dei rapporti tra politica e magistratura: una decisione forse inevitabile ma non priva di ombre*, *www.amministrazioneincammino.it*, 2013; Butturini, *Lo status del Presidente della Repubblica: spunti di riflessione dalla sentenza n. 1/2013 della Corte costituzionale*, *Rass. parl.*, 2013, 223 ss. con Postilla, di Costanzo.

² A tale prerogativa, peraltro, fa riscontro, come è noto, una ampia responsabilità penale dei medesimi anche per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni (cui fanno eccezione soltanto le "opinioni espresse e i voti dati", ex art. 68, comma 1, Cost.).

³ C. Cost., 23 novembre 2007, n. 390, *Giur. cost.*, 2007, 4367 ss., con nota di Grevi, *Sui limiti di utilizzabilità delle intercettazioni "indirette" (casuali e non casuali) operate nei confronti di un membro del parlamento*.

⁴ Cfr. Grevi, *Sui limiti di utilizzabilità*, cit., 4395.

⁵ Come chiarisce il punto 5.3 del diritto della già citata sentenza n. 390 del 2007.

⁶ Tale definizione testuale si trova già in C. Cost., 21 aprile 2005, n. 163, *Giur. cost.*, 2005, 1335 ss., con nota di Giostra, *È inapplicabile al nuncius la disciplina delle intercettazioni riguardanti il parlamentare (ma i veri problemi rimangono irrisolti)*; cfr. ancora Grevi, *Sui limiti di utilizzabilità*, cit., 4395.

Pur nella indubbia complessità e rilievo politico della questione, la Corte si è accostata al tema con atteggiamento scevro da possibili “timori reverenziali”, analizzando la *ratio* dell’istituto di garanzia previsto dall’art. 68 Cost. e giungendo a fornire una serie di indicazioni anche di ordine processuale sul tema delle intercettazioni casuali⁷; del resto, la giurisprudenza costituzionale già in altre occasioni non si era tirata indietro di fronte alla richiesta di definizione dei confini delle immunità parlamentari, pronunciandosi in maniera anche molto (e forse fin troppo) energica⁸.

I passaggi salienti della decisione n. 390 del 2007, per quello che qui interessa, possono così, schematicamente, sintetizzarsi: *a*) la garanzia in questione “non mira a salvaguardare la riservatezza delle comunicazioni del parlamentare”; è “strumentale, per contro, [...] alla salvaguardia delle funzioni parlamentari”, essendo volta ad impedire indebite interferenze da parte dell’autorità giudiziaria sullo svolgimento del mandato elettivo (punto 5.2. del diritto); *b*) la natura fortuita delle intercettazioni esclude *ex se* l’intento persecutorio, nonché la possibilità di richiesta preventiva di autorizzazione (punto 5.3); *c*) la richiesta alla Camera competente di autorizzazione “successiva” per l’utilizzazione nei confronti di terzi della documentazione relativa a tali atti, qualora essa sia ritenuta rilevante, finirebbe per riguardare soltanto la gestione processuale della prova e non varrebbe ad impedire intrusioni indebite (punto 5.4); *d*) la previsione di tale autorizzazione, dunque, non solo non risulta in alcun modo “costituzionalmente imposta”, ma non è nemmeno “costituzionalmente consentita”⁹

⁷ Di decisione “importante ed equilibrata” parla Zanon, *Il regime delle intercettazioni “indirette” e “occasional” fra principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione e tutela della funzione parlamentare*, *federalismi.it*, 2007. Sul tema, cfr. anche Giupponi, *Le intercettazioni “indirette” nei confronti dei parlamentari e la legge n. 140/2003: cronaca di un’illegitimità costituzionale (pre)annunciata*, *www.forumcostituzionale.it*, 2003.

⁸ Si fa riferimento all’ampia giurisprudenza in materia di insindacabilità dei parlamentari per le opinioni espresse e i voti dati nell’esercizio delle funzioni, sviluppatasi soprattutto a partire dall’anno 2000 (con le note sentenze n. 10 e 11); sul tema, fra gli altri, v. Aa.Vv., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 31 marzo e 1° aprile 2000*, Milano, 2001; Pace, *L’art. 68 comma 1 Cost. e la “svolta” interpretativa della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 10 e 11 del 2000*, *Giur. cost.*, 2000, pag. 85 ss.; Ruggeri, *Le opinioni insindacabili dei parlamentari davanti alla Corte: connotati e criteri formali-sostanziali di riconoscimento, al crocevia dei rapporti tra diritto costituzionale e “diritto politico”*, *Giur. it.*, 2000, 1110 ss.; Giupponi, *La Corte costituzionale giudice di “merito” delle delibere parlamentari di insindacabilità?*, *Giur. it.*, 2000, 1105 ss.

⁹ La stessa Corte, peraltro, aveva premesso allo svolgimento di tale ragionamento: “le disposizioni che sanciscono immunità e prerogative a tutela della funzione parlamentare, in deroga al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione – principio che si pone ‘alle origini della formazione dello Stato

perché l’eventuale divieto di utilizzazione (con conseguente distruzione del materiale) andrebbe a incidere sui diritti dei terzi: le parti del processo si vedrebbero preclusa la possibilità di trarre da tale prova elementi utili (o addirittura decisivi) per le rispettive tesi sulla base dell’elemento, del tutto casuale, che alla conversazione abbia preso parte un parlamentare. Ne sarebbe, così, leso il “fondamentale principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione” (punto 5.5).

Sulla base di tale *iter* logico, la Corte è giunta ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme già ricordate, sia per violazione del principio di uguaglianza, sia per la irrazionalità intrinseca della scelta legislativa. La decisione riguarda soltanto il caso in cui le conversazioni captate debbano essere utilizzate nei confronti di terzi; è rimasto, quindi, in vita l’istituto della autorizzazione “successiva” per il caso in cui si intenda far valere le medesime rispetto agli stessi membri delle Camere¹⁰, sebbene, invero, il ragionamento della Corte sembrerebbe configurare una più ampia critica rispetto a tale creazione legislativa (il punto, però, esorbitava dalla questione sottoposta¹¹).

La disciplina ora ricostruita presuppone, come si è accennato, la ritenuta rilevanza delle intercettazioni, che viene comunque valutata dal giudice per le indagini preliminari; altrimenti, il giudice “sentite le parti, a tutela della riservatezza, ne decide, in camera di consiglio, la distruzione integrale ovvero delle parti ritenute irrilevanti, a norma dell’articolo 269, commi 2 e 3, del codice di procedura penale” (art. 6, co. 1, legge n. 140 del 2003).

L’INUTILIZZABILITÀ DELLE INTERCETTAZIONI CASUALI DEL CAPO DELLO STATO

Molto più “imbarazzato” è, invece, l’approccio della Corte costituzionale rispetto al conflitto di attribuzioni sollevato nel corso del 2012 dal Presidente della Repubblica rispetto all’attività di intercettazione telefonica effettuata su utenza di altra persona

di diritto’ (sentenza n. 24 del 2004) – debbano essere interpretate nel senso più aderente al testo normativo” (punto 5.1).

¹⁰ La Consulta ha recentemente chiarito, decidendo su un conflitto di attribuzione sollevato dall’autorità giudiziaria precedente contro la Camera di appartenenza del parlamentare, che il rilascio o il diniego di tale autorizzazione successiva deve essere fondato sulla valutazione della “necessità” di acquisire le intercettazioni, esaminando la motivazione formulata sul punto dal giudice; v., da ultimo, sentenza 22 aprile 2013, n. 74 (*questa rivista*, 2013, 6, 72 ss., con nota di Cortesi, *Membri del Parlamento ed intercettazioni “casuali”: nuova pronuncia della Corte costituzionale*).

¹¹ In questo senso Zanon, *Il regime delle intercettazioni “indirette”*, cit.

nell'ambito di un procedimento penale pendente dinanzi alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, nel corso della quale erano state captate sue conversazioni.

Le ragioni che giustificano le particolari difficoltà che la questione poneva per il giudice delle leggi sono, in effetti, più d'una, che vanno dal contesto politico-istituzionale¹² nel quale è maturata la vicenda, alle stesse caratteristiche dello strumento processuale del conflitto di attribuzioni¹³, fino alla specifica problematica costituita dall'aver come parte attiva nella controversia davanti alla Corte il Presidente della Repubblica, sovente visto egli stesso, sia pure sotto un diverso profilo, come "custode della Costituzione"¹⁴.

L'esito, comunque, è una decisione che – pur avendo il merito di fornire punti di riferimento espliciti in una materia in cui essi mancavano del tutto – presenta molte ombre e lascia aperti margini di incertezza su alcuni aspetti della disciplina di non poco rilievo.

La fattispecie che ha dato luogo al conflitto, piuttosto peculiare, aveva, invero, un precedente, di cui era stato protagonista il Presidente Scalfaro, intercettato casualmente nel 1993 su un'utenza dell'amministratore delegato della Banca Popolare di Novara. Il contenuto di tale captazione era poi stato pubblicato, nel 1997, su un quotidiano. La vicenda non sfociò in un conflitto, ma fu oggetto di ampi dibattiti (oltre che di interpellanze al Ministro

della Giustizia)¹⁵, essendo da più parti sottolineata l'esigenza di tutela della riservatezza delle comunicazioni del Presidente.

La situazione che ha dato origine al conflitto nel 2012 si presentava in qualche modo analoga. Era stata, infatti, diffusa sui *media* l'informazione, risultante dalle dichiarazioni rilasciate durante un'intervista giornalistica da un sostituto Procuratore presso il Tribunale di Palermo, che, nell'ambito di indagini su terzi riferite alla c.d. trattativa Stato-mafia, fossero state intercettate alcune conversazioni di cui era parte il Presidente Napolitano, il cui contenuto era però ritenuto irrilevante. Il Presidente agiva davanti alla Corte attraverso lo strumento del conflitto, prima che trapelassero ulteriori indiscrezioni, ritenendo che il pubblico ministro dovesse procedere all'immediata distruzione delle intercettazioni stesse, senza alcuna valutazione della loro rilevanza. Il *petitum*, invero, così formulato, risultava di per sé errato, poiché tale potere spetta semmai, nel nostro sistema processuale, al giudice: la Consulta, tuttavia, ha ritenuto che il tenore complessivo dell'atto fosse sufficientemente chiaro da consentire di riformulare la domanda fatta alla Corte nel senso di dichiarare che non spetta alla Procura omettere di chiedere al giudice la distruzione immediata del materiale probatorio.

In disparte i delicati problemi di ordine processuale che si sono posti, anche in relazione a tale ultimo aspetto (sui quali non ci si può in questa sede soffermare; il conflitto è stato comunque valutato come ammissibile¹⁶), colpiscono subito l'attenzione alcune premesse di metodo che emergono dalla decisione del merito.

Il giudice costituzionale abbandona l'idea – dalla quale muoveva nel precedente sopra citato sulle immunità parlamentari¹⁷, e che ha caratterizzato anche diverse altre decisioni¹⁸ – secondo cui "le disposizioni

¹² Cfr. Pace, *Intercettazioni telefoniche*, cit.; nonché Sorrentino, *La distruzione delle intercettazioni*, cit.

¹³ Pace, *Intercettazioni telefoniche*, cit., il quale rileva come la decisione della Corte, in questo tipo di giudizi, debba essere "netta" e, dunque, più rigida di quanto accade nei giudizi di legittimità costituzionale, ove essa dispone di articolati strumenti manipolativi di cui è invece non è dotata nei conflitti. L'osservazione è apertamente condivisa da Luciani, *La gabbia del Presidente*, cit.

¹⁴ V. ancora Pace, *Intercettazioni telefoniche*, cit. In effetti, anche in un precedente conflitto di notevole rilievo politico e mediatico, il primo sollevato dallo stesso Capo dello Stato, rivolto contro il Ministro di Giustizia in relazione alla titolarità sostanziale del potere di grazia, la Corte ha accolto le tesi del Presidente (sentenza n. 200 del 2006, *Giur. cost.*, 2006, 1988 ss., con note di G.U. Rescigno, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*; Salerno, *Brevi riflessioni su alcuni aspetti problematici della sentenza della Corte costituzionale in tema di concessione della grazia*, Ruaro, *La competenza presidenziale in tema di grazia: dai valori costituzionali di riferimento alle implicazioni sul modus procedendi*). Per l'identificazione del Presidente della Repubblica come "voce" della Costituzione, è d'obbligo il riferimento a Calamandrei, *Viva vox Constitutionis*, *Il Ponte*, 1955, 809 ss. Sul ruolo del Presidente della Repubblica nei conflitti di attribuzione e sulla progressiva "giudicializzazione" di scontri politici, cfr. Sperti, *Alcune riflessioni sul ruolo del Presidente della Repubblica e sulla sua responsabilità dopo la sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*, *www.forumcostituzionale.it*, 2013.

¹⁵ Sul tema v. Roma, *Un altro passo verso l'invulnerabilità del Presidente della Repubblica? Il caso della c.d. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro*, *Giur. cost.*, 1999, 2883 ss.; Ruotolo, *Napolitano intercettato. Quella volta che al telefono c'era Scalfaro...*, *www.ilsussidiario.net*, 2012; nonché Pace, *Intercettazioni telefoniche*, cit.

¹⁶ Per una più precisa individuazione di alcuni profili processuali che suscitano qualche perplessità nella decisione in parola, v. Sorrentino, *La distruzione delle intercettazioni*, cit., nonché Pace, *Intercettazioni telefoniche*, cit.

¹⁷ Si veda il brano della sentenza n. 390 del 2007, già riportato sopra *sub* nota 9.

¹⁸ Ci si riferisce alle sentenze della Corte costituzionale relative alle norme di legge che avevano tentato, in varie forme, di estendere alle "alte cariche" dello Stato particolari prerogative rispetto all'esercizio della giurisdizione (i cosiddetti "lodi"): 20 gennaio 2004, n. 24 (*Giur. cost.*, 2004, 370 ss. con note di Elia, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, e Stamatii, *Una decisione condivisibile messa in forse da un impianto argomentativo perplesso e non*

che sanciscono immunità e prerogative [...] debbano essere interpretate nel senso più aderente al testo normativo”, in quanto derogatorie al principio di uguaglianza davanti alla giurisdizione, e qualifica qui invece come “metodo primitivo” l’interpretazione meramente letterale delle norme, soprattutto costituzionali, segnalando l’esigenza di una lettura sistematica dell’ordinamento costituzionale. Da essa trae, in sostanza, la conclusione che, anche in mancanza di una esplicita norma che tuteli il Capo dello Stato da provvedimenti coercitivi della libertà personale e da mezzi di indagine che incidono sulle libertà di comunicazione e di domicilio, non si può ritenere che tale organo sia privo di siffatte guarentigie; e ciò sia per l’“inaccettabilità della conseguenza”, sia per l’esistenza di un “sintomo” della incoercibilità della libertà personale del Presidente, ricavabile dalla previsione del codice di procedura penale (da una norma, dunque, di rango non costituzionale) che esclude che si possa procedere nelle forme ordinarie per l’assunzione della testimonianza di questo¹⁹.

Si tratta di indicazioni metodologiche sulle quali, invero, è lecito nutrire qualche perplessità: trarre l’esistenza di una norma costituzionale dalla “inaccettabilità” delle conseguenze inverte la logica causa-effetto che dovrebbe presiedere al ragionamento giuridico e rischia di affidare il contenuto della Costituzione ad opzioni personali (se non arbitrarie) dell’interprete; e, del resto, anche gli argomenti desumibili da fonti di rango inferiore non possono considerarsi soddisfacenti, in un sistema strutturato sulla superiorità gerarchica della Costituzione.

Più interessante è il riferimento alla immunità della sede riconosciuta al Parlamento in via di prassi (e contemplata, però, espressamente nei regolamenti parlamentari). Neanche tale argomento,

persuasivo); 19 ottobre 2009, n. 262 (Giur.cost., 2009, 3654 ss., con note di Carlassare, *Indicazioni sul ‘legittimo impedimento’ e punti fermi sulla posizione del Presidente del Consiglio in una decisione prevedibile*; Giostra, *Repetita non iuvant*; D’Andrea, *La Corte non è andata in letargo nel lungo inverno costituzionale italiano*; Celotto, *I ‘comunicati stampa’ aiutano o danneggiano la motivazione delle decisioni?*; Oddi, *La parte afona*) e 25 gennaio 2011, n. 23 (Giur. cost., 2011, 180 ss., con note di Pace, *La svolta della Corte costituzionale in tema di legittimo impedimenti e l’ambiguo richiamo all’art. 138 Cost.*; Pesole, *Quanto la Corte ‘neutralizza’ una legge*; Sperti, *Separazione dei poteri e ‘leale collaborazione’ tra di essi nella pronuncia sul legittimo impedimento*).

¹⁹ V. punto 10 del diritto. Cfr. Anzon Demming, *Prerogative costituzionali implicite*, cit., per la considerazione che “la sentenza, per l’uso così disinvolto del metodo interpretativo ‘sistematico’, può costituire un precedente assai pericoloso”. Specifico apprezzamento per le tecniche ermeneutiche utilizzate dalla Corte nella decisione in parola è espresso, invece, da Aini, *La sentenza della Consulta è un lascito al presidente che verrà*, *Corriere della sera*, 16 gennaio 2013.

invero, risulta completamente convincente²⁰, poiché per quanto riguarda il Presidente l’esistenza di una simile prassi è tutta da dimostrare; ed anche laddove vi fosse, occorrerebbe verificare l’idoneità di una tale fonte a costituire una garanzia di livello costituzionale.

Occorre, tuttavia, altresì dare atto che tutte le parti del conflitto, ivi compresa la Procura della Repubblica, davano per implicitamente ammessa l’impossibilità di intercettare direttamente il Capo dello Stato, anche in relazione all’esigenza di perseguire reati extra-funzionali²¹; conclusione, invero, che il testo costituzionale fa apparire tutt’altro che scontata.

Al sopra descritto discostamento dalle premesse di metodo utilizzate in occasione della decisione n. 390 del 2007 corrisponde, in effetti, una ricostruzione del regime delle intercettazioni del Capo dello Stato molto lontana da quella relativa al caso dei parlamentari.

La Corte ritiene, infatti, che il Capo dello Stato goda di una assoluta tutela rispetto alla riservatezza delle proprie comunicazioni, non legata ad una immunità penale – che la Corte riconosce non sussistere per i reati c.d. extrafunzionali – ma piuttosto ad una “protezione delle attività informali di equilibrio e raccordo tra poteri dello Stato”. Tale tutela prescinde da ogni distinzione sulla natura delle intercettazioni e copre, dunque, senz’altro, ed in modo non superabile, quelle dirette per i reati extra-funzionali, ma anche quelle fortuite. Il divieto, tuttavia, non essendo applicabile a tale ultima eventualità, proprio in quanto caratterizzata dalla casualità, si converte nella inutilizzabilità delle intercettazioni e ne impone l’immediata distruzione, con la problematica eccezione (il punto è di grande interesse, ma su di esso si tornerà più diffusamente in seguito) del caso in cui vengano in gioco “principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell’integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (art. 90 Cost.)”.

LA RICOSTRUZIONE ‘MISTICA’ DEL CAPO DELLO STATO E L’ASSOLUTA RISERVATEZZA COESSENZIALE ALLE SUE FUNZIONI

In mancanza di qualsiasi norma costituzionale che preveda la tutela del Presidente della Repubblica da

²⁰ Per una puntuale critica a tale argomento cfr. Anzon Demming, *Prerogative costituzionali implicite*, cit.

²¹ Sul punto, v. Giupponi, *Il conflitto tra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo: problematiche costituzionali in tema di inviolabilità del Capo dello Stato*, relazione per il seminario *Amicus Curiae* 2012, www.forumcostituzionale.it, 2012.

mezzi di ricerca della prova invasivi della libertà di comunicazione, la Corte giunge alla conclusione del divieto di qualsiasi tipo di captazione, anche casuale ed involontaria, delle conversazioni del Capo dello Stato sulla base di una complessiva ricostruzione del suo ruolo nel sistema.

Una ricostruzione che, pur se di sicuro interesse ed efficace nel cogliere alcuni aspetti dei poteri presidenziali, lascia qualche dubbio se non altro per il carattere "monolitico"²² con cui viene descritta una delle figure più complesse della nostra architettura costituzionale.

Il "cuore" del ruolo presidenziale viene individuato in "un'attività informale di stimolo, moderazione e persuasione" cui sarebbero "coessenziali" discrezione e riservatezza. La funzione di rappresentanza della unità nazionale viene dunque letta soltanto nel senso del ruolo di "garante dell'equilibrio costituzionale e di 'magistratura di influenza'", risolvendo in questo tutto il complesso dei poteri che la Costituzione attribuisce a tale organo, ivi compresi, in quanto esplicitamente presi in considerazione, quelli relativi alla presidenza del Consiglio Superiore della Magistratura e del Consiglio Supremo di Difesa, nonché al comando delle forze armate, tutti ruoli che vengono ricondotti allo svolgimento di contatti, rapporti e comunicazioni di carattere riservato²³. Né la Corte dà conto in alcun modo dell'esistenza, da essa stessa affermata pochi anni prima, in capo al Presidente di "attribuzion[i] che la Costituzione conferisce – quanto alla determinazione finale – al Capo dello Stato"²⁴ per finalità diverse da quelle relative al funzionamento dei poteri.

Il Presidente, secondo la decisione in parola, "possiede soltanto funzioni di raccordo e di equilibrio" (punto 9 del diritto).

