

EDITORIALE / EDITORIAL

MARIO PISANI

La lotta contro la tratta degli esseri umani: per una strategia europea / <i>The Struggle against Trafficking in Human Beings: The Route for a European Strategy</i>	1
---	---

SCENARI / OVERVIEWS

Novità legislative interne / <i>National legislative news</i> (ADA FAMIGLIETTI)	9
Novità sovranazionali / <i>Supranational news</i> (LUCIO CAMALDO).....	11
<i>De jure condendo</i> (GIOIA SAMBUCO)	15
Corti europee / <i>European Courts</i> (SONIA CAMPAILLA)	20
Corte costituzionale (ROBERTO DE ROSSI)	23
Sezioni Unite (PAOLA MAGGIO)	28

AVANGUARDIE IN GIURISPRUDENZA /
CUTTING EDGE CASE LAW

Utilizzabili le presunzioni tributarie al fine di disporre sequestro “per equivalente”	36
Corte di Cassazione, Sezione III, sentenza 23 gennaio 2013, n. 7078	36
Profili critici del sequestro “per equivalente” nel procedimento penale tributario / <i>Critical profiles of confiscation “for equivalent” into the tributary criminal procedure</i> (GIUSEPPE BISCARDI).....	38

L’esaltazione di un’impronta digitale non configura un’ipotesi di accertamento tecnico irripetibile	46
--	----

Corte di Cassazione, Sezione VI, sentenza 6 marzo 2013, n. 10350	46
Un passo avanti: il confronto delle impronte digitali postula il rigore dell’art. 360 c.p.p. se il reperto va incontro a deterioramento o cancellazione / <i>A step forward: fingerprint comparison calls into question the rigor of art. 360 of the Code of Criminal Procedure, if evidence undergoes deterioration or cancellation</i> (ORIENTA BRUNO)	48

L’estensione del proscioglimento estintivo si produce anche se la prescrizione interviene dopo la mancata impugnazione dell’ imputato	71
--	----

Corte di Cassazione, Sezione III, sentenza 24 gennaio 2013, n. 10223	71
Operatività della prescrizione “postuma” nei confronti dell’imputato non appellante / <i>The enforcement of the limitation period “subsequent” towards the not appellant co-defendant</i> (FRANCESCA ROMANA MITTICA).....	73

DIBATTITI TRA NORME E PRASSI /
DEBATES: LAW AND PRACTICE

SIMONA ARASI

Quale status per il dichiarante “concorrente”, “connesso” o “collegato” nei cui confronti è stata disposta l’archiviazione? / <i>The witness and the status of “concurrent”, “connected” or “linked” accused on which a provision of dismissal has been disposed</i>	81
---	----

FRANCESCO TRAPPELLA

Sovraffollamento carcerario: tante domande, nessuna risposta / *Prison overcrowding: a lot of questions, no answer*.....92

**ANALISI E PROSPETTIVE /
ANALYSIS AND PROSPECTS**

GIANRICO RANALDI

L'esecuzione delle pene detentive brevi: tra successione di leggi ed orientamenti applicativi / *The enforcement of short lasting sentences: between succession of laws and application guidelines*.....105

CARLA PANSINI

La "revocazione" della confisca di prevenzione: un quadro di sintesi / *The "revocazione" of the prevention seizure: syntetic valuations* 113

PAOLO GRILLO

Forme, tempi e modi di manifestazione del consenso dell'offeso dal reato per l'intervento nel processo degli "enti esponenziali" / *Forms, time and manner in which the victim may permit institutions to attend in criminal trials*.....122

INDICI / INDEX

Autori / <i>Authors</i>	127
Provvedimenti / <i>Measures</i>	128
Materie / <i>Topics</i>	128

MARIO PISANI

Professore di Procedura penale

La lotta contro la tratta degli esseri umani: per una strategia europea

The Struggle against Trafficking in Human Beings: The Route for a European Strategy

Dopo la prospettazione di alcuni dati sulla macro-dimensione del fenomeno, vengono delineati, in primo luogo, i progressivi adeguamenti dell'Italia alle convenzioni internazionali in materia, a cominciare dagli inizi degli anni '90, per passare poi agli anni 2000, che vedono attuarsi un rafforzamento della tutela sul piano europeo. Vengono quindi illustrate le recenti linee della strategia dell'UE, che fanno capo alla direttiva 5 aprile 2011 (n. 2011/36/UE) ed al connesso quadro di concrete misure da adottarsi sul piano operativo.

After the presentation of data about the macro dimension of this issue, the steps for progressive implementation of international treaties in Italy are outlined, starting from early 90ies up to 2000s: these years are characterized by a strengthening of the protection level in the European legal environment. Afterwards, the most recent EU strategies, all deriving from the EU directive no. 2011/36/UE, and the concrete measures to be implemented under an operational perspective, are illustrated.

ALCUNI DATI SULLE DIMENSIONI DEL FENOMENO¹

Nel corso degli ultimi decenni il fenomeno della tratta degli esseri umani, ben al di là delle misure di contenimento che a vari livelli erano state approntate, ha fatto registrare enormi e preoccupanti sviluppi, a livello di criminalità organizzata e di globalizzazione.

Anche con riferimento a questo particolare settore qualche anno fa si era potuto scrivere: «... purtroppo bisogna riconoscere che la cooperazione internazionale, nonostante i successi ottenuti, è an-

cora molto lontana dall'essere efficace e coordinata, visto che numerosi Stati mancano di infrastrutture normative, preparazione tecnica, risorse economiche e volontà politica, mentre altri Stati vivono, per gran parte, in simbiosi con il crimine organizzato transnazionale»².

E più tardi, un'accurata analisi, più particolarmente mirata sul profilo del traffico sessuale, così si concludeva: «... è in gioco fundamentalmente una questione morale, che coinvolge le vite e la dignità delle persone umane. All'incirca due milioni di donne e di bambini vivono in situazioni di schiavitù sessuale, e molti tra di loro per effetto di tali traffici. Come possa la comunità mondiale, come possa ciascun governo, come possa ogni essere umano tolle-

¹ Sia consentito il richiamo di alcuni più o meno remoti interventi dell'A. in argomento: *La «penetrazione» del diritto internazionale penale nel diritto penale italiano*, *Ind. pen.*, 1979, §§ 6-7, 14; (Appendice di aggiornamento) *ibid.*, 1984, § 4, 435; *Estradizione e tratta degli esseri umani*, *Riv. it., dir. e proc. pen.*, 2003, 698; *La tratta di esseri umani*, *ibid.*, 2011, 259.

² David, *Globalizzazione, prevenzione del delitto e giustizia penale*, Milano, 2001, 5.

rare queste pratiche è al di fuori della comprensione umana. Non è più ammissibile altro ritardo nel mobilitare la comunità internazionale perché dia corso ad un'azione effettiva per la protezione delle vittime di questo crimine disumano»³. Un crimine – si è specificato – senza dubbio qualificabile come «crimine contro l'umanità»⁴.

Un recente comunicato stampa (19 giugno 2012) della Commissione Europea – intitolato «La lotta contro la schiavitù dei nostri tempi: 40 nuove misure per una strategia dell'UE contro la tratta di esseri umani» – provvede a fornirci alcune cifre significative delle dimensioni attuali del fenomeno: «Secondo stime recenti dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), in tutto il mondo sono 20,9 milioni le vittime di lavoro forzato, compreso lo sfruttamento sessuale, tra cui 5,5 milioni di minori. Secondo Europol, i minori costretti a compiere attività criminali, come l'accattonaggio organizzato, sono acquistati come merci al prezzo di 20.000 euro.

Si calcola che nelle economie sviluppate (Stati Uniti, Canada, Australia, Giappone, Norvegia e paese dell'UE) i lavoratori forzati siano circa 1,5 milioni, il 7% del totale mondiale. La tratta di esseri umani frutta ogni anno alle organizzazioni criminali internazionali di tutto il mondo profitti superiori a 25 miliardi di euro. Molte delle vittime provengono da paesi terzi, ma la tratta interna all'UE (cioè i cittadini dell'Unione vittime di tratta nell'Unione stessa) sembra in crescita. I dati preliminari raccolti dagli Stati membri a livello dell'UE sono coerenti con quelli forniti da organizzazioni internazionali quali l'Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine (UNODC) e indicano che tre quarti delle vittime individuate negli Stati membri dell'Unione sono oggetto di tratta a scopo di sfruttamento sessuale (il 76% nel 2010), mentre altre sono costrette allo sfruttamento del lavoro (il 14%), all'accattonaggio (il 3%) e alla servitù domestica (l'1%).

In una prospettiva di genere, i dati preliminari a disposizione mostrano che le donne e le ragazze sono le vittime principali della tratta di esseri uma-

ni: tra il 2008 e il 2010 le vittime erano per il 79% di genere femminile (e il 12% di queste erano ragazze) e per il 21% di genere maschile (di cui il 3% ragazzi)».

Al contempo vi si riferisce la presa di posizione della commissaria per gli affari interni Cecilia Malmström, così articolata: «Disgraziatamente la schiavitù non è ancora stata confinata tra i libri di storia. È spaventoso vedere come ancor oggi gli esseri umani siano messi in vendita e costretti al lavoro forzato o alla prostituzione. Scopo centrale della nostra iniziativa è fare in modo che le vittime ottengano sostegno e che i trafficanti siano consegnati alla giustizia. Siamo ancora lontani dall'ottenerlo, ma il nostro fine non può che essere questo: eliminare la tratta di esseri umani».

Agli inizi di quest'anno (2013) è stato pubblicato – sotto il titolo *Trafficking in human beings* – il primo rapporto, a livello europeo, contenente un ampio quadro statistico relativo agli anni 2008-2010. Vi si fa notare che l'Unione Europea e gli Stati membri hanno conferito al fenomeno il grado della priorità nella lotta contro la criminalità organizzata.

All'atto di denuncia fa eco, da piazza San Pietro, il recente messaggio pasquale (31 marzo 2013) di papa Francesco, che ha parlato della tratta qui in discorso come della forma più estesa di schiavitù del XXI secolo.

I PROGRESSIVI ADEGUAMENTI DELL'ITALIA ALLE CONVENZIONI INTERNAZIONALI IN MATERIA

Nel complesso, non può dirsi che l'Italia sia stata sempre, o particolarmente, tempestiva nel prendere atto, sul piano operativo, della "tratta degli esseri umani", così come essa si veniva riflettendo nella numerosa serie di convenzioni internazionali che sono intervenute in materia.

Pur non potendo qui addentrarci nell'esame dei contesti storici e dei numerosi passaggi che hanno progressivamente caratterizzato la disciplina normativa che si è venuta stratificando nel tempo, in sintonia di adeguamento tra diritto internazionale e diritto interno, basterà forse una sintetica elencazione di dati per dare almeno un'idea approssimativa delle macroscopiche dimensioni del fenomeno.

A) Il 18 maggio 1904 veniva firmato a Parigi un Accordo multilaterale «per la repressione della "tratta delle bianche"», col dichiarato proposito, quale risulta dal relativo preambolo, di «assicurare alle donne maggiorenni, vittime di abusi o costrizioni, come alle donne minorenni», una «protezione efficace contro il traffico criminale conosciuto sotto il

³ Bassiouni, Rothenberg, Higonnet, Farenga, Invictus, *Addressing International Human Trafficking in Women and Children for Commercial Sexual Exploitation in the 21st century*, Rev. int. dr. pén., 2010, 490.

⁴ Così Pocar, *Human Trafficking: a Crime against Humanity*, Cahiers de Défense Sociale, 2005, 125. Si trattava della relazione introduttiva a una conferenza internazionale svoltasi a Courmayeur nel dicembre 2004: v. Mozetic, *ISPAC International Conference on Measuring Human Trafficking: Complexities and Pitfalls*, Cahiers de Défense Sociale, 2005, 115. Nell'annata 2004 degli stessi Cahiers erano state pubblicate (139 ss.) le raccomandazioni ai Governi, in tema di traffico di persone, formulate dall'alleanza delle organizzazioni non governative con statuto consultivo presso il Consiglio Economico e Sociale.

nome di *traite des blanches*» (un nome che, invero, sembrava dare per escluse, o come del tutto trascurabili, le donne, come usa dire, di colore).

Il testo dell'Accordo, in lingua francese, veniva pubblicato in calce all'articolo unico che dava corpo al r.d. 9 aprile 1905, il quale sollecitamente conferiva piena esecuzione interna all'Accordo medesimo.

B) Meno sollecito sarà poi il nostro adeguamento in ordine a due successive convenzioni internazionali nella stessa materia, sopravvenute a distanza di qualche anno: la convenzione internazionale di Parigi, del 4 maggio 1910, "per la repressione della tratta delle bianche"; la convenzione internazionale di Ginevra, del 30 settembre 1921, meglio e più saggiamente mirata alla soppressione della tratta, oltre che "delle donne", anche "dei fanciulli". Alle due convenzioni il nostro Paese ha dato congiuntamente esecuzione, col ragguardevole ritardo di oltre un decennio, solo col r.d. 31 ottobre 1923, n. 2749.

Ancora prima, peraltro, e non senza menzionare la convenzione del 1921, con r.d. l. 25 marzo 1923, n. 1207, si configuravano, per l'ordinamento interno, le «Disposizioni intese a reprimere la tratta delle donne e dei fanciulli»: Capo I, «Del delitto di tratta delle donne e dei fanciulli»; Capo II, «Delle agenzie di collocamento di donne»; Capo III, «Dell'ufficio centrale italiano» (deputato ai diversi compiti della repressione). Si tratta delle disposizioni, con particolare riferimento a quelle contenute nel Capo I, più tardi trasfuse negli artt. 531-538 del Codice penale del 1930.

C) A non breve distanza di tempo, con decreto presidenziale del 12 luglio 1949, n. 600, verrà data esecuzione ad un Protocollo di emendamento della richiamata Convenzione di Ginevra del 1921, oltre che alla Convenzione per la repressione della tratta delle donne maggiorenni, pur essa conclusa a Ginevra nell'ottobre 1933 (e relativo Allegato): Protocollo firmato a Lake-Success, New York, il 12 novembre 1947 (ed accettato dal Governo italiano il 5 gennaio 1949).

Nel preambolo si specificava che l'intervenuta dissoluzione della Società delle Nazioni, alla quale le due Convenzioni richiamate avevano conferito una serie di poteri e di funzioni, comportava – il che per l'appunto veniva operato attraverso il Protocollo – la trasposizione, nell'ambito dell'organizzazione delle Nazioni Unite, dell'esercizio dei poteri e delle funzioni predette, allo scopo di garantirne la continuità.

D) Nello stesso ordine di idee, e più precisamente nell'intento di concentrare definitivamente presso le Nazioni Unite la tutela qui in discorso, alla stessa Organizzazione un Protocollo firmato in quella

sede il 4 maggio 1949 aveva disposto il trasferimento delle funzioni che a suo tempo le citate e più remote Convenzioni del 1904 e del 1921 avevano affidato al Governo della Repubblica francese. A dare esecuzione in Italia a tale Protocollo provvederà il decreto presidenziale 12 luglio 1952, n. 1244.

E) Di portata ben più ampia risulterà la «Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani» e, insieme, per la repressione «dello sfruttamento della prostituzione»: Convenzione adottata a New York, sotto l'egida delle Nazioni Unite, il 21 marzo 1950.

Ad oltre quindici anni di distanza, e più precisamente con la l. 23 novembre 1966, n. 1173, veniva prestata adesione a quel testo, e solo il 18 gennaio 1980 di tale adesione verrà curato il deposito presso il Segretario Generale delle Nazioni Unite⁵.

Assai importante, in primo luogo, era il preambolo della Convenzione, laddove si cominciava col rappresentare che il fuoco della medesima veniva a convergere sulla prostituzione, e più precisamente sulla tratta degli esseri umani, in quanto «male che l'accompagna»: l'uno e l'altro «incompatibili con la dignità della persona umana», e pregiudizievole per «il benessere dell'individuo, della famiglia e della comunità».

In secondo luogo, veniva richiamata la vigenza delle qui richiamate quattro Convenzioni – rispettivamente del 1904, 1920, 1921 e 1933 – ma solo a titolo di premessa riepilogativa del disposto loro "annullamento" (art. 28), con conseguente "sostituzione" mediante le nuove disposizioni convenzionali. Di queste ultime si diceva, inoltre, che rappresentavano la realizzazione ed il completamento di un progetto predisposto dalla Società delle Nazioni fin dal 1937.

È il caso di ricordare che ad una nuova disciplina interna della prostituzione, comprensiva della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui, aveva nel frattempo provveduto la l. 20 febbraio 1958, n. 75 (la c.d. legge Merlin).

GLI ANNI 2000 E LA PROSPETTIVA EUROPEA DI UNA TUTELA RAFFORZATA

Com'è purtroppo ben noto, col passar degli anni, e ad onta di convenzioni internazionali e di norme interne, il fenomeno della "tratta" non si è venuto attenuando, ed anzi ha fatto registrare, con continuità

⁵ Sul tema v. Pisani, *Una convenzione internazionale, trent'anni dopo*, *Ind. pen.*, 1981, 192.

crescente, articolazioni organizzative e sviluppi che sono parsi incontenibili.

Ma le organizzazioni internazionali ed i Governi non hanno mai cessato di adoperarsi con specifici intendimenti di prevenzione e di repressione⁶.

F) A segnare una ripresa del cammino in tal senso è stata la Risoluzione n. 53/111, del 9 dicembre 1998, con cui l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite dava vita ad un comitato intergovernativo, anche allo scopo di esaminare se fosse il caso di elaborare uno strumento internazionale di lotta contro il traffico delle donne e dei fanciulli.

Alla fine, in accoglimento della proposta italiana di far svolgere a Palermo la conferenza per la firma della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità transnazionale organizzata e i relativi Protocolli, in quella città, il 12 dicembre 2000, fu aperto alla firma anche il testo del primo di tali Protocolli, per l'appunto con l'obiettivo di prevenire, reprimere e punire la tratta qui in discorso⁷. Tale Protocollo, «da interpretarsi congiuntamente alla Convenzione» (art. 1), risulta entrato in vigore in oltre 150 Stati⁸.

Concentriamoci, a questo punto, in ambito europeo.

G) Più precisamente quanto all'ambito dell'Unione europea, va ricordata, in primo luogo, la interdizione della tratta degli esseri umani formulata nell'art. 5, § 3, della «Carta dei diritti fondamentali» (7 dicembre 2000).

⁶ Cfr. Capus, *La répression de la traite des êtres humains au tournant du XIX siècle*, e Arroyo Zapatero, *De la lutte contre l'esclavage et la traite des blanches à la proscription du trafic d'êtres humains*, Delmas-Marty, Pieth, Sieber (a cura di) *Les chemins de l'armonisation pénale*, 2008, 81 e 105. V., inoltre, Moreillon, Willi-Javet, *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*, 2005, 573; Savona e Stefanizzi (a cura di) *Measuring Human Trafficking*, 2007, e i vari contributi raccolti, sotto il titolo *Traite des personnes*, *Rev. int. dr. pén.*, 2010, 417 ss.

⁷ In argomento v., quanto alla dottrina italiana: Tinebra e Centonze (a cura di), *Il traffico internazionale di persone*, Milano, 2004; Vlassis, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine transnazionale organizzato* e Polimeni, *I protocolli supplementari alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, AA.VV., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, Milano, 2005, 361 ss.; Zanetti, *L'«approccio integrato» dell'UE nella lotta alla tratta di esseri umani*, Rafaraci (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale dell'UE dopo il trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 339. V., inoltre, Salerno, *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale*, *Studi di diritto internazionale in onore di G. Arangio Ruiz*, Vol. III, 2004, 2107; Spiezia, *La normativa internazionale in materia di contrasto del traffico di esseri umani*, *Quad. di Sc. Pen.* (Università di Napoli Federico II), 2006, 319.

⁸ Per parte italiana, la ratifica e l'esecuzione della Convenzione di Palermo e dei Protocolli, adottati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite alle date del 15 novembre 2000 e del 31 maggio 2001 (*United Nations, Treaty Series*, Vol. 2237, 319; Doc. A/55/383), venivano disposte con l. 16 marzo 2006, n. 146.

Va ricordata poi, più in particolare, la decisione-quadro 2002/629/GAI del Consiglio dell'Unione «sulla lotta alla tratta degli esseri umani», che aveva indicato il 1° agosto 2004 come data entro la quale gli Stati membri avrebbero dovuto adottare le «disposizioni necessarie per conformarsi» alla decisione medesima.

A tali intendimenti, e più in particolare a quello di «risolvere i problemi interpretativi e di tipicità derivanti dall'applicazione della vigente normativa», si ispirava un nostro disegno di legge – dal titolo: «Misure contro la tratta di persone» – che, approvato dalla Camera nel 2001, veniva presentato al Senato nel novembre 2003. Esso si proponeva anche di recepire le indicazioni emergenti dal richiamato Protocollo di Palermo in tema di prevenzione, lotta e repressione della tratta di persone. Il disegno di legge troverà compimento, con uguale rubrica, nella l. 11 agosto 2003, n. 228.

Per quanto concerne il settore del diritto sostanziale, gli articoli da 1 a 3 della legge (operando una prima approssimazione innovativa) sostituivano e riplasmavano il contenuto delle previsioni di cui agli articoli da 600 a 602 del Codice penale, raggruppando le nuove formulazioni sotto le seguenti rubriche: art. 600 – *Riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù*; art. 601 – *Tratta di persone*; art. 602 – *Acquisto e alienazione di schiavi*.

L'art. 4 della legge configurava un nuovo 6° comma dell'art. 416 c.p.

Nella *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* n. 311 del 9 dicembre 2005 verrà poi pubblicato il piano dell'Unione sulle migliori pratiche, le norme e le procedure per contrastare e prevenire la tratta degli esseri umani.

Qualche anno dopo, sotto la data del 25 marzo 2009, il Consiglio dell'Unione Europea dava corso ad una «Proposta di decisione-quadro del Consiglio concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, che abroga la decisione-quadro 2002/629/GAI».

H) Sempre nel contesto europeo, ma entro il diverso e più ampio ambito del Consiglio d'Europa, prende spicco la Convenzione sulla lotta contro gli esseri umani sottoscritta a Varsavia il 16 maggio 2005⁹, ed entrata in vigore alla data del 1° febbraio 2008.

Per la sua ratifica ed esecuzione ha provveduto la l. 2 luglio 2010, n. 108. Al contempo essa – così confermandosi la linea del contrappunto tra disciplina sovranazionale e normativa interna – ha disposto

⁹ Confalonieri, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani*, *Dir. dell'uomo*, 2006, 37.

PISANI / LA LOTTA CONTRO LA TRATTA DEGLI ESSERI UMANI: PER UNA STRATEGIA EUROPEA

(art. 3) una serie di «modifiche al codice penale in materia di tratta di persone», e più precisamente in materia di circostanze aggravanti relative alle recenti previsioni (v. *retro*, sub G) contenute negli artt. 600-602 (le circostanze sono state accorpate e trasferite in un nuovo art. 602-ter).

I) Più tardi, la predetta decisione-quadro dell'Unione Europea del 2002 (v. *retro*, sub G) è stata sostituita (v. art. 21) dalla Direttiva 5 aprile 2011 (n. 2011/36/UE) espressa dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea.

Dopo un sostanzioso preambolo, articolato in 36 punti (o "considerando"), la Direttiva presenta una serie di impegnative specificazioni *de iure condendo*. Destinatari della direttiva sono, ovviamente, gli Stati membri dell'Unione (art. 25), ma sembra auspicabile che essa possa concretamente trovar seguito da parte di tutti gli Stati componenti della comunità internazionale.