Tale configurazione non soltanto crea qualche insoddisfazione in quanto incompleta e concentrata esclusivamente su alcuni aspetti del ruolo presidenziale, ma soprattutto sembra interpretare le funzioni considerate sulla base di un'immagine del Capo dello Stato – garante della coesione e dell'armonico funzionamento di tutti i poteri – molto vicina a quelle ricostruzioni "mistiche" nei cui confronti una ri-

salente ma insuperata dottrina²⁵ aveva già messo in guardia, indicandone le incongruenze ed i pericoli.

Perplessità ancora maggiori suscitano, poi, le conseguenze che la Corte trae da detta visione salvifica – ma scarsamente realistica – dell'organo.

Il Capo dello Stato "deve poter contare sulla riservatezza assoluta delle proprie comunicazioni, non in rapporto ad una specifica funzione, ma per l'efficace esercizio di tutte".

Tale conclusione crea, evidentemente, un regime di tutela assai più ampio di quello di cui godono tutti gli altri organi costituzionali (che hanno, anch'essi, bisogno di una sfera di riservatezza "particolarmente intensa"²⁶), ivi compresi i parlamentari; ma la Corte giustifica tale differenza sulla base della diversa posizione²⁷ del Presidente, che possiede soltanto funzioni di raccordo e di equilibrio, e dunque, in ultima analisi, sul presupposto di una ricostruzione mistica del potere presidenziale come *super partes*²⁸.

L'altro argomento che, per la Corte, motiva la diversa intensità della tutela è la mancanza in Costituzione di un meccanismo autorizzatorio che consenta di rimuovere il divieto, analogo, appunto, a quello previsto per i parlamentari (nonché per i componenti del Governo ex art. 10 legge cost. n. 1 del 1989): il silenzio della Carta fondamentale, sul punto, è "espressivo della inderogabilità [...] della riservatezza della sfera delle comunicazioni presidenziali".

²⁵ Esposito, *Capo dello Stato*, Enc. Dir., Milano, 1960 e oggi pubblicato anche in Esposito, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992, 1 ss.; la ricostruzione fatta dalla Corte, in effetti, sembra riecheggiare quelle descritte da Esposito come "vecchie tesi" di esaltazione del Capo dello Stato "supremo arbitro nelle lotte tra i minori investiti del potere", e "potere neutro e moderatore regnante ma non governante" (ivi, 27 ss.). Sulla configurabilità di un potere neutro del Capo dello Stato, il riferimento d'obbligo è al pensiero di Benjamin Constant, già all'inizio dell'ottocento, ripreso poi, in altro contesto e con altro significato, da Schmitt, *Il custode della costituzione* (trad. it. di *Der Hüter der Verfassung*, 1931), Milano 1981. Cfr. Sorrentino, *La distruzione delle intercettazioni*, cit., per la qualificazione come "mistica" della lettura data dalla Corte al Presidente della Repubblica in questa occasione.

²⁶ Come riconosce la stessa sentenza n. 1 del 2013, punto 9 del diritto.

²⁷ Anche su tale aspetto è radicale la lontananza di tale impostazione dall'insegnamento espositiano secondo cui "l'unica distinzione qualitativa tra il potere del Capo dello Stato irresponsabile, salvo i casi di grave illegalità, e inamovibile, a vita o per tempo determinato, e quello degli altri organi politici, in regime parlamentare, non è nella imparzialità del Capo dello Stato, ma se mai nella 'personalizzazione' del suo potere" (Esposito, *Capo dello Stato*, cit., 34).

²⁸ La Corte, invero, è attenta a non utilizzare i termini "imparziale" o "super partes" riferiti al ruolo del Presidente della Repubblica, cosciente del carattere controverso di tali impostazioni; tuttavia, l'assolutizzazione delle funzioni di raccordo tra le istituzioni di vertice e dell'esercizio di poteri *moral suasion* e di moderazione sembra, in ultima analisi, riconducibile esattamente a tale modo di concepire l'organo.

²² Parla di una lettura parziale e "monodimensionale" della figura dal Capo dello Stato Luciani, *La gabbia del Presidente*, cit.

²³ Specifiche perplessità sull'estensione di tale esigenza di assoluta riservatezza anche agli atti del Presidente compiuti come presidente di collegi amministrativi sono espresse da Sorrentino, *La distruzione delle intercettazioni*, cit.

²⁴ V. la già citata sentenza n. 200 del 2006; il riferimento è al potere di concessione della grazia, che la Consulta, nell'occasione appena richiamata, ha ricondotto alla volontà del Presidente della Repubblica, dando rilievo alle finalità "essenzialmente umanitarie" dell'istituto.

Il problema è, però, che la Costituzione, ben più radicalmente, tace sulla stessa esistenza di tale garanzia nei confronti del Presidente della Repubblica, pur configurando essa una chiara deroga al principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge (e alla giurisdizione).

La Corte sembra anche smentire la propria precedente ricostruzione dell'immunità parlamentare come rivolta non già alla tutela della riservatezza del parlamentare, ma soltanto alla protezione dello svolgimento della sua funzione da indebite interferenze della magistratura²⁹, virando verso una concezione della stessa come funzionale proprio alla garanzia di riservatezza o, almeno, anche ad essa³⁰.

TUTELA DEI TERZI, DISCIPLINA PROCESSUALE E DIRITTO AL CONTRADDITTORIO

Le conversazioni del Capo dello Stato sono, dunque, coperte da una tutela assoluta, con divieto di qualsiasi forma di captazione, anche casuale (con l'unica eccezione positivamente prevista nell'ordinamento, di quelle dirette, in vista delle indagini sui reati presidenziali *ex art. 90 Cost.* nell'ambito del particolare procedimento che conduce al relativo giudizio).

Il divieto, per le intercettazioni fortuite, si traduce nella loro completa inutilizzabilità, anche nei confronti dei terzi. La Corte, invero, ben conscia dei problemi che si possono porre con riguardo al potenziale rilievo, anche decisivo per l'accusa o per la difesa, delle prove così assunte³¹, si trova a dover precisare, proprio nell'ultima frase della parte in diritto, che l'autorità giudiziaria dovrà tuttavia *"tenere conto della eventuale esigenza di evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (art. 90 Cost.)"*.

L'inutilizzabilità troverebbe, dunque, a sua volta un limite nel sacrificio della vita e della libertà personale dei terzi; o, laddove si riscontrino i presupposti dei reati presidenziali, nella necessità di avviare il relativo procedimento per la messa in stato di

accusa. In questi casi, l'autorità *"adotterà le iniziative consentite dall'ordinamento"*³².

Tale precisazione se, da un lato, appare un ineccepibile riconoscimento dell'esistenza di situazioni giuridiche dotate di una esplicita e salda base costituzionale che devono essere tutelate anche di fronte all'affermata esigenza di riservatezza delle funzioni del Presidente della Repubblica, dall'altro, mal si concilia con le altre statuizioni della decisione relative al regime processuale delle intercettazioni casuali che coinvolgono tale organo.

Ma andiamo con ordine. Occorre, infatti, per poter valutare compiutamente il regime delineato dal giudice costituzionale, considerare prima con la massima attenzione la ricostruzione della disciplina processuale di tali prove inutilizzabili, che resta probabilmente la parte più problematica e discutibile della decisione (anche, dunque, a voler lasciare da parte i dubbi manifestati sul fondamento costituzionale della garanzia delineata dalla Corte).

I problemi che la Consulta si trova davanti sono certamente di non facile soluzione, legati soprattutto al timore che il contenuto delle captazioni sia comunque reso pubblico o diffuso mediaticamente, vanificando proprio la protezione che si intendeva accordare.

La strada individuata è allora la seguente: la Procura deve provvedere a richiedere immediatamente al giudice la distruzione delle registrazioni e tale operazione deve svolgersi non già secondo la procedura prevista dal codice per le intercettazioni *irrelevanti* (artt. 268 e 269 c.p.p.), ma secondo quella applicabile nei casi di intercettazioni *vietate*, contenuta nell'art. 271 c.p.p., interpretando la norma in questione nel senso di ammettere una decisione del giudice stesso *fuori del contraddittorio* delle parti.

La Corte spiega che lo strumento processuale per giungere alla distruzione non può essere quello previsto dagli artt. 268 e 269 c.p.p., i quali *"richiedono la fissazione di un'udienza camerale, con la partecipazione di tutte le parti del giudizio, i cui difensori, [...] hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni",* previamente depositate a tale fine", per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché la procedura in questione riguarda *"conversazioni private di rilevanza ma astrattamente utilizzabili"*, mentre quelle riferibili al Presidente della Repubblica non lo sarebbero, per cui, nel caso di specie, *"nessuna valutazione di rilevanza è possibile, alla luce del riscontrato divieto"*; in secondo luogo, perché tale soluzione *"va-*

²⁹ Cfr. sentenza n. 390 del 2007, già sopra richiamata

³⁰ *"È evidente altresì che tutti gli organi costituzionali hanno necessità di disporre di una garanzia di riservatezza particolarmente intensa, in relazione alle rispettive comunicazioni inerenti ad attività informali [...] Si inquadra in questa prospettiva la disposizione di cui all'art. 68, terzo comma, Cost., riguardante i membri delle due Camere"* (sentenza n. 1 del 2013, punto 9 del diritto).

³¹ Del resto, la stessa Corte aveva posto tali considerazioni alla base della propria precedente decisione n. 390 del 2007, già più volte richiamata.

³² Sui problemi aperti da tale passaggio conclusivo della sentenza, considerato un vero e proprio *revirement* interno, v. Luciani, *La gabbia del Presidente*, cit.

nificherebbe totalmente e irrimediabilmente la garanzia della riservatezza”.

Tali argomentazioni, soprattutto la prima, risultano, però, ben poco coerenti con quanto affermato più avanti nella stessa decisione.

La Corte, infatti, come si è già ricordato, nelle ultime righe della sentenza riconosce che la riservatezza delle conversazioni del Capo dello Stato non potrebbe comunque prevalere sull'esigenza di tutela della vita e della libertà personale, oltre che sul regime di responsabilità presidenziale *ex art. 90 Cost.* Tale affermazione, unitamente all'indicazione che l'autorità giudiziaria adotti, nel caso, “*le iniziative consentite dall'ordinamento*”, fa ritenere che la Consulta non si spinga, in realtà, a negare l'utilizzabilità delle conversazioni captate quando queste risultino decisive per le tesi delle parti del processo penale, venendo ivi in gioco, per tutti i reati per i quali sono ammesse le intercettazioni, almeno la libertà personale dei soggetti coinvolti; in altri termini, laddove le captazioni casuali in cui è incorso il Presidente della Repubblica svelino elementi, in ipotesi, idonei a provare la non colpevolezza del soggetto inquisito, le non meglio precisate “*iniziative consentite dall'ordinamento*” sembrano dover necessariamente comprendere la possibilità di utilizzazione delle medesime in giudizio.

Dunque, la Corte, quando afferma che non è possibile seguire il procedimento *ex artt. 268 s.* perché “nessuna valutazione di rilevanza è possibile”, risulta poi contraddetta dalle ultime righe della stessa decisione, poiché l'attenzione lasciata al giudice sull'eventuale “*sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi*” è, in definitiva, proprio quella valutazione di rilevanza la cui possibilità è stata prima negata; anzi, tale valutazione è semmai ancora più delicata di quella comunemente svolta, poiché riguarda elementi che possono essere decisivi per la protezione di beni che godono del massimo livello di tutela nel nostro ordinamento.

Stupisce, quindi, che un giudizio così impegnativo sia sottratto radicalmente al principio del contraddittorio e affidato ad un singolo soggetto, senza possibilità per questo di acquisire alcun elemento ulteriore.

La conclusione lascia perplessi per più di una ragione: innanzitutto, perché la stessa Corte ha ricondotto espressamente già in passato il diritto di azione e difesa in giudizio e, dunque, anche il principio del contraddittorio che ne è elemento inscindibile, al novero dei principi supremi dell'ordinamento³³,

inderogabili perfino da norme di rango costituzionale (quale sarebbe, secondo la ricostruzione della Consulta, la tutela della riservatezza delle comunicazioni del Capo dello Stato).

In secondo luogo, non convince la stessa concezione del contraddittorio che una tale posizione sottende, quasi che esso sia una concessione fatta alle parti e non, invece, un principio dotato di valenza gnoseologica, strumentale a garantire proprio la corretta decisione del giudice³⁴.

Infine, particolarmente delicato è anche l'intervento interpretativo che la Consulta compie rispetto al contenuto dell'art. 271 c.p.p., leggendolo come norma che, non dicendo alcunché sul procedimento da seguire e non richiamando le disposizioni su quello camerale, rimette al giudice, al di fuori di qualsiasi procedimento di partecipazione delle parti, l'ordine di distruzione delle registrazioni al di fuori dei casi previsti dalla legge.

Risulta, invece, che la Corte di Cassazione fosse già da tempo orientata a riconoscere che il provvedimento *ex art. 271 c.p.p.* debba essere assunto con la procedura camerale di cui all'art. 127 c.p.p., l'unica funzionale alla garanzia del contraddittorio³⁵. La soluzione indicata dalla Corte si colloca, dunque, del tutto al di fuori del quadro del diritto processuale “vivente”³⁶. E, infatti, nella dottrina processual-

braio 1999, n. 26 (*Giur. cost.*, 1999, 176 ss.). Sul tema, cfr. anche P.F. Grossi, *Il diritto di difesa nella costituzione italiana e la sua individuazione come principio supremo dell'ordinamento costituzionale*, in *Id.*, *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2005, 90.

³⁴ Sulla funzione epistemologica del principio del contraddittorio, che oggi sembra trovare un espresso riconoscimento nella formulazione dell'art. 111 Cost., sia consentito il rinvio a Mengozzi, *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano 2009, 101 ss. “Occorre che una selce batta contro l'altra affinché ne sprizzi la scintilla della verità”, scriveva già a metà del secolo scorso Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 100.

³⁵ In questo modo – osserva Pace, *Intercettazioni telefoniche*, cit. – la Corte “ha dato [a tale disposizione] un significato diverso da quello comunemente ritenuto in giurisprudenza e dottrina. L'accoglimento del ricorso è quindi avvenuto in un quadro normativo retroattivamente innovato dalla stessa Corte costituzionale, il che non rientra nei poteri del giudice dei conflitti tra poteri”.

³⁶ Cfr. Cass. pen., VI, 26 aprile 2007, n. 33810, *CED Cass. pen.* 2008, rv 237155; nonché Cass. pen., II, 26 maggio 2009, n. 25590, *CED Cass. pen.* 2009, rv 244153. Vale la pena di ricordare che nella decisione da ultimo citata vi è un passaggio dal quale si ricava che la distruzione per inutilizzabilità potrebbe essere disposta dal giudice senza udienze né aperture al contraddittorio, ma solo quando le parti non contestino la valutazione di inutilizzabilità. Il passaggio non è del tutto perspicuo (sul punto v. anche Orlandi, *Le parole del Presidente (a proposito del conflitto fra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo, circa il destino di comunicazioni casualmente intercettate)*, relazione per il seminario *Amicus Curiae* 2012, www.forumcostituzionale.it, 2012) ma sembra far riferimento al caso in cui il giudice senta le parti al di fuori

³³ Cfr. le sentenze 27 dicembre 1965, n. 98 (*Giur. cost.*, 1965, 1322 ss.); 2 febbraio 1982, n. 18 (*Giur. cost.*, 1982, 138 ss.) e 11 feb-

penalistica, in vista della decisione della Corte, non si giungeva a prevedere un simile esito, sottolineandosi, anzi, come “non sembra esserci praticamente differenza – sul piano procedurale – fra la distruzione per irrilevanza della prova (art. 269 comma 2) e la distruzione per inutilizzabilità (art. 271 comma 3)”³⁷; per cui, semmai, si ipotizzava un divieto di pubblicazione degli atti imposto dal giudice ex art. 114, co. 5, c.p.p. per segreti da mantenere nell’interesse dello Stato, “ai quali con un piccolo sforzo di fantasia, può essere assimilata la riservatezza che deve circondare le conversazioni del Capo dello Stato”³⁸. Una soluzione, quest’ultima, decisamente preferibile rispetto a quella adottata dalla Corte, che esclude la partecipazione delle parti al giudizio sulla rilevanza delle intercettazioni rispetto a beni connessi con “principi supremi dell’ordinamento”.

Del resto, a fronte di una pronuncia così delicata, affidata al giudice in assenza di contraddittorio, occorrerebbe – perché le parti possano essere messe in grado di valutare se effettivamente non vengano in gioco loro interessi legati a “principi supremi” – quantomeno che l’ordinanza che dispone la distruzione fornisca una adeguata motivazione sul punto. Ma anche tale garanzia (art. 111, co. 6, Cost.) sembra qui negata; altrimenti, la soluzione indicata dalla Corte finirebbe per non essere nemmeno congrua rispetto allo scopo di mantenere l’assoluta segretezza rispetto alle conversazioni in cui sia parte il Capo dello Stato, poiché l’atto potrebbe (*rectius* dovrebbe) comunque riferirsi al loro contenuto, rendendolo pubblico.

Di fatto, l’attuazione data alla decisione n. 1 del 2013 ha condotto alla distruzione delle registrazioni come atto ritenuto costituzionalmente dovuto, senza alcuna possibile partecipazione delle parti³⁹ e senza che l’ordinanza, a quanto risulta, abbia offerto alcuna motivazione della loro

ritenuta irrilevanza rispetto ai predetti “principi fondamentali”.

Così risolto il caso concreto che ha coinvolto il Presidente Napolitano, restano, tuttavia, molte incertezze di fronte al regime disegnato dal giudice delle leggi.

Anche a voler condividere, cioè, l’esistenza di una garanzia costituzionale implicita che impedisce le intercettazioni delle comunicazioni del Capo dello Stato, la disciplina delineata per quelle casuali lascia aperti diversi interrogativi, sia sul piano pratico-processuale, sia su quello più teorico, relativo al corretto rapporto tra posizioni giuridiche tutte dotate di rango costituzionale, quali, da un lato, l’affermata prerogativa della riservatezza del Presidente e, dall’altro, il diritto alla vita e alla libertà personale dei terzi coinvolti, il diritto alla difesa ed al contraddittorio (come aspetto essenziale del giusto processo) e lo stesso regime della responsabilità presidenziale⁴⁰.

La decisione della Corte, su tali punti, resta intimamente contraddittoria, non avendo essa avuto il coraggio né di affermare la prevalenza della inviolabilità presidenziale su ogni altro diritto, né di trarre dalla riconosciuta superiorità su di essa di alcuni “principi supremi” le conseguenze che ne dovrebbero discendere (necessità di valutare la rilevanza delle conversazioni e, dunque, di instaurare il contraddittorio con le parti). Solo un ulteriore intervento della stessa Corte o del Parlamento, che ristabilisca tra i diritti coinvolti un equilibrio più coerente sia con la precedente giurisprudenza costituzionale che con il testo della Carta fondamentale⁴¹, potrà lenire il senso di profonda insoddisfazione che se ne trae rispetto all’attuale assetto della materia.

dell’udienza camerale: si tratta, quindi, di un’ipotesi in cui il loro coinvolgimento nella decisione, sia pure in modo informale, è comunque garantito.

³⁷ Orlandi, *Le parole del Presidente*, cit.

³⁸ Orlandi, *Le parole del Presidente*, cit.

³⁹ Cass. pen., VI, 18 aprile 2013, n. 18373, *CED Cass. pen.* 2013, rv 255163, che ha respinto il ricorso della difesa dell’imputato Ciancimino.

⁴⁰ Proprio la necessità di trovare un equilibrio tra i diritti costituzionali alla riservatezza e al giusto processo aveva condotto la Corte, in una precedente occasione, a tutt’altra conclusione, dichiarando illegittime misure processuali di eccessiva compressione del contraddittorio sulle intercettazioni illegalmente raccolte: cfr. sentenza 11 giugno 2009, n. 173, *Giur. cost.*, 2009, 1917 ss., con nota di Villani, *La distruzione del corpo del reato all’esame della Corte: spunto per una riflessione sul rapporto tra sanzioni processuali e diritti sostanziali*.

⁴¹ Ricordiamo ancora il ruolo di “principio supremo” che secondo la Corte svolge il diritto all’azione e difesa in giudizio, espressamente qualificato come “inviolabile”: per riferimenti più precisi, v. sopra, nota 32.

SIMONA ARASI

Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli studi di Roma “Tor Vergata”

Proscioglimento capovolto in appello e rinnovazione istruttoria

Acquittal overturned on appeal and renewal inquiry

La legittimità della *reformatio in peius* della sentenza di proscioglimento senza la previa rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale torna ancora al vaglio della giurisprudenza. La disciplina di cui all'art. 603 c.p.p. sembra orientata a principi inquisitori, in violazione della regola del giusto processo. Ci si interroga, pertanto, anche alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali, interni ed europei, se sia opportuna una riforma legislativa costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

The vexed question of legitimacy of the regression of the judgment of acquittal without the prior renewal of education hearing back still pending before the jurisprudence. The discipline of article 603 Code of Criminal Procedure seems oriented inquisitor principles, in violation of the principle of fair trial. One wonders, therefore, also in the light of recent case law, domestic and European, legislative reform constitutionally and conventionally oriented is appropriate.

PREMESSA

L'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello rappresenta, tutt'oggi, uno dei temi più delicati. Nel dettaglio, ci si interroga se è possibile una riforma *in peius* della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova dichiarativa, ossia attraverso la mera rivalutazione di quella precedentemente assunta.

Da una disamina dell'articolo 603 c.p.p., stando agli orientamenti giurisprudenziali europei, sembrano emergere aspetti inquisitori della disciplina.¹

Il legislatore del 1988, infatti, ha omesso di adeguare l'appello al sistema tendenzialmente accusatorio, lasciando ancorate le regole ad un modello di giudizio inquisitorio e riservando i casi di rinnovazione probatoria *ex art. 603 c.p.p.* ad ipotesi *extra ordinem*.

Il secondo grado di merito risulta, così, scarsamente compatibile con un sistema che in primo grado consente alle parti di sviluppare pienamente le rispettive potenzialità.²

Le perplessità nei riguardi della condanna per la prima volta in secondo grado accrescono se si tiene

¹ D'altro canto, non si può non evidenziare che nel codice, sebbene dichiaratamente di stampo accusatorio, permangono, forse a causa di interventi provvisori e disorganici, "garanzie inquisitorie"; di recente, Ferrua, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 540 ss.

² Scalfati, *La procedura penale, la retroguardia autoritaria e la compulsione riformista*, *Dir. pen. proc.*, 2009, 8, 941. L'Autore evidenzia altresì la fisiologica compressione del regime dei gravami negli ordinamenti che valorizzano il contraddittorio per la prova nel primo giudizio.

ARASI / PROSCIoglimento CAPOVOLTO IN APPELLO E RINNOVAZIONE ISTRUTTORIA

conto del diritto alla prova come garanzia azionabile davanti al giudice incaricato a decidere: ad assolvere risulta un giudice davanti al quale si è realizzato il contraddittorio nella formazione della prova, mentre a condannare un giudice privo di contatto diretto con la prova.

Numerose risultano le pronunce della Corte edu volte ad affermare il principio secondo il quale il giudice di appello non può riformare una sentenza assolutoria e pervenire ad una decisione di condanna senza assumere in contraddittorio le prove dichiarative già utilizzate nel processo di primo grado.

Nonostante dall'Europa derivi un segnale forte affinché si rispetti la garanzia del contraddittorio, in Italia si assiste solo a timide aperture.

L'ACCERTAMENTO GIUDIZIARIO COSTITUZIONALMENTE ORIENTATO: LINEE DI SINTESI

Per una maggiore cognizione del tema in esame occorre premettere un cenno ai principi costituzionali che regolano il diritto delle prove penali. Nel dettaglio, bisogna soffermarsi sul novellato art. 111 Cost.,³ più che sulla concezione tradizionale del "diritto di difendersi provando" emergente dall'interpretazione dell'art. 24, commi 1 e 2, Cost.⁴

Il legislatore costituzionale, infatti, ha introdotto nell'art. 111 Cost. cinque nuovi commi che consacrano alcuni principi cardine sintetizzati, in maniera incisiva, nell'espressione "giusto processo".⁵ Una clausola così generale sembra rendere aperto e non tassativo l'elenco dei diritti e delle garanzie sanciti negli ultimi commi.⁶

³ In ordine alla riforma dell'art. 111 Cost., operata dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, si veda Ferrua, *Il giusto processo*, Bologna, 2007, 15 ss.

⁴ Sul punto, Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1968, 12.

⁵ Vi è, peraltro, chi afferma che si tratta di una formula di incerto significato giuridico in quanto i connotati del "giusto processo" sono definiti negli ultimi commi. In quest'ottica si distingue l'efficacia che la nozione può esplicare nei confronti: a) della Corte costituzionale, per la quale ha una funzione riassuntiva del complesso delle garanzie costituzionalizzate o rafforzativa delle singole disposizioni a rilevanza processuale; b) del legislatore che deve ottimizzare il bilanciamento tra gli interessi coinvolti nel processo penale; c) degli attori processuali, per i quali costituisce un richiamo alla lealtà. Cfr., Ferrua, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*. Dir. pen. proc., 2004, 401 ss. Secondo altri, saremmo dinanzi ad un concetto limite, funzionale ad orientare nella scelta delle diverse soluzioni processualmente possibili. Cfr., Spangher, *Il "giusto processo" penale*, *Studium iuris*, 2000, 256.

⁶ Come accade per tutte le più solenni proclamazioni del moderno costituzionalismo, alquanto vaga risulta tale locuzione, dalla notevole portata evocativa: essa allude ad un ideale di giustizia che preesiste alla legge ed è direttamente collegato ai diritti inviolabili di tutte le persone coinvolte nel proces-

so. Se la prova costituisce il tema centrale del contraddittorio processuale, ne consegue che si può parlare di "giusto processo" in quanto le modalità di esercizio del "diritto probatorio" assicurino all'imputato il potere di concorrere alla formazione della decisione attraverso l'esplicazione del diritto di difendersi provando.⁷

L'art. 111, comma 3, Cost., riproducendo sostanzialmente quanto espresso dall'art. 6, paragrafo 3 lett. d), delle Cedu e 14, paragrafo 3, del Patto internazionale dei diritti civili e politici, riconosce all'imputato la facoltà, davanti al giudice, di ottenere l'acquisizione di ogni mezzo di prova a suo favore. Nello specifico, all'imputato viene riconosciuto, oltre al diritto ad essere, nel più breve tempo possibile, informato riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa⁸ ed a disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa,⁹ il diritto di "interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico" davanti ad un giudice terzo ed imparziale.¹⁰ Viene altresì attribuito il diritto di "ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore".¹¹

so. Si propone, pertanto, un approccio non dissimile alla nota *querelle* che concerne il rapporto tra la nozione di diritti inviolabili sancita dall'art. 2 Cost. ed il catalogo delle istanze individuali espressamente riconosciute dalla Costituzione. In passato la Corte costituzionale aveva asserito che la locuzione "giusto processo" fosse una formula nella quale si compendiano i canoni che la Costituzione dettava in ordine sia ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, sia ai diritti di azione e difesa in giudizio. Cfr. C. cost. 24 marzo 1996, n. 131, *Giur. cost.*, 1996, 1146.

⁷ Fiorio, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, 49 s.

⁸ All'evidenza, una disposizione del genere si colloca nel punto di frizione tra il diritto di difesa dell'accusato e l'esigenza di segretezza delle indagini. Si noti che il bilanciamento tra le due opposte istanze è attuato dall'espressione "nel più breve tempo possibile". Per una più approfondita disamina si veda Confalonieri, *Diritto ad essere informati riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa*. Dir. pen. proc., 2000, 1007.

⁹ Ubertis, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*. Cass. pen., 2003, 2096 ss.

¹⁰ Con tale locuzione si riconosce espressamente il diritto a confrontarsi con l'accusatore. Si noti che la norma utilizza la locuzione "far interrogare" senza precisare chi sia il soggetto che, in tal caso, rivolge le domande. In tal modo, la disposizione è idonea a ricomprendere anche le ipotesi in cui l'esame sia condotto dal giudice, a mezzo del quale le parti possono porre domande al dichiarante. La Consulta ha ravvisato nell'espressione "davanti al giudice" un fondamento costituzionale del principio di immediatezza. Cfr. C. cost., 10 giugno 2010, n. 205, *Cass. pen.* 2010, 3821.

¹¹ Tale disposizione costituzionale, pertanto, cristallizza la più ampia concezione del "diritto di difendersi provando", il cosiddetto principio del contraddittorio in senso forte, cogliendone, a volte, l'aspetto oggettivo e, altre volte, quello soggettivo. Si tratta di un canone che, da un lato, richiama il diritto delle parti di contribuire alla formazione degli elementi che

Una lettura coordinata dell'art. 111, comma 3, Cost.¹² con gli articoli 24, commi 2 e 4, e 27, comma 2, Cost. suggerisce l'effettività del diritto della "persona accusata di un reato"¹³ alla dimostrazione della propria innocenza in ogni momento. Il problema viene quindi spostato in una prospettiva dinamica: conseguentemente, l'art. 27 Cost. tende a trasformarsi, *post rem iudicatam*, nel diritto all'accertamento dell'effettiva innocenza.¹⁴

È proprio sul terreno dei rimedi processuali che la formulazione costituzionale si arricchisce di nuovi connotati. Occorre rimeditare, dunque, alla luce dell'inserimento del "giusto processo" tra i principi regolanti la giurisdizione, la funzione e la struttura dei mezzi di controllo della decisione errata.

Nonostante non sia garantito a livello costituzionale il diritto al doppio grado di giurisdizione, non si può negare che, nell'ipotesi in cui la legislazione degli Stati nazionali sia dotata di un tale apparato di controllo, le garanzie coesenziali al "giusto processo" debbano essere applicate integralmente.

La rilevanza costituzionale del diritto alla prova in ogni stato e grado del procedimento penale investe, pienamente, il ruolo dell'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello.

Analizzata la disposizione costituzionale più emblematica, occorre soffermarsi brevemente sul principio enunciato dal comma 2 dell'art. 111 Cost., ossia

saranno utilizzati dal giudice per la decisione, dall'altro, consacra il principio dialettico come il miglior strumento attraverso il quale pervenire all'accertamento dei fatti. Per le variegate letture del poliedrico principio, si veda Amodio, *Dal rito inquisitorio al "giusto processo"*, *Il giusto processo*, 2002, n. 4, 103 ss. Si noti, poi, che l'aspetto soggettivo compare nuovamente nel comma 4, secondo periodo, che, in un ideale completamento del *right of confrontation*, sancisce una regola di esclusione ("la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore").

¹² Con tale norma viene consacrato il contraddittorio come metodo di conoscenza. Si rammenti che il precipitato tecnico del principio del contraddittorio è l'esame incrociato e, forse, la norma intendeva riconnettersi ad esso, tuttavia, la generalità dell'enunciato consacra il canone del contraddittorio quale "metodo conoscitivo universale".

¹³ Da notarsi che, in assenza di un preciso significato tecnico, il termine "accusato" sembra potersi riferire sia alla persona sottoposta alle indagini sia all'imputato, tuttavia, la parola "processo", se inteso in senso stretto, pare non ricomprendere la fase delle indagini preliminari. Un'interpretazione razionale, dunque, deve attribuire di volta in volta ai due termini il significato che li rende coerenti con il tipo di diritto che viene riconosciuto.

¹⁴ In reiterate occasioni la Corte costituzionale ha assertedo che "il riconoscimento della completa innocenza" è "da considerare il bene della vita costituente l'ultimo e vero oggetto della difesa, rispetto al quale le altre pretese al giusto procedimento assumono funzione strumentale". Sul punto cfr. *ex multis* C. cost., sentenza 2 dicembre 1970, n.175, *www.giurcost.org/decisioni/1970*.

quello della "ragionevole durata" del processo. Un canone del genere risulta perfettamente consentaneo al sistema processuale accusatorio, che richiede la concentrazione e la continuità nella trattazione dei processi. Palesi le ascendenze europee di tale precetto, il cui mancato rispetto ha comportato molteplici condanne dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo.¹⁵ Tale principio, però, non può in alcun modo compromettere le garanzie dell'imputato e la qualità dell'accertamento processuale.¹⁶ Solo dopo che interessi essenziali per l'attuazione del giusto processo¹⁷ sono stati adeguatamente protetti, viene in causa il profilo dei tempi processuali.

Strettamente collegato all'operatività della ragionevole durata è, talora, il cd. principio di preclusione, in voga nel dibattito attuale.¹⁸

L'entrata in vigore della regola del "giusto processo" ha imposto al legislatore ordinario di predisporre in tempi brevi una modifica del sistema probatorio, che, tuttavia, non ha ancora trovato totale concretizzazione.¹⁹ In questo contesto di ricerca di calibratura degli istituti processual-penalistici si colloca la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.²⁰

¹⁵ Secondo alcuni Autori la Cedu inserisce la ragionevole durata nel catalogo dei diritti soggettivi immediatamente azionabili, riconosciuti all'imputato, la Costituzione si limita ad una previsione di tipo oggettivo che assorbe la componente soggettiva. In tal senso, Ferrua, *Il "giusto" processo*, cit., 56. In senso contrario, Amodio, *Ragionevole durata del processo, abuse of process, e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 797.

¹⁶ Nappi, *La ragionevole durata del giusto processo*, *Cass. pen.*, 2002, 1542. Si noti altresì che in reiterate pronunce la Corte costituzionale ha chiarito che la presente istanza può e deve essere perseguita compatibilmente con la tutela di altri valori fondamentali, di rango prevalente rispetto ad essa. Cfr. *ex multis* C. cost. 4 dicembre 2009, n. 317, *Guida dir.* 2010, n. 2, 73.

¹⁷ In via esemplificativa si pensi al diritto di difesa, all'obbligatorietà dell'azione penale, all'accertamento del fatto.

¹⁸ L'essenza della nozione "precludere", tenuto conto delle sue origini semantiche, richiama nitidamente ad uno sbarramento rispetto ad un incedere. Si configura come uno strumento volto ad evitare la "ridondanza ingiustificata" degli atti che costituiscono il procedimento.

¹⁹ La disciplina previgente, infatti, recava profili di frizione con i nuovi canoni costituzionali. Significativa, al riguardo, risulta la legge 1 marzo 2001 n. 63, tuttavia, essa appare solo una tappa intermedia nel percorso che conduce verso una piena attuazione del principio *de quo*. Cfr. l. 1 marzo 2001, n. 63, *Gazz. Uff.* 22 marzo 2001, n.68.

²⁰ Per una compiuta disamina del travagliato iter parlamentare delle leggi sui mezzi di impugnazione, in particolare sull'appello, dopo la riforma costituzionale dell'art. 111 Cost., unitamente ai dubbi di costituzionalità immediatamente evidenziati nella prima fase applicativa di tali riforme, soprattutto della Legge 20 febbraio 2006, n. 46, nonché delle difficoltà della novella ad amalgamarsi con una sedimentata tradizione, volta a consentire una generalizzata appellabilità, oggettiva e soggettiva, delle sentenze, si rinvia a Scalfati, *Bilancio preventivo di una riforma: principi buoni e norme da ritoccare*, Id (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano, 2006, 21 ss.

ARASI / PROSCIoglimento CAPOVOLTO IN APPELLO E RINNOVAZIONE ISTRUTTORIA

L'ISTRUTTORIA DIBATTIMENTALE DI SECONDO GRADO
NEL CAPPIO DELLA TASSATIVITÀ

L'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, disciplinato dall'articolo 603 c.p.p., si pone a cavaliere tra garanzie dell'imputato ed esigenze di durata ragionevole del processo.

Esso risulta soggetto a restrittivi criteri di ammissibilità, diversamente modulati a seconda del tipo di prova richiesto.

In primo luogo, se la parte ha chiesto nell'atto di appello o nei motivi nuovi la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado ovvero l'assunzione di nuove prove,²¹ queste saranno ammesse dal giudice quando non è in grado di "decidere allo stato degli atti".²²

Dall'esame dell'art. 603, comma 1, c.p.p. emerge che la disciplina, riferita ad ogni tipologia probatoria esperibile nel giudizio di prima istanza,²³ risponde ad una logica di eccezionalità, in coerenza con la presunzione di completezza dell'accertamento probatorio che caratterizza il giudizio di primo grado.²⁴ Esso cede solo di fronte all'impossibilità di decidere allo stato degli atti.²⁵

²¹ La categoria delle prove nuove di cui all'art. 603, comma 1, c.p.p. viene riferita dalla giurisprudenza alle prove preesistenti ma non acquisite nel dibattimento di primo grado, e pertanto non utilizzate per la decisione. Si pensi, ad esempio, agli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento o nel fascicolo del pubblico ministero non acquisiti tramite le prescritte letture nel dibattimento di primo grado, dunque non valutati. Cfr. *ex multis* Cass., sez. V, 19 ottobre 1999, *Mass. Uff.*, n. 216102.

²² Fiorio, *La prova nuova nel processo penale*, cit., 6 ss. L'Autore sottolinea che il parametro dell'impossibilità di decidere allo stato degli atti, dirimente per il riconoscimento del diritto alla prova delle parti, evidenzia accanto ad un recupero del diritto alla prova delle parti, un ruolo passivo del giudice, tipico della preponderante funzione di controllo demandata al giudizio di seconde cure, si veda

²³ In tema di perizia cfr. Cass., sez. IV, 6 dicembre 2001, *Guida Dir.* 2002, 1024. In tema di intercettazioni di conversazioni telefoniche, di colloqui tra presenti o di flussi informatici o telematici cfr. Cass. sez. Un. 21 giugno 2000, *Cass. Pen.* 2001, 71. In generale, Cass. sez. I, 16 maggio 2002, *CED Cass.* 221502, che ha stabilito che la rinnovazione, siccome funzionalmente diretta alla "assunzione di prove", non può consistere nella sola acquisizione ex art. 236, comma 2, c.p.p. di sentenze e certificati del casellario giudiziale, al fine di valutare la credibilità di un teste le cui dichiarazioni sono già state assunte in primo grado.

²⁴ Cfr. *ex multis* Cass., sez. un., 24 gennaio 1996, *Cass. Pen.* 1996, 2896. Si veda altresì Cass. sez. IV, 24 aprile 2007, n. 16422, *CED Cass.* 36258 dove si legge, tra l'altro, che «se è vero che il diniego della eventualmente invocata rinnovazione dell'istruzione dibattimentale deve essere spiegato nella sentenza di secondo grado, la relativa motivazione (sulla quale nei limiti della illogicità e della non congruità è esercitabile il controllo in cassazione) può anche ricavarsi per implicito dal complesso tessuto argomentativo, qualora il giudice abbia dato comunque conto delle ragioni in forza delle quali abbia ritenuto di poter decidere allo stato degli atti».

²⁵ Nell'affrontare l'esegesi del parametro della "non decidibilità allo stato degli atti", la dottrina oscilla tra una lettura

Nell'ipotesi in cui le nuove prove sono sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, ex art. 603, comma 2, c.p.p. il giudice dispone la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nei limiti previsti dall'art. 495, comma 1, c.p.p. con operatività dei parametri previsti dagli artt. 190, comma 1, e 190 bis c.p.p.²⁶ Appare opportuno rammentare che ex art. 190, comma 1, c.p.p. la prova sarà ammessa solo se: è pertinente, non è vietata dalla legge, non è superflua ed è rilevante.

Si configura un'ipotesi di rinnovazione obbligatoria, a tutela del diritto delle parti alla prova, nei limiti in cui è riconosciuto nel giudizio di primo grado, in quanto si prescinde dal criterio della non decidibilità allo stato degli atti espresso nel primo comma.²⁷

Infine,²⁸ il giudice potrà *ex officio* attivare residui²⁹ poteri istruttori se lo riterrà "assolutamente

più rigorosa, per la quale il giudice deve procedere a rinnovazione ex art. 603, comma 1, c.p.p. solo quando ritenga di non poter decidere senza il richiesto supporto probatorio, ed una tesi più elastica, propensa ad ammettere la rinnovazione anche solo sulla base di un apprezzamento di utilità delle operazioni istruttorie. Per il primo orientamento cfr. Zappalà, *Sub art. 603 c.p.p.*, Chiavario (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, III, Torino, 1992, 204; per il secondo si veda Mazzarra, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, Padova, 1995, 87. Di recente, Fiorio, *La prova nuova nel processo penale*, cit., 159 ss.

²⁶ Appare doveroso ricordare che l'art. 190-bis c.p.p. prevede una limitazione al diritto ad ottenere l'ammissione della prova di tipo dichiarativo nelle ipotesi di imputazione avente ad oggetto i delitti di criminalità organizzata ed alcuni reati in materia di violenza sessuale e di pedofilia. Se la persona, che una parte vuole sentire in dibattimento, ha già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio, l'esame è ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni e se il giudice o una delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze.

²⁷ La *ratio* del richiamo all'art. 495, comma 1, c.p.p. si può spiegare con l'intento di evidenziarne l'immediata operatività rispetto alla situazione disciplinata dall'art. 603, comma 1, c.p.p., dove la rinnovazione è invece condizionata dal presupposto della non decidibilità allo stato degli atti. Il criterio più restrittivo del primo comma si inserisce nella connotazione del giudizio d'appello come controllo dei dati probatori valutati nel giudizio di primo grado.

²⁸ Prima della legge 28 aprile 2014, n. 67, *Gazz. Uff.* 2 maggio 2014, n. 100, contenente "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili", era prevista un'ulteriore ipotesi di rinnovazione obbligatoria. Nel dettaglio, essa sussisteva, ex art. 603, comma 4, c.p.p. nell'ipotesi in cui l'imputato, contumace in primo grado, ne avesse fatto richiesta e avesse provato di non essere potuto comparire per caso fortuito o forza maggiore o per non avere avuto conoscenza del decreto di citazione, purché il fatto non fosse dovuto a sua colpa o, quando l'atto citazione per il giudizio di primo grado fosse stato notificato mediante consegna al difensore (essendo l'imputato irreperibile o non avendo eletto domicilio idoneo), non si fosse sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento. A seguito della novella tale disposizione normativa risulta abrogata.

²⁹ I poteri del giudice in materia probatoria hanno acquistato

necessario".³⁰ Nonostante il legislatore, mosso da intenti di raccordo sistematico, abbia ritenuto di impiegare una formulazione analoga a quella adottata nell'art. 507, comma 1, c.p.p. per qualificare il potere del giudice di disporre, anche d'ufficio, l'assunzione di nuovi mezzi di prova, parte della dottrina ha osservato che la locuzione del primo comma, relativo alla non decidibilità allo stato degli atti, equivale in sostanza a quella del terzo comma, dell'assoluta necessità.³¹ Secondo altri, invece, occorre stabilire un raccordo proprio con l'art. 507 c.p.p., dovendo chiarire in tal caso se per l'art. 603, comma 3, c.p.p. debba valere l'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite e dalla Corte costituzionale in relazione all'art. 507, comma 1, c.p.p.³²

Dalla disamina della normativa emerge che l'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale è connotato, come anticipato, da una logica di stretta tipicità.