LE RECENTI LINEE DELLA STRATEGIA EUROPEA

1. È quindi ora di sintetizzare il più recente quadro strategico che, in primo luogo, viene programmaticamente delineato dalla nuova Direttiva europea. Esso si articola su una pluralità di piani e di sinergie concorrenti.

a) Vengono in primo luogo specificati i c.d. *obblighi di incriminazione*, vale a dire la serie di comportamenti criminosi che richiedono la predisposizione di adeguate misure di contenimento. Si parla di reclutamento, trasporto, trasferimento, alloggio o accoglienza di persone (compreso il trasferimento dell'autorità su di esse), posti in essere mediante l'adozione di vari mezzi: la minaccia dell'uso e con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o di posizione di vulnerabilità o l'offerta o l'accettazione di danaro od altra utilità, per ottenere in consenso di una persona che ha autorità su un'altra. E tutto ciò ai fini di sfruttamento, e senza che assuma rilievo discriminante l'eventuale consenso prestato dalla vittima in ordine allo sfruttamento programmato od effettivo.

Consequente e complementare all'incriminazione di tali comportamenti dovrà essere quella concernente l'istigazione, il favoreggiamento, il concorso o il tentativo correlativi ai comportamenti medesimi.

La nozione di sfruttamento – con ciò notevolmente ampliandosi gli orizzonti di tutela, tradizionalmente e pressoché esclusivamente ancorati alla tematica della prostituzione – dovrà, come misura minima, comprendere, oltre allo sfruttamento del-

la prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche analoghe alla schiavitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi.

Qualora si tratti di condotte criminose coinvolgenti minori di anni 18 – si aggiunge – esse saranno punibili, sempre a titolo di tratta di esseri umani, anche in assenza dell'adozione dei mezzi poco sopra indicati.

b) Viene poi raccomandata la particolare *adeguatezza delle sanzioni penali*, la cui durata massima, non inferiore ad anni cinque, dovrà tener conto di una serie di parametri, correlativi a situazioni specifiche: commissione del reato nei confronti di minori o di vittime particolarmente vulnerabili; commissione del reato nel contesto di una organizzazione criminale; messa in pericolo di vita della vittima; particolare gravità delle violenze o dei danni realizzati; qualità di pubblici ufficiali degli autori di reato.

c) In tema di *indagini, azione penale e giurisdizione*, gli Stati devono adottare le misure necessarie affinché:

- le prime si compiano *ex officio*, e giungano a compimento anche in caso di eventuale ritrattazione delle vittime;
- le persone, le unità o i servizi preposti ricevano la formazione professionale necessaria e, inoltre, dispongano di strumenti investigativi efficaci (come quelli utilizzati contro la criminalità organizzata o altri gravi reati);
- sia stabilita la giurisdizione in particolare per i casi in cui il reato sia stato commesso, in tutto o anche solo in parte, nel territorio dello Stato, ovvero se il suo autore sia un proprio cittadino.

d) Dovranno essere prestati *assistenza e sostegno alle vittime*, prima, durante il processo penale e per un certo periodo di tempo anche dopo, sulla base, in particolare dei seguenti criteri:

- accesso senza indugio alla consulenza legale, oltre che, sulla base del pertinente sistema giudiziario, all'assistenza legale, anche ai fini di apprestamento di una domanda risarcitoria (consulenza ed assistenza gratuita se la vittima non dispone di risorse finanziarie sufficienti);
- adeguata protezione delle vittime, sulla base di una valutazione individuale dei rischi, anche nel quadro di appositi programmi;
- prevenzione di fenomeni di vittimizzazione secondaria (evitando ripetizioni non necessarie dalle audizioni; contatti visivi tra vittime e imputati; deposizioni in udienze pubbliche; domande non necessarie sulla vita privata);
- misure di assistenza, sostegno e protezione delle vittime di età minorile, anche se incerta, e delle loro

famiglie, e misure anche più particolari ed articolate di prevenzione di vittimizzazione secondaria.

e) Gli Stati provvederanno affinché le vittime abbiano accesso ai sistemi vigenti di risarcimento previsti per le vittime di reati di violenza (v. direttiva 2004/80/CE del Consiglio dell'UE, del 29 aprile 2004, in GUUE 6.8.2004 n. L 261/15).

f) Sul piano ed agli effetti della *prevenzione*, gli Stati adottano le misure necessarie, in particolare nel settore dell'istruzione e dell'informazione, per scoraggiare e ridurre la domanda, fonte di tutte le forme di sfruttamento: e ciò anche adottando iniziative adeguate, come campagne di informazione e di sensibilizzazione e programmi di ricerca e di istruzione, anche in cooperazione con le pertinenti organizzazioni della società civile.

Essi, inoltre, promuovono una regolare formazione dei funzionari che possono entrare in contatto con le vittime, compresi gli operatori di polizia impegnati sul territorio.

g) Gli Stati, da ultimo, dovranno adottare le misure necessarie per la *raccolta di dati ed una azione di monitoraggio* del fenomeno della "tratta", anche in coordinazione strategica con le autorità centrali di coordinazione previste nei vari ambiti "regionali".

2. Come risulta dalla più recente Comunicazione della Commissione Europea COM (2012) 286 – intitolata «La strategia dell'UE per la eradicazione [lo sradicamento] della tratta degli esseri umani (2012-2016)» – la Commissione si è proposta i seguenti obiettivi: «concentrarsi su misure concrete atte a sostenere il recepimento e l'attuazione della direttiva 2011/36/UE, approntare un valore aggiunto e integrare il lavoro svolto dai governi, dalle organizzazioni internazionali e dalla società civile nell'UE e nei paesi terzi».

A tale scopo la Commissione ha indicato cinque priorità, a ciascuna delle quali è stata fatta corrispondere una serie di misure (o "azioni") da attuarsi entro il prossimo quinquennio, di concerto con i vari enti interessati:

- Priorità (A): *Individuare, proteggere e assistere le vittime della tratta* (e correlativamente: istituire meccanismi di riferimento nazionali e transnazionali; individuare le vittime; proteggere i minori vittime della tratta; dare informazioni sui diritti delle vittime);

- Priorità (B): *Intensificare la prevenzione della tratta di esseri umani* (e correlativamente: comprendere e ridurre la domanda; promuovere l'istituzione di una piattaforma per il settore privato; attività in ma-

teria di sensibilizzazione e programmi di prevenzione su scala dell'UE);

- Priorità (C): *Potenziare l'azione penale nei confronti dei trafficanti* (e correlativamente: istituire unità nazionali multidisciplinari di contrasto della criminalità; svolgere proattivamente le indagini finanziarie; aumentare la cooperazione di polizia e giudiziaria transfrontaliera; rafforzare la cooperazione al di là delle frontiere);

- Priorità (D): *Migliorare il coordinamento e la cooperazione tra i principali soggetti interessati e la coerenza delle politiche* (e correlativamente: rafforzare la rete UE di relatori nazionali o meccanismi equivalenti; coordinare le attività di politica esterne dell'UE; promuovere l'istituzione di una piattaforma per la società civile; rivedere i progetti finanziati dall'UE; rafforzare i diritti fondamentali nelle politiche anti-tratta e nelle azioni connesse; coordinare il fabbisogno di formazione in un contesto multidisciplinare);

- Priorità (E): *Aumentare la conoscenza delle problematiche emergenti relative alla tratta di esseri umani e dare una risposta efficace* (e correlativamente: sviluppare un sistema di raccolta dei dati su scala dell'UE; migliorare le conoscenze relative alla dimensione di genere nella tratta e ai gruppi vulnerabili; comprendere il fenomeno del reclutamento *on-line*; contrastare la tratta di esseri umani finalizzata allo sfruttamento di manodopera).

POSTILLA

La direttiva del 2011, integrata sulla base delle più recenti iniziative europee, oltre che al rafforzamento delle varie piattaforme di tutela di diritto interno è di per sé ispirata anche al criterio dell'armonizzazione legislativa tra i vari Stati, più precisamente allo scopo di favorire la cooperazione sui diversi piani d'azione (preventivo, repressivo e riparatorio) ed il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Come gli altri 26 Stati membri dell'Unione, l'Italia – lo hanno fatto soltanto Svezia, Finlandia, Lettonia, Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca, e, in parte, Belgio, Lituania e Slovenia – avrebbe dovuto procedere al recepimento della Direttiva (art. 22, § 1) entro la data del 6 aprile 2013.

Per parte nostra, quel traguardo, ad oggi, non è stato invece raggiunto. Ma la gravità estrema dei problemi che vi si connettono non può consentire indifferenze, lassismi o dilazioni irragionevoli.

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE / NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Ada Famiglietti

VERSO IL DEFINITIVO SUPERAMENTO DEGLI OSPEDALI
PSICHIATRICI GIUDIZIARI
(L. 23 maggio 2013, n. 57)

La legge 23 maggio 2013, n. 57 (G.U., Sr. Gen., 25 maggio 2013, n. 121) di conversione del d.l. 25 marzo 2013, n. 24 («Disposizioni urgenti in materia sanitaria»), posticipa di un anno il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari. Si tratta, in realtà, di un esito abbastanza scontato: è noto, infatti, che il percorso di chiusura degli o.p.g., originariamente fissato al 31 marzo 2013, è stato il frutto di un intervento normativo repentino, effettuato in sede di conversione del decreto “svuota-carceri” (d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9) a seguito del lavoro svolto da una Commissione d’inchiesta parlamentare e nel solco di un dibattito giurisprudenziale e culturale mai sopito. Certamente non erano più procrastinabili i tempi di una innovazione legislativa della materia, caratterizzata da scelte assai risalenti nel tempo e mai riviste alla luce dei principi costituzionali e delle acquisizioni scientifiche, per scongiurare il rischio di interventi di creazione giurisprudenziale non ancorati a contenuti normativi preesistenti. Non a caso, esattamente dieci anni fa, con la sentenza n. 253 del 2003, la Corte costituzionale, dopo aver evidenziato l’inerzia del legislatore sul tema, aveva sollecitato una tempestiva riforma concernente l’intero sistema delle misure di sicurezza, con particolare attenzione a quelle applicate agli infermi di mente autori di reato. Nel contempo, però, l’improvvisa accelerazione normativa data alla materia nell’ultima legislatura ha prodotto ben quattro interventi nel giro di pochi mesi.

Nello specifico la legge n. 57/2013 prevede le seguenti tappe del percorso di chiusura dei luoghi di internamento: entro il 30 novembre 2013 il Ministro della salute e il Ministro della giustizia comunicano alle competenti Commissioni parlamentari lo stato di attuazione dei programmi regionali relativi al su-

peramento degli ospedali psichiatrici giudiziari e, in particolare, il grado di effettiva presa in carico dei malati da parte dei dipartimenti di salute mentale e del conseguente avvio dei programmi di cura e di reinserimento sociale. Il programma, oltre agli interventi strutturali, prevede attività volte progressivamente a incrementare la realizzazione dei percorsi terapeutici e riabilitativi, definendo prioritariamente tempi certi e impegni precisi per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, prevedendo la dimissione di tutte le persone internate per le quali l’autorità giudiziaria abbia già escluso o escluda la sussistenza della pericolosità sociale, con l’obbligo per le aziende sanitarie locali di presa in carico all’interno di progetti terapeutico-riabilitativi individuali che assicurino il diritto alle cure e al reinserimento sociale, nonché a favorire l’esecuzione di misure di sicurezza alternative al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o all’assegnazione a casa di cura e custodia. Si tratta del pieno recepimento di quanto già affermato dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 253 del 2003, che ha riconosciuto l’illegittimità dell’art. 222 c.p. nella parte in cui imponeva l’internamento dell’infermo di mente, autore di delitti dolosi con pena superiore nel massimo ai due anni di reclusione, per un tempo non inferiore a due anni, anche quando non appariva soddisfacente a perseguire finalità terapeutiche e ri-socializzanti, e non era proporzionato alle caratteristiche dell’imputato ed al suo livello di pericolosità sociale, impedendo al giudice di operare qualunque bilanciamento fra l’esigenza di tutela della collettività e quella della salute. Con la legge in commento, quindi, e la previsione della dimissione di tutte le persone internate per le quali l’autorità giudiziaria abbia già escluso o escluda la sussistenza della pericolosità sociale, viene eliminato l’anacronistico automatismo applicativo dell’ospedale psichiatrico giudiziario ai soggetti non imputabili, espressione della visione autoritaria della originaria amministrativa misura di sicurezza, sempre più lontana dal

nostro orizzonte positivo. È affermato, così, il valore prioritario del diritto alla salute rispetto alla tutela della collettività, in quanto solo attraverso una terapia corretta possono essere soddisfatte contemporaneamente le esigenze di cura e di eliminazione della pericolosità, anche attraverso la prescrizione di misure di sicurezza differenti come la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni idonee ad evitare la reiterazione di reati.

Nel caso di mancata presentazione del programma entro il termine del 15 maggio 2013, ovvero di mancato rispetto del termine di completamento del predetto programma, il Governo, in attuazione dell'articolo 120 della Costituzione e nel rispetto dell'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, provvede in via sostitutiva al fine di assicurare piena esecuzione a quanto previsto dal comma 4. Nel caso di ricorso alla predetta procedura il Consiglio dei Ministri, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province auto-

nome di Trento e di Bolzano, nomina commissario la stessa persona per tutte le regioni per le quali si rendono necessari gli interventi sostitutivi.

Un'ultima precisazione riguarda la copertura finanziaria: agli oneri di bilancio nel limite di 4,5 milioni di euro per l'anno 2013 e di 1,5 milioni di euro per il 2014 si provvede mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa di cui all'art. 3-ter, comma 7, d.l. n. 211/2011. Le relative risorse sono iscritte al pertinente programma dello stato di previsione del Ministero della giustizia per gli anni 2013 e 2014. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato ad apportare, con proprio decreto, le occorrenti variazioni di bilancio. Il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato, altresì, ad apportare, con proprio decreto, la conseguente rideterminazione proporzionale al riparto delle risorse finanziarie del Fondo sanitario nazionale 2013, pari ad euro 55 milioni effettuato dal CIPE nella seduta dell'8 marzo 2013.

NOVITÀ SOVRANAZIONALI / SUPRANATIONAL NEWS

di *Lucio Camaldo*

CRIMINALITÀ ORGANIZZATA NELL'UNIONE EUROPEA

Publicata soltanto ora (G.U.U.E 8 maggio 2013, C 131 E/66), la *Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sulla criminalità organizzata nell'Unione europea* presenta interessanti spunti di riflessione su un tema di particolare attualità e rilevanza, con evidenti implicazioni relative agli strumenti investigativi e processuali di contrasto a tale grave fenomeno criminoso.

La criminalità organizzata - come ricordato dalla lett. a) della Risoluzione in commento - «produce un costo sociale imponente, violando i diritti umani e comprimendo le regole democratiche, distraendo e dissipando risorse (finanziarie, lavorative, ecc.), alterando il libero mercato comune, inquinando imprese ed economia legale, favorendo la corruzione, nonché contaminando e distruggendo l'ambiente».

Se è vero che il fenomeno è particolarmente diffuso in alcuni Stati membri, dove si riscontrano infiltrazioni profonde e consolidate da parte della criminalità organizzata nel mondo della politica, della pubblica amministrazione e dell'economia (nel Preambolo della Risoluzione si citano le relazioni annuali della Direzione Nazionale Antimafia italiana e i rapporti del *Bundeskriminalamt* sulla presenza della 'ndrangheta in Germania), vi è la crescente preoccupazione di una estensione del crimine organizzato anche al resto dell'Unione europea.

Costituisce, pertanto, un obiettivo primario delle istituzioni europee, che intendono assicurare un elevato livello di sicurezza nello spazio comune senza frontiere interne, sviluppare «una strategia specifica e orizzontale in materia, comprendente misure legislative e operative, lo stanziamento di fondi e un rigoroso calendario di attuazione» (v. § 2 della Risoluzione).

Anzitutto, secondo il Parlamento europeo, è opportuno «migliorare il quadro legislativo UE» attraverso il ravvicinamento delle normative nazionali (secondo quanto previsto dall'art. 67 TFUE), spe-

cialmente con l'elaborazione di prassi e di fattispecie penali comuni e omogenee (che tengano conto dei numerosi e sempre più vasti ambiti di attività della criminalità organizzata) sulla base delle *best practices* realizzate dagli Stati più evoluti in tale settore, nonché tramite un più tempestivo ed efficace recepimento degli strumenti giuridici adottati in sede europea ed internazionale.

La decisione quadro 2008/841/GAI del 24 ottobre 2008, specificamente dedicata alla lotta contro la criminalità organizzata, ha esercitato un impatto estremamente limitato sui sistemi legislativi degli Stati membri, senza significativi miglioramenti né alle legislazioni nazionali, né alla cooperazione operativa.

Per realizzare un salto di qualità, il Parlamento invita, pertanto, la Commissione a presentare, entro la fine del 2013, una proposta di direttiva contenente «una definizione di criminalità organizzata più concreta e che individui meglio le caratteristiche essenziali del fenomeno, in particolare focalizzando l'attenzione sulla nozione chiave di organizzazione e altresì tenendo conto dei nuovi tipi di criminalità organizzata» (§ 7). Inoltre, secondo le indicazioni del Parlamento europeo, l'associazione con la mafia o con altre filiere criminali dovrebbe costituire un reato punibile in tutti gli Stati membri, in modo da sanzionare le organizzazioni criminali che traggono profitto dalla loro stessa esistenza «attraverso la capacità di generare intimidazione anche in assenza di concreti atti di violenza o di minaccia, con lo scopo di commettere reati, incidere sul sistema di gestione del settore economico, amministrativo e dei servizi pubblici e sul sistema elettorale» (§ 14).

Considerato che il crimine organizzato è senza alcun dubbio finalizzato anche alla realizzazione di un profitto economico, è indispensabile che l'elaborazione della nuova normativa si concentri, inoltre, su efficaci strumenti di individuazione, congelamento, sequestro e confisca dei proventi di reato (come era già stato rilevato dalla Commissione europea

nel documento redatto in data 20 novembre 2008, «Proventi della criminalità organizzata – Garantire che il crimine non paghi» – COM(2008) 766 def.). Pur mancando uno studio globale, il volume di affari delle organizzazioni criminali di stampo mafioso che agiscono in Europa è imponente, in particolare di quelle italiane per le quali, come evidenziato da molti studi (tra cui quello dell'Eurispes) e come confermato dalla relazione congiunta di Eurojust, Europol e Frontex del 2010, si possono prudenzialmente stimare entrate di circa 135 miliardi di euro, cifra superiore al prodotto interno lordo complessivo di sei Stati membri dell'UE; ed è emblematico, a tale proposito, il caso della 'ndrangheta, la mafia più radicata nei paesi dell'UE e nel mondo, il cui utile annuo si aggira intorno ai 44 miliardi di euro.

Nel corso degli ultimi anni non sono mancate, su questo tema, numerose iniziative in ambito europeo: la decisione quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003 relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio; la decisione quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato; la decisione quadro 2006/783/GAI del 6 ottobre 2006 relativa all'applicazione del principio di reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca; e infine la decisione 2007/845/GAI del 6 dicembre 2007 concernente la 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.

Secondo il Parlamento europeo, tuttavia, «l'attuale quadro normativo esistente a livello UE appare insufficiente» (lett. d) della Risoluzione) ed è opportuno, nel nuovo sistema normativo delineato dal Trattato di Lisbona, che si proceda alla proposta di una direttiva sulla procedura di sequestro e di confisca dei proventi di reato, prendendo in considerazione alcuni aspetti finora trascurati, tra i quali, ad esempio: la confisca allargata, la confisca in assenza di condanna, la confisca nel caso di intestazione di beni a terzi. Inoltre è necessario «attribuire rilevanza penale al comportamento del prestanome», poiché finalizzato ad eludere l'applicazione di misure di prevenzione patrimoniali o ad agevolare la consumazione di reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro di provenienza illecita (v. § 8).

E ancora il Parlamento chiede alla Commissione di precisare, nelle proprie proposte legislative, che il concetto di "provento di reato" (a cui fanno riferimento, tra l'altro, la Convenzione ONU di Palermo e la decisione quadro 2008/841/GAI) è più vasto rispetto a quello di "profitto", invitando gli Stati membri a recepire correttamente tale concetto nei

rispettivi ordinamenti. Si propone, infine, di introdurre norme sull'attenuazione dell'onere della prova in seguito alla condanna di una persona per reato grave (ivi compresi quelli connessi alla criminalità organizzata) per quanto concerne l'origine dei beni in suo possesso, nonché di incoraggiare l'elaborazione, negli ordinamenti nazionali, di strumenti per attenuare, nell'ambito del diritto penale, civile o fiscale, a seconda dei casi, l'onere della prova per quanto concerne l'origine dei beni detenuti da una persona imputata di un reato legato alla criminalità organizzata (v. ancora § 8).

Sulla base di queste indicazioni, è stata elaborata la *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea*, presentata il 12 marzo 2012 (COM (2012) 85 def.), che, per quanto riguarda l'Italia, è stata già positivamente esaminata dalla Commissione permanente "Politiche dell'Unione" del Senato nella riunione del 13 giugno 2012 (v. Atti parlamentari – Senato della Repubblica – XVI Legislatura – Doc. XVIII-bis n. 70).

Gli interventi sul piano normativo non possono essere disgiunti da un rafforzamento dell'attività di coordinamento e di cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie, sia sotto il profilo degli strumenti messi a disposizione degli organi investigativi, che con riferimento alle risorse umane e finanziarie.

In particolare, è opportuno implementare le potenzialità delle strutture esistenti a livello europeo: gli Stati membri sono invitati a recepire ed attuare immediatamente la decisione 2009/426/GAI del 16 dicembre 2008 sul rafforzamento di Eurojust, garantendo che i rispettivi membri nazionali vengano informati «senza indugio» in caso di reati che coinvolgano almeno due Stati, qualora sussistano seri elementi di coinvolgimento di un'organizzazione criminale (§ 18). Un irrobustimento delle funzioni di Eurojust, con la previsione, in particolare, del potere di «avviare le indagini penali», è conforme a quanto previsto dall'art. 85 TFUE.

Così pure dovrebbe essere meglio sviluppata la struttura e l'attività di Europol attraverso la creazione di una "sezione" dedicata allo specifico settore del crimine organizzato e tramite una collaborazione sempre più stretta con Interpol nell'ottica della lotta su scala internazionale alle organizzazioni criminali, con particolare riferimento alla questione della condivisione delle informazioni, nonché tramite più intense relazioni e accordi sia strategici che operativi con le autorità competenti dei Paesi terzi (§ 20).

Un valore aggiunto per l'attività investigativa

NOVITÀ SOVRANAZIONALI

deriverà dalla creazione di una Procura europea, la cui competenza, senza sacrificare i diritti fondamentali e della difesa, potrà essere estesa alla lotta contro la corruzione e la criminalità grave che presentano una dimensione transnazionale, secondo quanto previsto dall'art. 86 § 4 TFUE.

Fondamentale è, peraltro, il dialogo tra le citate strutture investigative, anche attraverso la predisposizione di protocolli e accordi, in particolare, tra Europol, Eurojust, Olaf, la Rete giudiziaria europea, le squadre investigative comuni, al fine di realizzare un miglioramento della cooperazione tra questi soggetti, evitando una sovrapposizione tra i vari organismi, con un maggiore scambio di informazioni tra le autorità degli Stati membri (v., a tal riguardo, la decisione quadro 2006/960/GAI del 18 dicembre 2006 relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e *intelligence* tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge).