Per comprendere pienamente il valore della disposizione normativa di cui all'art. 603 c.p.p. occorre indicare il significato attribuito dalla dottrina al sintagma "prova nuova".³³ Esso qualifica fenomeni eterogenei: sia qualsiasi dato conoscitivo, sopravve-

nuto o scoperto alla decisione impugnata, ovvero non palesato dal corredo motivazionale, sia ogni incremento conoscitivo che il sistema accoglie tra i materiali del processo, al fine di eliminare situazioni di incertezza probatoria. Palese risulta, dunque, il diverso ruolo riconosciuto a tale espressione a seconda che si operi nel primo o nel secondo grado di giudizio. In quest'ultimo la funzione di controllo prevale sull'accertamento, trasformando il ruolo dei *nova* da presidi conoscitivi in strumenti correttivi.³⁴

Inizialmente, al fine di evitare espansioni del significato di "prova nuova", è stata realizzata la riduzione della complessità del materiale probatorio attraverso una "conoscenza selettiva", articolata tra l'adozione di regole di esclusione probatoria ed una fitta rete di decadenze istruttorie.³⁵ Successivamente, all'indomani del varo del codice, è stata evidenziata una peculiare propensione del sistema a dilatare tale concetto, probabilmente per conformarsi al principio di non dispersione probatoria e di prevalenza di esigenze di giustizia. Affrancando l'espressione *de qua* dalla connotazione di "sopravvenienza" o di "scoperta", sono state recuperate le prove non richieste dalle parti o dalle quali le stesse fossero decadute o quelle non valutate sebbene ritualmente ammesse.

La pluralità di regole ammissive indica la difficoltà a ricondurre ad unità il concetto di prova nuova: diversamente dalla "sopravvenienza" e dalla "scoperta" che postulano eventi storicamente dimostrabili, la "necessità", l'"assoluta necessità" e la "decisività" costituiscono concetti ad elevato contenuto discrezionale.

Alla luce di quanto sopra emerge che, nonostante il legislatore delegante³⁶ avesse tracciato le linee dell'attuale codice di rito, ispirandosi a "criteri di sistema accusatorio", le fondamenta del potere giudiziario sono rimaste sostanzialmente quelle previgenti, espressive di un modello inquisitorio-misto.³⁷

sempre più terreno sino a rispondere oggi a una logica, non più meramente residuale-integrativa, ma anche suppletiva, soprattutto nei casi di inerzia delle parti. Si veda, tra le altre, Cass., sez. un., 6 novembre 1992, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 822; Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, *Cass. pen.*, 2008, 1087; nonché Corte cost., n. 111 del 1993, *Giur. cost.*, 1993, 901 e Id., n. 73 del 2010, ivi, 2010, 833. In dottrina si veda Belluta, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, 157 ss.; Caraceni, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, 2007, 166 ss.

³⁰ Si noti che la "necessità" e l'"assoluta necessità" postulano carenze conoscitive idonee ad essere eliminate mediante un ruolo attivo del giudice nella ricerca dei dati. Sul punto Fiorio, *La prova nuova nel processo penale*, cit., 6.

³¹ In giurisprudenza si è affermato che il giudice d'appello individua erroneamente la "assoluta necessità" di disporre la perizia balistica ed esplosiva qualora ritenga, "al di là di ogni comprensibile e ragionevole eccesso di scrupolo e di completezza dell'indagine istruttoria di primo grado", di non essere in grado di decidere in base alle prove già acquisite.

³² Corte cost. 26 marzo 1993, n. 111, *www.giurcost.org.it*. Il giudice delle leggi, nel motivare la dichiarazione di non fondatezza delle questioni di legittimità dell'art. 507 c.p.p. per violazione degli artt. 2, 3, 24, 25, 76, 77, 101, 102, 111 e 112 Cost., ha richiamato la sentenza 21 novembre 1992, n.11227 delle Sezioni Unite penali della Corte di cassazione, con la quale si è statuito che il potere del giudice di assunzione, anche d'ufficio, di mezzi di prova ben può essere esercitato pure se si tratti di prove dalle quali le parti siano decadute, dovendo intendersi per prove "nuove" ai sensi dell'art. 507 (così come dell'art. 603) tutte quelle precedentemente non disposte, siano esse preesistenti o sopravvenute, conosciute ovvero sconosciute. Inoltre, ad avviso del giudice delle leggi, tale potere suppletivo non trova ostacolo nella circostanza che non vi sia stata alcuna acquisizione probatoria ad iniziativa delle parti.

³³ Ampiamente, Fiorio, *La prova nuova nel processo penale*, cit., 1 ss.

³⁴ Carini, *Errore e rimedi*, *Dig. pen.*, Torino, 2008, 259. L'Autore sottolinea che la "possibilità di controllare e allo stesso tempo di rimediare, attraverso idonei strumenti processuali, si traduce in una proiezione in senso verticale del diritto di difesa e del contraddittorio, i quali, stando al dettato costituzionale, non soffrono alcuna costrizione spazio-temporale".

³⁵ Sul punto, De Luca, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero coinvolgimento nel nuovo rito*, AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, IV, Milano, 1993, 50.

³⁶ Art. 2, comma 1, l. 16 febbraio 1987, n. 81, *Gazz. Uff.*, 16 marzo 1987, n.62.

³⁷ Se la prospettiva *adversarial* tende, attraverso regole di esclusione (divisione di conoscenza), ad evitare errori di metodo, il modello "inquisitorio" privilegia la ricerca della cosiddetta "giustizia sostanziale" al rispetto delle norme. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 116 ss.

ARASI / PROSCIoglimento CAPOVOLTO IN APPELLO E RINNOVAZIONE ISTRUTTORIA

L'articolazione del processo in fasi funzionalmente specializzate costituisce, di regola, espressione di una gerarchia stratificata, caratterizzante l'organizzazione del potere giudiziario. Quale corollario di tale concezione verticistica ne deriva che il momento di controllo giurisdizionale si impone a tutela di un possibile errore della decisione. Appare doveroso evidenziare, poi, che la regolarità del momento di controllo si accompagna ad una maggiore o minore estensione dell'attività ad esso funzionale. Con specifico riguardo al giudizio di appello, rilevanti conseguenze in ordine sia all'ampiezza dei poteri da riconoscere al giudice di secondo grado, sia alla natura della decisione conclusiva del grado di giudizio derivano dal contrasto tra le posizioni volte a configurarne il relativo procedimento a volte come *revisio prioris instantiae* altre volte come *novum iudicium*.³⁸

“PRIMA” CONDANNA IN APPELLO SENZA RINNOVAZIONE: TIMIDE APERTURE IN CHIAVE GARANTISTA

La rinnovazione legata al caso della condanna pronunciata in appello per la prima volta, tuttavia, esula dagli schemi normativi sinora menzionati, perlomeno ritenendo che essi siano improntati ad un sistema applicativo assai rigido. Resta l'interrogativo se sia indefettibile, o meno, in tale evenienza, consentire la rinnovazione della prova nell'ipotesi dell'appello proposto dal pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento.

Secondo un orientamento giurisprudenziale il giudice potrà limitarsi a fornire una lettura logica e corretta degli elementi probatori palesemente travisati dal giudice *a quo*,³⁹ purché la nuova valutazione abbia una «forza persuasiva superiore, tale da far venire del tutto meno quella situazione di “ragionevole dubbio”, in qualche modo intrinseca alla stessa esistenza del contrasto». ⁴⁰ La corte d'appello dovrebbe, dunque, dissipare in modo compiuto i dubbi sulla colpevolezza dell'imputato ragionevolmente rilevati dal primo giudice. Sulla base della mera e differente lettura degli atti probatori già formati, guidata al più da un contraddittorio sulla prova “inevitabilmente debole”, il giudice d'appello può emettere per la prima volta

una sentenza di condanna, in deroga alle regole del giusto processo.

Le pronunce della Corte di Cassazione aderenti a tale orientamento costituiscono una timida apertura, non ancora perfettamente in sintonia con i principi Cedu.⁴¹ condizione necessaria che consente di pervenire ad una sentenza di condanna in appello, a seguito di assoluzione in primo grado, è l'obbligo di “motivazione rafforzata”.⁴² In assenza di una scissione tra fase rescindente e rescissoria del giudizio di appello, è necessaria una motivazione dalla quale emerga una più seria prova di responsabilità dell'imputato.⁴³ Una sentenza di condanna è legittima solo se in appello si dimostri che la decisione assolutoria è illogica, indicando i punti che la rendono insostenibile, ossia errore di valutazione della prova, ragionamento che presenta snodi illogici, omessa valutazione di elementi fondamentali, quali prove non considerate o erroneamente ritenute utilizzabili. La lettura dei fatti fornita nella sentenza di appello dovrà, pertanto, essere l'unica ragionevolmente verosimile, tenuto conto delle specifiche condizioni del caso.⁴⁴

⁴¹ Cass., sez. VI, 12 aprile 2013, n. 16566, *Dir. pen. proc.*, 191 ss. Nel dettaglio, la Corte, pervenendo ad una decisione in linea con i precedenti giurisprudenziali, ha statuito che solo ove «la prova essenziale consista in una o più prove orali che il primo giudice abbia ritenuto, dopo averle personalmente raccolte, non attendibili, il giudice di appello per disporre condanna non può procedere ad un diverso apprezzamento della medesima prova sulla sola base della lettura dei verbali, ma è tenuto a raccogliere nuovamente la prova innanzi a se per poter operare una adeguata valutazione di attendibilità».

⁴² Nappi, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2011, 180; Santoriello, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, 2008, 41 ss.

⁴³ Secondo questo orientamento giurisprudenziale sussisterebbe un obbligo, *ex art. 6 CEDU*, di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale solo in presenza di due presupposti: la decisività della prova testimoniale e la necessità di una rivalutazione della stessa da parte del giudice d'appello, sotto il profilo dell'attendibilità. Particolarmente problematica è l'interpretazione del requisito della “decisività”. La giurisprudenza, inizialmente, ne ha individuato la sussistenza solo nei casi in cui la prova orale sia l'unica determinante, successivamente, ha esteso l'applicabilità dei principi convenzionali in tutti i casi in cui il compendio probatorio sia costituito non solo dalla testimonianza di cui si chiede la riassunzione, per quanto determinante, ma anche da altri elementi. *Cfr., ex multis*, Cass., sez. V, 5 luglio 2012, *Mass. Uff.*, n. 253541.

⁴⁴ Cass., 10 ottobre 2012, n. 1266, *CED Cass.* 2013. Più di recente, Cass., sez. II, 17 luglio 2013, secondo la quale l'art. 6 della Cedu impone di rinnovare l'istruttoria soltanto in presenza di due presupposti: la decisività della prova testimoniale e la necessità di una rivalutazione da parte del giudice d'appello dell'attendibilità dei testimoni; Cass., sez. II, 17 maggio 2013, n. 21284, secondo la quale il giudice d'appello, per riformare *in peius* una sentenza di assoluzione, non è obbligato alla rinnovazione delle prove dichiarative assunte in primo grado quando la sua decisione si fonda su un diverso apprezzamento di conversazioni telefoniche oggetto di intercettazione.

³⁸ Sul punto Gaito, *L'effettività del contraddittorio*, Cerquetti-Fiorio (a cura di) *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Padova, 2002, 8. Di recente, Belluta, *Le impugnazioni tra antichi dogmi e nuovi orizzonti*, Bargis-Belluta (a cura di) *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, 2013, 3 ss.

³⁹ Cass., sez. IV, 6 dicembre 2012, *Mass. Uff.*, n. 254950.

⁴⁰ Cass., sez. VI, 13 gennaio 2012, C. M. e altri, inedita.

Recentemente, sono stati applicati i principi affermati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso Manolachi contro Romania, meglio specificati nel proseguito.⁴⁵

La Suprema Corte ha statuito che, nell'ipotesi in cui il giudice di primo grado abbia ritenuto non necessario assumere tutte le prove a difesa in quanto l'assunzione di una parte di esse è considerata sufficiente per giungere a sentenza assolutoria, la Corte d'appello deve prestare la massima attenzione alle garanzie difensive allorché intenda valutare le medesime prove in senso sfavorevole all'imputato. Il rovesciamento del giudizio circa l'attendibilità dei testimoni della difesa deve essere sostenuto da elementi pressoché incontrovertibili e non dovrebbe mai essere effettuato evidenziando incoerenze o contrasti sui quali l'esame in primo grado non si è sviluppato.⁴⁶ Il giudice di seconda istanza, in tal modo, opera una valutazione negativa di attendibilità senza che i testimoni siano stati chiamati a spiegare le imprecisioni o i contrasti di cui vengono rimproverati nel secondo giudizio e senza che siano stati richiesti chiarimenti sui punti controversi. A ciò si aggiunge che tale modo di procedere esclude dal novero delle fonti di prova i testimoni che il primo giudice ha ritenuto superflui rispetto a conclusioni favorevoli all'imputato che egli giudicava già accertate sulla base delle prove raccolte. Entrambi

questi profili rappresentano una violazione del diritto dell'imputato alla prova fissato innanzitutto dall'art. 111, comma 3, Costituzione e dall'art. 190 c.p.p., nonché una compressione delle corrette procedure di accertamento dei fatti. Rappresentano, altresì, violazione dell'art. 6, paragrafo 1, punto 48, della Cedu.⁴⁷

La Corte di legittimità, dunque, ha tentato di avvicinarsi ai principi sanciti dalla giurisprudenza di Strasburgo, discostandosi dalle precedenti decisioni al riguardo.⁴⁸

La questione rappresenta un aspetto di forte criticità dell'attuale sistema processuale e trova fondamento nell'antinomia tra giudizio di primo grado, regolato dai principi del giusto processo, e secondo grado di merito,⁴⁹ nel quale l'acquisizione di prove è ammessa solo in via residuale.⁵⁰ In altri termini,

⁴⁷ La Corte di Cassazione, ha altresì motivato tale decisione, statuendo che, poiché la corte di appello non dispone di alcun dato nuovo, "la possibilità per l'imputato di confrontarsi con un testimone in presenza del giudice chiamato a decidere in ultima istanza sull'accusa è una garanzia di un processo equo", e, pur in assenza di espressa richiesta di nuovo esame dei testimoni da parte dell'imputato, "il giudice del ricorso è tenuto ad adottare d'ufficio misure positive a tale scopo, anche se ciò non era stato espressamente richiesto dal ricorrente".

⁴⁸ Una prima apertura si era avuta nel giugno 2013. Cfr. Cass., sez. V, 26 giugno 2013, n. 28061, con nota di Marchese, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo*, Arch. pen. 2013, n. 3, 1 ss. Secondo la Suprema Corte, conformemente ai principi sanciti dalla Corte e.d.u. nella sentenza Dan c. Moldavia, la sentenza pronunciata dalla corte d'appello che per la prima volta affermi la responsabilità dell'imputato, sia pure ai soli fini civili, sulla base di un'interpretazione alternativa del medesimo compendio probatorio utilizzato nel primo grado di giudizio, è illegittima. In tal caso occorre una forza persuasiva superiore, tale da far cadere ogni ragionevole dubbio. Il giudice d'appello, ogni volta che intenda operare un diverso apprezzamento di attendibilità di una prova orale decisiva, ritenuta in primo grado non attendibile, deve procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. La regola affermata dalla Corte europea, tuttavia, non è assoluta, in quanto la rinnovazione della prova orale deve venire in linea di massima, «in principio», poiché generalmente, ma non sempre, la lettura degli atti non è sufficiente per una corretta valutazione da parte del giudice. Per la pronuncia europea si veda Corte eur. dir. uomo, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia. Sul punto, Gaito, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, Arch. pen., 2012, 455 s.

⁴⁹ Chinnici, *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora, quando? Dalla irriducibile staticità nello ius positum italiano al dinamismo cognitivo nel "diritto vivente" europeo*, Arch. pen., 2012, n. 3, 921. Ad avviso dell'Autrice la struttura del secondo grado "non è incastonabile nel prisma del giusto processo", a causa di una intrinseca incompatibilità col «nucleo fondativo di garanzie minime, inderogabili in peius, nel contesto dell'accertamento processual-penalistico». Di opinione conforme cfr. Deganello, *Ripensare il grado di appello nel processo penale: osservazioni a margine di recenti disegni di riforma*, Riv. it. dir. proc. pen., 2010, 634 ss.

⁵⁰ Sul dovere del giudice di secondo grado di motivare in modo logico, congruo e corretto le ragioni del rigetto delle richieste di prova ex art. 603 c.p.p., si veda ex multis Cass., sez. VI, 5 febbraio 2013 Baccouche Abderazack, *www.archiviopenale.it*.

⁴⁵ Cass., sez. III, 15 ottobre 2013, n. 42344, CED Cass. 5869. In essa si richiama Corte edu, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, secondo la quale «la condanna pronunciata nei confronti del ricorrente senza che egli sia stato sentito personalmente dai giudici di appello e di ricorso e in assenza di audizione dei testimoni, quando il ricorrente era stato assolto in primo grado, non soddisfa le esigenze di un processo equo».

⁴⁶ Occorre segnalare un recente orientamento giurisprudenziale che ha esteso l'obbligo di riassunzione della prova ritenuta non attendibile in primo grado e posta a fondamento dell'affermazione di responsabilità in secondo grado anche al caso del giudizio abbreviato; la massima recita infatti che il giudice di appello qualora intenda riformare la precedente sentenza di assoluzione deve procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per l'audizione dei testimoni ritenuti inattendibili, a nulla rilevando che il procedimento in primo grado sia stato definito con il rito abbreviato. Cfr. Cass., sez. III, 6 febbraio 2013, n. 5854, CED Cass. 254850. Ardua appare tale statuizione, posto che il giudizio di appello in tal caso è sì di natura puramente "cartolare" risolvendosi cioè in un esame delle fonti di prova separatamente ed antecedentemente acquisite ma, nell'ipotesi di cui all'art. 438 c.p.p., è del tutto parallelo alle modalità di svolgimento del giudizio di primo grado ove il giudice dell'abbreviato decide allo stato degli atti e senza procedere ad alcuna istruttoria ispirata ai principi di oralità ed immediatezza. Tuttavia una più attenta lettura della motivazione della pronuncia non pare confermare l'assioma così come massimato posto che la stessa pronuncia riferisce soltanto di un tendenziale obbligo di audizione nel caso di riforma secondo la giurisprudenza della Corte europea da assolvere anche ove la condanna in riforma sia pronunciata all'esito di rito abbreviato.

ARASI / PROSCIoglimento CAPOVOLTO IN APPELLO E RINNOVAZIONE ISTRUTTORIA

l'appello viene ritenuto, in genere, impermeabile ai principi di oralità e contraddittorio.

L'ipotesi tipica per lo svolgimento del dibattimento in appello è rappresentato dalle letture, finalizzate ad una valutazione critica di quanto già acquisito al processo.

Parte della dottrina ritiene trattarsi di una concezione che, malgrado abbia radici consolidate, sembra essere destinata a cedere in favore di una logica diversa, dovendosi necessariamente misurare con la finalità cognitiva propria, tanto del processo di primo grado, quanto di quello di seconda istanza. A fondamento di tale asserzioni il fatto che anche quest'ultimo è un processo impiantato in un sistema di matrice accusatoria.⁵¹ Si noti, al riguardo, che il giudice di secondo grado, rinnovata anche solo parzialmente l'istruzione, è tenuto a rivalutare la cornice probatoria prima cristallizzata alla luce del *novum* istruttorio. Un'operazione che postula un contraddittorio delle parti dalla triplice modulazione: alle due tradizionali forme di contraddittorio, quello sulla prova, riferito ai risultati cognitivi di primo grado, letti in appello, e quello per la prova, con riguardo al nuovo *thema probandum*, se ne affianca una terza, quello "per la rilettura" di ogni dato probatorio acquisito nel dibattimento di primo grado, che, alla luce dei *nova*, diverrà, almeno potenzialmente, suscettibile di approdare a esiti diversi rispetto a quelli del primo grado. Il termine "rinnovazione", tra l'altro, sembra rimandare ad un congegno in cui il riesame generale della pregressa esperienza cognitiva non può non tenere conto dell'incidenza che su essa hanno le nuove prove escuse in appello.⁵²

Quando, poi, si prospetta un ribaltamento dell'esito assolutorio dei primi giudici, la rinnovazione della prova orale diviene il perno attorno al quale deve svilupparsi il nuovo accertamento, pena la vanificazione delle regole minime del giusto processo, tra le quali contraddittorio ed oralità in funzione della prova a carico.