Il Parlamento europeo ritiene, inoltre, opportuno che il Comitato permanente per la cooperazione operativa in materia di sicurezza interna (COSI) organizzi una riunione annuale a cui partecipino almeno gli Stati membri, la Commissione, il Consiglio, il Parlamento europeo, Europol e Eurojust e in occasione della quale possano essere presentati i risultati ottenuti e i piani futuri in materia di lotta alla criminalità organizzata a livello nazionale ed europeo.

L'esperienza di tali organi dovrebbe essere "esportata" anche oltre i confini dell'Unione europea, in modo che l'azione di contrasto sia estesa a livello internazionale, attraverso una stretta cooperazione con i Paesi terzi e con organismi quali, ad esempio, l'Interpol e l'UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*), mettendo a disposizione di questi ultimi il *know-how* finora accumulato in ambito UE.

Sul fronte interno dei singoli Stati membri, si potrà sviluppare – secondo le intenzioni del Parlamento europeo – un «approccio investigativo proattivo», elaborando piani nazionali di contrasto al crimine organizzato ed assicurando il coordinamento centrale delle azioni tramite strutture specifiche (§ 3).

Con riferimento agli strumenti di indagine, il Parlamento chiede alla Commissione di predisporre, entro la fine del 2013, uno studio relativo alle pratiche investigative vigenti negli Stati membri per il contrasto alla criminalità organizzata, con precipuo riferimento all'utilizzo di strumenti quali, ad esempio, le intercettazioni telefoniche, le intercettazioni ambientali, le modalità di perquisizione, i ritardati arresti, i ritardati sequestri, le operazioni sotto co-

pertura, le consegne controllate e le consegne sorvegliate. Tale studio sarà prodromico alla presentazione di una proposta di direttiva, entro la fine del 2014, sulle tecniche investigative comuni finalizzate al contrasto della criminalità organizzata, ai sensi dell'articolo 87 § 2 lettera c) TFUE.

Le misure di contrasto al crimine organizzato devono, peraltro, essere realizzate nel rispetto dei diritti fondamentali delle persone coinvolte ed essere proporzionate agli obiettivi che si intendono perseguire, senza comportare «un'indebita compressione della libertà dell'individuo», garantite dalla Cedu e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, oltre che dai principi costituzionali comuni agli Stati membri (§ 4).

Un altro tema che il Parlamento europeo ritiene di particolare rilevanza al fine di migliorare la cooperazione giudiziaria e di polizia nell'Unione europea e con i Paesi terzi riguarda l'attività di sensibilizzazione e di formazione delle autorità giudiziarie e investigative, nonché degli avvocati difensori (§ 24).

Si sottolinea anche l'importanza di promuovere una cultura della legalità e di accrescere la conoscenza del fenomeno tra i cittadini e in generale in seno all'opinione pubblica, con il contributo di mezzi di informazione liberi e privi di qualsiasi condizionamento, in grado di indagare e rendere pubblici, pur nel rispetto dei diritti fondamentali alla dignità, all'onore e alla riservatezza della persona, i legami del crimine organizzato con i poteri forti (§ 29).

Il Parlamento evidenzia, in particolare, gli stretti rapporti che si instaurano tra la criminalità organizzata e alcuni specifici comportamenti criminosi (§§ 33-44), tra i quali vanno ricordati: la corruzione (che costituisce lo strumento base di ricatto e ricompensa della criminalità organizzata per distrarre risorse pubbliche e per infiltrarsi nella politica locale e nella pubblica amministrazione, così come nel settore privato), la tratta di esseri umani (fenomeno spesso riferibile all'attività della criminalità organizzata nelle sue forme di sfruttamento della prostituzione, del lavoro, prelievo di organi e induzione alla schiavitù), il traffico di stupefacenti (che rappresenta la principale fonte di profitto della criminalità organizzata e delle mafie, generando le condizioni di base per la loro affermazione economica e sociale), il furto di identità, i crimini informatici, le scommesse illegali ed eventi sportivi truccati, il riciclaggio di denaro (che è uno dei canali più insidiosi di contaminazione fra il lecito e l'illecito, un passaggio essenziale senza il quale il potere d'acquisto ottenuto con il crimine resterebbe solo potenziale, utilizzabile all'interno del circuito illegale ma incapace di tradursi in vero potere economico), i reati ambientali (tra cui rientrano il traffico illecito di rifiuti, di specie

animali e vegetali protette e a rischio di estinzione) il racket estorsivo e l'usura (che rappresentano due modalità attraverso le quali la criminalità organizzata si infiltra nell'economia legale, alterando in maniera determinante qualsiasi forma di libero mercato e comprimendo i diritti di cittadini, imprenditori, lavoratori e professionisti), la contraffazione dei prodotti.

Sebbene esista il rischio che le organizzazioni criminali cooperino sempre più frequentemente con le organizzazioni terroristiche, il Parlamento europeo ritiene che la criminalità organizzata debba essere trattata autonomamente rispetto al terrorismo.

Dal punto di vista soggettivo, una peculiare tutela deve essere assicurata, da un lato, ai minori, che necessitano di un'attenzione, di un trattamento, di una protezione, di un'assistenza particolari quando sono vittime della criminalità organizzata, e dall'altro alle donne, in particolare qualora siano immigrate in quanto più vulnerabili, rispetto alle donne e alle ragazze cittadine dell'UE, di fronte al crimine organizzato, e che possono divenire vittime della prostituzione e del traffico di essere umani.

Adeguate protezione deve essere garantita anche ai testimoni, ai collaboratori di giustizia, agli informatori e alle loro famiglie, sia nel corso del processo (prevedendo, ad esempio, l'istituto dell'esame dibattimentale a distanza), sia oltre i limiti dell'*inter processuale*, riconoscendo uno *status* giuridico transnazionale europeo alla loro condizione, mediante l'estensione della protezione eventualmente concessa a tali figure all'interno degli Stati membri, quando questa venga richiesta dallo Stato membro di origine del collaboratore, dell'informatore o del testimone (§ 12).

Con riferimento, invece, agli autori di delitti di criminalità organizzata, il Parlamento evidenzia la necessità che gli Stati membri provvedano ad introdurre un adeguato sistema sanzionatorio e un idoneo regime detentivo, sia per scoraggiare la commissione di tali reati, sia per evitare che i detenuti, durante il periodo di detenzione, continuino a guidare le organizzazioni o a contribuire ai loro obiettivi, perpetrando ulteriori reati.

Infine, il Parlamento europeo auspica la creazione di una "Commissione speciale" sulla diffusione delle organizzazioni criminali che agiscono a livello transnazionale, tra cui le mafie, ponendo tra le sue finalità l'approfondimento della dimensione del fenomeno e degli impatti negativi a livello socio-

economico su scala UE, ivi compresa la questione della distrazione dei fondi pubblici da parte delle organizzazioni criminali e delle mafie e delle loro infiltrazioni nel settore pubblico, nonché della contaminazione dell'economia legale e della finanza (§ 15).

Con la *Decisione del Parlamento europeo del 14 marzo 2012* si è provveduto alla costituzione e alla definizione delle attribuzioni, della composizione numerica e della durata del mandato della Commissione speciale sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro (Commissione CRIM).

Tra le attribuzioni di tale Commissione, vi sono: a) analizzare e valutare l'entità della criminalità organizzata, della corruzione e del riciclaggio di denaro e il loro impatto sull'Unione e sui suoi Stati membri, nonché proporre misure adeguate che consentano all'Unione di prevenire e contrastare tali minacce; b) analizzare e valutare l'attuale stato di attuazione della legislazione dell'Unione in materia di criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio di denaro, e le relative politiche; c) esaminare e controllare l'attuazione del ruolo e delle attività delle agenzie dell'Unione nel settore degli affari interni (Europol, COSI e Eurojust); d) affrontare le questioni menzionate nella risoluzione del 25 ottobre 2011 sul crimine organizzato e nella risoluzione del 15 settembre 2011 sugli sforzi dell'Unione europea per lottare contro la corruzione; e) stabilire i contatti necessari, effettuare visite e organizzare audizioni con le istituzioni dell'Unione europea, internazionali e nazionali, con i Parlamenti e i governi degli Stati membri e dei Paesi terzi, con i rappresentanti della comunità scientifica, del mondo delle imprese e della società civile, nonché con gli operatori di base, le associazioni delle vittime, i soggetti impegnati quotidianamente nella lotta contro la criminalità, la corruzione e il riciclaggio di denaro.

La Commissione CRIM (che è composta di 45 membri e il cui mandato dura dodici mesi a decorrere dal 1 aprile 2012, con la possibilità di una proroga) è tenuta a presentare al Parlamento una relazione intermedia e una relazione finale contenente raccomandazioni in merito ad azioni o iniziative da intraprendere nelle materie di propria competenza (criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio di denaro) con l'individuazione anche di una serie di misure legislative che possano far fronte a queste tangibili e riconosciute minacce per l'Unione europea e i suoi cittadini.

DE JURE CONDENDO

di Gioia Sambuco

CONTRASTO ALLE VIOLENZE CONTRO LE DONNE

È all'esame della Commissione Giustizia del Senato il d.d.l. S. 724 «*Disposizioni per la promozione della soggettività femminile e per il contrasto al femminicidio*», presentato il 29 maggio 2013 dall'on. Francesca Puglisi. Il provvedimento si prefigge lo scopo – come chiaramente esplicitato all'art. 1, comma 1 e comma 3 - di contrastare ogni forma di violenza (fisica, sessuale, psicologica o economica) perpetrata nei confronti delle donne, ricomprendendo cioè tanto la sua forma più estrema e cioè l'omicidio (c.d. femminicidio), che costituisce la prima causa di morte delle donne in tutta Europa e nel mondo, tanto la continua erosione della loro dignità nonché il tentativo di negare la piena espressione della loro personalità, sia all'interno della società in generale, sia all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra coniugi o *partner* [art. 1, lett. a), b), c) e d)].

La presentazione di questo d.d.l. muove da un'amara consapevolezza: la violenza nei confronti delle donne costituisce, in effetti, un drammatico fenomeno reso ancor più inquietante dal fatto che al riguardo si registra la sostanziale impunità sociale o addirittura – come si legge nella stessa Relazione al d.d.l. - la «normalizzazione» del fenomeno che legittimerebbe il femminicidio poiché «le istituzioni si mostrano inadeguate ad affrontarne la drammaticità e specificità».

La predisposizione di misure adeguate a contrastare questo fenomeno - che sottende, evidentemente, uno squilibrio fra i generi ancora esistente nell'attuale società e costituisce, indubbiamente, un ostacolo al raggiungimento degli obiettivi di uguaglianza sostanziale delle donne - è in linea con quanto raccomandato sul punto dalle Istituzioni europee ed internazionali anche mediante la stipula di documenti ufficiali. Si ricordi, al riguardo, la risoluzione del Parlamento europeo sulla violenza contro le donne e programma Daphne del 1999 (proclamato dallo stesso Parlamento «Anno europeo della lotta

contro la violenza nei confronti delle donne»), che sollecita un approccio coordinato per contrastare, su scala nazionale, la violenza di genere, implementando strategie che coinvolgano diversi strumenti per prevenire le violenze e affrontarne le conseguenze; il Programma d'azione comunitaria sulle misure preventive intese a combattere la violenza contro i bambini, i giovani e le donne (2000-2003, programma Daphne), emanato dal Parlamento europeo e dal Consiglio d'Europa; la raccomandazione Rec (2002) 5 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla protezione delle donne dalla violenza adottata il 30 aprile 2002; la risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2011 in materia di lotta alla violenza contro le donne (2010/2209(INI)) che fotografa un dato inquietante, e cioè che il 20-25% delle donne europee ha subito atti di violenza fisica almeno una volta nella vita adulta e che più del 10% ha subito violenze sessuali che comportano l'uso della forza.

Il 19 giugno scorso inoltre, il Senato ha approvato all'unanimità e in via definitiva la ratifica della Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione della violenza contro le donne e contro la violenza domestica che non solo si prefigge obiettivi del tutto convergenti con quelli proclamati all'art. 1 del d.d.l. in commento, ma predispone misure del tutto analoghe a quelle oggetto del presente d.d.l. a protezione della donna vittima di violenza.

Nel panorama internazionale, in tema, assume, senza dubbio, rilievo altresì la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne [*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)*], adottata nel 1979 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite e ratificata dall'Italia il 10 giugno 1985. Questo documento, generalmente noto come la Carta internazionale dei diritti per le donne, all'art. 1 chiarisce, analogamente al d.d.l. S. 724, come la discriminazione comprende la violenza di genere, vale a dire, la violenza che è diretta contro le donne in quanto donne, o che colpisce le donne in modo

sproporzionato, comprendendo in tale accezione tutte le azioni che procurano sofferenze o danni fisici, mentali o sessuali, nonché la minaccia di tali azioni, la coercizione e la privazione della libertà.

L'Italia, ratificando la Convenzione di Istanbul e la CEDAW, ha assunto l'obbligo di adoperarsi affinché le donne possano in concreto godere dei loro diritti fondamentali; da ciò consegue per lo Stato l'obbligo di attivarsi per rimuovere le situazioni discriminatorie, non solo attraverso modifiche normative ma anche e soprattutto promuovendo un cambiamento culturale e stabilendo che la libertà di scelta della donna, la sua integrità psico-fisica sono valori assoluti da riconoscere. In verità, la Relazione al d.d.l. S. 724 richiama espressamente i principi sanciti nella CEDAW attuandoli in vari contesti: quello culturale, formativo, legislativo, prefiggendosi così di incidere notevolmente su tutta la società in generale poiché, come ribadito nel preambolo della CEDAW, «le pratiche discriminatorie ostacolano la partecipazione delle donne ad ogni aspetto della vita del proprio paese in condizioni di parità con gli uomini, il che intralcia la crescita del benessere delle società e delle famiglie».

Nel capo I del d.d.l. S. 724 - intitolato «Obiettivi» - che consta di un solo articolo, sono descritte le nozioni di femminicidio (lett. *a*), di violenza domestica (lett. *b*), violenza contro le donne basata sul genere (lett. *c*) e di discriminazione di genere (lett. *d*).

Correlativamente, al capo II - intitolato «Formazione, informazione, sensibilizzazione, promozione culturale» - è prevista una serie di misure volte a sensibilizzare l'opinione pubblica con riferimento al fenomeno della violenza di genere e a promuovere una rappresentazione della donna come soggetto portatore di una propria soggettività e dignità da rispettare. In particolare, è prevista all'art. 2 l'adozione di un codice di autoregolamentazione per i *media*, redatto secondo il modello della *soft law* dagli stessi operatori e dagli organi rappresentanti delle categorie interessate, trasfuso in un apposito regolamento e reso cogente dal richiamo che lo stesso d.d.l. vi effettua. Inoltre, sempre al fine di prevenire le cause del femminicidio, il d.d.l. contempla anche, all'art. 4, l'istituzione nelle scuole della figura del referente per l'educazione alla relazione e l'inserimento nei programmi scolastici dell'educazione alla relazione, nonché protocolli d'intesa promossi dalle prefetture tra soggetti istituzionali (province, comuni, aziende sanitarie, consigliere di parità, uffici scolastici provinciali, Forze dell'ordine e del volontariato che operano sul territorio), al fine di contrastare efficacemente il fenomeno degli atti persecutori e della violenza contro le donne (art. 3).

Al fine di consentire un adeguato monitoraggio del fenomeno, l'art. 5 istituisce altresì un apposito Osservatorio sulla violenza nei confronti delle donne, accessibile anche agli enti impegnati in attività di ricerca.

Il capo III del d.d.l. («Tutela delle vittime di violenza») prevede, poi, una serie di norme per la tutela della vittima di violenze o discriminazioni di genere; in estrema sintesi, vengono sancite «garanzie» peculiari nel rapporto con le Forze dell'ordine, con gli enti ospedalieri e con le aziende sanitarie locali al fine di evitare fenomeni di vittimizzazione secondaria.

Al riguardo, degna di rilievo, in questa sede, è la previsione sancita all'art. 6 che obbliga le questure ad assicurare la presenza, nei propri uffici, di una quota di personale (stabilita dal Ministero dell'interno con proprio decreto da adottare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del d.d.l. in commento), dotato di una formazione specifica in materia di delitti contro la personalità individuale e la libertà sessuale, competente a ricevere le denunce o querele da parte di donne vittime di uno o più dei delitti previsti dall'art. 572 e dalla sezione I del capo III del titolo XII del libro II del codice penale, dagli artt. da 609-*bis* a 609-*octies* e 612-*bis* del medesimo codice, nonché dei reati di cui all'art. 3 della l. 20 febbraio 1958, n. 75.

Questo stesso personale può anche assistere la donna (eventualmente minorenni) nelle fasi successive alla presentazione della querela ovvero della denuncia, qualora dichiarati di volersene avvalere.

Anche l'art. 11 d.d.l., rubricato «Intervento in giudizio», prevede espressamente una norma di carattere processuale giacché sancisce come nei procedimenti per taluno dei delitti sopra menzionati il centro antiviolenza che presta assistenza alla persona offesa può intervenire in giudizio ai sensi degli artt. 91 ss. c.p.p.

L'art. 12, poi, istituisce presso il Ministero dell'interno-Dipartimento della pubblica sicurezza una banca dati interforze per il contrasto della violenza nei confronti delle donne, nella quale confluiscono gli atti di denuncia o di querela, le sentenze di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti nonché i provvedimenti applicativi di misure cautelari personali per i delitti previsti dagli artt. 572, 575, c.p. commessi nei confronti di donne o minorenni, e dalla sezione I del capo III del titolo XII del libro II del codice penale, dagli artt. da 609-*bis* a 609-*octies* e 612-*bis* del medesimo codice, nonché per i reati di cui all'art. 3 della l. n. 75/1958, i provvedimenti di adozione degli ordini di protezione di cui agli artt. 342-*ter* c.c. e 736-*bis* c.p.p. e i provvedimenti emanati ai sensi degli artt. da 330 a 333 c.c.

Per completezza occorre poi precisare come il capo IV del d.d.l. (intitolato «Case e centri delle donne») disciplina agli artt. 13 e 14 l'istituzione di case e centri nei quali possono trovare tutela le vittime di violenza o di discriminazioni di genere e ove è previsto si svolgano attività finalizzate alla promozione della soggettività femminile, anche mediante azioni di solidarietà e accoglienza rivolte ai figli minori delle stesse donne, a prescindere dalla loro cittadinanza.

Il capo V del d.d.l. («Norme penali») contempla fattispecie di carattere penale; nello specifico, all'art. 15 è prevista un'aggravante comune a quelle delineate *sub* art. 61, comma 1, c.p. per tutti i delitti contro la persona commessi mediante violenza, realizzati alla presenza di minori (11-*ter*); al comma 2, poi, si qualifica un'aggravante specifica per il reato di maltrattamenti commesso, parimenti, alla presenza di minori (violenza assistita) e si estende il reato di maltrattamenti anche ai casi in cui la «persona di famiglia» non sia convivente [comma 2 lett. a) e b)].

L'art. 16 del d.d.l. in commento prevede puntuali modifiche alla disciplina della violenza sessuale in ordine ad alcune fattispecie circostanziate (609-*bis*, 609-*ter* e 609-*quater*) e l'estensione dell'aggravante per lo *stalking* anche alle ipotesi in cui il fatto sia commesso dal coniuge, anche se separato solo di fatto (art. 17).

Nel medesimo capo, all'art. 18, è sancita l'estensione delle aggravanti per discriminazione, previste tra l'altro dal d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con modif., dalla l. 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. «legge Mancino») anche alle discriminazioni di genere.

Il capo V si chiude con la previsione di cui all'art. 19 che prevede specifici programmi «riabilitativi» per i condannati per reati di violenza contro le donne, al termine dei quali la magistratura si sorveglianza, valutando la frequenza e l'applicazione del detenuto, può acquisire elementi per decidere circa la concedibilità o meno di permessi penitenziari.

Oltre alle suddette disposizioni, il d.d.l. in commento rafforza altresì la posizione della donna anche nell'ambito della delicata fase del procedimento penale.

In particolare, il capo VI del d.d.l. S. 724, intitolato appunto «Tutela della vittima nel procedimento penale», conferisce alla vittima maggiori diritti nella fase delle indagini.

In primis, l'art. 20 prevede una modifica all'attuale disposto di cui all'art. 299 c.p.p. inserendovi l'obbligo di comunicazione (in quanto il tenore letterale si esprime in termini imperativi) alla persona offesa e, addirittura, anche ai servizi socio-assistenziali del

territorio, della cessazione (e quindi tanto la revoca quanto la sostituzione) di misure cautelari.

L'art. 21 del d.d.l. in commento offrirebbe maggiori garanzie rispetto al sequestro conservativo anche in fase d'indagini, così da rafforzare la tutela patrimoniale della vittima.

L'art. 22, inoltre, interpolando l'art. 337, comma 4, c.p.p. sancisce una serie di facoltà delle quali l'autorità che riceve la querela deve informare la persona che la propone, quale quelle di farsi assistere sin dall'inizio del procedimento penale da un difensore di fiducia nonché di avvalersi del patrocinio a spese dello Stato, ricorrendone i presupposti.

L'art. 23 delinea una serie di cautele analoghe a quelle previste per i minori in sede di esame dibattimentale anche per le vittime maggiorenni del reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p.

Un ulteriore obbligo di comunicazione che viene introdotto dal d.d.l. in commento è quello previsto *sub* art. 24; in base a questo disposto - che modificherebbe tanto l'art. 408 tanto l'art. 415-*bis* c.p.p. - deve essere data comunicazione alla persona offesa, rispettivamente, della richiesta di archiviazione e della conclusione delle indagini in modo tale da consentirle di poter esercitare tutti i poteri riconosciuti dal codice di rito.

Al fine di consentire alle vittime di vedere soddisfatti i loro diritti nel più breve tempo possibile, l'art. 25 - inserendo all'art. 132-*bis*, comma 1, norme att. c.p.p. la lettera a-*bis*) - attribuisce carattere prioritario ai procedimenti penali per i reati sessuali o contro la personalità individuale (delitti previsti dalla sezione I del capo III del titolo XII del libro II del codice penale e dagli articoli 570, 572, da 609-*bis* a 609-*octies* e 612-*bis* del medesimo codice, nonché reati di cui all'art. 3 della l. n. 75/1958).

Il capo VII («Violenza economica e domestica»), inoltre, col chiaro intento di contrastare quelle forme sottili di violenza consistenti nel rendere la donna economicamente dipendente o nel privarla delle risorse necessarie (ove dovute) per l'indipendenza, qualifica come reato proprio l'occultamento doloso delle proprie risorse patrimoniali al fine di non corrispondere quanto dovuto, a titolo di mantenimento o di alimenti, al coniuge o ai figli.

Si segnala inoltre, per completezza, come il d.d.l. estende altresì il reato di frode processuale all'ipotesi di occultamento fraudolento delle proprie risorse patrimoniali, precisando come questo comportamento rilevi ai fini dell'affidamento e della fissazione degli obblighi di mantenimento. In materia di violenza domestica, si consente l'adozione, la modifica, la conferma ovvero la revoca degli ordini di protezione anche nell'ambito del tribunale ai sensi

dell'articolo 708, comma 3, c.p.c; si estendono gli ordini di protezione anche ai non conviventi; si prevede la procedibilità d'ufficio (anziché a querela) del reato di mancata esecuzione dei provvedimenti giudiziari e, anche al fine di superare l'inammissibilità delle deposizioni *de relato*, si ammette la prova della violenza con ogni mezzo.