Se ci si ponesse dalla prospettiva dell'accusa, si potrebbe obiettare che la riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna porrebbe analoghi problemi. Tuttavia, la conversione di una

condanna in assoluzione può realizzarsi con un'attività essenzialmente demolitiva, diversamente dalla conversione di un'assoluzione in condanna, che implica un'attività costruttiva per la quale è più che mai importante il rapporto diretto con le fonti di prova.⁵³

Inoltre, l'imputato riconosciuto colpevole in primo grado può avvalersi di un ulteriore grado di giudizio di merito per difendersi, mentre quello che viene condannato per la prima volta in appello, può impugnare la statuizione ritenuta viziata solo per motivi di legittimità, con conseguente disparità di trattamento.⁵⁴

Sul punto la legge Pecorella⁵⁵, limitando l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento ai casi marginali in cui vi fosse una prova sopravvenuta o scoperta dopo il giudizio di primo grado, non è stata risolutiva, suscitando dubbi, prima ancora che di costituzionalità, di opportunità e razionalità: veniva violato il principio della *égalité des armes*, disciplinato dall'art. 111 Cost. in favore dell'imputato.⁵⁶

Questi rilievi sono stati condivisi dalla Corte Costituzionale, secondo la quale «il rimedio ad eventuali deficit delle garanzie che assistono una parte processuale va rinvenuto in soluzioni che escludono quel difetto e non già in una eliminazione dei poteri della parte contrapposta che generi un radicale squilibrio nelle rispettive posizioni». ⁵⁷ L'inappellabilità delle sole sentenze di condanna, comportava «una dissimetria radicale» nella posizione delle parti processuali, non giustificata da ragioni di adeguatezza e proporzionalità.

Si noti, infine, che attraverso la valorizzazione del principio di diritto previsto dall'art. 533, comma 1, c.p.p., si giunge alla soluzione che in mancanza di elementi sopravvenuti, una sentenza d'appello, che riformi in senso peggiorativo quella di primo grado, deve far cadere ogni ragionevole dubbio. Se la regola di giudizio per l'assoluzione è la mera non certezza della colpevolezza, quella per la condanna

⁵³ Cfr. Ferrua, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, Riv. dir. proc., 2013, 549.

⁵⁴ Ferrua, *Legge "Pecorella": giudizi e criticità*, Corriere merito, 2007, 483 s., secondo il quale è «difficile sostenere la compatibilità di un simile regime con le esigenze di ragionevolezza e di giustizia imposte dagli artt. 3 e 111 comma 1 Cost., e soprattutto con il diritto al riesame garantito dall'art. 14 comma 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: "ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge».

⁵⁵ L. 20 febbraio 2006, n. 46, Gazz. Uff. 22 febbraio 2006, n. 44.

⁵⁶ Cfr. Ciani, *Il doppio grado di giudizio: ambito e limiti*, Cass. pen., 2007, 1388 s. Di diverso avviso, Coppi, *No all'appello del p.m. dopo la sentenza di assoluzione*, Il giusto processo, 2003, 30.

⁵⁷ C. cost., 6 febbraio 2007, n. 26 www.cortecostituzionale.it.

⁵¹ Attribuiscono all'appello natura di nuovo giudizio nel merito, sia pure con diverse impostazioni e sfumature, Bargi, *La rinnovazione istruttorio in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, Dir. pen. proc., 2004, 82 ss.; Chinnici, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2009, 102 ss.

⁵² Scaccianoce, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale: una decisione che fa discutere*, Arch. Pen., 2013 n. 3, 2 ss.

è la certezza della colpevolezza, oltre ogni ragionevole dubbio.⁵⁸

LA CORTE EDU E LO SGRETOLAMENTO DELL'IMPIANTO CARTOLARE IN SEDE DI GRAVAME

Ormai consolidato risulta l'orientamento della Corte di Strasburgo secondo il quale nel caso di impugnazione contro una sentenza di assoluzione fondata sulla diversa valutazione dei testimoni, il giudice d'appello non può pervenire ad una sentenza di condanna senza aver acquisito le dichiarazioni in contraddittorio, attraverso la rinnovazione dell'istruttoria già svolta in primo grado.

Sono i principi di un processo equo ad essere evocati dalla Corte edu, quando, chiamata a pronunciarsi sulla necessità della prova orale in appello, ha affermato che «coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla colpevolezza o l'innocenza degli accusati [devono] in linea di principio essere in grado di sentire i testimoni e di valutare la loro attendibilità in prima persona», in quanto «la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che di solito non può essere soddisfatto da una semplice lettura delle sue dichiarazioni».

La circostanza che la prima sentenza di condanna nei confronti di un imputato venga emessa in appello in un processo privo totalmente di oralità ed immediatezza presenta, ad avviso della Corte europea, forti contraddizioni rispetto ai presupposti fondamentali del giusto processo con conseguente rischio di errori nella percezione e valutazione della prova.

Requisito indefettibile è il diritto di ogni accusato di esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico davanti ad un giudice terzo ed imparziale, deputato a recepire il bagaglio di conoscenze e la credibilità dei dichiaranti in maniera diretta.

Secondo la Corte, l'osservazione diretta del comportamento del teste e la conseguente valutazione della sua attendibilità può avere conseguenze decisive per l'accusato. Conseguentemente, non può essere negato il diritto di difesa nella sua declinazione di diritto ad una valutazione affidabile delle testimonianze fondamentali e, più specificamente, di diritto alla valutazione non solo dei contenuti, ma anche del contegno del teste, al quale si chiede di "reagire" al confronto con l'accusato di fronte al giudice.

La Corte, pur ribadendo che l'art. 6 della Convenzione non detta regole sulla ammissibilità delle testimonianze e sul modo di valutarle, rileva che la mancata audizione di testimoni, in particolari circostanze, può essere incompatibile con la tutela convenzionale del diritto di difesa.

Si noti che la Corte, anche di seconda istanza, ha pieni poteri in ordine alla valutazione della responsabilità, con integrale cognizione del fatto e del diritto. Pertanto, se l'accertamento della responsabilità avviene attraverso la rivalutazione su base cartolare dei soli contenuti della testimonianza, a prescindere da ogni analisi dei dati comunicativi extraverbali, e se la nuova valutazione risulta decisiva per la sentenza di condanna e fonda l'*overturning* della decisione di primo grado, ne consegue, quale corollario, che il diritto di difesa patisce una lesione. In tal caso, infatti, si nega all'accusato il diritto alla valutazione affidabile della prova testimoniale, garantito pienamente solo dal rispetto del principio di oralità.

Le statuizioni della Corte edu rivestono un rilevante effetto pratico, in quanto impongono al giudice di appello la riapertura dell'istruzione dibattimentale nel secondo grado di giudizio anche oltre gli stretti parametri consentiti dall'art. 603 c.p.p. Requisiti necessari e sufficienti al fine della riapertura dell'istruzione dibattimentale sarebbero soltanto la presenza di una sentenza di assoluzione in primo grado, appellata, in funzione di una diversa valutazione delle prove in prospettiva accusatoria.⁵⁹

La Corte edu ha esaminato, inoltre, la questione dell'individuazione del soggetto processuale obbligato a formulare le richieste di prova nei procedimenti di appello aventi ad oggetto il gravame proposto dalla pubblica accusa.

Molti governi nazionali ritenevano che una questione di violazione dei principi della Convenzione europea non si potesse sollevare in assenza di istanze probatorie ritualmente formulate dalle parti. La Corte europea ha disatteso tale impostazione, stabilendo che quando emerge la prospettiva di riformare la pronuncia assolutoria, il giudice di appello deve provvedere anche d'ufficio all'acquisizione della prova orale fondamentale.⁶⁰

⁵⁹ In definitiva, in questi casi, ad avviso della Corte edu, i principi evolutivi del doppio grado di giurisdizione di merito impongono al giudice di appello non soltanto un obbligo di motivazione rafforzato secondo le osservazioni della Corte di cassazione, già esaminate, ma, anche, un procedimento differente da quello ordinario: non si può giungere ad una *reformatio in peius* di una decisione assolutoria emessa all'esito del primo giudizio soltanto sulla base di un mero esame "cartolare" degli atti.

⁶⁰ Corte edu 9 aprile 2013, Flueraș c. Romania. La Corte ribadisce la necessità che le condanne in appello, qualora i giudici di secondo grado abbiano la piena cognizione del fatto e del

⁵⁸ Cass., sez. VI, 24 gennaio 2013, Farre, *Mass. Uff.*, n. 254113.

ARASI / PROSCIoglimento CAPOVOLTO IN APPELLO E RINNOVAZIONE ISTRUTTORIA

Resta comunque da dire che la Corte europea ha affermato che il diritto previsto dall'art. 6 della Convenzione non è violato se il contraddittorio sulla prova dichiarativa si sviluppa di fronte ad un giudice diverso da quello che decide, nonostante venga sacrificato, conseguentemente, il principio di oralità. In tal caso l'attenuazione delle garanzie dell'accusato è stata ritenuta tollerabile in quanto giustificata dalla necessità di salvaguardare i diritti del teste vulnerabile.⁶¹ In altri termini, la Corte legittima l'utilizzo della prova dichiarativa formata fuori dal contraddittorio per fondare sentenze di condanna ogni volta che emergano adeguate "garanzie procedurali"; ugualmente legittimo è il sacrificio dell'oralità quando emerge un bilanciamento degli interessi della vittima con quelli dell'accusato.⁶²

In nessuno di questi casi la prova dichiarativa si forma di fronte al giudice che decide; tuttavia, ad essere censurata dalla Corte è l'operazione di *overturning* effettuata su un compendio probatorio identico rispetto a quello esaminato dai giudici di prima istanza.⁶³

È POSSIBILE UNA LETTURA "ORIENTATA"?

Accingersi alla trattazione della complessa materia del diritto alla prova penale, con specifico riguardo all'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale,

significa toccare uno dei temi cardine del processo: è attraverso le prove che il processo persegue il suo scopo accertativo.⁶⁴ La prova costituisce il segno tangibile della modernità epistemologica di un sistema e dello statuto dei diritti dell'individuo all'interno di un ordinamento.

Esaminata la disciplina della rinnovazione dibattimentale in appello e degli orientamenti connessi, si rafforza il pensiero di chi ritiene che l'ammissione della prova nel secondo grado di merito, nella prospettiva di una condanna dopo il proscioglimento in primo grado, debba uscire dall'angusta dimensione dell'eccezionalità e consentire la "massima forza maieutica insita nel contraddittorio", necessario metodo per ogni accertamento a vocazione accusatoria. In casi del genere, l'attività cognitiva si prospetta sempre come nuova, diretta a sostituire quella precedente.⁶⁵

Gli interventi giurisprudenziali sinora esistenti, volti ad adeguare in chiave interpretativa il diritto interno ai moniti provenienti dall'Europa, per quanto apprezzabili, non risultano, tuttavia, idonei a colmare adeguatamente il deficit di garanzie presente nel giudizio di appello: le conclusioni cui essi pervengono, fondate essenzialmente sul rafforzamento della motivazione nei casi di condanna pronunciata per la prima volta in appello, creano un'insanabile aporia con gli enunciati della Corte edu, diretti a propugnare la necessità di realizzare l'attività istruttoria.

In attesa di un reale, e non oscillante, adeguamento della giurisprudenza interna all'interpretazione estensiva della Corte e.d.u., si potrebbero prospettare delle soluzioni alternative.

Tralasciando la possibilità dell'eliminazione del giudizio di appello,⁶⁶ che non sembra percorribile in quanto assume una fondamentale importanza sul piano delle garanzie soggettive, sembrerebbe da

diritto in ordine alla valutazione della responsabilità, debbano essere fondate su testimonianze orali e non cartolari. La Corte di Strasburgo rileva che il diritto al processo equo è stato lesa anche in assenza della richiesta dell'imputato di sentire nuovamente i testi. La Corte Europea ritiene che la giurisdizione di appello è tenuta ad assumere di ufficio misure positive al fine di procedere all'assunzione diretta delle prove orali anche se il ricorrente non ha effettuato alcuna sollecitazione in tal senso. Cfr. altresì Corte edu, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania, cit. In questo caso la Corte d'appello rumena aveva riformato la sentenza di assoluzione emessa del Tribunale di primo grado, sulla base di una diversa valutazione delle testimonianze rese da persone che non erano state nuovamente e direttamente udite dai giudici di secondo grado; è stata rilevata la violazione dell'art. 6 Cedu osservando che la nuova audizione dei testi finalizzata alla valutazione della attendibilità è misura che deve essere presa d'ufficio anche senza l'istanza di parte. La Corte parte dalla premessa che la valutazione della attendibilità posta a fondamento della decisione deve basarsi sull'analisi non solo del dichiarato scritto, ma anche del comportamento posto in essere durante l'audizione e conclude per la violazione delle regole del giusto processo.

⁶¹ Cfr. Corte Edu, 20.1.2005, sez. III, Accardi v. Italia, relativa alla compatibilità della testimonianza assunta in contraddittorio incidentale con le garanzie convenzionali.

⁶² La testimonianza formata in incidente probatorio si presenta anch'essa nello stato "cartolare" al giudice di merito, di regola diverso dal giudice di fronte al quale si è formata.

⁶³ Si legge in motivazione: «*one of the requirements of a fair trial is the possibility for the accused to confront the witnesses in the presence of a judge who must ultimately decide the case, because the judge's observations on the demeanour and credibility of a certain witness may have consequences for the accused*».

⁶⁴ Domanda ineludibile, nonché antica, è il significato da attribuire alla locuzione "verità processuale". Cfr. *ex multis* Canzio, *Prova scientific, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale*. AA.VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Milano, 2005, 71 ss.

⁶⁵ Chinnici, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di appello*, cit., 3163.

⁶⁶ La Corte Costituzionale, con costante orientamento, afferma l'assenza di una norma costituzionale che sancisca il doppio grado di giudizio. Cfr. C. cost., n. 316 del 2002, www.cortecostituzionale.it. Invero, l'art. 111 comma 7 Cost. si limita a garantire copertura costituzionale solo al ricorso in Cassazione per violazione di legge «contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali». La Corte esclude, altresì, che l'art. 2 del protocollo addizionale n. 7 della Cedu, e l'art. 14, par. 5, del PIDCP, nel prevedere la necessità di un giudizio di seconda istanza a seguito di una sentenza di condanna, richiedano che sia un giudizio di merito. Cfr. C. cost., n. 26 del 2007, cit.

escludere anche la possibilità di risolvere la questione in termini di compatibilità costituzionale dell'art. 603 c.p.p. per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. e 6 Cedu,⁶⁷ anche se il permanente *status quo* porterebbe i giudici della Consulta (perlomeno) a pronunce interpretative di rigetto.

De jure condendo, si potrebbe auspicare un intervento del legislatore che riformi l'art. 603 c.p.p. e lo adegui ai principi del giusto processo. In tal caso, le strade percorribili sarebbero due.

Si potrebbe procedere ad una revisione del giudizio di appello in impugnazione a contenuto solo rescindente, nelle ipotesi in cui si intenda riformare una decisione di primo grado. Pertanto, alla pronuncia di annullamento dovrebbe seguire la celebrazione di un nuovo giudizio, con il rispetto dei principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza. Questa scelta, però, comporterebbe dei pregiudizi, quali ad esempio un eccessivo allungamento dei tempi del processo ed un inutile appesantimento della giustizia, con inevitabili ricadute in termini di efficienza del sistema processuale.

In alternativa, strada più opportuna, il legislatore si potrebbe conformare agli *standards* europei, riconoscendo spazi più ampi all'attività istruttoria nei casi di impugnativa della sentenza di proscioglimento. Si noti che, se un tempo era possibile pensare all'appello come *revisio prioris instantiae*, sulla base della mera rivalutazione delle prove assunte in primo grado, a seguito della costituzionalizzazione del contraddittorio risulta doverosa una rivisitazione dell'istituto come fase in cui l'integrazione probatoria non può più essere intesa in termini di eccezionalità, bensì come momento in cui l'esercizio del diritto alla prova, nell'ipotesi in esame, diventi più elastico.⁶⁸

⁶⁷ Cass., sez. VI, 26 febbraio 2012, Caboni, *Giur. it.*, 2013, sulla manifesta infondatezza della questione di legittimità. Si veda altresì Cass., sez. V, 5 luglio 2012, *Mass. Uff.*, n. 253541. Con la prima pronuncia la Cassazione ha decretato la manifesta infondatezza dell'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p., proprio in ragione dell'applicabilità nell'ordinamento interno, in base ad un'interpretazione conforme di questa norma, della regola che risulta dalla giurisprudenza europea. Appare opportuno rammentare, al riguardo, l'unanime orientamento giurisprudenziale in virtù del quale, nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma convenzionale, il giudice debba prima verificare la praticabilità di un'interpretazione conforme e solo successivamente, ove questa operazione fallisca, sollevare la questione di legittimità costituzionale. Pertanto, la declaratoria di incostituzionalità rappresenta l'*extrema ratio* e deve essere evitata in tutti i casi, come quello di specie, in cui sia possibile trovare una soluzione a livello interpretativo.

⁶⁸ In questo senso depone l'art. 598 c.p.p., che estende le regole proprie del giudizio di primo grado a quello di appello, seppure con la clausola di salvezza "in quanto applicabili", che di certo non vale ad escludere i principi del contraddittorio e dell'oralità, la cui applicazione appare ormai doverosa.

Le valutazioni finali alle quali si è giunti sono anche dettate da reiterate pronunce della Corte costituzionale⁶⁹ con le quali si riconosce la consistenza effettiva di un diritto fondamentale in singole fattispecie quale frutto di una "combinazione virtuosa" tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla Cedu, come interpretata dalla relativa Corte; l'obbligo che grava sui giudici comuni di dare alle norme interne un'interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che incombe sulla Corte costituzionale di espungere dall'ordinamento quelle norme che assicurino una tutela insufficiente rispetto a tali parametri. In secondo luogo, il Giudice delle leggi ha affermato che "il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale", effettuato tramite il ricorso dell'art. 117, comma 1, Cost., deve mirare alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti. In altri termini, è stato affermato il "principio di massima espansione delle garanzie", che tenga conto del necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, ossia con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali.

L'istituto della rinnovazione dibattimentale dev'essere considerato non in termini di eccezionalità rispetto ad un primo grado di giudizio da presumersi completo, ma quale momento istituzionalmente deputato all'esercizio, o al recupero, del diritto alla prova.⁷⁰ La costituzionalizzazione del diritto della persona accusata ad acquisire "ogni altro mezzo di prova a suo favore" esprime un livello di garanzia del diritto alla prova dell'imputato idoneo ad interferire sulla valutazione di ammissibilità della prova richiesta dalla parte privata per il giudizio di appello.⁷¹ Dunque, anche nell'ipotesi in cui gli atti non lascino trasparire carenze nel percorso argomentativo, il mezzo istruttorio indicato dev'essere acquisito *ex novo*, o replicato, nell'ipotesi in cui sia

⁶⁹ Cfr. *ex multis* C. cost. 4 dicembre 2009 n. 317, *www.cortecostituzionale.it*

⁷⁰ Gaito, Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea, 87. L'Autore sostiene come "l'anelito ad un incisivo rifacimento del giudizio porta necessariamente a strutturare pure [il giudizio d'appello] all'insegna di un cospicuo allargamento dello *spatium* concesso alle allegazioni conoscitive delle parti: donde l'idea che la reiterazione istruttoria sia da concepire come soluzione normalmente accessibile. Posta l'inaccettabilità di ingiustificate restrizioni alla dialettica processuale, il parametro di riferimento in tema di ammissione delle prove in seconda istanza è fornito non solo dalle risultanze istruttorie già acquisite, ma anche e soprattutto dalla prospettiva di mutamento della decisione impugnata".

⁷¹ Bargi, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, *Dir. pen. proc.*, 2004, 96.

ARASI / PROSCIoglimento CAPOVOLTO IN APPELLO E RINNOVAZIONE ISTRUTTORIA

capace di addurre una ricostruzione fattuale alternativa rispetto a quella accertata, provvisoriamente, nella sentenza gravata.

I principi esposti, infatti, rivestono un'importanza notevole nella materia della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in caso di condanna per la prima volta in appello.

Pertanto, l'esegesi "convenzionalmente orientata" di una norma rappresenta un passaggio indi-

spensabile nell'attività interpretativa quotidianamente operata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità al fine di assicurare la conformità del nostro ordinamento ai dettami della Cedu come espressa dalla Corte di Strasburgo. In tal modo, si può perseguire un'intima compenetrazione tra garanzie costituzionali e convenzionali evitando eventuali condanne del nostro ordinamento da parte della Corte edu.

CARLOTTA BRUSEGAN*

Dottore di ricerca – Università degli studi di Padova

Ruolo e funzioni della Consob nei procedimenti relativi all'abuso di informazioni privilegiate

Role and functions of Consob in Insider trading proceedings

Nell'attuale disciplina del Testo Unico Finanziario viene previsto un duplice ruolo della Consob in ordine agli illeciti di Abuso di informazioni privilegiate. L'indagine muove da un raffronto delle discipline che si sono succedute negli anni a partire dalla legge n. 157 del 1991 fino all'attuale versione del decreto legislativo n. 58 del 1998, concentrandosi sulla discussa compatibilità fra la funzione di Autorità irrogante la sanzione amministrativa e la successiva possibilità – riconosciuta in capo alla stessa Consob – di costituirsi parte civile per i medesimi fatti nei processi penali per *Insider trading*.

In the current regulation of the Financial Consolidated Act, Consob has a dual role regarding the Insider trading offences. The study starts from a comparison of the regulations that followed, in the last years, the law n. 157 of 1991, ending with the analysis of the current version of the legislative decree n. 58 of 1998, focusing on the debated compatibility of the functions of an Authority that imposes the administrative sanction and also has the subsequent power – recognized to Consob – to bring a civil action into the criminal proceedings, to sue for damages the guilty party eventually convicted for the same Insider trading events.

PREMESSA

La tematica che ci si propone di valutare con il presente lavoro vede coinvolta in primo piano l'attività della Commissione nazionale per le società e la borsa, organo di pubblico controllo con il compito di assolvere all'esigenza di garantire il corretto svolgersi delle attività sul mercato mobiliare e la trasparente informazione del pubblico (art. 91 t.u.f.).

Ciò che più interessa nell'economia della presente indagine è il ruolo assunto dalla Consob in relazione alla repressione degli illeciti finanziari disciplinati dal Testo Unico Finanziario (Parte V, Titolo I-bis, Capo II), più nello specifico in relazione all'abuso di informazioni privilegiate¹.

Dal 1991 ad oggi si è assistito ad un susseguirsi di modifiche normative in punto di competenze, poteri e ruoli della Commissione, fino ad arrivare

¹ Per un approfondimento in tema di Abuso di informazioni privilegiate, si rinvia ad Ambrosetti-Mezzetti-Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2012; Bartalena, *Insider trading*, *Dig. comm.*, VII, Torino, 2000, 399; Id., *Insider trading*, Colombo-Portale (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, X, Torino, 1993, 219; Bartulli, *Insider trading nel diritto penale*, *Dig. pen.*, VII, Torino, 1993, 111; Foffani, *Abuso di informazioni privilegiate*, Palazzo-Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, 712; Gianesini, *Abuso di informazioni privilegiate*, Gaito-Ronco (a cura di), *Codice ipertestuale, Leggi complementari*, Torino, 2009, 2854; Napoleoni, *Insider trading*, *Dig. pen.*, vol. A-I, Torino, 2008, 571; Seminara, *Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato: le norme della Comunitaria 2004 (II). Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, *Dir. pen. proc.*, 2006, 9; Id., *L'Insider trading nella prospettiva penalistica*, *Giur. comm.*, 1992, 637; Id., *Insider trading e diritto penale*, Milano, 1989.

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

BRUSEGAN / RUOLO E FUNZIONI DELLA CONSOB

all'assetto attuale che presenta dei profili di estrema criticità. È ben possibile, infatti, ravvisare nella disciplina odierna delle fratture con i principi che sono posti alle fondamenta del nostro sistema penal-processuale. Fratture che, sebbene presenti in misura più contenuta anche nella prima normativa di settore, con la Legge Comunitaria del 2004 sono state ampiamente acuite a causa dell'introduzione dell'illecito amministrativo di Abuso di informazioni privilegiate. È, infatti, in relazione a tale fattispecie che, come si dirà, sono state previste nuove competenze in capo alla Consob che si pongono in forte attrito con quelle già di spettanza.

LA FIGURA DELLA CONSOB DALLA L. N. 157 DEL 1991 AL TESTO UNICO FINANZIARIO DEL 1998

Prima di soffermarsi sulle questioni che vengono sollevate in relazione all'attuale disciplina che regola le funzioni della Consob in relazione agli illeciti di cui al Testo Unico Finanziario, appare corretto nell'ottica del presente articolo proporre un breve *excursus* storico in merito alle funzioni dell'Autorità partendo dalla legge 17 maggio 1991, n. 157.

La legge da ultimo citata poneva la disciplina relativa al ruolo della Consob all'art. 8. All'interno di tale norma trovava regolamentazione sia la possibilità per la Commissione di esercitare i diritti e le facoltà attribuiti dal codice penale alla persona offesa dal reato (art. 8, comma 6) sia la previsione di specifici poteri di indagine attribuiti alla stessa Autorità (art. 8, commi 1 e 5).

La disciplina dava corpo ad un sistema così strutturato: la Consob aveva la possibilità di compiere atti di verifica in relazione a possibili violazioni della normativa in materia di *Insider trading*, facendo eventualmente ricorso anche all'ausilio di pubbliche amministrazioni. Più correttamente, era concepita in capo alla Consob una vera e propria funzione istruttoria². Tale attività di indagine trovava supporto nella previsione (*ex art. 8, comma 2*) di una sanzione di tipo contravvenzionale alla luce della quale venivano puniti i comportamenti di coloro che non collaboravano o fornivano informazioni false alla Consob nella fase istruttoria.

Per garantire, poi, che le indagini preventive fossero svolte esclusivamente dalla citata Commissione era stato creato un regime *ad hoc* per la denuncia del fatto di reato di *Insider trading*. Nello specifico la denuncia di cui agli artt. 361 e 362 c.p. doveva

essere presentata esclusivamente al Presidente della Consob, derogando all'obbligo di denuncia senza ritardo al Pubblico Ministero gravante sui Pubblici ufficiali e sugli Incaricati di pubblico servizio.

In capo al Presidente della Consob, d'altro canto, era previsto dall'art. 8, comma 3 l'obbligo di rapporto nei confronti dell'Autorità giudicante: il Presidente della Commissione doveva trasmettere a quest'ultima un rapporto motivato con allegata la documentazione inerente alle indagini. Tale obbligo, però, sussisteva al verificarsi di una peculiare condizione: sorgeva solo nel caso in cui dall'attività di indagine svolta dalla Consob fossero «emersi elementi in ordine ad ipotesi di violazione» di cui all'art. 2. Questo voleva dire che l'obbligo di comunicazione all'Autorità giudicante non sussisteva immediatamente, ma sorgeva solo una volta compiuti i dovuti accertamenti da parte della Consob.

È evidente, quindi, come il legislatore del 1991 avesse concepito il ruolo della Commissione come filtro fra notizie di reato *ex art. 2, l. n. 157 del 1991* e procedimento giudiziario³. Confermava tale funzione di «filtro» il comma 5 dell'art. 8 specificando che, qualora la notizia di reato fosse stata «acquisita diversamente, l'autorità procedente» era «tenuta ad informare tempestivamente il Presidente della Consob»⁴.

Va rilevato come l'esperienza successiva al predetto impianto normativo abbia messo in luce una lacuna di tale sistema. Pur riconoscendo la correttezza della scelta di attribuire esclusivamente alla Consob la competenza di svolgere le indagini al

³ Come viene acutamente messo in rilievo da Bartulli-Romano, *Sulla disciplina penale dell'insider trading (legge 17 maggio 1991, n. 157)*, *Giur. comm.*, 1992, 674 la scelta del legislatore del 1991 di prevedere che la denuncia della notizia di reato venisse effettuata solo nei confronti del Presidente della Consob rispondeva all'esigenza, ventilata anche in sede di lavori preparatori, di garantire una sfera di riserbo alle società vista la delicatezza degli interessi coinvolti. Dello stesso avviso è Napoleoni, *Insider trading*, cit., 607 il quale precisa che in base alla l. n. 157 del 1991 era stata attribuita alla Consob «una singolare funzione di "filtro tecnico" delle *notitiae criminis*». La scelta di attribuire alla Consob questo specifico ruolo di filtro trova giustificazione anche nella previsione di cui all'art. 8 della Dir. CE del 13 novembre 1989, ove era indicato che ciascuno degli Stati membri designasse l'Autorità competente a vigilare sull'applicazione della disciplina in materia.

⁴ Per quel che riguarda i rapporti fra Consob e Autorità giudiziaria successivi alla comunicazione della notizia di reato da parte di quest'ultima alla Consob la norma non effettua alcuna precisazione. Secondo autorevole dottrina in seguito a tale comunicazione «verrà rimesso in moto il meccanismo della necessaria verifica ad opera della Commissione, disposto dalla prima parte dell'art. 8». Sarà, quindi, la Consob a dover effettuare le indagini e, nel caso in cui ravvisi la sussistenza dei presupposti di reato, una nuova comunicazione all'Autorità giudicante. Così Bartulli-Romano, *Sulla disciplina penale dell'insider trading (legge 17 maggio 1991, n.157)*, cit., 676.

² Sul punto si v. Foffani, *La nuova disciplina penale dell'insider trading e delle frodi nel mercato mobiliare*, *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1991, 947.

sorgere della *notitia criminis*⁵, alla Commissione non erano stati attribuiti poteri di indagine sufficienti⁶.

Inoltre, seppur in misura differente, già alla luce della normativa del 1991 emergevano alcune questioni ad oggi ancora aperte. Ci si riferisce alla legittimità del fatto che la stessa Autorità che svolgeva le indagini sulla *notitia criminis* potesse, poi, esercitare all'interno dell'eventuale processo penale i diritti e i poteri spettanti alla persona offesa dal reato⁷. Problematica questa che, come si dirà nei paragrafi seguenti, appare ancor più accentuata dalla normativa attuale alla luce della duplicazione della fattispecie di *Insider trading* (in illecito amministrativo oltre che penale) e dei corrispondenti ruoli attribuiti alla Consob.

(SEGUE) LA RIFORMA DETTATA DAL TESTO UNICO FINANZIARIO: UN'INVERSIONE DI TENDENZA

Con l'introduzione del Testo Unico Finanziario (d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) il legislatore italiano è intervenuto anche in merito alle funzioni e ai poteri della Consob⁸. Il ruolo dell'Autorità in esame nell'attività di accertamento e nel procedimento penale veniva delineato agli artt. 185, 186 e 187, apportando delle modifiche all'impianto previgente. Tali scelte si rivelarono non rispondenti alle esigenze che la prassi aveva messo in rilievo⁹: non solo non è

stata sanata la lacuna data dai carenti poteri di indagine attribuiti alla Consob, ma per di più sono stati ridotti i compiti ad essa spettanti¹⁰. L'art. 185 t.u.f. del 1998 nel disciplinare i poteri della Consob in materia di accertamento stabiliva che la Commissione potesse svolgere tale attività usufruendo dei «poteri ad essa attribuiti dall'ordinamento nei confronti dei soggetti sottoposti alla sua vigilanza».

Ancora, l'art. 4, comma 7 t.u.f. attribuiva alla Consob la possibilità di esercitare tali poteri al fine di cooperare con altre autorità. Nessuna disposizione legislativa dava corpo, però, alla definizione di tali poteri. L'unica precisazione fornita dal legislatore era quella di cui al comma 4 dell'art. 185 t.u.f. ove si leggeva che essi dovevano essere esercitati «nel rispetto delle disposizioni degli artt. 199, 200, 201, 202 e 203 del codice di procedura penale, in quanto compatibili».

La Consob, inoltre, manteneva la facoltà di avvalersi della collaborazione delle pubbliche amministrazioni nello svolgimento dell'attività di accertamento, come già previsto dalla l. n. 157 del 1991.

Con l'intervento del 1998 quello che cambiava, generando un conseguente disfunzionamento¹¹, era il supporto fornito all'attività della Consob. Il Testo Unico Finanziario del 1998 è intervenuto eliminando la possibilità (prima esistente) in capo alla Consob di irrogare una sanzione amministrativa in caso di mancata collaborazione in fase di indagini. In altri termini, non era stata prevista alcuna sanzione per chi non avesse risposto alle richieste della Consob di fornire informazioni.

Il ruolo che l'Autorità in esame aveva rivestito nel vigore della legge n. 157 del 1991 risultava ulteriormente svilito da altre modifiche. Nella disciplina del 1998 non era più presente la previsione di cui al vecchio art. 8, comma 1, l. n. 157 del 1991. Era ve-

⁵ In dottrina si sono dimostrati favorevoli a tale scelta legislativa Bartulli-Romano, *Sulla disciplina penale dell'insider trading (legge 17 maggio 1991, n.157)*, cit., 675; Carriero, *Informazione, mercato e buona fede: il cosiddetto insider trading*, Milano, 1992, 210; Mucciarelli, *Speculazione mobiliare e diritto penale*, Milano, 1995, 252 ss.; Seminara, *L'insider trading nella prospettiva penalistica*, cit., 656 ss.; Zannotti, *La tutela penale del mercato finanziario*, Torino, 1997, 111.

⁶ Sull'esigenza che la Consob venisse dotata di poteri d'intervento più incisivi, v. anche D'Andrea, *Insider trading e diritto penale "simbolico" un binomio da recidere?*, *Temi Romana*, 1993, 308; Santamaria, *Insider trading. Reato diabolico senza maggiori poteri alla CONSOB, Fisco*, 1993, 1129; Vassalli, *La punizione dell'insider trading*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, I, 31; Zannotti, *La tutela penale del mercato finanziario*, cit., 109.

⁷ Sul punto D'Andrea, *Insider trading e diritto penale "simbolico" un binomio da recidere?*, cit., 309.

⁸ Per dei rilievi critici in merito alla normativa introdotta col Testo Unico Finanziario del 1998 si v. Annunziata, *Le norme del nuovo regolamento CONSOB in materia di informazione societaria. Una prima lettura*, *Banca borsa*, 1999, 495; Id., *La nuova disciplina delle comunicazioni societarie al pubblico e alla Consob - Il parte, Soc.*, 1999, 520; Baglioni, *Una raccomandazione Consob sull'informativa societaria*, *Soc.*, 1998, 213.

⁹ Va precisato che lo schema di d. lgs. approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri in data 19 dicembre 1997 mirava al rafforzamento dei poteri di indagine della Consob. Cfr. *Audizione parlamentare 10 dicembre 1997 del prof. Mario Draghi davanti alla Commissione Finanza e Tesoro della Camera dei deputati*, *Giur. comm.*, 1997, I, 787.

¹⁰ La scelta del legislatore del 1998 di ridimensionare il ruolo della Consob viene criticata in dottrina. *Ex multis*, si veda Napoleoni, *Insider trading*, cit., 608; Rigotti, *L'abuso di informazioni privilegiate*, Patroni Griffi-Sandulli-Santoro (a cura di), *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, Torino, 1999, 1381.

¹¹ Sul punto Rigotti, *L'abuso di informazioni privilegiate*, Patroni Griffi-Sandulli-Santoro (a cura di), *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, cit., 1383 sottolinea come si sia creata «una clamorosa insufficienza del sistema sanzionatorio». Si veda anche Napoleoni, *Insider trading e agiotaggio su strumenti finanziari*, Lacaíta-Napoleoni-Nappi (a cura di), *Il testo unico dei mercati finanziari*, Milano, 1998, 202. In relazione al venir meno dell'apparato coercitivo, l'Autore effettua una distinzione quanto a soggetti chiamati a collaborare. I soggetti sottoposti a vigilanza potrebbero comunque essere sanzionati qualora le loro condotte rientrino nella previsione di cui agli artt. 171 e 174 t.u.f.; lo stesso non varrebbe, invece, per le altre persone informate sui fatti. Nei confronti di questi ultimi soggetti non sarebbe applicabile alcun tipo di sanzione, «onde la capacità di penetrazione del mezzo investigativo ne riesce sensibilmente illanguidita».

BRUSEGAN / RUOLO E FUNZIONI DELLA CONSOB

nuto meno, cioè, l'obbligo di denuncia delle notizie di reato esclusivamente al Presidente della Consob.

Inoltre, l'art. 186 t.u.f. interveniva sulla fase successiva, ossia quella inerente alla relazione (elaborata dalla Commissione) da comunicare all'autorità giudiziaria. Mentre ai sensi della l. n. 157 del 1991 tale relazione andava trasmessa solo qualora il Presidente avesse ravvisato nei fatti oggetto d'indagine dei presupposti di reato, con la nuova regolamentazione la documentazione d'indagine accompagnata da una relazione (che non doveva più essere "motivata") doveva essere sempre trasmessa all'autorità giudiziaria. Questo voleva dire che la comunicazione doveva aver luogo in qualsiasi caso, a prescindere dalle risultanze dell'istruttoria svolta dalla Commissione: il Presidente della Consob non godeva più di alcuna discrezionalità.

Sulla base di tali interventi di modifica, risultava svuotata anche la previsione (conforme alla vecchia disciplina) di cui all'art. 185, comma 1 t.u.f. del 1998 alla luce della quale il pubblico ministero era tenuto a comunicare alla Consob eventuali notizie di reato di cui all'art. 180 t.u.f.¹²

Per quel che riguarda, in fine, il ruolo assunto dalla Consob nel procedimento penale, il legislatore del 1998 sembra aver fatto proprie (solo in apparenza) le critiche sollevate dalla dottrina. Il problema sorto in precedenza sulla conciliabilità in capo alla stessa Commissione dell'attività di indagine e della possibilità di esercitare nel procedimento penale i poteri riconosciuti dal Codice di procedura penale alla persona offesa dal reato¹³ risulta meramente aggirato.

Con la nuova disciplina (art. 187 t.u.f.), infatti, il ruolo della Consob nel procedimento penale veniva testualmente ridotto a quello proprio degli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato, non essendo più menzionati nel Testo Unico Finanziario i poteri della persona offesa dal reato.

¹² In merito Napoleoni, *Insider trading e aggioaggio su strumenti finanziari*, cit., 201 specifica che in seguito alla modifica del ruolo della Consob intervenuta col Testo Unico Finanziario è dubbio «se la Commissione abbia conservato il pregresso ruolo di "filtro tecnico" della notizia di reato o, se sia stata piuttosto "degradata" (*absit iniuria verbis*) ad una funzione di mero "supporto tecnico" del pubblico ministero».

¹³ In senso favorevole all'eliminazione della duplicità di ruoli della Consob si esprime Rigotti, *L'abuso di informazioni privilegiate*, cit., 1387 secondo cui «la modifica ha il merito di eliminare la discutibile duplicità di ruoli della Commissione, che da organo inquirente diveniva persona offesa». L'Autore riprende il pensiero già espresso da Napoleoni, *Insider trading e aggioaggio su strumenti finanziari*, in Lacaita-Napoleoni-Nappi (a cura di), *Il testo unico dei mercati finanziari*, cit., 204 a mente del quale la riforma ha avuto il pregio di «meglio risaltare la *ratio* della "presenza" della Consob, che era e resta quella di affiancare la pubblica accusa con una voce di particolare spessore tecnico».

Come si dirà meglio nel seguito, la dottrina si mostrò molto critica sul punto, spaccandosi in due orientamenti. Infatti, pur non essendo più fatta menzione nel Testo Unico Finanziario dei poteri propri della persona offesa, essi venivano comunque attribuiti *ex art. 91 c.p.p.* agli enti e alle associazioni titolari di interessi lesi dal reato, fra le quali abbiamo visto rientrare espressamente anche la Consob.

LE FUNZIONI DELLA CONSOB IN RAPPORTO AGLI ILLECITI DI *INSIDER TRADING* NELL'ATTUALE TESTO UNICO FINANZIARIO

Venendo ora alla disciplina attuale è necessario far riferimento alle modifiche apportate al d. lgs. n. 58 del 1998 dalla legge 18 aprile 2005, n. 62, tenendo a mente che i poteri della Consob sono oggi disciplinati dal Capo IV, Titolo I-bis, Parte V del Testo Unico Finanziario¹⁴.

L'art. 187 *octies* t.u.f. delinea nel dettaglio quelli che sono i poteri spettanti alla Commissione. In primo luogo essa è competente a svolgere attività di vigilanza sull'osservanza delle disposizioni di cui al Titolo I-bis. Il comma 2, poi, attribuisce alla predetta Autorità il compito di svolgere gli atti di accertamento necessari in caso di violazione delle disposizioni predette. Tale attività potrà essere realizzata avvalendosi dei poteri che sono attribuiti alla Consob dallo stesso Testo Unico Finanziario e puntualmente elencati ai commi 3 ss. dell'art. 187 *octies* t.u.f..

Nell'effettuare tale elencazione il legislatore del 2005 sembra aver tenuto conto dei rilievi critici sollevati dalla dottrina in merito all'intervento del 1998 che aveva ridotto (anziché incrementare) l'incisività dell'attività di indagine della Consob, svuotandola dei poteri a ciò necessari. Ad oggi, infatti, la Commissione può servirsi anche di strumenti e metodi particolarmente incisivi, quali ispezioni, perquisizioni e sequestri nei modi e con le autorizzazioni specificatamente indicati.

L'art. 187 *decies* t.u.f. disciplina, invece, i rapporti fra autorità giudiziaria e Consob. Il comma 1 di tale articolo richiama alla mente la vecchia previsione di cui all'art. 8, comma 5, l. n. 157 del 1991: il Pubblico ministero deve informare "senza ritardo" il Presidente della Consob di eventuali notizie di reato di cui al Capo II (ove è collocata la norma sull'*Insider trading*).

¹⁴ Si segnalano sul punto Rigotti, *Procedure Consob per l'irrogazione delle sanzioni in materia di market abuse*, *Riv. società*, 2005, 956; Rordorf, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, *Soc.*, 2005, 7, 813.

Anche al comma 2 torna un evidente richiamo alla normativa del 1991. È previsto, infatti, che il Presidente della Consob trasmetta la documentazione raccolta durante le indagini al Pubblico ministero, accompagnandola con una "relazione motivata". Oltre a ripresentarsi il requisito della motivazione (cancellato dal legislatore del 1998), compare nuovamente il riconoscimento di un margine di discrezionalità in capo al Presidente della Consob. Quest'ultimo, invero, dovrà trasmettere gli atti solo nel caso in cui «emergano elementi che facciano presumere l'esistenza di un reato».

È stato, inoltre, correttamente ripristinato anche un apparato sanzionatorio diretto a rafforzare l'attività di indagine della Consob. L'art. 187 *quinquiesdecies* t.u.f. prevede l'applicabilità di una sanzione amministrativa pecuniaria posta a tutela dell'attività di vigilanza della Consob e inerente ai comportamenti di inottemperanza alle richieste della Commissione stessa o che vadano a ritardare l'esercizio delle sue funzioni¹⁵.

Appare evidente, dunque, come nel 2005 sia stato posto in essere un nuovo *revirement* legislativo. Se nel 1998 erano stati cancellati determinati compiti e funzioni in capo alla Consob, con la l. n. 62 del 2005 sembra essere stato ripristinato e rafforzato l'assetto predisposto nel 1991.