Completano il d.d.l. alcune norme di carattere finanziario, tra le quali assume rilievo quella che istituisce un Fondo per il contrasto della violenza nei confronti delle donne, destinato a finanziare le iniziative previste dal presente disegno di legge e alimentato, tra l'altro, dalle sanzioni irrogate per violazione del codice di regolamentazione dei *media* per la promozione della soggettività femminile.

* * *

INELEGGIBILITÀ ED INCOMPATIBILITÀ DEI MAGISTRATI. MAGISTRATI CESSATI DA CARICHE POLITICHE

Al cospetto della Commissione Giustizia del Senato è altresì il d.d.l. S. 116 «*Disposizioni in materia di ricollocamento dei magistrati candidati, eletti o nominati ad una carica politica e riordino delle disposizioni in materia di eleggibilità dei magistrati alle elezioni amministrative*», presentato il 15 marzo 2013 dall'on. Nitto Palma.

L'intervento normativo in commento riguarda gli appartenenti ad ogni magistratura (ordinaria, amministrativa, contabile e militare) e intende attuare un'effettiva applicazione dei principi di imparzialità e indipendenza della magistratura, apportando significative modifiche all'attuale sistema che disciplina la materia delle cause di ineleggibilità e di incompatibilità dei magistrati e regolandone il loro ricollocamento in ruolo.

Alla già rigorosa disciplina vigente, attualmente sancita dall'art. 8 del testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati di cui al d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361, che esclude il ricollocamento in ruolo del magistrato candidato alla Camera dei deputati nella circoscrizione nel cui ambito si sono svolte le elezioni, l'art. 1 introduce un ulteriore limite consistente nel divieto, per la durata minima di due anni, di copertura di incarichi direttivi e semi-direttivi per il ricollocamento in ruolo dei magistrati candidati e non eletti (comma 1).

Il comma 2 dell'art. 1, inoltre, inserisce nel testo unico sopra citato un nuovo disposto normativo (l'art. 8-*bis*) che prescrive ai magistrati eletti, una volta cessati dal mandato, anche in caso di scioglimento anticipato della Camera dei deputati e di ele-

zioni suppletive, di non poter essere fatti rientrare nei ruoli di provenienza e di conservare l'impiego nei ruoli dell'Avvocatura dello Stato (che, al comma 3, è previsto sia regolato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri), ove sono destinati anche in sovrannumero. Il comma 4 del medesimo articolo introduce l'art. 5-*bis* dopo l'art. 5 del testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione del Senato della Repubblica, di cui al d.lgs. 20 dicembre 1993, n. 533, la cui disciplina richiama integralmente quella delineata sub art. 8-*bis* del citato testo unico per l'elezione della Camera come introdotto dalla novella proposta, con ciò volendo evidentemente garantirsi la piena equiparazione del regime per i magistrati che siano stati componenti dei due rami del Parlamento.

Il d.d.l. S. 116 contempla altresì, all'art. 2, una serie di modifiche al testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 in quanto, coniando un nuovo articolo 60-*bis*, introduce ipotesi di ineleggibilità dei magistrati alle elezioni amministrative e regola il ricollocamento ed il rientro in ruolo.

In particolare, il nuovo disposto normativo prevede come non siano eleggibili a sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale e circoscrizionale i magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, esclusi quelli in servizio presso le giurisdizioni superiori o comunque presso uffici giudiziari aventi competenza sull'intero territorio nazionale, che esercitano le loro funzioni o sono assegnati ad un ufficio giudiziario ubicato nella regione in cui si trovano il comune o la provincia per i quali sono indette elezioni o i magistrati che si siano trovati in tale condizione nei quattro anni antecedenti alla data di accettazione della candidatura. Il comma 2, inoltre, prevede come, in ogni caso, non siano eleggibili i magistrati indicati al comma 1 che, all'atto dell'accettazione della candidatura, non siano collocati in aspettativa (la cui disciplina, ivi compreso il trattamento economico, è poi delineata nell'art. 2 comma 3).

Un'ulteriore modifica normativa, introdotta sempre dall'art. 2 del d.d.l. in esame, prevede l'introduzione dell'art. 60-*ter* relativo al ricollocamento in ruolo dei magistrati candidati e non eletti: questi ultimi potranno sì essere ricollocati nel ruolo di provenienza, ma in regione diversa da quella in cui sono compresi il comune o la provincia per i quali si sono svolte le elezioni. Analogamente a quanto previsto per le elezioni politiche nazionali, una volta ricollocati in ruolo, è interdetto ai magistrati di ricoprire incarichi direttivi o semi-direttivi per un periodo di almeno due anni; invece i magistrati eletti sono ricollocati nei ruoli dell'Avvocatura dello Stato.

DE JURE CONDENDO

Le medesime condizioni previste dall'art. 1 del d.d.l. in commento per l'elezione alla carica di sindaco o di presidente della provincia o di consigliere comunale o provinciale sono previste all'art. 3 per la nomina di assessore esterno, con l'introduzione del nuovo art. 47-*bis* nel testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

L'art. 4 fa acquisire il rango di principi fondamentali, ai sensi dell'art 122, comma 1, Cost., alle disposizioni degli articoli 8 e 8-*bis* del più volte citato testo unico delle leggi per l'elezione della Camera, così determinando l'applicazione delle medesime regole in tema di ineleggibilità e di ricollocamento in ruolo dei magistrati candidati o eletti alle cariche di presidente, componente della giunta e consigliere regionale.

Al regime dei magistrati eletti deputati o senatori sono equiparate le posizioni dei magistrati che abbiano ricoperto la carica di Ministro, vice ministro o sottosegretario di Stato (art. 5).

Il d.d.l. infine disciplina all'art. 6 il regime transitorio per i magistrati attualmente eletti a cariche politiche, consentendo loro una pluralità di alternative: il ricollocamento in ruolo col vincolo di esercizio di funzioni collegiali per un periodo non inferiore a cinque anni ed esclusione della attribuzione di incarichi direttivi o semi-direttivi; la destinazione nei ruoli dell'Avvocatura dello Stato; la nomina a consigliere del Consiglio di Stato o della Corte dei conti per i magistrati ordinari o militari o, infine, il collocamento a riposo qualora sussistenti i presupposti contributivi minimi.

CORTI EUROPEE / EUROPEAN COURTS

di Sonia Campailla

RIMPATRIO E AMMENDA NEI CONFRONTI DI CITTADINI DI PAESI TERZI IRREGOLARMENTE SOGGIORNANTI NELL'UNIONE EUROPEA

(C. giust. UE, 21 marzo 2013, Causa C-522/2011)

Del 21 marzo 2013 è l'ordinanza, seguita alla domanda di pronuncia pregiudiziale (Causa C-522/11) dell'Ufficio del Giudice di pace di Lecce, vertente sull'interpretazione dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), nonché degli articoli 6, 7 e 8 della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (GUL 348, pag. t).

La lett. b) del par. 2 dell'art. 2 della suddetta direttiva – intitolato «Ambito di applicazione» – elenca i casi in cui «gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva ai cittadini di paesi terzi». Tra le situazioni a fronte delle quali gli Stati hanno la facoltà di agire in tal senso figura il caso in cui i predetti soggetti sono «sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione».

L'art. 6 si occupa, invece, della «decisione di rimpatrio», mentre alla «Partenza volontaria» è dedicato l'art. 7 e, in ultimo, i casi di «Allontanamento» costituiscono l'oggetto dell'art. 8.

L'ordinanza in commento ha stabilito che i cittadini di paesi terzi, imputati o condannati per il reato di soggiorno irregolare, contemplato dalla disciplina di uno Stato membro, non possono sfuggire all'ambito applicativo della direttiva 2008/115/CE per il solo fatto del soggiorno irregolare: ciò, a meno di privare di effettività l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b) della stessa.

In particolare, la Corte ha chiarito che la direttiva 2008/115/CE non osta alla normativa di uno Stato membro che punisca il soggiorno irregolare di cittadini di paesi terzi con un'ammenda convertibili-

le con la pena dell'espulsione; tuttavia «uno Stato membro non può applicare una normativa penale idonea a compromettere l'applicazione delle norme e delle procedure comuni previste dalla direttiva 2008/115, privando così quest'ultima del suo effetto utile» (§25); d'altro canto, «l'adozione e l'esecuzione delle misure di rimpatrio previste dalla direttiva 2008/115 non risultano ritardate o in altro modo ostacolate dalla circostanza che sia pendente un'azione penale come quella prevista dal decreto legislativo n. 286/1998. Infatti, il rimpatrio previsto agli articoli 13 e 14 di tale decreto legislativo può essere realizzato indipendentemente da tale azione penale e senza che quest'ultima debba essersi conclusa» (§27).

La Corte di giustizia è tornata, così, ad occuparsi della situazione dei cittadini di Paesi terzi irregolarmente soggiornanti in uno degli Stati membri dell'Unione europea, cercando di fare ulteriormente chiarezza sulla condizione di tali soggetti e sulla ammenda loro imposta o sulla loro espulsione, specificando i casi di convertibilità tra ammenda e espulsione, così come prescritto dall'art. 7, par. 4, della direttiva 2008/115/CE: la direttiva in parola, quindi, «non osta alla normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che sanzioni il soggiorno irregolare di cittadini di paesi terzi con un'ammenda sostituibile con la pena dell'espulsione, ma tale facoltà di sostituzione può essere esercitata solo se la situazione dell'interessato corrisponde a una di quelle previste dall'articolo 7, paragrafo 4, di tale direttiva» (§32), ovverosia se sussiste il rischio di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale.

CORTI EUROPEE

DECISIONE DEL CONSIGLIO RELATIVAMENTE A UNA CONVENZIONE INTERNAZIONALE DEL CONSIGLIO D'EUROPA CONTRO LA MANIPOLAZIONE DEI RISULTATI SPORTIVI

(Consiglio d'Europa 10 giugno 2013)

Pur non trattandosi di una sentenza, sembra il caso di menzionare la Decisione del Consiglio del 10 giugno scorso che consente alla Commissione europea di prendere parte, in nome dell'Unione europea, ai negoziati per una convenzione internazionale del Consiglio d'Europa mirata a combattere la manipolazione dei risultati sportivi, eccetto le questioni relative alla cooperazione in materia penale e alla cooperazione di polizia. Ci si addentra ancora una volta nei complessi rapporti tra Unione europea e Consiglio d'Europa che risultano sempre complessi ma particolarmente interessanti e ricchi di conseguenze a un più vasto livello europeo.

Partendo dal presupposto che è essenziale intraprendere dei negoziati per predisporre una convenzione internazionale del Consiglio d'Europa tesa a contrastare la manipolazione dei risultati sportivi, viene chiarito che lo scopo del negoziato è quello di sottoporre al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa un programma di convenzione che, sulla base della decisione del Comitato dei Ministri, dovrà divenire una convenzione e sarà valutato dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa per parere comunicato all'Accordo parziale allargato sullo sport (*Enlarged Partial Agreement on Sport – EPAS*) al fine di giungere ad un accordo giuridico non vincolante.

Alcune norme del progetto di convenzione internazionale del Consiglio d'Europa finalizzata a ostacolare la manipolazione dei risultati sportivi fanno capo alla cooperazione giudiziaria in materia penale e alla cooperazione di polizia e rientrano, quindi, nel contesto applicativo della terza, titolo V, TFUE. Stante quanto sopra, la Commissione può negoziare, in nome dell'Unione europea, in merito alle materie di competenza dell'Unione, una convenzione internazionale del Consiglio d'Europa volta ad impedire la manipolazione dei risultati sportivi. Vale sempre l'eccezione costituita dalla cooperazione in materia penale e, quindi, anche di polizia, materia che segue regole diverse, così come peraltro ricordato dalle direttive di negoziato allegate alla decisione *de qua*.

Detta convenzione sarà tesa a realizzare un sistema giuridico internazionale per prevenire e combattere la lotta avverso manipolazioni dei risultati sportivi con speciale riguardo alla partite truccate; a tal fine la convenzione dovrà consolidare la cooperazione internazionale realizzare un sistema di con-

trollo atto a valutare le previsioni della convenzione siano di fatto rispettate.

Vari i settori di competenza dell'Unione che possono essere ricompresi nella convenzione e, infatti, le disposizioni della auspicata convenzione possono riguardare vari campi di competenza dell'Unione. Solo per citarne alcuni si rammenta qui come l'agevolazione dell'equità e dell'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e la tutela dell'integrità fisica e morale degli sportivi; le libertà del mercato interno (libertà di fornire servizi e diritto di stabilimento) in tanto in quanto connesse alle disposizioni della convenzione.

Sarà interessante valutare l'esito del negoziato e l'interazione tra U.E. e Consiglio d'Europa che sembrano, specie dopo l'articolo 6 così come novellato dalla riforma di Lisbona che ha posto la base giuridica per la negoziazione finalizzata all'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per i diritti dell'uomo, destinate a operare in maniera sempre più sinergica per far fronte in modo completo alle questioni che l'Europa si trova da affrontare e che, probabilmente, possono essere risolte in modo più efficace attraverso una cooperazione delle due organizzazioni, anche se questo pone inesplorati e delicati problemi di interazione e di coordinamento.

* * *

PROIBIZIONE DELLA TORTURA, DIVIETO DI PENE DEGRADANTI E INUMANE. ERGASTOLO, PROSPETTIVE DI RILASCIO E POSSIBILITÀ DI RIESAME

(Corte e.d.u., 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*)

Passando alla Corte e.d.u. nel caso *Vinter et al c. Regno Unito*, la Grande Chambre, lo scorso 9 luglio (*requêtes nos 66069/09, 130/10 et 3896/10*), si è pronunciata sulla compatibilità tra l'art 3 della Cedu (Divieto di trattamenti inumani) e la mancanza di possibilità di rilascio del condannato o di riesame. A tale riguardo, essa è giunta alla conclusione che, affinché una condanna all'ergastolo risulti compatibile con il citato art. 3, devono sussistere sia l'opportunità di rilascio che la possibilità di riesame. Tuttavia, relativamente al caso *de quo*, avendo rilevato l'esistenza di una violazione, la Corte e.d.u. non intende concedere ai ricorrenti la possibilità di un rilascio imminente. In tal senso, tale opportunità deve essere considerata, per esempio, valutando se vi siano ragioni di ordine penale per il protrarsi della loro detenzione e se sia il caso di mantenere tale

stato di privazione della libertà sulla base di motivi di pericolosità.

Il caso che ha condotto alla sentenza della Corte e.d.u. riguarda tre ricorrenti che sono stati condannati nel Regno Unito per omicidio, avendo, rispettivamente, uno dei tre tolto la vita a un collega, l'altro a genitori adottivi, alla sorella e ai suoi bambini mentre l'ultimo dei tre condannati ha ucciso tre uomini.

La Corte ha anche rilevato che la maggior parte degli Stati membri della Cedu, non contemplano l'ergastolo *tout cour* oppure, nel caso in cui lo ammettano, prevedono un sistema che garantisca un riesame delle sentenze all'ergastolo dopo un periodo generalmente corrispondente 25 anni di detenzione. La stessa prescrizione che stabilisce la possibilità di un riesame dopo 25 anni è stabilita dalla Corte penale internazionale – di cui sono parti contraenti la grande maggioranza dei degli Stati Membri del Consiglio d'Europa.

Inoltre la Corte ha rilevato che la legge che, nel Regno Unito, attualmente, disciplina la prospettiva di un possibile rilascio è poco chiara.

* * *

DETEZIONE IN CORSO DI PROCEDURA PASSIVA DI CONSEGNA (M.A.E.). DIVIETO DI TORTURE E TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI

(Corte e.d.u., 11 giugno 2013, *Vasilescu c. Romania*)

Il ricorrente, M.V., è un cittadino rumeno che viveva a Wommelgem (Belgio). Condannato nel 2007 a cinque anni di reclusione per reati finanziari, egli ha scontato parte della propria pena in carcere, bene-

ficiando, poi, di un regime premiale extramurario, sotto sorveglianza elettronica.

Nel 2009 M.V. fuggiva in Romania; il giudice belga emetteva a suo carico un mandato d'arresto europeo, in applicazione del quale il Procuratore di Craiova (Romania) ordinava che egli fosse posto sotto custodia della polizia. Con sentenza del 19 agosto 2009 la Corte d'appello di Dolj disponeva che M.V. fosse posto in detenzione in un penitenziario rumeno, laddove rimase fino al 9 ottobre 2009 allorché fu consegnato all'autorità belga.

M.V. lamentava le pessime condizioni delle camere di detenzione della polizia di Craiova, così affermando che la permanenza in esse avrebbe integrato trattamenti inumani o degradanti, in violazione dell'art. 3 Cedu.

La Corte ha accolto le doglianze del ricorrente, esprimendo un monito di sicuro interesse anche per lo studioso italiano, chiamato a confrontarsi, dopo il cd. decreto "svuota carceri" del 2012, con previsioni che consentono la permanenza dell'arrestato presso le camere di sicurezza della polizia giudiziaria italiana, assolutamente inadeguate a soddisfare le esigenze minime di chi vi è rinchiuso. Insomma, la decisione in commento induce chi legge ad un'ulteriore – ma mai inutile – riflessione sullo stato di detenzione dei prigionieri europei. Fin troppo spesso, infatti, le carceri del vecchio continente sono inadeguate rispetto agli *standards* di umanità imposti dalla Convenzione di Strasburgo: ciò rappresenta ovviamente un problema che necessita di soluzione e, nelle more di adeguati interventi da parte dei legislatori nazionali, la detenzione "inumana e degradante" costituisce senz'altro un limite alla cooperazione penale tra Stati, anche all'interno dell'Unione europea.

CORTE COSTITUZIONALE

di Roberto de Rossi

IL LOCUS DI SVOLGIMENTO DEI LAVORI DI PUBBLICA UTILITÀ: POSSIBILE ANCHE FUORI PROVINCIA
(C. cost., sent. 5 luglio 2013, n. 179)

La Corte costituzionale (sentenza 5 luglio 2013, n. 179) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, comma 3, d.lgs. n. 274 del 2000, nella parte in cui non prevede che "se il condannato lo richiede, il giudice può ammetterlo a svolgere il lavoro di pubblica utilità fuori dall'ambito della provincia in cui risiede".

La Consulta manipola in senso additivo l'art. 54 d.lgs. 274/2000, norma «generale» in materia di lavoro di pubblica utilità: istituto pertinente al trattamento punitivo dei reati di competenza del Giudice di pace, ma richiamato, com'è noto, dalle previsioni sanzionatorie del codice della strada concernenti la guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti. Gli artt. 186 e 187 d.lgs. n. 285 del 1992, in particolare, introducono la possibilità per il Giudice di applicare, quando l'imputato lo consenta, il lavoro di pubblica utilità quale sanzione sostitutiva delle pene detentive e pecuniarie ordinariamente previste.

Nei giudizi *a quibus* - due procedimenti di esecuzione - le persone condannate al lavoro di pubblica utilità avevano formulato istanza affinché la sanzione trovasse esecuzione in località non comprese nel territorio della provincia di residenza, documentando le gravi ragioni personali e familiari che rendevano particolarmente onerosi, e del tutto improduttivi sul piano della rieducazione, l'avvio o la prosecuzione del rapporto esecutivo nell'ambito territoriale di pertinenza.

In termini più specifici, secondo il rimettente, si è in presenza di un «doveroso incidente di costituzionalità dell'art. 54 del d.lgs. n. 274 del 2000 in relazione agli artt. 3 e 27 Cost. nella parte in cui la norma *de qua* impone lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità nella provincia di residenza del condannato o nella parte in cui non preveda l'ipotesi che il giudice, su richiesta del condannato, lo ammetta a svolgere il

lavoro di pubblica utilità presso un ente non compreso nella provincia di residenza del medesimo». Sempre ad avviso del rimettente la norma, nella formulazione attuale, violerebbe:

a) *in primis*, l'art. 3 Cost., sotto il profilo della violazione del principio di uguaglianza, in quanto la mancata predisposizione di convenzioni, ai sensi dell'art. 54 d.lgs. n. 274 del 2000 nell'ambito di una provincia, «finirebbe per precludere, in buona sostanza, la possibilità per un soggetto condannato ed ivi residente di accedere a tale sanzione sostitutiva, alla quale peraltro la legge collega - nel caso previsto dall'art. 187 d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada) ed all'esito positivo dello svolgimento del lavoro - notevoli benefici premiali, tra cui l'effetto estintivo del reato, la riduzione alla metà della sanzione della sospensione della patente e la revoca della confisca del veicolo sottoposto a sequestro»;

b) *in secundis*, sempre l'art. 3 Cost., ma sotto il profilo della violazione del principio di ragionevolezza, in quanto la possibilità riconosciuta al condannato (dalla medesima disposizione) di richiedere al giudice di essere ammesso a svolgere il lavoro di pubblica utilità per un tempo superiore alle sei ore settimanali, rende irragionevole la mancata previsione di poter consentire, previa richiesta, di svolgere il lavoro di pubblica utilità al di fuori della Provincia di residenza, se non altro in tutte quelle situazioni concrete in cui tale prestazione risulterebbe rispettosa delle esigenze di tutela degli interessi costituzionali, dei quali lo stesso art. 54 del d.lgs. citato fa esplicita menzione;

c) poi l'art. 27 Cost., in quanto il vincolo territoriale allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità impedisce la realizzazione degli obiettivi di rieducazione e reintegrazione del condannato, nonostante la disponibilità all'emenda ed alla risocializzazione manifestate mediante il consenso alla prestazione di attività lavorativa socialmente utile; disponibilità che, invece, orienterebbe positivamente le opinioni della

collettività “valutando apprezzabilmente lo sforzo e l’impegno tenuti dal condannato nell’adempimento degli obblighi ordinariamente collegati allo svolgimento di un’attività”;

d) infine, l’art. 29 Cost., in quanto l’espiazione del lavoro di pubblica utilità, esclusivamente nell’ambito della Provincia di residenza del reo, non terrebbe conto delle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato cui, invece, si dovrebbe assegnare indubbia prevalenza.

La Consulta ha ritenuto fondata la questione.

Osservano i Giudici costituzionali che l’art. 54 del d.lgs. n. 274 del 2000, nel disciplinare il lavoro di pubblica utilità, è disposizione che consente al giudice di disporre di una certa flessibilità nel governare modi e tempi dello svolgimento della pena, in particolare facendo in modo di non pregiudicare le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato. Con questo quadro, però, non si concilia, e risulta dunque palesemente irragionevole, il vincolo territoriale imposto al giudice, il quale deve individuare il luogo in cui il lavoro di pubblica utilità deve essere svolto nell’ambito della Provincia in cui il condannato risiede.

La Consulta ha così ritenuto fondate le due questioni di legittimità costituzionale sollevate dal tribunale di Sant’Angelo dei Lombardi e da quello di Matera, che, nei casi di specie, avevano condannato, rispettivamente, una persona per guida sotto effetto di stupefacenti e una per guida in stato di ebbrezza ad alcuni mesi di lavoro di pubblica utilità presso due enti dei loro comuni di residenza.