LA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE DELLA CONSOB NEI PROCEDIMENTI PENALI PER ABUSO DI INFORMAZIONI PRIVILEGIATE

Nell'intervento legislativo del 2005, è possibile ravvisare l'intento di porre fine ad una questione da tempo discussa in dottrina, ossia quella inerente alla natura delle facoltà di intervento nei procedimenti penali per *Insider trading* da parte della Consob.

Come si è già detto, nel vigore della vecchia disciplina, il riferimento normativo era fornito dall'art. 187 t.u.f.. In relazione a questa disposizione non vi era una posizione interpretativa unanime in dottrina. Alcuni autori¹⁶ ritenevano che tale norma non avesse valore costitutivo. Si sarebbe trattato, cioè, di una previsione che si limitava a legittimare *ex lege* la Consob alla facoltà di intervento. Altri¹⁷, invece,

reputavano che, implicitamente, il legislatore all'art. 187 t.u.f. avesse voluto attribuire alla Consob la possibilità di costituirsi parte civile in quanto soggetto offeso dal reato.

Con la riforma del 2005 il panorama normativo di riferimento è mutato profondamente. Attualmente, le facoltà della Consob nel procedimento penale sono disciplinate dall'art. 187 *undecies* t.u.f.. Il comma 1 (richiamando la previsione del vecchio art. 187 t.u.f.) attribuisce alla Commissione la possibilità di esercitare nel procedimento penale «i diritti e le facoltà attribuite agli enti e alle associazioni rappresentative di interessi lesi dal reato»¹⁸. Testualmente, tale possibilità viene accordata alla Consob nei procedimenti per i reati previsti dagli artt. 184 e 185 t.u.f., ossia, rispettivamente, per i reati di Abuso di informazioni privilegiate e di Manipolazione del mercato.

È il comma 2 dell'art. 187 *undecies* t.u.f. ad aver risolto la questione di cui sopra, prevedendo espressamente la possibilità per la Consob di costituirsi parte civile e chiedere il risarcimento del danno eventualmente subito. Si tratta di una novità di estremo rilievo, soprattutto tenendo in considerazione quanto detto in relazione alla situazione *ante* riforma¹⁹.

(SEGUE) LE POSSIBILI FIGURE DI DANNO RISARCIBILI ALLA CONSOB IN RELAZIONE ALLA SUA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE

Dopo aver fatto cenno all'attuale disciplina normativa e alla possibilità che la Consob si possa costituire parte civile nei procedimenti penali per Abuso di informazioni privilegiate *ex art. 187 undecies* t.u.f.²⁰,

¹⁸ Per dei riferimenti di diritto intertemporale si v. in giurisprudenza Cass., sez. V, 20 gennaio 2010, n. 8588, *Cass. pen.*, 2010, 9, 3240 e *Guida dir.*, 2010, 19, 82 a mente della quale la Consob «può richiedere una somma a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, solo con riferimento ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore dell'art. 9, l. 18 aprile 2005 n. 62». *Contra* Trib. Milano, 28 maggio 2011, *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

¹⁹ Sulle modifiche derivanti dal nuovo disposto del comma 2 dell'art. 187 *undecies* t.u.f., si v. Amati, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, 423; Garbagnati, *L'azione civile nel giudizio penale de societate*, Cerqua (a cura di), *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali*, II, Padova, 2009, 1200 ss.; Tripodi, *La Consob e gli abusi di mercato*, Sgubbi-Fondaroli-Tripodi (a cura di), *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, 186 ss.

²⁰ In merito all'attuale formulazione di tale articolo, giurisprudenza e dottrina si sono più volte espresse in relazione ai diritti da esso attribuiti alla Commissione. Si ritiene ad oggi che la Consob possa agire solamente a tutela dei diritti, sul rispetto dei quali essa stessa ha il compito di vigilare in quanto ente garante dell'integrità del mercato. In questo modo, quindi, la Consob non viene assimilata ad un ente esponenziale in senso proprio: essa non si surrogerebbe ad altri soggetti eventualmente dan-

¹⁵ Si noti, inoltre, che l'art. 170 t.u.f. predispone una tutela di natura penale per chiunque ostacoli le funzioni di vigilanza della Consob.

¹⁶ In tal senso, *ex multis*, si esprime Vassalli, *La punizione dell'insider trading*, cit., 31.

¹⁷ Di tale avviso Conti, *Profili penalistici del testo unico dell'intermediazione finanziaria*, *Dir. pen. proc.*, 1998, 560; Galli, *Insider trading: un primo commento*, *Giur. comm.*, 1991, 971 ss.

BRUSEGAN / RUOLO E FUNZIONI DELLA CONSOB

si tratterà ora delle tipologie di danni risarcibili alla Commissione stessa in tal sede.

Dottrina e giurisprudenza si sono soffermate ripetutamente sulla questione, arrivando a delle conclusioni pressoché unanimi. Vengono individuate tre tipologie di danno, delle quali (rifacendoci ai principi di natura civilistica) una di natura patrimoniale e due di natura non patrimoniale.

La prima fattispecie di danno si sostanzia nei costi che la Consob ha dovuto sopportare in conseguenza alla commissione del fatto di reato. Si tratta, ovviamente, di un danno di natura patrimoniale riconducibile al dettato dell'art. 2043 c.c.. Il "danno ingiusto" subito dall'Autorità è dato dai costi delle funzioni dalla stessa attivate in seguito alla commissione del reato. L'ammontare del danno si concretizzerebbe, dunque, nella somma delle spese sostenute dalla Commissione, dovute all'impiego di persone e mezzi diretti ad accertare la sussistenza del fatto oggetto della *notitia criminis*.

Si sente l'esigenza di evidenziare, però, che le attività di accertamento e vigilanza svolte dall'Autorità rientrano fra i suoi compiti istituzionali. Nello specifico, costituiscono funzioni che trovano il loro fondamento in norme di legge che, oltre ad attribuire dei poteri, delineano quelli che sono i doveri della stessa Consob.

Sulla base di questi presupposti critici, le conclusioni alle quali giunge la giurisprudenza sono per alcuni aspetti differenti.

Secondo parte della giurisprudenza²¹, che trova il consenso di chi scrive, sarebbe errato ritenere che l'espletamento di siffatte attività costituisca la base per riconoscere il risarcimento di un danno. Tali funzioni devono essere svolte dalla Consob perché previste dalla legge come doveri istituzionali e il dispiego dei mezzi a ciò necessari sarebbe una naturale conseguenza delle disposizioni di legge. Non appare corretto imputare all'autore di un fatto di reato le spese sostenute per porre in essere un'attività che deve essere svolta istituzionalmente.

neggiati, ma agirebbe *iure proprio*. Sul punto cfr. Bellini, *Risarcimento per danno all'integrità del mercato e all'immagine della Consob*, *Danno e Resp.*, 2007, 7, 796 ss.; Bruno, *Una nuova frontiera per la tutela del mercato: il risarcimento del danno non patrimoniale per la Consob*, *Danno e Resp.*, 2010, 221; Bruno-Rozzi, *La Market Abuse Directive e la tutela della Consob: il risarcimento alla Commissione in caso di agiotaggio*, *Corriere giur.*, 8, 2007; Seminara, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, *Dir. pen. e proc.*, 2006, 19; Sorgato, *"Insider trading": pene accessorie e costituzione di parte civile*, *Dir. e prat. soc.*, 2007, 21, 82 ss.

²¹ È di questo avviso il Tribunale di Milano, così come messo in evidenza nella nota di Sorgato, *"Insider trading": pene accessorie e costituzione di parte civile*, cit., 84.

Un altro filone giurisprudenziale²², invece, arriva a conclusioni differenti. Viene sostenuto, innanzitutto, che pur essendo vero che le funzioni di vigilanza e accertamento sono di natura istituzionale, in seguito alla commissione di un reato di cui al Capo II, Titolo I-bis, Parte V del Testo Unico Finanziario tali funzioni subiscono una deviazione patologica che non si sarebbe altrimenti verificata. Ciò che dovrebbe essere risarcito, quindi, non è il costo sostenuto per lo svolgimento di attività fisiologiche, ma quello per l'espletamento di attività patologiche. Il danno si sostanzierebbe, dunque, nel risarcimento dei costi sostenuti dalla Consob in relazione alle attività poste in essere in risposta al comportamento delittuoso.

Contra, sembra possibile obiettare che anche questo genere di attività rientrerebbe fra i compiti riconosciuti dalla legge alla Consob, la quale non deve limitarsi ad operare in situazioni di normale andamento dei mercati finanziari. La commissione del reato diviene, quindi, mero presupposto per l'attivazione di peculiari funzioni dell'Autorità stessa. Inoltre, il risarcimento di questa tipologia di danno assumerebbe una funzione assai discutibile. Attraverso il meccanismo risarcitorio, infatti, verrebbe trasferito in capo all'autore del fatto di reato il costo sostenuto per l'attivazione del procedimento di reazione al compimento dell'illecito.

Le altre due tipologie di danno rientrano nella categoria dei danni non patrimoniali, così come disciplinati dall'art. 2059 c.c..

Una prima ipotesi viene individuata da quegli Autori che riconosco in capo alla Consob la titolarità di interessi lesi dal reato, partendo dall'assimilazione della sua posizione a quella della persona offesa dal reato. A tal proposito viene richiamato un principio di carattere generale secondo cui è ipotizzabile una lesione dello scopo sociale dell'ente²³.

²² Espressione di tale corrente è la pronuncia del Trib. Milano, sez. pen. I, 21 dicembre 2006, *Danno e resp.*, 2007, 7, 791 ss. con nota di Bellini e *Corriere giur.*, 2007, 8, 1133 con nota di Bruno-Rozzi.

²³ Nello specifico si fa riferimento ad un'importante pronuncia: Cass., sez. III, 9 luglio 1996, n. 8699, secondo cui qualora dal reato sia derivata «una lesione di un diritto soggettivo inerente allo scopo specifico perseguito» è «ipotizzabile la lesione del diritto della personalità dell'ente e la conseguente facoltà [...] di agire per il risarcimento dei danni morali e materiali relativi all'offesa, diretta ed immediata, dello scopo sociale [...]». Si v. anche Trib. Milano, 25 ottobre 2006, n. 10580, *Dir. e prat. soc.*, 2007, 14-15, 67 e *Corriere mer.*, 2007, 767, a mente del quale è individuato nella Consob «il soggetto legittimato a far valere la pretesa risarcitoria, in quanto ente istituzionalmente preposto a ripristinare l'integrità del mercato lesa dal fatto delittuoso». In senso conforme anche Trib. Milano, 27 marzo 2006, *Giur. di Merito*, 2008, 9, 2291. *Contra*, in dottrina, Sgubbi-Fondaroli-Tripodi, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, 186 ss.; Ror-

Fra i fini istituzionali della Consob, infatti, rientra a pieno titolo la tutela dell'interesse all'integrità e all'efficienza del mercato finanziario; interesse che verrebbe leso dal reato di *Insider trading*, come è confermato anche dalla dottrina maggioritaria, la quale individua nel regolare e corretto funzionamento del mercato il bene giuridico tutelato dagli artt. 184 e 187 *bis* t.u.f.²⁴.

La Consob, quindi, subirebbe un danno diretto ed immediato all'interesse sotteso alle sue funzioni istituzionali e, per questo motivo, risulterebbe pienamente legittimata alla richiesta di risarcimento. Viene sostenuto, per di più, che l'esistenza del danno stesso è conseguenza normale del reato e non necessita di una prova specifica, alla luce del rapporto di continenza fra bene giuridico tutelato e missione istituzionale dell'ente²⁵.

Strettamente connessa alla logica di questa figura è la terza tipologia di danno, anche in questo caso di natura non patrimoniale. Il ragionamento muove, però, da un assunto differente. Ci si basa sulla considerazione generale secondo cui se un soggetto è stato in grado di porre in essere un reato lesivo del regolare andamento del mercato, emergerebbe, quale naturale conseguenza, che la Consob non ha saputo esercitare in modo efficace il proprio ruolo di garante.

La condotta penale, cioè, arrecherebbe un danno alla Consob dal momento che andrebbe ad ingenerare nel pubblico la percezione di un'Autorità inefficiente nelle proprie funzioni di vigilanza²⁶. A tal proposito, in dottrina e giurisprudenza si parla di danno da discredito istituzionale, risarcibile in

via equitativa in quanto assimilabile alla figura del danno all'immagine.

Questa tipologia di pretesa risarcitoria, trasposta nel nostro ordinamento per il tramite dell'art. 187 *undecies* t.u.f., troverebbe riscontri normativi in ordinamenti diversi da quello italiano. La dottrina²⁷ ritiene, infatti, che attraverso l'art. 187 *undecies* t.u.f. è stata introdotta nel nostro ordinamento una fattispecie risarcitoria tipica del mondo giuridico nordamericano. Viene richiamata a tal proposito la figura dei c.d. danni punitivi²⁸, posto che non sarebbe altrimenti giustificabile il riconoscimento di una pretesa risarcitoria che fonda le sue ragioni in un danno non lesivo del patrimonio del richiedente il risarcimento quanto, invece, in un danno lesivo dell'integrità del mercato.

LA FUNZIONE PARAGIUDIZIALE DELLA CONSOB: NOTIZIONI CRITICHE

Da quanto detto in precedenza è chiaro come la testuale legittimazione della Consob a costituirsi parte civile operata dal legislatore del 2005 rispondesse alle sollecitazioni provenienti dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Questa novità normativa, pur permeata dal lo-devole spirito di porre fine ad un'annosa questione, apre a delle riflessioni di diversa natura²⁹. Se da un lato va a colmare la lacuna presente nella disciplina dettata dal Testo Unico Finanziario previgente, dall'altro sembra far riemergere (addirittura amplificandole) delle questioni già note alla dottrina nella vigenza della l. n. 157 del 1991. Pertanto, pur essendo stato sorretto dall'intento di risolvere la *querelle* inerente alla discussa legittimazione della Consob a svolgere il ruolo di parte civile nel procedimento

dorf, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, cit., 813.

²⁴ In senso critico si esprime, Mucciarelli, *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, *Dir. pen. proc.*, 2006, 140. L'A. specifica la peculiarità del fatto che sia attribuito alla Consob un «ristoro patrimoniale per un fatto che si ipotizza lesivo non certo del suo specifico patrimonio, bensì di un'entità astratta quale l'integrità del mercato».

²⁵ In giurisprudenza si v. Trib. Milano, 24 aprile 2008, *Foro Ambrosiano*, 2008, 201; Trib. Milano, 26 febbraio 2007, *Foro Ambrosiano*, 2007, 41. In senso contrario, Trib. Milano, 23 gennaio 2007, *Dir. e prat. soc.*, 2007, 14-15, 67.

²⁶ Sembra scontrarsi con la risarcibilità del danno predetto il fatto che la giurisprudenza riconosca in capo alla Consob la responsabilità ex art. 2043 c.c. per aver mal vigilato sul corretto funzionamento dei mercati. Risulterebbe illogico risarcire la Commissione per un danno derivante da un fatto che genera a sua volta una responsabilità per la Consob stessa. Si v. Cass., sez. III, 9 gennaio 2011, n. 6681, a mente della quale «la norma dell'art. 2043 c.c. è applicabile anche alla Consob, in quanto si pone come limite esterno alla sua attività discrezionale; l'illecito civile ad essa addebitabile per omessa vigilanza del mercato finanziario segue le comuni regole del codice civile [...]». In senso conforme, Cass., sez. I, 14 febbraio 2001, n. 3132; Cass., sez. un., 2 maggio 2003, n. 6179.

²⁷ Si veda sul punto, Foladore, *Il caso UNIPOL e la nuova disciplina dell'insider trading*, *Corriere mer.*, 2006, 778; Mucciarelli, *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, cit., 140; Rordorf, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, cit., 818. In giurisprudenza, si veda Cass., sez. V, 20 gennaio 2010, n. 8588, *Guida dir.*, 2010, 19, 82.

²⁸ Sul concetto di «danni punitivi» e sulla loro discussa ammissibilità nel nostro ordinamento, cfr. Ponzanelli, *I danni punitivi*, *Nuova giur. comm.*, 2, Padova, 2008.

²⁹ Sul punto si veda Napoleoni, *Insider trading*, cit., 607, il quale sottolinea che il «*punctum pruriens*, al riguardo, è costituito segnatamente dal ruolo e dai poteri che – nell'attività investigativa prima e processuale poi – meritano di essere riconosciuti alla Consob: giacché, se da un lato è convinzione corrente [...] che l'efficacia dell'intervento repressivo non possa prescindere da un pregnante coinvolgimento dell'Autorità di vigilanza dei mercati [...]; dall'altro lato, però, vi è il timore che, col procedere troppo oltre su tale via, si realizzi una inopportuna (anche sul piano costituzionale) erosione del (già traballante) «primato della giurisdizione»».

BRUSEGAN / RUOLO E FUNZIONI DELLA CONSOB

penale, il risultato ottenuto del legislatore del 2005 non è condivisibile sotto altri profili.

Per meglio comprendere siffatte problematiche giova muovere da un dato storico del quale si è dato conto in precedenza. Già all'epoca della l. n. 157 del 1991 si discuteva della bontà della scelta legislativa di accorpate in un unico soggetto (la Consob) il ruolo di autorità investigativa e di soggetto abilitato all'esercizio dei diritti e della facoltà proprie della parte civile nel processo penale. Veniva rilevato, infatti, come non fosse frutto di una consapevole tecnica legislativa la riunione in capo alla stessa Commissione di due ruoli antitetici.

Il legislatore del 2005 ribadendo a chiare lettere la possibilità in capo alla Consob di costituirsi parte civile sembra non aver tenuto in debito conto questa problematica, alla quale, per altro, aveva timidamente provato a porre rimedio il legislatore del 1998.

Come se ciò non bastasse, a questo quadro d'insieme deve aggiungersi un dato ulteriore, che porta ad acuire le critiche già sollevate in precedenza. Il legislatore del 2005, infatti, pare essersi ciecamente basato sul contesto normativo elaborato nel 1998, senza considerare le modifiche strutturali di estremo rilievo che egli stesso andava introducendo con la l. n. 62 del 2005.

È bene ricordare che, prima della Legge Comunitaria 2004, l'art. 180 t.u.f. disciplinava la fattispecie di Abuso di informazioni privilegiate esclusivamente come ipotesi delittuosa. È solo con la citata legge che viene inserito *ex novo* nel nostro sistema l'illecito amministrativo di *Insider trading* all'art. 187 *bis* t.u.f.. Elemento quest'ultimo che le precedenti elaborazioni dottrinali non potevano evidentemente tenere in considerazione, ma che avrebbe dovuto aver ben in mente il legislatore che l'ha introdotto.

Oltre ad aver riunificato in modo discutibile nella figura della Consob il ruolo di parte civile e quello di Autorità competente a svolgere le indagini sulla *notitia criminis*, il legislatore del 2005 ha compiuto un passo ulteriore, in evidente attrito con il principio di separazione delle funzioni. Egli, infatti, all'art. 187 *septies* t.u.f. ha espressamente previsto che spetti alla Consob stessa l'applicazione delle sanzioni amministrative³⁰ in caso di violazione dell'art. 187 *bis* t.u.f..

³⁰ Sul punto Napoleoni, *Insider trading*, cit., 606. L'Autore specifica che l'articolo suddetto «contempla una speciale procedura per l'applicazione delle sanzioni amministrative in tema di abuso di mercato». Tale procedura appare differente sia da quella ex l. n. 689 del 1981 sia da quella disposta dall'art. 195 t.u.f. per l'applicazione delle altre sanzioni amministrative contemplate nel t.u.f.. Per un approfondimento sui profili maggiormente problematici riguardanti il procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob cfr. Troise Mangoni, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione*

Si viene a creare, così, una struttura che addirittura aggrava la discussa riunione di ruoli suddescritta. La Commissione, infatti, sarà anche l'Autorità competente a giudicare in prima istanza degli illeciti amministrativi.

È proprio dal confronto fra l'art. 187 *undecies* t.u.f. e l'art. 187 *septies* t.u.f. che emerge un profilo di natura processuale che non deve essere sottovalutato³¹. In capo alla Consob è possibile che si verifichi una peculiare sovrapposizione di ruoli: da un lato essa andrebbe a rivestire il ruolo di parte civile nel procedimento penale, dall'altro ad assumere la posizione di autorità giudicante in relazione all'illecito amministrativo di *Insider trading*.

Come suddetto, l'esplicita legittimazione alla costituzione di parte civile, introdotta nel 2005 all'art. 187 *undecies* t.u.f., ha risolto un'infelice espressione presente nella vigenza della precedente disciplina. Non essendoci univocità di vedute sul punto, si sentiva l'esigenza di chiarire e potenziare il ruolo della Consob nei processi inerenti a vicende turbative del mercato. Tutto questo, però, si inseriva in un contesto normativo profondamente diverso dall'attuale. Differenza data dal fatto che oggi il nostro ordinamento non conosce più solo l'ipotesi delittuosa di *Insider trading*, ma anche il corrispondente illecito amministrativo, del giudizio sul quale è stata incaricata proprio l'Autorità di cui si parla.

Il legislatore del 2005, nel duplice intento, da un lato, di potenziare il ruolo della Consob e risolvere la *querelle* sulla sua costituzione come parte civile e, dall'altro, di seguire le indicazioni comunitarie (Direttiva 2003/6/CE) di depenalizzazione delle

sanzionatoria, Milano, 2012; Romagnoli, *Consob. Profili e attività*, Torino, 2012.