Nel dettaglio, la Corte ha rilevato non solo una violazione dell’art. 3 Cost., essenzialmente sotto il profilo della ragionevolezza, ma anche un contrasto con il terzo comma dell’art. 27, concernente la necessaria finalizzazione rieducativa della pena. Finalizzazione - rimarca la Corte - che non va assicurata solo sul versante penitenziario, ma anche riguardo alla «conformazione» di un istituto sanzionatorio, specialmente se, come nella specie, «le finalità rieducative della pena e il recupero sociale del soggetto sono particolarmente accentuati e sono perseguiti mediante la volontaria prestazione di attività non retribuita a favore della collettività».

A tal riguardo, appare utile, se non necessario ai fini di una maggiore chiarezza espositiva, riportare il passaggio della sentenza nella quale si fa riferimento alle suddette violazioni dei precetti costituzionali. Con specifico riguardo a tale profilo, la Corte chiarisce che: «la funzione rieducativa della pena e la risocializzazione del condannato devono avvenire sulla base di criteri individualizzanti e non su rigidi automatismi». In particolare, si

è affermato che «la finalità rieducativa della pena, stabilita dall’art. 27, terzo comma, Cost., deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria. Quest’ultima deve prevedere modalità e percorsi idonei a realizzare l’emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore, le quali, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione» (sentenza n. 79 del 2007). Tali principi, benché riferiti alla legislazione penitenziaria, ben si adattano anche a fattispecie come quelle in esame, nelle quali le finalità rieducative della pena e il recupero sociale del soggetto sono particolarmente accentuati e sono perseguiti mediante la volontaria prestazione di attività non retribuita a favore della collettività. La previsione di un vincolo territoriale, privo di un’adeguata giustificazione, può compromettere le finalità ora indicate, impedendo al giudice una efficace modulazione della pena e dissuadendo il condannato dall’intraprendere un percorso che avrebbe potuto consentirne l’emenda e la risocializzazione”.

Può, infine, rilevarsi che, per quanto le fattispecie *de quibus* riguardassero il lavoro di pubblica utilità quale pena sostitutiva dei reati previsti dal codice della strada, la decisione additiva della Corte ha interessato la norma generale di regolazione dell’istituto, il quale dunque si applicherà, nella nuova estensione, anche quando pertinente a reati di competenza del giudice di pace o ad ulteriori fattispecie che ad esso si riferiscano.

* * *

DIRITTO PENITENZARIO: ILLEGITTIMO IL NUMERO RIDOTTO DI COLLOQUI CON IL DIFENSORE PER I DETENUTI SOTTOPOSTI AL 41-BIS

(C. cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143)

La Corte costituzionale (sentenza 20 giugno 2013, n. 143) dichiara l’illegittimità costituzionale dell’articolo 41-bis, comma 2-*quater*, lettera b), ultimo periodo, della legge 26 luglio 1975, n. 354 («Norme sull’ordinamento penitenziario e sull’esecuzione delle misure privative e limitative della libertà»), come modificato dall’articolo 2, comma 25, lettera f), numero 2), della l. 15 luglio 2009, n. 94 («Disposizioni in materia di sicurezza pubblica»), limitatamente alle parole «con i quali potrà effettuarsi, fino ad un

CORTE COSTITUZIONALE

massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari».

Ad avviso del giudice *a quo*, la norma censurata violerebbe l'art. 3 Cost., riservando ai detenuti in regime speciale un trattamento deteriore rispetto a quello accordato alla generalità degli altri detenuti, non giustificabile né con la loro maggiore pericolosità, la quale non potrebbe incidere in senso limitativo sull'esercizio del diritto di difesa; né con un minore livello delle esigenze difensive, avendo, al contrario, i detenuti in regime speciale esigenze difensive solitamente maggiori rispetto ai detenuti "comuni", in correlazione al più elevato numero e alla maggiore complessità dei procedimenti penali pendenti a loro carico.

La norma denunciata si porrebbe, altresì, in contrasto con l'art. 24 Cost., determinando una evidente compressione del diritto di difesa del detenuto, a fondamento della quale non potrebbe essere invocata l'esigenza di impedire contatti con i membri dell'organizzazione criminale di appartenenza, non essendo tale esigenza riferibile ai rapporti con i difensori, i quali non potrebbero essere normativamente gravati «del sospetto di porsi come illecito canale di comunicazione».

Sarebbe violato, infine, l'art. 111, terzo comma, Cost., giacché le limitazioni censurate impedirebbero ai detenuti in questione – spesso contemporaneamente coinvolti in una pluralità di procedimenti penali – di disporre del tempo necessario per preparare efficacemente la propria difesa.

La Corte riconosce la fondatezza della questione, riconoscendo che il diritto di difesa è suscettibile di bilanciamento con altre esigenze di rango costituzionale, così che il suo esercizio può essere variamente modulato o limitato dal legislatore (tra le altre, sentt. n. 173 del 2009, n. 297 del 2008 e n. 341 del 2006, nonché, con specifico riferimento alla materia dei colloqui dei detenuti, sent. n. 212 del 1997): ciò, tuttavia, a condizione che non ne risulti compromessa l'effettività, costituente il limite invalicabile ad operazioni del genere considerato (sent. n. 317 del 2009), e ferma restando, altresì, l'esigenza di verificare la ragionevolezza delle restrizioni concretamente apportate (sent. n. 407 del 1993).

Contrariamente a quanto sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, la soluzione normativa adottata non può essere giustificata in una prospettiva di bilanciamento tra il diritto di difesa e interessi contrapposti di pari rilevanza costituzionale, legati segnatamente alla protezione dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini nei confronti della criminalità organizzata.

Detti principi valgono in modo particolare quando si discuta di restrizioni che incidono sul diritto alla difesa tecnica delle persone ristrette in ambito penitenziario, rese più vulnerabili, quanto alle potenzialità di esercizio delle facoltà difensive dalle limitazioni alle libertà fondamentali insite, in via generale, nello stato di detenzione. Giova, anche a questo riguardo, il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale – nell'ammettere che, in circostanze eccezionali, lo Stato possa limitare i contatti confidenziali tra una persona detenuta e il suo avvocato – rimarca, tuttavia, come ogni misura limitativa di tal fatta debba risultare assolutamente necessaria (tra le altre, Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*; 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italia*) e non debba comunque frustrare l'effettività dell'assistenza legale alla quale il difensore è abilitato. Tale, infatti, è l'importanza annessa ai diritti della difesa in una società democratica, che il diritto ad una assistenza legale effettiva deve essere garantito in tutte le circostanze (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 2 novembre 2010, *Sakhnovskiy c. Russia*).

Nella specie, il contingentamento, rigido e prolungato nel tempo, dei momenti di contatto tra il detenuto e i suoi difensori intacca l'anzidetto nucleo essenziale, non essendo possibile presumere, in termini assoluti, che tre colloqui visivi settimanali di un'ora, o telefonici di dieci minuti, consentano in qualunque circostanza un'adeguata ed efficace predisposizione delle attività difensive. Nel frangente, si discute, tra l'altro, di soggetti condannati o imputati per delitti di particolare gravità e spesso contemporaneamente coinvolti – proprio in ragione dei ritenuti collegamenti «con un'associazione criminale, terroristica o eversiva», cui è condizionata la sottoposizione al regime speciale (art. 41-bis, comma 2, primo periodo) – in una pluralità di altri procedimenti, di cognizione ed esecutivi, particolarmente complessi.

Significativo, al riguardo, è che la Corte di Strasburgo – tenuto conto della complessità della singola vicenda giudiziaria nella quale il ricorrente era coinvolto – abbia reputato lesiva del diritto all'equo processo una limitazione che presenta significative assonanze con quella in esame (sentenza 12 marzo 2003, *Öcalan c. Turchia*, relativa a fattispecie nella quale erano stati consentiti all'imputato, durante il corso del processo, solo due colloqui a settimana con i propri difensori, della durata di un'ora l'uno).

Quanto, poi, al secondo versante – quello della ragionevolezza delle restrizioni – vale osservare come i colloqui difensivi abbiano, per definizione, quali interlocutori "esterni" del detenuto, persone appartenenti ad un ordine professionale (quello degli av-

vocati), tenute al rispetto di un codice deontologico nello specifico campo dei rapporti con la giustizia e sottoposte alla vigilanza disciplinare dell'ordine di appartenenza. L'eventualità che dette persone, legate al detenuto da un rapporto di prestazione d'opera professionale, si prestino a fungere da tramite fra il medesimo e gli altri membri dell'organizzazione criminale, se non può essere certamente esclusa a priori, neppure può essere assunta ad una regola di esperienza, tradotta in enunciato normativo: apparendo, sotto questo profilo, la situazione significativamente diversa da quella riscontrabile in rapporto ai colloqui con persone legate al detenuto da vincoli parentali o affettivi, ovvero con terzi non qualificati.

Dirimente è, peraltro, il rilievo che, quando pure l'eventualità temuta si materializzi, le restrizioni oggetto di scrutinio non appaiono comunque in grado di neutralizzarne o di comprimerne in modo apprezzabile gli effetti. Posto, infatti, che i colloqui con i difensori – diversamente da quelli con i familiari e conviventi o con terze persone – restano sottratti all'ascolto e alla videoregistrazione, i limiti di cadenza e di durata normativamente stabiliti sono suscettibili, bensì, di penalizzare la difesa, ma non valgono ad impedire, nemmeno parzialmente, il temuto passaggio di direttive e di informazioni tra il carcere e l'esterno, né a circoscrivere in modo realmente significativo la quantità e la natura dei messaggi che si paventano scambiabili, per il tramite dei difensori, nell'ambito dei sodalizi criminali.

L'operazione normativa considerata viene, di conseguenza, a confliggere con il principio per cui, nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango. Nel caso in esame, per converso, alla compressione – indiscutibile – del diritto di difesa indotta dalla norma censurata non corrisponde, prima facie, un paragonabile incremento della tutela del contrapposto interesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza dei cittadini.

* * *

IN TEMA DI INCOMPATIBILITÀ "VERTICALE": IN CASO DI RINVIO, INCOMPATIBILE IL GIP CHE SI È GIÀ PRONUNCIATO

(C. cost., sent. 9 luglio 2013, n. 183)

La Corte costituzionale (sentenza 9 luglio 2013, n. 183) dichiara la illegittimità costituzionale de-

gli articoli 34, comma 1, e 623, comma 1, lettera a), del codice di procedura penale, nella parte in cui "non prevedono che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del reato continuato, ai sensi dell'art. 671 del medesimo codice".

La Consulta ha altresì dichiarato, in applicazione dell'articolo 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale dei medesimi articoli (34, comma 1, e 623, comma 1, lettera a), del codice di procedura penale), nella parte in cui "non prevedono che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del concorso formale, ai sensi dell'art. 671 dello stesso codice".

La pronuncia, alquanto articolata e di notevole spessore interpretativo, apporta un elemento di grande novità in relazione limiti di operatività della incompatibilità cosiddetta "verticale". In proposito, è opportuno premettere che, per reiterata affermazione della Corte costituzionale, "le norme sull'incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento, di cui all'art. 34 cod. proc. pen., presidiano i valori della sua terzietà e imparzialità, attualmente oggetto di espressa previsione nel secondo comma dell'art. 111 Cost., aggiunto dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2". Le predette norme hanno la precipua finalità di evitare che la decisione sul merito della causa possa essere condizionata dalla "forza della prevenzione" – ossia dalla naturale tendenza a confermare una decisione già presa o a mantenere un atteggiamento già assunto – scaturente da valutazioni cui il giudice sia stato precedentemente chiamato in ordine alla medesima *res iudicanda*.

Il caso di specie è stato sollevato dal g.i.p. di Velletri che riferisce di avere rigettato, con ordinanza del 18 maggio veste di giudice dell'esecuzione, la richiesta di un condannato intesa ad ottenere, ai sensi dell'art. 671 c.p.p., l'applicazione della disciplina della continuazione in rapporto a due reati di rapina aggravata, commessi in concorso con altra persona e giudicati separatamente. La decisione era basata sulla ritenuta impossibilità di ricondurre i due episodi delittuosi ad un medesimo disegno criminale, trattandosi di fatti commessi in giorni diversi, in danno di differenti istituti di credito e in diverse località.

CORTE COSTITUZIONALE

Il provvedimento, tuttavia, era stato annullato con rinvio dalla Corte di cassazione, per incompletezza della motivazione in ordine allo stato di tossicodipendenza del ricorrente: condizione non menzionata nell'ordinanza impugnata e che doveva essere presa invece in considerazione alla luce del disposto del comma 1 dell'art. 671 c.p.p., in forza del quale «fra gli elementi che incidono sull'applicazione del reato continuato vi è la consumazione di più reati in relazione allo stato di tossicodipendenza».

Gli atti erano stati quindi rinviati allo stesso Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Velletri, affinché esaminasse «in piena autonomia di giudizio» l'istanza del condannato, colmando le lacune motivazionali.

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

Le norme censurate violerebbero, *in primis*, l'art. 111, secondo comma, della Costituzione, in forza del

quale il giudice deve essere terzo e imparziale, non apparendo tale il giudice che, dopo essersi pronunciato su una questione esprimendo un giudizio di merito – quale quello inerente alla riconducibilità di distinti fatti di reato a un unico disegno criminoso – venga nuovamente chiamato a decidere la medesima questione.

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

La Corte ha ritenuto fondata la questione sollevata dal giudice *a quo*.

La Consulta ha riconosciuto che l'apprezzamento demandato al giudice dell'esecuzione presenta tutte le caratteristiche del «giudizio», quali delineate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale ai fini dell'identificazione del secondo termine della relazione di incompatibilità costituzionalmente rilevante, espressivo della sede «pregiudicata» dall'effetto di «condizionamento» scaturente dall'avvenuta adozione di una precedente decisione sulla medesima *res iudicanda*.

SEZIONI UNITE

di Paola Maggio

LA CONNESSIONE OPERA ANCHE PER PROCEDIMENTI PENDENTI IN DIVERSO GRADO

(Cass., sez. un., 21 giugno 2013, n. 27343)

Secondo le Sezioni Unite, lo spostamento di competenza per effetto della connessione tra procedimenti opera indipendentemente dal fatto che la pendenza sussista nello stesso stato e grado, essendo esclusivamente necessario che sia effettiva ed attuale e che nessuno dei procedimenti sia stato definito con sentenza irrevocabile.

L'interrogativo era sorto riguardo all'incompetenza per territorio determinata da connessione a norma dell'art. 16 c.p.p. e alla necessità che i procedimenti connessi pendessero o meno nello stesso stato e grado.

La conclusione segna l'epilogo di un'attenta ricostruzione storica della *voluntas* legislativa del codice riformato che ha configurato l'istituto della connessione come criterio attributivo originario ed autonomo, abbandonando lo schema che ne faceva una deroga ai generali criteri di competenza per materia e per territorio. In quest'ottica, come confermato dalla stessa lettera degli artt. 15 e 16 c.p.p., non è dato alla giurisprudenza di introdurre in via interpretativa requisiti ulteriori che finiscano per segnare un'erronea sovrapposizione con l'istituto della riunione, oltre a realizzare una palese violazione del principio di precostituzione del giudice naturale scandito dall'art. 25, comma 1, Cost. Militano a sostegno della scelta: l'interpretazione letterale delle norme attualmente vigenti in materia di competenza per connessione, quella logico-sistematica dell'istituto in considerazione della evoluzione legislativa, nonché, appunto, la volontà del legislatore desunta dai lavori parlamentari e dalla Relazione al codice di procedura penale.

L'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, ancorato a una prospettiva culturale più vicina ai valori del precedente codice di rito, limitava gli spostamenti della competenza, per effetto di connessione,

alle ipotesi in cui i procedimenti si trovassero nella medesima fase processuale. Veniva così negato ad esempio l'operare dello slittamento in relazione a fatti connessi, taluni giudicati con sentenza in corte di assise ed altri con rito abbreviato (Cass., sez. I, 10 giugno 2010, n. 26857); analogamente, era escluso lo spostamento di un procedimento per effetto di connessione nell'ipotesi di pendenza di un procedimento in fase dibattimentale ed altro in quella di indagini preliminari (Cass., sez. I, 14 maggio 2009, n. 24072, con la specificazione dell'onere in capo al soggetto che solleva l'eccezione di dimostrare l'attualità della pendenza nella medesima fase; altresì, Cass., sez. I, 29 gennaio 1998, n. 2794; sez. I, 26 ottobre 1995, n. 5360).

L'impostazione minoritaria, ora sposata dalle sezioni unite, riteneva invece lo spostamento del procedimento penale per connessione del tutto svincolato dalla pendenza dei relativi procedimenti nello stesso stato e grado, ragionando soprattutto in termini di autonomia del criterio attributivo della competenza (Cass., sez. I, 12 giugno 1997, n. 4125; sez. I, 30 aprile 1996, n. 6754; sez. I, 8 luglio 1992, n. 3312).

La piena adesione all'ultimo indirizzo si pone il duplice obiettivo di restituire alla connessione uno specifico ambito applicativo e di evitare l'attribuzione di significazioni ulteriori al principio di naturalità e precostituzione del giudice. Opzione, questa, peraltro ampiamente auspicata dalla dottrina, incline a esaltare il cambiamento di rotta espressamente voluto dal legislatore nel 1988 (Catalano, *La competenza per connessione rispetto a procedimenti pendenti in gradi diversi: fattore di tutela o strumento di eversione rispetto alla garanzia del giudice naturale?*, *www.penale contemporaneo.it*, n. 1, 2013, 226-231), e a respingere la prevalente tesi giurisprudenziale nel punto in cui pretendeva la necessaria pendenza dei procedimenti nello stesso grado.

Per le ragioni accennate, costituisce infatti una sorta di retaggio culturale del codice del 1930 con-

SEZIONI UNITE

figurare la connessione come un mero criterio di modificazione della competenza, e non come un presupposto autonomo. In quel sistema, peraltro, assai rilevante era il numero delle ipotesi di connessione e la valutazione discrezionale in ordine alla opportunità o meno di riunire o separare i procedimenti rendeva la previgente disciplina poco compatibile con il principio del giudice naturale precostituito, che, invece, impone norme chiare da interpretare in maniera rigorosa e spazi di discrezionalità del giudice assenti o, comunque, limitati (Pagliaro, *Presupposti della connessione*, in *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*, Milano, 1976, 28).

Come anticipato, il codice Vassalli ha cambiato rotta, attribuendo alla connessione il ruolo di criterio originario di individuazione del giudice, al pari della competenza per materia e per territorio. Tale innovazione è stata determinata dalla volontà di escludere ogni discrezionalità e, quindi, di rispettare nella massima misura possibile il requisito della precostituzione. Per perseguire tali obiettivi, si erano ridotte le ipotesi di processi con pluralità di regudicande per fatti di reato diversi e con un altissimo numero di imputati, mentre nell'originaria formulazione dell'art. 12 c.p.p. erano stati rigorosamente delimitati i casi di connessione a fatti oggettivi, non comportanti ampi spazi di valutazione discrezionale e non modificabili successivamente, comprimendosi le ipotesi di connessione probatoria particolarmente esposta «a criteri facilmente determinabili *post factum*».

Per questo non era stata riprodotta la clausola (ancora presente nel Progetto del codice di procedura penale del 1978) che limitava l'operatività della connessione ai procedimenti pendenti nel medesimo stato e grado. Clausola, questa, abilmente recuperata dalla giurisprudenza imperante anche a seguito di taluni "disorientanti" innesti normativi. Ci si riferisce ai ritocchi sulla disposizione resi necessari dal contrasto all'"offensiva mafiosa": l'art. 1 d.l. 20 novembre 1991, n. 367, conv., con mod., dalla l. 20 gennaio 1992, n. 8, aveva corretto l'art. 12 lett. b) e c) c.p.p. per rendere più agevole la celebrazione di procedimenti e dibattimenti con un alto numero di imputati, ritenuti imprescindibili per fronteggiare la criminalità organizzata. L'eccessiva alterazione, con ampliamento dei casi di connessione e della discrezionalità di accertamento delle varie ipotesi previste, era subito apparsa poco compatibile con l'impianto del criterio originario attributivo di competenza e per taluni versi anche poco rispettosa del principio del giudice naturale precostituito per legge; cosicché, mediante l'art. 1,

comma 1, della legge 1 marzo 2001, n. 63, attuativa del "giusto processo", si è provveduto a un recupero della filosofia di fondo del codice riformato, attraverso l'abrogazione, nella lettera c), delle ipotesi di connessione di reati «commessi in occasione di altri ovvero per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità». (cfr., sul tema generale, C. cost., sent. 14 febbraio 2013, n. 21).

Orbene, a parere del Supremo consesso, l'attuale previsione della connessione, così come riconfigurata per le ipotesi di continuazione dei reati, non è idonea in alcun modo ad alterare il significato del criterio di attribuzione della competenza che prescinde dalla pendenza dei procedimenti nello stesso stato e grado. Né è ipotizzabile alcuna impropria sovrapposizione fra la competenza per connessione e la riunione.

Quest'ultimo istituto, destinato infatti a fungere da canone di mera organizzazione del lavoro giudiziario, opera solo quando i processi sono già pendenti davanti allo stesso giudice ed è subordinato alla condizione che la celebrazione cumulativa dei processi non ne pregiudichi la rapida definizione (C. cost., ord. 3 luglio 1998, n. 247). La riunione, dunque, è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, attiene alla distribuzione interna dei processi e all'economia dei giudizi (Cass., sez. V, 9 giugno 2005, n. 26064); può avere ad oggetto solo i processi e non anche i procedimenti (Cass., sez. VI, 4 agosto 1992, n. 3011) e non va confusa o affiancata alla connessione. Molti indicatori letterali e sistematici confermano pertanto il diverso ambito di operatività dei due istituti (Baccari, *La cognizione e la competenza del giudice*, Milano, 2011, 273).

Mediante le evidenziate argomentazioni, le sezioni unite superano le tendenze "pedagogiche" sottese all'indirizzo maggioritario che riteneva imprescindibile la pendenza dei procedimenti nella stessa fase, paventando un pregiudizio del principio della precostituzione. In particolare, l'orientamento, fatto proprio dalla ordinanza di rimessione, ha ampliato il concetto di giudice naturale, non ritenendo possibile esaurirlo in quello di organo precostituito per legge: il predicato della naturalità assumerebbe infatti nel processo penale un carattere del tutto particolare in ragione del fisiologico radicamento di quel processo nel *locus commissi delicti*. Tale tradizionale canone implica che il diritto e la giustizia si riaffermino nel luogo ove sono stati violati (C. cost., sent. 21 aprile 2006, n. 168), altrimenti verrebbero in rilievo profili di illegittimità delle norme in materia di connessione.

Le Sezioni Unite precisano tuttavia che il concetto di naturalità come precostituzione (C. cost., sent. 28 maggio 1987, n. 207; C. cost., sent. 27 gennaio 2011, n. 30) impone che la competenza venga determinata attraverso atti di soggetti ai quali sia attribuito il relativo potere, nel rispetto della riserva di legge esistente in tale materia (C. cost., ord. 31 luglio 2002, n. 417; C. cost., ord. 12 aprile 2002, n. 112; C. cost., sent. 10 maggio 2012, n. 117; su questi temi, in dottrina, Bellocchi, *I requisiti di naturalità e precostituzione del giudice*, Dean (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007).

Il reale obiettivo dell'art. 25 Cost. è infatti quello di consentire che l'individuazione degli organi giudiziari, al fine di una rigorosa garanzia della loro imparzialità, venga sottratta ad ogni possibile arbitrio (Cass., sez. un., 28 gennaio 2013, n. 13687). Pertanto, la determinazione della competenza deve avvenire in base a norme caratterizzate da un sufficiente grado di determinatezza, di rigorosa interpretazione, immuni, nella misura massima possibile, da valutazioni di discrezionalità.

Anche in tema di connessione l'individuazione del giudice competente per territorio riposa dunque su un collegamento tra uno dei fatti connessi ed il *locus commissi delicti*. Semmai, sarebbe proprio il riferirsi ad un requisito non contemplato dal sistema – quale quello della pendenza dei procedimenti connessi nello stesso stato e grado – a tradire, a detta delle sezioni unite, il principio costituzionale del giudice naturale precostituito, introducendo un requisito non previsto dal legislatore, non ricavabile dal tessuto normativo e, soprattutto, foriero di incertezze applicative (negli stessi termini, Catalano, *La competenza per connessione*, cit., 229).

L'ASTENSIONE DALLE UDIENZE PER PROTESTA DEI DIFENSORI NON COSTITUISCE LEGITTIMO IMPEDIMENTO NELLE IMPUGNAZIONI *DE LIBERTATE*
(Cass., sez. un., 19 giugno 2013, n. 26710; Cass., sez. un., 19 giugno 2013, n. 26711)

L'astensione dalle udienze da parte del difensore, che aderisca ad una protesta di categoria, non è consentita nei procedimenti "*de libertate*", in quanto l'art. 4 del Codice di "Autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati" (adottato il 4 aprile 2007 e ritenuto idoneo dalla Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali con delibera del 13 dicembre 2007) avente valore di normativa secondaria, esclude espressamente che l'astensione possa riguardare le udienze penali «afferenti misure cautelari».

In applicazione di tale principio è stata rigettata l'istanza di rinvio avanzata dal difensore dell'imputato nel giudizio di cassazione proposto ai sensi dell'art. 311 c.p.p.

Nell'affrontare il delicato tema dell'astensione dalle udienze *de libertate* dei difensori, le sezioni unite compiono un espresso richiamo alla decisione con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1 e 5, della legge 12 giugno 1990, n. 146, disciplinante lo sciopero nei servizi pubblici essenziali e la salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati, nella parte in cui non prevedeva, nel caso dell'astensione collettiva dall'attività giudiziaria, l'obbligo d'un congruo preavviso e di un ragionevole limite temporale da parte degli avvocati e dei procuratori legali e non configurava altresì gli strumenti idonei a individuare e assicurare le prestazioni essenziali, nonché le procedure e le misure conseguenziali nelle ipotesi di inosservanza. La Consulta aveva espressamente chiarito che «l'astensione dalle udienze degli avvocati e procuratori è manifestazione incisiva della dinamica associativa volta alla tutela di questa forma di lavoro autonomo, essa non può essere ridotta a mera facoltà di rilievo costituzionale» (C. cost., sent. 27 maggio 1996, n. 171). Ciò, senza dimenticare le indubbie peculiarità dell'avvocatura considerate in più parti della Carta costituzionale: nell'art. 24, che garantisce la difesa tecnica a supporto del diritto di agire in giudizio; negli artt. 104, comma 4, e 135, comma 2, che conferiscono agli avvocati la legittimazione sia per l'elezione al Consiglio superiore della magistratura sia per la nomina o elezione alla Corte costituzionale; e infine nell'art. 106, comma 3, che prevede per loro la possibilità di essere chiamati all'ufficio di consigliere di cassazione.

In tal modo, le forme di astensione della classe forense erano state ricondotte nel novero delle attività dei singoli e dei gruppi che ispirano tutta la prima parte della costituzione, ovverossia nella configurazione dei diritti e non dei meri adempimenti partecipativi, ma era parso essenziale alla Consulta che il legislatore regolamentasse queste garanzie tenendo conto della compressione eventuale di altrettanto importanti interessi costituzionalmente sanciti.

Per soddisfare le esigenze di bilanciamento sollecitate dalla Corte, l'art. 2 *bis* della l. n. 83 del 2000 ha imposto l'adozione di specifici codici di autoregolamentazione per l'astensione dal lavoro di lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori. Scelta compiuta da parte degli organismi di categoria, il 4 aprile 2007, appunto mediante il Codice di autoregolamentazione, integrante il valore di normativa secondaria alla quale conformarsi.

SEZIONI UNITE

Interpretando questo complesso di fonti primarie e secondarie, le sezioni unite giungono a ritenere conclusivamente che la previsione contemplata nell'art. 4 lett. a) dello stesso codice non consenta l'astensione nella materia penale in riferimento alle udienze afferenti alle misure cautelari; nè è possibile applicare la lettera b) dello stesso art. 4, in quanto essa concerne le attività processuali partecipate, diverse dalle suddette udienze. Per cui è recisamente da escludersi la possibilità di astensione dei difensori in questa precipua attività (sul tema generale Potteti, *L'astensione collettiva degli avvocati dalle udienze*, Cass. pen., 2005, 3009; Silvestri, *In tema di adesione del difensore allo sciopero delle udienze*, *ivi*, 2009, 209 ss.).

Vale la pena ricordare che i ricorsi oggetto dell'enunciato principio di diritto erano stati rimessi alle Sezioni unite riguardo al problema della «custodia obbligatoria» per determinati reati, a norma del comma 3 dell'art. 275 c.p.p. La Cassazione, nell'ambito dei relativi giudizi, aveva sollevato questioni di legittimità costituzionale proprio in riferimento alla norma processuale che imponeva l'applicazione della custodia in carcere relativamente ai reati di «contesto mafioso». L'intervento risolutore della Consulta, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale del citato art. 275, comma 3, c.p.p., con riguardo alle fattispecie aggravate dall'art. 7 d.l. n. 152 del 1991 (C. cost., sent. 29 marzo, 2013, n. 57), ha determinato la restituzione degli atti alla Corte rimettente per una soluzione adottata alla luce dello *ius superveniens*. Le Sezioni Unite colgono dunque l'occasione per tornare sulla tematica relativa alla rivalutazione delle esigenze cautelari: l'art. 275, comma 3, c.p.p. si applica non solo in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva ma anche in relazione alle vicende successive che attengono alla permanenza delle esigenze cautelari (conformi, Cass., sez. un., 19 luglio 2012, n. 34473, sez. un., ord. 19 luglio 2012, n. 34474; Gamberini, *Le sezioni unite sull'operatività della presunzione di esclusiva adeguatezza della custodia in carcere nelle fasi successive a quella genetica: l'art. 275, comma 3, c.p.p. ancora alla Corte costituzionale*, Cass. pen., 2013, 42 ss.) ed, analogamente, anche nel momento della sostituzione della misura (Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919), a conferma del fatto che una diversa soluzione inciderebbe sulla razionalità del sistema. Si ribadisce pertanto la piena possibilità di riponderare le esigenze cautelari durante tutte le vicende *in itinere* della misura (sulla stessa scia, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. II, 14 febbraio 2012, n. 7586; sez. II, 17 gennaio 2012, n. 2937; sez. II, 17 gennaio 2012, n. 2938).

IL TERMINE DI TRASMISSIONE DEGLI ATTI AL TRIBUNALE DEL RIESAME PER LE MISURE CAUTELARI REALI HA NATURA ORDINATORIA
(Cass., sez. un., 17 giugno 2013, n. 26268)

Nel procedimento di riesame delle misure cautelari reali non trova applicazione il termine perentorio di cinque giorni entro cui devono essere trasmessi gli atti al tribunale, previsto dall'art. 309, comma 5, c.p.p. e sanzionato dalla perdita di efficacia della misura cautelare impugnata in caso di trasmissione tardiva, bensì il diverso termine indicato dall'art. 324 c.p.p. che ha natura ordinatoria. Questa la risposta fornita dalla suprema Corte alla "terza sollecitazione" in appena due anni e dopo due tentativi infruttuosi di risoluzione della *quaestio*.

Il profilo concerneva l'applicabilità, nel procedimento di riesame del provvedimento di sequestro, del termine perentorio di cinque giorni, previsto dall'art. 309, comma 5, c.p.p. per la trasmissione degli atti al tribunale: dubbi si erano addensati, in particolare, sull'operatività della sanzione dell'inefficacia qualora la decisione non fosse intervenuta nella tempistica prescritta a seguito della mancata o parziale trasmissione degli atti, nonché sulla decorrenza dei dieci giorni dall'avvenuta trasmissione – seppure incompleta – ovvero solo dal momento della ricezione degli atti nella loro totalità.

I problemi ermeneutici nascevano dal difetto di coordinamento a causa del richiamo operato dall'art. 324, comma 7, all'art. 309, commi 9 e 10, come modificato dall'art. 16 della l. 8 agosto 1995, n. 332.

Le sezioni unite pongono fine all'incertezza mediante un'attenta ricostruzione storica dell'art. 324, espressione della volontà legislativa del nuovo codice di rito, di tracciare una marcata differenza tra le misure cautelari personali e quelle reali. Tale norma è infatti rimasta sostanzialmente immutata, salvo alcune lievi modifiche rispetto al testo originario, mentre diversa è stata la sorte dell'art. 309 c.p.p., oggetto di successivi cambiamenti legislativi e di interventi correttivi della Consulta. In particolare, la l. n. 332 del 1995 aveva modificato l'art. 309, comma 5, c.p.p., affiancando alla previsione di un termine di natura perentoria previsto per la decisione, un ulteriore termine – assistito dalla medesima sanzione della perdita di efficacia della misura – anche per la trasmissione degli atti al tribunale del riesame. In questo modo, il modello di disciplina, in origine identico per i due versanti cautelari, ha subito una differenziazione legislativa volutamente confinata all'area della libertà personale.

La novella del 1995 aveva del resto di mira l'innalzamento delle garanzie nei confronti di un sog-

getto che veda compressa o limitata la propria libertà personale, mentre l'ordito dell'art. 324 c.p.p. continua attualmente a prevedere un confine temporale di natura ordinatoria per la trasmissione («entro il giorno successivo») e il rispetto di una scadenza perentoria di dieci giorni per la decisione, rinviando ai commi 9 e 10 del 309 c.p.p. per l'individuazione della sanzione conseguente all'inosservanza della disposizione.

Poco chiaro era dunque se il rimando, contenuto nel comma 7 dell'art. 324 c.p.p., andasse riferito alla formulazione attuale del 309 c.p.p. o a quella antecedente la citata riforma.

La prevalente giurisprudenza, cui le sezioni unite si allineano, ha ritenuto la mancata modifica dell'art. 324 c.p.p. frutto di una scelta consapevole del legislatore, che ha tenuto conto della diversità della regolamentazione del riesame delle misure cautelari personali rispetto al riesame delle misure cautelari reali, sul piano della *ratio* e dalla differenza dei beni oggetto di tutela (Cass., sez. III, 7 febbraio 1996, n. 204861).

Invero, anche volendo reputare il difettoso coordinamento fra le disposizioni del codice come una mera svista legislativa, essa dovrebbe in ogni caso essere risolta mediante un intervento correttivo dello stesso organo al fine di segnare l'autonomia dei due regimi di riesame, o, la sostanziale omogeneità dei medesimi. Inoltre, il rinvio – pure dopo l'intervento interpolativo dell'art. 16 l. 8 agosto 1995, n. 332 sulla disciplina delle scadenze temporali del riesame ex art. 309 c.p.p. – dovrebbe essere inteso come recettizio dell'originaria previsione non sanzionata (in questi termini l'orientamento maggioritario: v., ad esempio, oltre a Cass., sez. un., 28 maggio 2008, n. 25932; Cass., sez. I, 29 marzo 2011, n. 34544; Cass., sez. III, 7 luglio 2011, n. 37009; sez. VI, 21 gennaio 2009, n. 7475), risultando il regime rafforzato di garanzia del sollecito controllo riservato alla sola materia delle cautele personali (cfr. Poletti, *Il termine perentorio di cui all'art. 324 garantisce il diritto dell'interessato di impugnare il provvedimento di revoca della misura cautelare reale*, questa rivista, 2012, II, 7).

Su posizioni similari la dottrina ha sottolineato come, allo stato, un termine autonomo sia comunque espressamente contemplato dall'art. 324 c.p.p., seppure non accompagnato da apposita sanzione (Bassi-Epidendio, *Guida alle impugnazioni dinanzi al tribunale del riesame*, Milano, 2008, 721 ss., rimarcano il dato testuale che esclude l'inefficacia della misura e legittima forme di trasmissione frazionata degli atti).

La differente opzione ermeneutica è maturata negli ultimi anni in forza del richiamo all'art. 309,

commi 9 e 10 c.p.p., contenuto nell'art. 324, comma 7, c.p.p., e si fonda sull'applicabilità anche nel giudizio di controllo delle misure cautelari reali del termine previsto, a pena di decadenza dell'ordinanza applicativa, per i provvedimenti personali (come sostenuto da Cass., sez. III, 3 maggio 2011, n. 24163). Il ragionamento è giunto a profilare l'abnormità dell'ordinanza con la quale il tribunale del riesame, assumendo come dato acquisito quello della non operatività del richiamo contenuto nell'art. 324, comma 7, c.p.p., all'art. 309, comma 10, c.p.p., nella parte in cui prevede come causa di caducazione della misura la mancata trasmissione degli atti entro il termine di cui al precedente comma 5, disponga il rinvio dell'udienza a nuovo ruolo, in attesa che l'autorità procedente provveda alla detta trasmissione (sulla decisione, Caneschi, *La mancata trasmissione degli atti al tribunale del riesame preclude il controllo sul sequestro?*, www.penalecontemporaneo.it; Marzo, *Abnormità del provvedimento dilatorio del "riesame reale" tra sistema interno e assetto sovranazionale*, Arch. pen., 2011, III, 1035).

Il dibattito ha determinato reiterate rimessioni della questione alle sezioni unite (Cass., sez. II, 6 maggio 2011, 20075, www.penalecontemporaneo.it con osservazioni di Milanese, *Sull'ammissibilità di un provvedimento di acquisizione a completamento degli atti trasmessi nel procedimento di riesame delle misure cautelari reali*), nel punto in cui la diversità d'ambiti importa la mancata operatività dei principi espressi dalla Corte costituzionale in tema di misure personali (C. cost., sent. 22 giugno 1998, n. 232). Secondo le prospettive più critiche (Cass., sez. III, 3 maggio 2011, n. 24163), il procedimento di riesame deve svolgersi entro precise scansioni temporali anche nell'ambito delle misure cautelari reali. Infatti, ancorare un termine perentorio – quale quello di dieci giorni per l'assunzione della decisione – ad un *dies a quo* mobile, comporta la sostanziale incertezza sulla decorrenza di questa scansione, con il rischio tutt'altro che remoto di vanificarla. Viene in questa maniera ridimensionato l'argomento testuale, e la mancata riformulazione dell'art. 324 c.p.p. non impedisce un'interpretazione sistematica della relazione funzionale che lega i due meccanismi descrittivi del procedimento di riesame. Ragionando in questa maniera, il richiamo dell'art. 324, comma 7, c.p.p., all'art. 309, comma 10, c.p.p., deve essere comprensivo anche del precedente comma 5, in modo da considerare perentorio il limite per la trasmissione degli atti anche nel riesame dei sequestri. Tale rinvio, peraltro, integrerebbe il termine, meramente ordinatorio, di un giorno stabilito dall'art. 324, comma 3, c.p.p.,

SEZIONI UNITE

senza dover procedere a un'abrogazione implicita della norma, ma realizzando semplicemente un parallelismo perfetto tra il procedimento di riesame cautelare personale e reale.

L'opzione delle Sezioni Unite per il primo orientamento, risalente e maggioritario, è netta e riccamente argomentata. Si pone infatti l'accento sul fatto che la mancanza di un richiamo espresso nell'art. 324 c.p.p., al comma 5 del 309 c.p.p., che rende inapplicabile al riesame dei sequestri la sanzione della perdita di efficacia del provvedimento, è specificamente prevista nella norma da ultimo citata. Un'opinione diversa, orientata al doppio rinvio, porterebbe pertanto alla conseguenza di considerare tacitamente abrogato il comma 3 dell'art. 324 c.p.p. che prevede l'indicazione di un giorno per l'invio degli atti al Tribunale del riesame.

Il giudice nomofilattico esalta poi la necessaria identità, in punto di disciplina normativa, tra istituti processuali che afferiscono a valori di rango costituzionale diverso. Tale postulata autonomia di regolamentazione trova peraltro piena conferma: nella sistematica del codice e delle norme di attuazione, nei lavori Parlamentari della l. 332 del 1995, ed infine, nelle scelte differenziali via via tratteggiate dalla Consulta (C. cost., sent. 15 dicembre 1986, n. 268; C. cost., sent. 17 febbraio 1994, n. 48; C. cost., sent. 22 giugno 1998, n. 232; C. cost., ord. 4 maggio 2007, n. 153).

Il rinvio operato dall'art. 324 all'art. 309 c.p.p. deve dunque intendersi come avente carattere solo recettizio o statico, per cui le norme in questi contenute si intendono incorporate, così come formulate

nell'originaria previsione legislativa, e non possono seguire i passaggi evolutivi. Ne discende che l'unico termine perentorio che può essere individuato nella procedura di riesame cautelare reale è quello di dieci giorni, entro i quali il Tribunale del riesame deve assumere la propria determinazione. Viceversa, il termine per la trasmissione degli atti è invariato ed è di un giorno, perché, se il legislatore avesse inteso modificare il meccanismo, lo avrebbe fatto con un provvedimento specifico e non avrebbe lasciato spazio a ricostruzioni interpretative.

In ultimo, circa la particolare aleatorietà dell'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine per decidere, le sezioni unite escludono che «l'integrazione degli atti – se pretesa dal tribunale del riesame – possa essere qualificata come esplicazione di potestà istruttoria, trattandosi, viceversa, di semplice completamento della base cognitiva sulla quale fu emesso il provvedimento impugnato e sulla quale, dunque, si deve esercitare la cognizione del decidente, investito della richiesta di riesame» Il detto termine decorre pertanto dal momento in cui la predetta trasmissione può dirsi completa.

I provvedimenti di acquisizione degli atti da parte del collegio *de libertate* sono quindi interpretati in chiave meramente strumentale alla decisione, la quale deve necessariamente essere resa sulla base di un raccolta documentale completa. Un invio tardivo o lacunoso non implicherà la perdita di efficacia della misura, in piena assonanza con il mancato riconoscimento della perentorietà del termine per la trasmissione degli atti.

Utilizzabili le presunzioni tributarie al fine di disporre sequestro “per equivalente”

Corte di Cassazione, Sezione III, sentenza 23 gennaio 2013, n. 7078 – Pres. Mannino; Rel. Lombardi

Le presunzioni tributarie hanno valore indiziario, sicché ben può essere fondata su di esse l'applicazione di una misura cautelare reale. È noto, infatti, che ai fini dell'applicazione della misura, non occorre un compendio indiziario che si configuri come grave ex art. 273 c.p.p., essendo sufficiente l'esistenza del fumus del reato secondo la prospettazione della pubblica accusa sulla base delle indicazioni di dati fattuali che si configurino coerenti con l'ipotesi criminosa.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

1. Con la impugnata ordinanza il Tribunale di Messina ha confermato il decreto di sequestro preventivo emesso dal G.I.P. del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto in data 10/02/2012, finalizzato alla confisca per equivalente di beni nella disponibilità di P. S.. Nell'ordinanza si osserva che il P. è indagato dei reati di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 4, afferenti ai redditi relativi agli anni 2006, 2007 e 2008 per avere indicato nelle corrispondenti dichiarazioni elementi attivi inferiori a quelli reali per un ammontare di circa un milione di Euro per ciascuna annualità. Il sequestro è stato limitato dal G.I.P. alle dichiarazioni presentate negli anni 2008 e 2009, stante la irretroattività della norma che ha esteso l'applicabilità dell'art. 322 ter c.p., ai reati tributari, per un importo complessivo pari e fino alla concorrenza di Euro 1.296.979,03. L'evasione fiscale è stata riferita dagli accertamenti della GG.FF. a compensi professionali, percepiti dal P. per lo svolgimento della sua attività di consulente contabile e fiscale, sfuggiti a tassazione. L'ordinanza, pur dando atto della inutilizzabilità in sede penale delle presunzioni legali, operanti in materia tributaria, che consentono di contabilizzare in sede di determinazione del reddito imponibile le movimentazioni bancarie attive e passive, sommandole, ha ravvisato la sussistenza del fumus dei reati oggetto dell'inculpazione sulla base delle complessive risultanze delle indagini effettuate dalla GG.FF., che non risultano scalfite dalle ragioni economiche alternative o concorrenti allegatte dall'indagato, considerata anche la incompatibilità di un compiuto accertamento sul punto in sede di riesame.

2. Avverso l'ordinanza ha proposto ricorso, tramite i difensori, l'indagato che la denuncia con cinque mezzi di annullamento.

2.1 Violazione dell'art. 321 c.p.p., art. 27 Cost., e D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 4, con riferimento al fumus del reato per mancato superamento della soglia di punibilità.

Si ribadisce che le presunzioni legali operanti in materia tributaria non risultano utilizzabili in sede penale, con la conseguenza che il Tribunale del riesame avrebbe dovuto scorporare dagli elementi attivi oggetto di omessa dichiarazione le movimentazioni passive registrate nei rapporti bancari. Si fa rilevare che il ricorrente non svolge un'attività commerciale con riferimento alla quale possa operare la presunzione della corrispondenza dei prelievi bancari ad acquisti in nero, cui faccia seguito una vendita di analoga specie. L'ordinanza ha ritenuto applicabili al procedimento penale le presunzioni di reddito stabilite dalla legge tributaria in considerazione della sommarietà del giudizio cautelare. Il giudice penale, invece, deve accertare in via autonoma, sulla base degli elementi di prova acquisiti, l'esistenza del reato ed, in particolare, il superamento della soglia di punibilità, che all'epoca dei fatti corrispondeva ad un ammontare dell'imposta evasa di Euro 103.291,37 congiuntamente al superamento del dieci per cento degli elementi attivi nascosti al fisco ovvero di quelli passivi fittizi o comunque superiore a 2.000.000 di Euro.

2.1 Violazione dell'art. 321 c.p.p., art. 27 Cost., e D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 4, nonché dell'art. 391 bis c.p.p..

Il Tribunale del riesame ha attribuito valore di mera affermazione labiale alle dichiarazioni di S.S., con il quale l'indagato condivide lo studio, circa la riconducibilità del tenore di affari ad entrambi nella misura del 50%. Tali dichiarazioni erano state assunte dal difensore ai sensi dell'art. 391 bis c.p.p., con la conseguenza che alle stesse doveva essere attribuito pieno valore di prova. Le dichiarazioni del teste inoltre trovano riscontro nella cointestazione dei conti correnti. Dalle stesse indagini della GG.FF. inoltre è emerso che lo studio professionale annoverava solo 150 clienti, cui erano riconducibili onorari per un ammontare sostanzialmente corrispondente a quanto dichiarato.

2.3 Violazione dell'art. 321 c.p.p., art. 322 ter c.p., e carenza assoluta di motivazione.

UTILIZZABILI LE PRESUNZIONI TRIBUTARIE AL FINE DI DISPORRE SEQUESTRO "PER EQUIVALENTE"

Con la memoria difensiva depositata dinanzi al Tribunale del riesame era stato dedotto che i beni sottoposti a sequestro erano stati assegnati alla moglie, separata, ed ai figli dell'indagato con la conseguenza che gli stessi non erano nella disponibilità del P. L'ordinanza è totalmente carente di motivazione sul punto.