³¹ In relazione alle criticità relative al ruolo della Consob si v. anche Corte e.d.u., sez. XII, 4 marzo 2014, *Grande Stevens* e altri c. Italia. In tale pronuncia i Giudici di Strasburgo contribuiscono a mettere in luce la forte discrepanza fra quanto previsto dalla Convenzione dei diritti fondamentali e l'operare della Consob. Nello specifico è di rilievo richiamare due ordini di considerazioni svolte dalla Corte stessa. La prima attiene alla violazione dell'art. 6, par. 1 della Convenzione. Si legge, infatti, che «la procedura davanti alla Consob non soddisfa tutte le esigenze dell'articolo 6 della Convenzione, in particolare per la parte che concerne l'uguaglianza delle armi tra accusa e difesa e la necessità di tenere un'udienza pubblica che permetta un confronto orale». Ancora, viene evidenziata anche una violazione dell'art. 7 della Convenzione sulla base, per altro, di quanto precedentemente sostenuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (caso *Spector Photo Group*). Quest'ultima, infatti, afferma che le sanzioni amministrative contro i comportamenti abusivi inerenti ai mercati finanziari siano «susceptibili, ai fini dell'applicazione della Convenzione dei diritti fondamentali, di essere qualificate alla stregua di sanzioni penali». Questo fa sì che costituisca violazione del principio di *ne bis in idem* l'avvio di un procedimento penale per una condotta che abbia già costituito oggetto di sanzione amministrativa ai sensi del t.u.f..

condotte dotate di minor disvalore, ha creato un sistema che presenta una forte incongruenza al suo interno: possono verificarsi, infatti, dei casi in cui la stessa Commissione va ad assumere vesti fra loro incompatibili.

La possibilità prevista dall'art. 187 *undecies* t.u.f. che quest'ultima si costituisca parte civile mal si concilia con la disciplina inerente al procedimento amministrativo (art. 187 *septies* t.u.f.). La Consob, infatti, in quest'ultimo ambito ha il ruolo di istruire e giudicare i fatti di *Insider trading*, in quanto rientranti nella sua competenza. È l'art. 187 *septies* t.u.f. a prevedere che le sanzioni amministrative di cui all'art. 187 *bis* t.u.f. siano applicate dalla Consob «con provvedimento motivato, previa contestazione degli addebiti agli interessati». Nell'applicare la sanzione amministrativa, inoltre, la Commissione dovrà tenere in debito conto le deduzioni eventualmente presentate dai soggetti interessati entro il termine di trenta giorni.

Il comma 2 effettua un'importante precisazione, richiamando la vigenza dei principi che reggono il procedimento penale (su tutti, quello del contraddittorio) e disponendone l'applicabilità nella procedura sanzionatorio-amministrativa retta dalla Consob³².

Da quanto detto, è evidente come la Consob abbia veri e propri poteri sanzionatori, svolgendo il ruolo di "organo giudicante" in prima istanza per quel che riguarda l'illecito amministrativo ex art. 187 *bis* t.u.f.. Sembra, quindi, incontestabile come questo sistema vada a ledere la terzietà nel processo amministrativo, come sottolineato anche da autorevole dottrina³³.

Questa duplicità di ruoli produce, infatti, notevoli problemi pratici. Nel procedimento amministrativo il materiale istruttorio viene raccolto dalla Consob. Quest'ultima, però, come si evince chiaramente dall'art. 187 *undecies* t.u.f., potrà costituirsi parte civile nel corrispondente processo penale.

³² Viene acutamente rilevato da autorevole dottrina che «la concentrazione in capo al medesimo organismo amministrativo» (Consob) «di poteri regolamentari, investigativi e sanzionatori non manca di generare delicati problemi di rispetto del principio di separazione delle funzioni, del diritto al "giusto processo" e del diritto di difesa». Per tale motivo, il legislatore ha inserito nell'art. 187 *septies* t.u.f. la previsione di cui al comma 2; si tratta, però, di «un'enunciazione "di massima", la cui concretizzazione viene peraltro lasciata alla stessa Autorità di vigilanza». Così si esprime Napoleoni, *Insider trading*, cit., 606-607.

³³ In senso critico rispetto alla duplice posizione assunta dalla Consob con la nuova normativa si esprimono Mucciarelli, *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, cit., 140 ss.; Seminara, *Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato: le norme della Comunitaria 2004 (II). Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, cit., 19; Foladore, *Il caso UNIPOL e la nuova disciplina dell'insider trading*, cit., 778.

Ove da una medesima *notitia criminis* emerga la commissione sia dell'illecito penale che di quello amministrativo, si svilupperebbero due procedimenti paralleli: uno (quello penale) di competenza dell'autorità giudiziaria vera e propria e uno (quello amministrativo) di competenza della Consob³⁴. A sua volta la Commissione potrebbe scegliere di costituirsi parte civile nel procedimento penale.

Da ciò sembra derivare un risultato quasi paradossale: il materiale di indagine, raccolto dalla Consob in fase preliminare, verrebbe utilizzato nel procedimento in cui uno dei soggetti che ha partecipato alla sua acquisizione (Consob) andrebbe ad assumere la veste di persona offesa, prima, e parte civile, poi.

Inoltre, nel procedimento amministrativo vi sarebbe piena coincidenza fra soggetto che svolge le indagini preliminari e soggetto giudicante in primo grado: tali attività sarebbero, infatti, svolte sempre ed esclusivamente dalla Consob.

A questi dati, va ad aggiungersi un elemento ulteriore dato dall'eventuale richiesta risarcitoria che può presentare la Consob in qualità di parte civile. La Commissione potrebbe richiedere il risarcimento del danno patrimoniale da essa subito e derivante dalle spese sostenute per svolgere la sua attività di indagine (precisamente quelle inerenti al dispiego di mezzi, economici e non, utilizzati nello svolgimento dell'attività istruttorio).

Appare, quindi, evidente la sussistenza di un'ulteriore forte incongruenza nel sistema così come attualmente delineato dal nostro legislatore. Sembrerebbe, infatti, che qualora il Giudice accogliesse la richiesta risarcitoria la Consob verrebbe rifiuta delle spese da essa stessa sostenute in sede di indagine, oltre a quelle eventualmente sostenute in veste di Autorità giudicante dell'illecito amministrativo.

Il doppio (*rectius*, triplo) ruolo svolto dalla Consob in relazione agli illeciti di Abuso di informazioni privilegiate si dimostra così molto più complesso di come possa apparire ad una prima lettura. Ciò sembra legittimare – in prospettiva *de iure condendo* – una necessaria rivisitazione di tale materia con la quale vengano meglio definiti i ruoli della Consob evitando le sovrapposizioni oggi presenti nei procedimenti per *Insider trading*.

³⁴ In merito alla possibilità che si instaurino due procedimenti per il medesimo fatto, va precisato che il legislatore ha optato per renderli pienamente indipendenti l'uno dall'altro (art. 187 *duodecies* t.u.f.). Questa scelta, pur rispondendo ad esigenze di celerità, porta con sé l'inevitabile rischio del contrasto di giudizi. Sul punto si v. Napoleoni, *Insider trading*, cit., 609-610.

INDICI / INDEX

AUTORI / AUTHORS

Teresa Alesci

La competenza funzionale all'emissione del mandato d'arresto europeo processuale / *The competence to issue a European arrest warrant* 109

Simona Arasi

Proscioglimento capovolto in appello e rinnovazione istruttoria / *Acquittal overturned on appeal and renewal inquiry* 140

Carlotta Brusegan

Ruolo e funzioni della Consob nei procedimenti relativi all'Abuso di informazioni privilegiate / *Role and functions of Consob in Insider trading proceedings* 152

Arturo Capone

Autosufficienza del ricorso e specificità dei motivi in Cassazione / *The meaning of the self-sufficiency principle in the Cassation Appeal* 60

Marcello D'Aiuto

È coniugabile il principio di immediatezza con il giudizio di secondo grado? / *The principle of the immutability of the Court in the appeal judgement* 95

Francesca Delvecchio

Corte costituzionale 42

Alessandro Diddi

Sezioni Unite 46

Carlo Fiorio

Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo / *Prison Law and European Court of Human Rights* 119

Rossella Fonti

Novità legislative interne / *National legislative news* 9

Armando Macrillò

Nuovi casi di abnormità "funzionale" nell'attività giurisdizionale di controllo sulla richiesta di archiviazione / *New cases of invalid control over the prosecutor request to be authorized to drop the case* 72

Marta Mengozzi

Intercettazioni casuali del Capo dello Stato / *Random telephone tapings of the Head of State* 131

Roberto Puglisi

Quali rimedi contro l'illegittimo diniego di giudizio abbreviato non condizionato? / *How to react against the wrongful denial of summary judgment not conditioned?* 87

Gioia Sambuco

De jure condendo 23

Metello Scaparone

Prove a difesa e motivazione implicita / *Evidence for the defence and untold reasons of conviction* 1

Alessio Scarcella

Corti europee / *European courts* 26

Pietro Zoerle

Novità sovranazionali / *Supranational News* 17

PROVVEDIMENTI/MEASURES

Corte costituzionale

sentenza 10 aprile 2014, n. 90 45

ordinanza 15 aprile 2014, n. 96 43

sentenza 21 maggio 2014, n. 135 42

Corte di cassazione – Sezioni Unite penali

sentenza 28 novembre 2013, n. 2850 101

sentenza 30 gennaio 2014, n. 4319 68

sentenza 14 aprile 2014, n. 16208 50

sentenza 5 maggio 2014, n. 18292 50

sentenza 7 maggio 2014, n. 18821 46

sentenza 7 maggio 2014, n. 18822 48

Corte di cassazione – Sezioni semplici

Sezione III, sentenza 30 ottobre 2013, n. 50928 94

Sezione II, sentenza 5 novembre 2013, n. 1401 55

Sezione I, sentenza 8 gennaio 2014, n. 348 81

Corte europea dei diritti dell'uomo

27 marzo 2014, *Matytsina c. Russia* 26

29 aprile 2014, *Natsolishvili e Togonidze c. Georgia* 26

15 maggio 2014, *Mavric c. Slovenia* 26

8 aprile 2014, *Marro e altri c. Italia* 31

15 aprile 2014, *Asalya c. Turchia* 31

22 aprile 2014, *G.C. c. Italia* 31

27 maggio 2014, *Rumor c. Italia* 31

20 maggio 2014, *Glantz c. Finlandia* 35

20 maggio 2014, *Hakka c. Finlandia* 35

20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia* 35

20 maggio 2014, *Pirttimaki c. Finlandia* 35

27 maggio 2014, *Margus c. Croazia* 35

Corte di giustizia dell'Unione europea

8 aprile 2014, Cause riunite C-293/12 e 594/12 41

27 maggio 2014, C-129/14 PPU, *Zoran Spavic* 35

Atti sovranazionali

Direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'unione europea 17

Norme interne

Decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 39 di attuazione della Direttiva 2011/93/UE, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI 9

INDICI / INDEX

| | |
|---|-----|
| Legge 28 aprile 2014, n. 67 «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili»..... | 10 |
| Legge 16 maggio 2014, n. 79 conversione con modificazioni del decreto-legge 20 marzo 2014, n. 36..... | ??? |

De jure condendo

| | |
|--|----|
| Disegno di legge S. 595 «Disposizioni in materia di soppressione dei tribunali per i minorenni, nonché disposizioni in materia di istituzione di sezioni specializzate per la famiglia e per i minori presso i tribunali e le corti d'appello e di uffici specializzati delle procure della Repubblica presso i tribunali» | 23 |
| Disegno di legge S. 1352 «Norme sull'ordinamento penitenziario minorile e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà nei confronti dei minorenni, nonché modifiche al codice penale in materia di pene e di sanzioni sostitutive per i soggetti che hanno commesso reati nella minore età» | 24 |

MATERIE/TOPICS

Appello

| | |
|---|-----|
| • Mutamento del giudice in appello in fase di discussione e nullità della sentenza (Cass., sez. III, 30 ottobre 2013, n. 50928), con nota di Marcello D' Aiuto..... | 94 |
| • Proscioglimento capovolto in appello e rinnovazione istruttoria / <i>Acquittal overturned on appeal and renewal inquiry</i> , di Simona Arasi..... | 140 |

Applicazione della pena su richiesta delle parti

| | |
|--|----|
| • Diritto a un processo equo – Patteggiamento – Diritto all'impugnazione – Esclusione – Legittimità (Corte e.d.u., 27 marzo 2014, <i>Matytsina c. Russia</i> ; Corte e.d.u., 29 aprile 2014, <i>Natsvlshvili e Togonidze c. Georgia</i> ; Corte e.d.u., 15 maggio 2014, <i>Mavric c. Slovenia</i>)..... | 26 |
|--|----|

Archiviazione

| | |
|--|----|
| • La natura dell'imputazione coatta fra stasi procedimentale e obbligatorietà dell'azione penale (C. cost., ord. 15 aprile 2014, n. 96)..... | 43 |
|--|----|

Atti

| | |
|--|----|
| – invalidità | |
| – abnormità | |
| • Abnormità del provvedimento di imputazione coatta emesso per reati diversi da quelli contestati (Cass., sez. un., 30 gennaio 2014, n. 4319), con nota di Armando Macrillò..... | 68 |

Cooperazione giudiziaria internazionale

| | |
|---|----|
| • La direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'unione europea | 17 |
|---|----|

Dibattimento

| | |
|---|----|
| • Diritto a un processo equo – Controesame – Prova decisiva (Corte e.d.u., 27 marzo 2014, <i>Matytsina c. Russia</i> ; Corte e.d.u., 29 aprile 2014, <i>Natsvlshvili e Togonidze c. Georgia</i> ; Corte e.d.u., 15 maggio 2014, <i>Mavric c. Slovenia</i>) | 26 |
|---|----|

Diritti fondamentali (tutela dei)

| | |
|---|----|
| • Trattamenti inumani e degradanti – Diritto alla vita – Decesso in carcere dovuto ad assunzione di stupefacenti; Trattamenti inumani e degradanti – Effettività dei ricorsi interni – Diritto alla vita; Trattamenti inumani o degradanti – Divieto di tortura; Divieto di tortura – Tutela della vittima del reato (Corte e.d.u., 8 aprile 2014, <i>Marro e altri c. Italia</i> ; Corte e.d.u., 15 aprile 2014, <i>Asalya c. Turchia</i> ; Corte e.d.u., 22 aprile 2014, <i>G.C. c. Italia</i> ; Corte e.d.u., 27 maggio 2014, <i>Rumor c. Italia</i>) | 31 |
|---|----|

Esecuzione penale

| | |
|--|----|
| • Il dialogo fra le corti interne e sovranazionali in tema di pubblicità delle udienze (C. cost., sent. 21 maggio 2014, n. 135)..... | 42 |
| • L'ineseguibilità delle sentenze di condanna convenzionalmente o costituzionalmente illegittime va rilevata dal giudice dell'esecuzione (Cass., sez. un., 7 maggio 2014, n. 18821)..... | 46 |

| | |
|---|-----|
| – sospensione dell'ordine esecutivo | |
| • Stupefacenti e sostanze psicotrope (L. 16 maggio 2014, n. 79, conversione con modificazioni del decreto-legge 20 marzo 2014, n. 36)..... | 15 |
| Giudizio abbreviato | |
| • È tempestiva la richiesta di giudizio abbreviato presentata in udienza preliminare in concomitanza all'esaurimento della discussione difensiva (Cass., sez. I, 8 gennaio 2014, n. 348), con nota di Roberto Puglisi | 81 |
| • Nel processo a carico di imputati minorenni la competenza a celebrare il giudizio abbreviato spetta sempre al giudice collegiale (Cass., sez. un., 5 maggio 2014, n. 18292)..... | 50 |
| Impugnazioni | |
| • Diritto a un processo equo – Patteggiamento – Diritto all'impugnazione – Esclusione – Legittimità (Corte e.d.u., 27 marzo 2014, <i>Matytsina c. Russia</i> ; Corte e.d.u., 29 aprile 2014, <i>Natsvlisvili e Togonidze c. Georgia</i> ; Corte e.d.u., 15 maggio 2014, <i>Mavric c. Slovenia</i>)..... | 26 |
| – divieto di <i>reformatio in pejus</i> | |
| • Nel giudizio di impugnazione non viola il principio del divieto di <i>reformatio in pejus</i> il giudice che, nel rideterminare in misura maggiore gli aumenti a titolo di continuazione, non modifichi la pena complessivamente irrogata (Cass., sez. un., 14 aprile 2014, n. 1608)..... | 50 |
| Intercettazioni di comunicazioni | |
| • Intercettazioni casuali del Capo dello Stato / <i>Random telephone tappings of the Head of State</i> , di Marta Mengozzi..... | 131 |
| Latitanza | |
| • Per la dichiarazione di latitanza il giudice non può applicare analogicamente le disposizioni previste per il rito degli irreperibili e la detenzione all'estero ne fa cessare gli effetti solo se conosciuta dal giudice che procede (Cass., sez. un., 7 maggio 2014, n. 18822)..... | 48 |
| Mandato d'arresto europeo | |
| • Mandato d'arresto europeo "cautelare": competente ad emetterlo è il giudice che procede, e non quello che ha disposto la misura (Cass., sez. un., 28 novembre 2013, n. 2850)..... | 101 |
| Minori | |
| • Lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (D.lgs. 4 marzo 2014, n. 39 di attuazione della Direttiva 2011/93/UE, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI)..... | 9 |
| • Nel processo a carico di imputati minorenni la competenza a celebrare il giudizio abbreviato spetta sempre al giudice collegiale (Cass., sez. un., 5 maggio 2014, n. 18292)..... | 50 |
| • Ordinamento penitenziario minorile ed esecuzione delle misure privative e limitative della libertà nei confronti dei soggetti di minore età (D.d.l. S. 1352 «Norme sull'ordinamento penitenziario minorile e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà nei confronti dei minorenni, nonché modifiche al codice penale in materia di pene e di sanzioni sostitutive per i soggetti che hanno commesso reati nella minore età»)..... | 24 |
| • Soppressione dei tribunali per i minorenni e istituzione di sezioni specializzate per la famiglia e i minori (D.d.l. S. 595 «Disposizioni in materia di soppressione dei tribunali per i minorenni, nonché disposizioni in materia di istituzione di sezioni specializzate per la famiglia e per i minori presso i tribunali e le corti d'appello e di uffici specializzati delle procure della Repubblica presso i tribunali»)..... | 23 |
| Misure di sicurezza | |
| • Il dialogo fra corti interne e sovranazionali in tema di pubblicità delle udienze (C. cost., sent. 21 maggio 2014, n. 135)..... | 42 |
| Ne bis in idem | |
| • <i>Ne bis in idem</i> – Crimini di guerra – Equo processo – <i>ne bis in idem</i> (Corte e.d.u., 20 Maggio 2014, <i>Glantz c. Finlandia</i> ; Corte e.d.u., 20 maggio 2014, <i>Hakka c. Finlandia</i> ; Corte e.d.u., 20 Maggio 2014, <i>Nykanen c. Finlandia</i> ; Corte e.d.u., 20 maggio 2014, <i>Pirttimaki c. Finlandia</i> ; Corte e.d.u. [G.C.], 27 maggio 2014, <i>Margus c. Croazia</i> ; C. giust. UE, 27 maggio 2014, C-129/14 PPU, <i>Zoran Spavic</i>)..... | 35 |

INDICI / INDEX

Ordinamento penitenziario

- Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo / *Prison Law and European Court of Human Rights*, di Carlo Fiorio 119
- Ordinamento penitenziario minorile ed esecuzione delle misure privative e limitative della libertà nei confronti dei soggetti di minore età (*D.d.l. S. 1352 «Norme sull'ordinamento penitenziario minorile e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà nei confronti dei minorenni, nonché modifiche al codice penale in materia di pene e di sanzioni sostitutive per i soggetti che hanno commesso reati nella minore età»*)..... 24

Parti processuali

- Ruolo e funzioni della Consob nei procedimenti relativi all'Abuso di informazioni privilegiate / *Role and functions of Consob in Insider trading proceedings*, di Carlotta Brusegan 152

Processo penale

– *sospensione*

- Deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e depenalizzazione. Sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili (*L. 28 aprile 2014, n. 67*) 10

Prova

- Prove a difesa e motivazione implicita / *Evidence for the defence and untold reasons of conviction*, di Metello Scaparone 1

Responsabilità degli enti

- Lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (*D.lgs. 4 marzo 2014, n. 39 di attuazione della Direttiva 2011/93/UE, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI*)..... 9

Revisione

- La revisione della condanna per errore di fatto e la preclusione del *novum probatorio* (*C. cost., sent. 10 aprile 2014, n. 90*)..... 45

Ricorso per cassazione

- Oneri del ricorrente e controllo sulla motivazione (*Cass., sez. II, 5 novembre 2013, n. 1401*), con nota di Arturo Capone 55

Sentenza

– *motivazione*

- Prove a difesa e motivazione implicita / *Evidence for the defence and untold reasons of conviction*, di Metello Scaparone 1

– *nullità*

- Mutamento del giudice in appello in fase di discussione e nullità della sentenza (*Cass., sez. III, 30 ottobre 2013, n. 50928*), con nota di Marcello D'Aiuto 94

Tabulati di comunicazioni

- *Data retention* – Tutela della privacy – Invalidità della Direttiva 2006/24/CE (C. giust. UE, 8 aprile 2014 – Cause riunite C-293/12 e 594/12)..... 41

Testimonianza

- Lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (*D.lgs. 4 marzo 2014, n. 39 di attuazione della Direttiva 2011/93/UE, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI*)..... 9