2.4 Violazione dell'art. 321 c.p.p., art. 322 ter c.p.p., e carenza assoluta di motivazione.

Gli organi inquirenti, disattendendo le indicazioni contenute nel decreto di sequestro hanno sottoposto alla misura reale beni immobili per un valore complessivo superiore a quello indicato nel provvedimento. Tale situazione era stata documentata dinanzi al Tribunale del riesame mediante la produzione di una consulenza, ma l'ordinanza è totalmente carente di motivazione sul punto.

2.5 Violazione dell'art. 321 c.p.p., art. 322 ter c.p.p., e carenza assoluta di motivazione.

Il Tribunale del riesame ha condiviso le deduzioni difensive in ordine alla esclusione dal computo dei presunti compensi percepiti dal ricorrente di quanto rilevato o versato per conto delle due società di cui è stato liquidatore, nonché di quanto riconducibile al coniuge del P., esercente un'attività commerciale in proprio. L'ordinanza, però non ha ridotto proporzionalmente l'ammontare della somma con riferimento alla quale doveva essere eseguito il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente.

Considerato in diritto

1. Il ricorso è fondato nei limiti che di seguito vengono precisati.

2. È certamente corretta l'affermazione dei ricorrenti, secondo la quale la presunzione di cui al D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 32, comma 1, n. 2), che configura come ricavi o compensi i prelevamenti, ove non ne sia indicato il soggetto beneficiario, e gli importi riscossi, non costituisce piena prova ai fini dell'accertamento dei reati tributari.

La giurisprudenza di questa Corte è ormai consolidata nell'affermare che le presunzioni legali previste dalle norme tributarie non possono costituire di per sé fonte di prova della commissione del reato, assumendo esclusivamente il valore di dati di fatto, che devono essere valutati liberamente dal giudice penale unitamente ad elementi di riscontro che diano certezza dell'esistenza della condotta criminosa, (sez. 3, Sentenza n. 5490 del 26/11/2008, Crupano, Rv. 243089; Conformi: sentenza n. 8445 del 1991 Rv. 188010, n. 21213 del 2008 Rv. 239984; sez. 3, 18/05/2011 n. 36396, Mariutti, RV 251280).

È stato, però, altresì affermato il valore indiziario delle predette presunzioni ovvero dei dati di fatto che le sottendono (sez. 3, sentenza n. 2246 del 01/02/1996, Zullo, Rv. 205395), sicché ben può essere fondata su di esse l'applicazione di una misura cautelare reale.

In materia di misure cautelari reali è noto, infatti, che, ai fini della applicazione della misura, non occorre un compendio indiziario che si configuri come grave ex art. 273 c.p.p., (tra le tante sez. un. sentenza n. 7 del 2000, Mariano, RV 215840; sez. 6, sentenza n. 36710 del 2008, Cappa, RV 241511), essendo sufficiente l'esistenza del fumus del reato secondo la prospettazione della pubblica accusa sulla base

della indicazione di dati fattuali che si configurino coerenti con l'ipotesi criminosa.

È stato, inoltre precisato dalla giurisprudenza civile di questa Corte, in tema di accertamento delle Imposte sui redditi, che "la presunzione di cui al D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 32, - secondo cui sia i prelevamenti sia i versamenti operati sui conti correnti bancari vanno imputati ai ricavi conseguiti dal contribuente nella propria attività, se questo non dimostra di averne tenuto conto nella base imponibile oppure che sono estranei alla produzione del reddito - ha portata generale, nonostante l'utilizzo (nella versione applicabile "ratione temporis") dell'accezione "ricavi" e non anche di quella "compensi" ed è applicabile, quindi, non solo al reddito di impresa, ma anche al reddito da lavoro autonomo e professionale". (Sez. 5, Sentenza n. 14041 del 27/06/2011, Agenzia Entrate (Avv. Gen. Stato) contro Scarpellini (Tasco), RV. 618446; Massime precedenti Conformi: N. 4601 del 2002 Rv. 553380, N. 430 del 2008 Rv. 601632, N. 11750 del 2008 Rv. 603214).

Sicché si palesano destituite di fondamento le argomentazioni difensive in ordine alla non riferibilità della natura degli accertamenti effettuati dalla GG.FF. al tipo di attività professionale svolta dall'indagato.

È evidente, infine, che le risultanze delle investigazioni difensive assunte ex art. 391 bis c.p.p., non possono essere valutate in sede cautelare reale, necessitando di una compiuta disamina, unitamente a tutte le altre risultanze delle indagini effettuate dalla pubblica accusa, che è necessariamente riservata alla sede di merito.

I primi due motivi di ricorso sono, pertanto, infondati.

3. In ordine agli ulteriori motivi di gravame deve essere precisato che è compito del Tribunale del riesame fissare i limiti della somma sequestrabile in funzione della confisca per equivalente sulla base degli elementi fattuali di cui dispone (sez. 3, 12/10/2011 n. 1893 del 2012, RV 251797), mentre compete alla sede esecutiva la valutazione dell'eventuale eccedenza di quanto sequestrato ovvero la disponibilità da parte di terzi dei beni oggetto del sequestro, con la conseguenza che l'interessato o il terzo devono chiedere al P.M. la riduzione del sequestro ovvero la restituzione di quanto risultasse nella disponibilità altrui.

Orbene, dall'ordinanza emerge che lo stesso Tribunale del riesame ha ritenuto fondati i rilievi difensivi in ordine alla esclusione dal computo dei presunti compensi, oggetto di evasione fiscale, delle somme versate dall'indagato per conto delle due società di cui è stato liquidatore, nonché di quanto riconducite a redditi del coniuge del P., pur avendo precisato che in ogni caso risulta superata abbondantemente la soglia di punibilità.

Tali rilievi avrebbero dovuto, però, indurre il giudice del riesame a ridurre proporzionalmente l'importo sequestrabile ai fini della confisca per equivalente.

L'ordinanza impugnata, pertanto, deve essere annullata con rinvio limitatamente alla verifica della proporzionalità della somma di cui è stato disposto il sequestro rispetto al profitto dell'evasione fiscale.

Il ricorso va rigettato nel resto.

[Omissis]

GIUSEPPE BISCARDI*

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

Profili critici del sequestro "per equivalente" nel procedimento penale tributario

Critical profiles of confiscation "for equivalent" into the tributary criminal procedure

I giudici di legittimità hanno ritenuto che le presunzioni tributarie – pur certamente inidonee a fondare un giudizio di responsabilità penale – possano costituire valido indizio al fine dell'emissione del decreto di sequestro "per equivalente". L'affermazione è da respingere. Non solo contrapponendo ad essa, pure in modo tutt'altro che peregrino, la considerazione per cui sarebbe necessario il riscontro dei gravi indizi di colpevolezza, attesa la finalizzazione della misura cautelare all'eventuale irrogazione di una sanzione penale quale la confisca di cui all'art. 322-ter c.p.. Per confutare la tesi sopra rammentata, basterebbe tenere a mente la progressiva evoluzione giurisprudenziale in argomento, circa la necessità di accertamenti concreti e specifici, sebbene sommari, per l'individuazione del *fumus commissi delicti* nel settore delle misure cautelari reali. Ciò vale ancora di più, al fine della censura della pronuncia in commento, se si considera che nel caso concreto la presunzione rilevante era quella che desume maggior imponibile da movimentazioni bancarie non solo attive, ma anche – ed addirittura – passive. E quindi in quanto tali totalmente neutre, dal punto di vista del supporto al convincimento del giudice penale.

*The Supreme Court found that tributary presumptions – even if not enough to give space into a criminal responsibility – could be a valid clue to ask and obtain a confiscation for equivalent decree. Such a statement must be rejected. Not only by taking into consideration that there must be serious indications of guilt according to the purpose of the preliminary injunctions as the confiscation provided for in article 322-ter criminal code. In order to question the theory here described we must consider the progressive evolution of case law in this matter, which talks about needs of concrete and specific investigations, even if they are summary, to individuate *fumus commissi delicti* in the preliminary injunctions field. This applies even more to questioning the statement in comment, considering the specific case where the relevant presumption was one that allows to take for granted a tax-base-increase not only by active bank transactions but also by passive transactions, which are completely neutral by nature.*

PREMESSA: LA NATURA SANZIONATORIA DELLA CONFISCA "PER EQUIVALENTE"

È certo che la confisca di cui all'art. 322-ter c.p. abbia natura di sanzione penale (accessoria). La conclusione emerge dall'esegesi, oltre che dal sistema. Il confiscabile (cfr. art. 322-ter, commi 1 e 2, c.p.) è costituito esclusivamente dal profitto e dal prezzo del reato¹, la cui apprensione coattiva assume un ruolo

dubbio interpretativo circa l'applicazione di quest'ultima norma in caso di condanna per reati tributari. Per questi ultimi infatti, nonostante l'art. 1, comma 143, l. 24 dicembre 2007, n. 244, avesse disposto circa l'applicabilità dell'art. 322-ter c.p. (segnatamente per gli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater, 11 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), era sorto il dubbio circa la confiscabilità del profitto, ritenendosi inapplicabile il secondo comma dell'art. 322-ter c.p., e per inciso ritenendosi inconfigurabile un prezzo nei reati tributari (affermazione, quest'ultima, opinabile: v. infatti Cass., sez. III, 18 dicembre 2012, n. 6309, *www.dirittoegiustizia.it*). D'altra parte, va ricordato che la giurisprudenza (per tutte v. Cass., sez. III, 11 novembre 2010, n. 42462, *Guida dir.*, 2011, 4, 95) pacificamente ha considerato confiscabile il profitto da reato tributario anche per le annualità antecedenti la specificazione di cui alla l. n. 190 del 2012, atteso che il richiamo operato dall'art. 1, comma 143, l. n. 244 del 2007 doveva intendersi relativo all'intero testo dell'art. 322-ter c.p., e quindi anche del secondo comma, che prevede espressamente la sequestrabilità del profitto.

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

¹ L'art. 1, comma 75, l. 6 novembre 2012, n. 190, ha incluso espressamente il profitto, in aggiunta alla già prevista ipotesi del prezzo, a quanto deve obbligatoriamente confiscarsi nei casi di cui all'art. 322-ter, comma 1, c.p.. Per tal via, si è risolto ogni

UTILIZZABILI LE PRESUNZIONI TRIBUTARIE AL FINE DI DISPORRE SEQUESTRO "PER EQUIVALENTE"

essenzialmente retributivo e repressivo, in sostituzione – o al più in aggiunta – a quello specialpreventivo che connota la misura di sicurezza di cui agli artt. 236 e 240 c.p.. Questo, principalmente perché la prevista ablazione di beni di valore equivalente al prezzo od al profitto² recide il nesso di pertinenzialità tra *res* e reato³, esaltando quindi la natura – appunto – eminentemente retributiva dell'ipotesi qui in esame⁴. A tali indubbie conclusioni, del resto, giungono tanto la Corte Costituzionale⁵, quanto la Corte di Cassazione⁶, quanto, infine ma non per importanza, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁷.

L'assunto non pare inattaccabile. Il secondo comma dell'art. 322-ter c.p. riguarda specificamente il delitto di cui all'art. 321 c.p., come risulta non solo dal richiamo tassativo nel testo, ma anche dalla circostanza che quest'ultimo dettaglia la condotta incriminata. Di conseguenza, l'unica disposizione suscettibile di ampliamenti operativi mediante successive integrazioni normative è il primo comma dell'art. 322-ter c.p.. Se ciò è esatto, ne deriva che il profitto da reato tributario è confiscabile solo se conseguito successivamente all'entrata in vigore della l. n. 190 del 2012. Atteso che, posta la natura sanzionatoria della confisca "per equivalente", a quest'ultima risulta inapplicabile la regola per cui «le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione» (art. 200, comma 1, c.p.); appunto perché si tratta di sanzione, e non di misura patrimoniale applicata a fini specialpreventivi. Del resto, anche la giurisprudenza che ritiene la superfluità della specificazione di cui alla l. n. 190 del 2012, non può che affermare l'applicabilità della confisca "per equivalente" nei reati tributari solo per fatti commessi a decorrere dal 1 gennaio 2008, data di entrata in vigore della l. n. 244 del 2007 (per tutte v. Cass., sez. III, 24 settembre 2008, n. 39172, *Guida dir.*, 2008, 47, 91). Per lo stesso motivo, ossia per la natura sanzionatoria della confisca in esame, dovrà escludersi che quest'ultima possa essere applicata in caso di estinzione del reato, come invece prescritto per la misura di sicurezza dall'art. 236, comma 2, c.p.: in termini, tra le altre ed in ultimo, Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 18799, *Guida dir.*, 2013, 22, 73.

² Possibile solo in via residuale, ossia quando i beni costituenti prezzo o profitto non siano fisicamente individuabili nel patrimonio del condannato, per alienazione, reimpiego o confusione (art. 322-ter, comma 1, c.p.).

³ Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 18799, cit. *supra*, nota 1.

⁴ Il cui obiettivo è «impedire al colpevole di garantirsi le utilità ottenute attraverso la sua condotta criminosa» (Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 18799, cit. *supra*, nota 1). La confisca "per equivalente" è ritenuta utilissimo istituto di contrasto alla criminalità, «per la sua attitudine a costituire ... rimedio alle difficoltà di apprensione dei beni coinvolti nella vicenda criminale, cioè a supplire agli ostacoli connessi alla individuazione del bene in cui si incorpora il profitto e di consentire la confisca anche nel caso in cui l'apprensione del prezzo del profitto ... non sia più possibile in conseguenza dell'avvenuta cessione a terzi oppure a causa di forme di occultamento o ... perché i beni sono stati consumati» (Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, *www.dirittoegustizia.it*).

⁵ C. cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97, *Foro it.*, 2009, I, 2595.

⁶ Per tutte Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691, *Foro it.*, 2009, II, 629.

⁷ Tra le ultime si veda Corte e.d.u., 20 gennaio 2009, *Fondi Sud Srl c. Italia*, *www.curia.eu*. Per la verità, la giurisprudenza sovranazionale è incline a ritenere la natura sanzionatoria della confisca a prescindere dal *nomen juris* adoperato dal legislatore nazionale, e ciò in aderenza a quanto previsto dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, ratificata con

LE RICADUTE PROCESSUALI DELLA PREMESSA

Se la confisca "per equivalente" è sanzione penale, essa non può essere irrogata che a seguito di condanna definitiva⁸. Condanna che a sua volta non può prescindere dall'accertamento della colpevolezza. Ciò premesso, occorre chiedersi quali possano essere, nella fattispecie, le condizioni legittimanti il sequestro prodromico all'(eventuale) confisca⁹. Nonostante l'assordante silenzio della norma di riferimento – art. 321, comma 2, c.p.p.¹⁰ –, è evidente che la decisione sul sequestro non potrà essere rimessa all'arbitrio del singolo giudice¹¹. Oltretutto, la questione va inquadrata in un contesto in cui non si ritiene necessaria alcuna motivazione sul *periculum in mora*, unanimemente ritenuto "assorbito" dalla previsione di obbligatorietà della confisca cui il sequestro "per equivalente" è strumentale¹².

l. 4 agosto 1955, n. 848, e dell'art. 1, comma 1, del primo protocollo addizionale a detta Convenzione (per richiami cfr. Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 18799, cit. *supra*, nota 1). Per quanto superfluo, è doveroso rammentare che le fonti comunitarie hanno rango sovraordinato rispetto alla legislazione statale, con la conseguenza che il giudice che dovesse ritenerle non applicabili dovrebbe sollevare questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost. (in termini Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 4297, *Guida dir.*, 2013, 10, 87). In effetti, anche con riferimento alla confisca tradizionale, fatta eccezione per le cose di intrinseca pericolosità (art. 240, comma 2, n. 2, c.p.), non può escludersi, ed è anzi ampiamente presumibile, che l'ablazione dello strumento, prodotto, profitto o prezzo del reato abbia finalità retributive, che quantomeno si affiancano allo scopo specialpreventivo, come già osservava Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, III, IV ed., 1961, 361, nota 4.

⁸ Come esplicitato, a questo punto in tutta ovvietà, dall'art. 322-ter c.p.. Il quale, tuttavia, obbliga alla confisca anche in caso di applicazione di pena su richiesta delle parti. Tale ultima previsione appare stridente sul piano sistematico, posto che, come noto, il patteggiamento non implica un giudizio di responsabilità penale (Cass., sez. un., 22 novembre 2000, n. 31, *Cass. pen.*, 2001, 2998), che solo legittima l'irrogazione della pena. Né, in contrario, può valere quanto previsto dall'art. 445, comma 1, c.p.p.. In quest'ultimo caso, infatti, la "salvezza" della confisca alle conseguenze premiali del rito differenziato si giustifica con le finalità specialpreventive perseguite dall'art. 240 c.p. (si veda tuttavia *supra*, nota 7).

⁹ In tema di misure cautelari nulla è disposto dall'art. 322-ter c.p.. Ma che anche in tale fattispecie esse possano essere disposte, si ricava agevolmente dall'art. 321, comma 2, c.p.p.. Anche se, pur nella coscienza di essere tacciati di eccesso di pedanteria, va osservato che quest'ultima previsione abilita al sequestro nei casi in cui «è consentita» la confisca. Il che potrebbe letteralmente, sebbene del tutto irragionevolmente, indurre ad affermare l'inapplicabilità di detta previsione ai casi di confisca obbligatoria.

¹⁰ Che proprio per tale silenzio è valevole sia quando la confisca abbia natura sanzionatoria, che quando abbia natura di misura di sicurezza patrimoniale (*supra*, nota 7).

¹¹ Che a questo punto oltretutto non si comprende come potrebbe motivare il provvedimento (art. 321, comma 1, c.p.p.). Va da sé che, nel caso in esame, è inconcepibile un obbligo di emettere decreto di sequestro, come risulta, a tacer d'altro, dal verbo potestativo adoperato nell'art. 321, comma 2, c.p.p..

¹² In termini Cass., sez. VI, 31 maggio 2012, n. 34505, *www.*

SEQUESTRO "PER EQUIVALENTE" E *FUMUS COMMISSI DELICTI*

Pertanto, a parte i requisiti dell'appartenenza a persona estranea al reato e della disponibilità da parte dell'indagato dei beni da sottoporre a sequestro¹³ – requisiti da apprezzare essenzialmente nell'eventuale e successiva fase di riesame o appello del provvedimento¹⁴ – soltanto l'accertamento del *fumus commissi delicti* si frappone tra la richiesta di sequestro "per equivalente" ed il suo accoglimento. Già da tale constatazione, si comprende che detto accertamento dovrà essere giocoforza più rigoroso di quello imposto per l'emissione del decreto di sequestro preventivo tipico (art. 321, comma 1, c.p.p.), per il quale è viceversa inderogabile la valutazione del *periculum* di aggravamento o protrazione delle conseguenze del reato, ovvero di agevolazione della commissione di reati ulteriori. È fuori discussione, quindi, che nell'ipotesi in esame possa bastare un apprezzamento di astratta configurabilità del reato in base alla prospettazione operata dal pubblico ministero¹⁵. Occorrerà invece, e quantomeno, l'esame e la valutazione dei fatti, concreti e specifici¹⁶, che fondano tale prospettazione. Così come, in sede di riesame del provvedimento, sarà necessario valutare le confutazioni sul punto da parte della difesa, e la documentazione prodotta a supporto di queste ultime¹⁷.

dirittoegiustizia.it, per quanto relativa al sequestro di cui all'art. 53 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Si tratta di ipotesi perfettamente sovrapponibile a quella qui in esame, attesa l'identica finalizzazione a confisca obbligatoria a carattere sanzionatorio (art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001). L'assunto circa l'«*automatismo valutativo*» (Cass., sez. VI, 31 maggio 2012, n. 34505, cit. *supra*) in ordine al *periculum*, per quanto incontestato, non appare inconfutabile. Nulla impedisce, infatti, di prefigurare un rischio di dispersione dei beni (eventualmente) da confiscare; ovvero di ritenerlo insussistente. Si pensi, ad esempio, ad un patrimonio, di cui è titolare l'indagato, di valore ampiamente superiore al sequestrabile, ed all'assenza di condotte concretamente depauperative.

¹³ *Infra*.

¹⁴ *Infra*.

¹⁵ Come fanno la sentenza che si annota, nonché Amato, *Reati tributari: nel sequestro ai fini della confisca l'importo non deve eccedere il valore del profitto*, Guida dir., 2013, 12, 38. D'altra parte, a decisivo conforto dell'impostazione qui condivisa, occorre rilevare che nel sequestro "per equivalente", a differenza di quello preventivo tipico, occorre la presenza di indagati nel procedimento (nel senso, peraltro indiscutibile, che nel caso di cui all'art. 321, comma 1, c.p.p., non rilevi l'assenza di indagati ai fini dell'emissione del provvedimento cautelare, Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, 98).

¹⁶ Cass., sez. VI, 2 luglio 2012, n. 33883, *www.dirittoegiustizia.it*. Nello stesso senso Cass., sez. III, 23 ottobre 2012, n. 45849, Guida dir., 2013, 1, 81. In dottrina, per conclusioni conformi, si veda Bono, *Osservazioni a Cass. pen.*, 2 luglio 2012, n. 33883, sez. V, Cass. pen., 2013, 229.

¹⁷ Cass., sez. II, 6 novembre 2012, n. 46295, Guida dir., 2013, 7, 63; Cass., sez. III, 23 ottobre 2012, n. 45849, cit. *supra*, nota 16; Cass., sez. III, 19 settembre 2012, n. 6521, *www.dirittoegiustizia.it*.

IRRILEVANZA DEI GRAVI INDIZI DI COLPEVOLEZZA?

Quanto sopra, tuttavia, non sembra possa bastare. Per l'applicazione della misura cautelare *de qua*, non pare affatto eccessivo o sistematicamente "deviante" ritenere imprescindibile l'accertamento di gravi indizi di colpevolezza, nonostante l'esistenza di radicato orientamento avverso¹⁸. Come del resto già sostenuto in dottrina¹⁹ e, sebbene non frequentemente, dalla stessa giurisprudenza²⁰. Alla conclusione che qui ci si accinge a patrocinare vengono usualmente opposti due argomenti. Il primo è che il requisito dei gravi indizi di colpevolezza, quale presupposto legittimante l'emissione del provvedimento cautelare, è previsto esclusivamente per le misure coercitive od interdittive della libertà personale (art. 273 c.p.p.)²¹. Il secondo fa leva sulla differenziazione gerarchica, in ambito costituzionale, dei beni tutelati: rispettivamente, libertà personale e diritto di

it; Cass., sez. VI, 2 luglio 2012, n. 33883, cit. *supra*, nota 16. Il che rende insostenibile altra affermazione resa nella sentenza che si annota, secondo cui «*le risultanze delle investigazioni difensive assunte ex art. 391bis c.p.p. non possono essere valutate in sede cautelare, necessitando di una compiuta disamina...che è necessariamente riservata alla sede di merito*». Solare, ed insanabile, il contrasto non solo con la giurisprudenza appena citata, ma altresì con la lettera – univoca – dell'art. 391-*octies*, commi 1 e 2, c.p.p.. Come noto, quest'ultimo consente al difensore la presentazione diretta al giudice di elementi di prova «*nel corso delle indagini preliminari*» (comma 1); e ciò sarebbe possibile anche prima dell'emissione del decreto di sequestro, pur non prevedendosi contraddittorio, a tal fine argomentando dall'art. 391-*octies*, comma 2, c.p.p..

¹⁸ *Contra* infatti Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, n. 7, Cass. pen., 2000, 2225, peraltro relativa al caso generale di cui all'art. 321 c.p.p.. Nello stesso senso il giudice delle leggi: C. cost., sent. 17 febbraio 1994, n. 48, *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁹ Balducci, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, II ed., Milano, 1991, 143 ss., già con riferimento alle ipotesi di cui all'art. 321 c.p.p.. Negli stessi termini Cirulli, *In tema di presupposti del sequestro preventivo*, Giur. it., 1992, II, 316; Viciconte, *Il sequestro preventivo tra esigenze cautelari e finalità di prevenzione*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1992, 360; Tafi, *Brevi note sui presupposti del sequestro preventivo*, Cass. pen., 1991, 1285; Giarda, *L'impresa ed il nuovo processo penale*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1990, 1243. *Contra* Gualtieri, *Sequestro preventivo*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, II, Tomo II, Torino, 2008, 368 ss.; Montagna, *I sequestri*, cit., 99; Galantini, sub art. 321 c.p.p., Amodio-Dominioni (diretto da), *Comm. del nuovo codice di procedura penale*, III, Milano, 1990, 270; Ovviamente, ogni questione circa la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza *in subiecta materia* si pone, oltre che nel caso qui specificamente esaminato ed altri consimili, con esclusivo riferimento all'ipotesi di cui all'art. 321, comma 2, c.p.p., giacché il comma precedente a quest'ultimo può trovare applicazione anche in assenza di indagati (*supra*, nota 15). E dovendosi in ogni caso – quindi anche quando indagati vi siano – ritenere assorbente ed esaustiva la valutazione circa il pericolo insito nella «*libera disponibilità*» (art. 321, comma 1, c.p.p.) della cosa.

²⁰ Cass., sez. V, 26 gennaio 2010, n. 18078, *Foro ambrosiano*, 2010, 213; Cass., sez. I, 16 dicembre 2003, n. 1415, Cass. pen., 2004, 1235.

²¹ In tal senso, ad esempio, Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, n. 7, cit. *supra*, nota 18.

UTILIZZABILI LE PRESUNZIONI TRIBUTARIE AL FINE DI DISPORRE SEQUESTRO "PER EQUIVALENTE"

proprietà, nonché di iniziativa economica²². Si tratta di considerazioni degnissime, ed oltretutto tecnicamente incontestabili. E tuttavia tipiche – almeno così sembra – di un apparato culturale otto-novecentesco in corso di progressiva erosione²³. In primo luogo, la collocazione settoriale dell'art. 273 c.p.p. non sembra davvero dirimente. Atteso che recentissima e ponderata giurisprudenza²⁴ ha ritenuto ininfluenza la circostanza che, in tema di responsabilità delle persone giuridiche, i gravi indizi di colpevolezza necessari a disporre sequestro in danno dell'ente, previsti espressamente dall'art. 45 d.lgs. n. 231 del 2001, non siano menzionati nel successivo art. 53. Concludendo pertanto per il necessario riscontro del presupposto *de quo* anche in quest'ultima ipotesi. La svalutazione del dato di settorialità della previsione normativa è stata effettuata considerando che, tanto nella prima che nella seconda delle disposizioni ora citate, il sequestro è finalizzato a consentire la (futura ed eventuale) irrogazione di sanzioni²⁵: rispettivamente, quelle interdittive previste dall'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, e la confisca, possibile anche "per equivalente" (art. 19, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001). Ora: come visto *supra*, la confisca di cui all'art. 322-ter c.p. ha certamente natura sanzionatoria. E quindi il sequestro finalizzato a quest'ultima postula l'accertamento di gravi indizi di colpevolezza, non rilevando in proposito l'assenza di previsioni espresse. Vero che la giurisprudenza ora ricordata "salva" l'interpretazione dominante, giustificando il trattamento differenziato tra cautele personali e reali²⁶, che viceversa non avrebbe ragione d'essere, nell'ambito della responsabilità degli enti, tra le due tipologie di sequestri consentite dal legislatore. Ma tale conclusione non appare immune da censure. Sul piano sistematico, la cautela a scopo "interdittivo", di cui all'art. 45 d.lgs. n. 231 del 2001, va assimilata a quelle personali previste per la persona fisica. Quest'ultima, infatti, è titolare di

una serie di diritti soggettivi – circolazione, stabilimento, soggiorno, ecc. – coercibili provvisoriamente, o comunque limitabili, con varie modalità (artt. 280 ss. c.p.p.). Per quanto concerne l'ente di cui al d.lgs. n. 231 del 2001, la "libertà personale" non può che coincidere con lo svolgimento, appunto libero, dell'attività tipica, non essendo concepibili ulteriori manifestazioni della stessa. E quindi, a tal proposito, il percorso argomentativo della giurisprudenza in esame appare contraddittorio. O la differente tutela approntabile a fronte di misure personali oppure reali è tale per la persona fisica così come per l'ente; ovvero l'invocata omologazione della disciplina, quanto ai presupposti legittimanti la cautela, deve valere per entrambi i casi. Del resto, anche i principi di gradualità e proporzionalità delle misure cautelari sono previsti esclusivamente nel settore delle misure cautelari personali (art. 275 c.p.p.). Il che non impedisce alla giurisprudenza, ormai unanime²⁷, di ritenerli applicabili ai provvedimenti di sequestro²⁸.

²² In ultimo v. Cass., sez. IV, 21 marzo 2013, n. 18603, *www.dirittoegiustizia.it*.

²³ In conseguenza, il sequestro "per equivalente" potrà essere disposto solo nei limiti del prezzo o profitto allo stato accertati (Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 4297, cit. *supra*, nota 7). In caso di concorso nel reato, il sequestro può essere disposto per l'intero nei confronti di uno solo dei concorrenti, ma non sono ammissibili duplicazioni (Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Foro it.*, 2009, II, 36). Lo stesso è a dirsi quando all'indagato si affianchi l'ente responsabile amministrativamente a norma del d.lgs. n. 231 del 2001 (Cass. sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21222, *www.rivista231.it*). Come noto, l'art. 322-ter c.p. obbliga il giudice della confisca, del resto ineccepibilmente, a fissare il valore del confiscabile, in quanto – appunto – equivalente al profitto o prezzo del reato. E non vi è alcuna ragione per cui il giudice della cautela possa sottrarsi a tale obbligo (in termini Cass., sez. III, 16 maggio 2012, n. 30138, *Guida dir.*, 2012, 42, 100). Tale valore, e quindi il profitto o prezzo cui si correla, deve essere accertato in concreto, anche nella fase cautelare (Cass., sez. VI, 5 ottobre 2012, n. 42530, *www.dejure.giuffre.it*, che in applicazione del principio ha annullato l'ordinanza del giudice del riesame confermativa del sequestro, in quanto, nell'ambito di un procedimento per corruzione connessa all'aggiudicazione di appalti pubblici, il *quantum* sottoposto a vincolo era stato determinato sulla base di apprezzamenti meramente presuntivi). Tale *excursus* torna utile per una breve analisi critica di altra affermazione rinvenibile nella sentenza che si annota, secondo cui è compito del giudice «fissare i limiti della somma sequestrabile...mentre compete alla sede esecutiva la valutazione dell'eventuale eccedenza di quanto sequestrato ovvero la disponibilità da parte di terzi dei beni oggetto del sequestro, con la conseguenza che l'interessato o il terzo devono chiedere al P.M. la riduzione del sequestro ovvero la restituzione...». In sostanza, si ricalca altro orientamento (cfr. Cass., sez. III, 16 maggio 2012, n. 30138, cit. *supra*) in base al quale il giudice non ha obbligo di individuare i beni sequestrati, potendo peraltro esercitare la relativa facoltà. Se così è, ne derivano conseguenze in buona parte paradossali. Di fronte ad un giudice solerte, che abbia individuato i beni da sequestrare, l'indagato o il terzo estraneo sono certamente legittimati a chiedere il riesame del decreto (art. 322, comma 1, c.p.p.). Ove tale solerzia manchi, residuerebbe il rimedio dell'istanza di restituzione, appellabile in caso di esito negativo (artt. 321, comma 3, e 322-bis c.p.p.). In base a pura casualità, pertanto, ben differenti, in punto di incisi-

²² Differenziazione oggettivamente indiscutibile. Se solo si contrappone, pur a fronte di una genericità testuale tipica delle carte fondamentali, l'inviolabilità della libertà personale (art. 13, comma 1, Cost.) alla funzione sociale e soccombenza agli interessi pubblici del diritto di proprietà (art. 42, commi 2 e 3, Cost.), ed all'impossibilità di iniziative economiche che contrastino con l'utilità sociale e con i bisogni umani, ovvero la possibilità di sottoporre tali iniziative a controlli affinché ne venga assicurata la finalità sociale (art. 41, commi 2 e 3, Cost.).

²³ Beninteso: il tema non è svilire il principio di inviolabilità della libertà personale al fine di consentire a forme attenuate di tutela. All'opposto, si tratta di avanzare, per quanto possibile, le garanzie lì previste anche al settore delle cautele reali, pur non volendosi operare alcuna confusione tra i due ambiti.

²⁴ Cass., sez. VI, 31 maggio 2012, n. 34505, cit. *supra*, nota 12.

²⁵ Cass., sez. VI, 31 maggio 2012, n. 34505, cit. *supra*, nota 12.

²⁶ Cfr. Cass., sez. VI, 31 maggio 2012, n. 34505, cit. *supra*, nota 12.

D'altra parte, anche il tradizionale argomento – senz'altro di maggior spessore concettuale e sistematico – per cui, essendo la libertà personale bene apicale nella gerarchia disegnata dal legislatore costituzionale, la diversità di trattamento in esame troverebbe piena giustificazione, sembra mostrare i segni, pur nell'indiscutibilità della premessa, di una progressiva obsolescenza. È certo che la compressione di diritti costituzionali, indubbiamente indotta dai provvedimenti di sequestro²⁹, può condurre, pur nella temporaneità del resto variabile di tali provvedimenti, a conseguenze gravissime, se non addirittura irrimediabili. Ciò non solo nei confronti del soggetto i cui beni³⁰ vengono vincolati; ma persino in danno dei territori in cui ricadono le cose sequestrate, specie se attinenti a complessi aziendali³¹. Ed allora, pur senza alcun cedimento sul principio di inviolabilità della libertà personale, non si può essere certi che misure cautelari di tale portata³² siano connotate da un'afflittività inferiore, ad esempio, al divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-ter c.p.p.). Il quale, in quanto misura coercitiva personale, postula per la sua applicazione l'accertamento dei gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 c.p.p..

Se ciò non dovesse essere ritenuto sufficiente a giustificare l'assimilazione di trattamento, quanto ad accertamento del *fumus*, tra cautele personali e reali, un'ultima considerazione potrebbe essere utile allo scopo. Prima di un accertamento giurisdizionale definitivo, la compressione di diritti costituzionali può essere disposta solo se si ritiene probabile che la situazione da "preservare" si

verificherà³³. Nel caso in esame, posto che, come precisato *supra*, la confisca "per equivalente" costituisce sanzione irrogabile solo previa condanna³⁴, occorrerà quindi ritenere probabile, al momento della decisione sul sequestro, che quest'ultima verrà comminata. *Id est*, sarà necessario ritenere sussistenti gravi indizi di colpevolezza, attesa oltretutto la ricordata, per quanto opinabile³⁵, inibitoria alla valutazione del *periculum in mora*.

LA – PIÙ CHE PROBLEMATICAMENTE – VALENZA IN SEDE PENALE DELLE PRESUNZIONI TRIBUTARIE

Alla luce di quanto sinora esposto, sembra possa ben comprendersi come il sequestro "per equivalente" giammai potrebbe essere legittimato, quanto al *fumus*, dalle presunzioni vigenti nella legislazione tributaria. E meno che mai da quella rilevante nella fattispecie, e consistente nel maggior imponibile – appunto – presunto dalle movimentazioni bancarie del contribuente/ indagato³⁶ (art. 32, comma 1, n. 2, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600). Si premette che certamente tale presunzione, come del resto tutte quelle rinvenibili nell'ordinamento tributario, è inidonea, nel merito, a fondare un giudizio di responsabilità penale; altrimenti verificandosi, a tacer d'altro, un'inammissibile inversione dell'onere della prova³⁷. La sentenza che si annota aderisce a tale incontestabile principio, osservando tuttavia che lo stesso, secondo pregressa giurisprudenza³⁸, non può essere invocato in sede cautelare. Giacché la cognizione sommaria che connota quest'ultima consente che le presunzioni *de quibus* possano tramutarsi in indizio valevole per l'applicazione del provvedimento richiesto dal pubblico ministero.

vità, sarebbero i controlli attivabili. Essendo noto che l'appello, a differenza del riesame, onera l'interessato dei motivi (art. 310, comma 1, c.p.p.), non essendo altresì previste conseguenze *lato sensu* sanzionatorie per il mancato rispetto dei termini entro cui deve essere resa la decisione (art. 310, comma 2, ultimo periodo, c.p.p.), a differenza di quanto accade nel riesame (art. 324, comma 7, c.p.p.). Una soluzione avversa a quella ora illustrata può rinvenirsi nell'art. 322-ter, comma 3, c.p.p.: il giudice della confisca, oltre a quantificare il valore di cui *supra*, deve anche individuare i beni da vincolare. E se, come appena visto, la disposizione *de qua* è pacificamente estesa al sequestro, non si vede perché detta estensione debba valere solo parzialmente.

²⁹ Cass., sez. IV, 21 marzo 2013, n. 18603, cit. *supra*, nota 27.

³⁰ La cui tipologia non conosce limiti: denaro, immobili, partecipazioni societarie, crediti, ecc.. Ed addirittura intere aziende, come costantemente ammesso dalla giurisprudenza (in ultimo cfr. Cass., sez. IV, 21 marzo 2013, n. 18603, cit. *supra*, nota 27).

³¹ Come in ultimo sottolinea Di Vico, *Le nuove azioni giudiziarie sull'Ilva e il rischio di decrescita industriale*, *Corriere della Sera*, 27 maggio 2013.

³² Portata, per inciso, non circoscrivibile ai casi eclatanti appena ricordati. Atteso che la gravosità dei sequestri è direttamente proporzionale ai singoli patrimoni incisi dalla misura.

³³ Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, 509.

³⁴ Si veda tuttavia quanto osservato *supra*, nota 8.

³⁵ *Supra*, nota 12.

³⁶ Cui la giurisprudenza tributaria aggiunge le operazioni su conti di terzi quando possa ritenersi che le stesse siano comunemente riconducibili a quest'ultimo: coniuge, figli, convivente, conti personali dell'amministratore laddove la verifica abbia ad oggetto società, ecc.. In tal senso cfr., tra le ultime, Cass., sez. trib., 20 dicembre 2012, n. 4904, www.dirittoegiustizia.it; Cass., sez. trib., 21 giugno 2011, n. 19888, www.dirittoegiustizia.it; Cass., sez. trib., 21 ottobre 2010, n. 4775, www.dirittoegiustizia.it; Cass., sez. trib., 5 luglio 2010, n. 20199, *Giust. civ. mass.*, 2010, 1259; Cass., sez. trib., 22 giugno 2010, n. 19493, www.dirittoegiustizia.it.

³⁷ Che costituisce, come noto, caratteristica essenziale delle presunzioni. Nel senso di cui al testo, ad ultima conferma di consolidato orientamento, Cass., sez. III, 4 aprile 2013, n. 19709, www.dirittoegiustizia.it, significativamente relativa proprio alla presunzione qui in esame.

³⁸ In ultimo v. Cass., sez. III, 18 maggio 2011, n. 36396, *CED Cass.*, 251280.

UTILIZZABILI LE PRESUNZIONI TRIBUTARIE AL FINE DI DISPORRE SEQUESTRO "PER EQUIVALENTE"

Tale conclusione non convince. Ciò, anche a contestare l'adesione alla tesi "estrema" – che peraltro si è appena visto non esserlo affatto – che propugna la necessaria sussistenza di gravi indizi di colpevolezza quale imprescindibile prodromo all'applicazione della cautela reale. Non è contestabile, infatti, che la tramutabilità – comunque sempre altamente problematica – della presunzione tributaria in indizio fruibile nel procedimento penale non possa darsi *tout court*. Occorrerà quantomeno che il fatto noto fondante la ricostruzione presuntiva sia connotato da requisiti di apprezzabile concretezza e specificità³⁹. Nonché univocità, da intendersi nel senso che il *fumus* deve essere ricavabile senza che il giudice sia costretto ad adottare deduzioni progressivamente disancorate dai fatti sottoposti alla sua attenzione. Diversamente, tale *modus procedendi* condurrebbe, in forme più o meno abilmente mascherate, proprio a quell'inversione dell'onere della prova che mai può trovare ingresso e legittimazione nella regudicanda penale. Ciò posto, e ribadita ancora l'altissima problematicità di un impiego *extra moenia* di tutte le presunzioni tributarie, è innegabile che tra esse quella qui in esame si caratterizzi per la sua particolare labilità in punto di valenza cognitiva⁴⁰. È noto che l'art. 32, comma 1, n. 2, d.p.r. n. 600 del 1973 consente di presumere maggior imponibile non solo da operazioni bancarie attive, ma persino dai prelevamenti⁴¹. Che strutturalmente costituiscono un'uscita, idonea a tramutarsi in spesa ed, in ultima istanza, in costo deducibile. Nella fattispecie il legislatore tributario ricorre, quindi, ad una doppia presunzione⁴²: il prelievo "oscuro" farebbe supporre acquisti non contabilizzati, che a loro volta indurrebbero a ritenere effettuate vendite non assistite da fatturazione o comunque da documentazione fiscalmente valida.

³⁹ *Supra*, nota 16.

⁴⁰ Tale debolezza funzionale, si noti, è da tempo segnalata anche all'interno dello specifico settore in cui la presunzione *de qua* è chiamata ad operare: cfr. Amatucci, *Le indagini bancarie nella determinazione del maggior reddito imponibile*, *Riv. dir. tributario*, 2010, 1019 ss.

⁴¹ La giurisprudenza tributaria è attestata, saldamente quanto discutibilmente, nel senso che la presunzione in esame operi nei confronti di tutte le categorie di reddito disegnate dal legislatore (tra le altre v. Cass., sez. trib., 18 febbraio 2008, n. 11750, *www.dejure.giuffre.it*). Viceversa, è certo che, in relazione ai prelevamenti, tale presunzione sia circoscritta ad imprenditori e professionisti, come si ricava dall'espresso richiamo normativo alle «scritture contabili» (art. 32, comma 1, n. 2, d.p.r. n. 600 del 1973), alla cui tenuta solo tali soggetti sono obbligati. La presunzione "da prelievo" è superabile solo se il contribuente indica il beneficiario di quest'ultimo, e sempre che il prelievo non risulti dalle scritture contabili. In argomento, per una condivisibile critica, Amatucci, *Le indagini bancarie*, cit., 1028.

⁴² In termini Amatucci, *Le indagini bancarie*, cit., 1025-1026.

Come visto⁴³, tale doppia presunzione vale, oltre che per i titolari di reddito d'impresa, anche per i percettori di reddito da lavoro autonomo⁴⁴. In proposito, se per i primi – sebbene con più di qualche sforzo – è ipotizzabile che la creazione di provviste a mezzo di prelievi bancari sia tesa ad acquisti "in nero" utili a consentire vendite non contabilizzate, non si vede come ciò sia sostenibile rispetto alle prestazioni di opera intellettuale. In cui la "merce" sottoposta a scambio commerciale è priva di fisicità⁴⁵. Come ben si nota, in conclusione, nel procedimento penale il fatto costituito dai prelievi bancari ha valore totalmente neutro⁴⁶ per chi deve giudicare. Tale neutralità priva detto elemento di quei requisiti di specificità, concretezza ed univocità⁴⁷ che – soli – possono consentire un impiego in sede aliena delle presunzioni tributarie. Ovvio, poi, che laddove venga concretamente dimostrata la finalizzazione del prelievo ad acquisti non documentati, cui siano seguite, e pure dimostrate, cessioni senza fattura, certamente si avrebbe (quantomeno) un indizio valutabile in sede cautelare. E tuttavia, altrettanto certamente, nella fattispecie non si darebbe conclusione presuntiva, in cui vece, più che opportunamente, opererebbero riscontri rigorosamente fattuali.

In sintesi: la presunzione tributaria in esame, specialmente nella parte in cui desume maggior imponibile dai prelievi bancari, non è suscettibile di

⁴³ *Supra*, nota 41.

⁴⁴ Per la verità, l'espressione «compensi» di cui all'art. 32, comma 1, n. 2, d.p.r. n. 600 del 1973, è stata introdotta in quest'ultima disposizione, prima richiamante i soli «ricavi», dall'art. 1, comma 402, l. 30 dicembre 2004, n. 311. Con la conseguenza che nei confronti dei professionisti, cui esclusivamente sono imputabili i compensi quale componente attiva del reddito secondo il lessico del legislatore tributario, la presunzione in esame opererebbe solo a decorrere dal 1 gennaio 2005, data di entrata in vigore della l. n. 311 del 2004. Se non fosse che la giurisprudenza, in modo tanto granitico quanto discutibile, ritiene che l'originario riferimento ai soli ricavi non osti all'applicazione della norma anche nei confronti del lavoratore autonomo (a definitivo suggello si veda C. cost., ord. 23 novembre 2011, n. 318, *Giur. cost.*, 2011, 4404).

⁴⁵ In altri termini: se, ad esempio, può presumersi che capi di abbigliamento vengano acquistati senza fattura al fine di occultarne il transito in magazzino e quindi consentirne la cessione non contabilizzata, non si comprende quale possa essere il bene acquisito con tali modalità dal professionista, ed in grado di permettergli prestazioni sottratte all'imposizione (lo stesso è a dirsi, in verità, per l'imprenditore che renda servizi anziché cedere merci). La circostanza, nel caso qui in esame, è stata puntualmente segnalata, sebbene senza successo, dalla difesa dell'indagato (cfr. testo sentenza annotata).

⁴⁶ Se non addirittura negativo in ordine al convincimento sulla legittimità del sequestro, posto che, come ricordato *supra*, le uscite dal conto corrente *et similia*, in assenza di altri riscontri, costituiscono manifestazioni diminutive, anziché incrementative, del *quantum* imponibile.

⁴⁷ *Supra*.

fruizione nel procedimento penale, neppure ai soli fini cautelari.

CONCLUSIONI

Sia consentita, in tema, una considerazione finale. Idonea, oltretutto, a raccordare la questione specifica con il profilo, di più ampio respiro sistematico, concernente le condizioni che legittimano una valutazione di sussistenza del *fumus* al fine dell'emissione del provvedimento di sequestro⁴⁸. Si è visto in precedenza che occorre quantificare il profitto⁴⁹ per individuare il valore del sequestrabile. Si è visto, altresì, che il giudice⁵⁰ deve esaminare e valutare tutte le contestazioni difensive sollevate al riguardo⁵¹. Ed è ampiamente presumibile che

tali contestazioni saranno immancabili ed articolate, attesa l'enorme rilevanza, in un buon numero di casi⁵², degli interessi in contrasto. Quest'ultima constatazione assume valenza ancora maggiore nel procedimento per reati tributari, caratterizzati in numero preponderante dalla previsione delle cosiddette soglie di punibilità, di regola consistenti in un determinato *quantum* di imposta evasa⁵³, della cui individuazione è onerato il giudice penale⁵⁴. Sulla concreta individuabilità, nelle singole regiudicande, di dette soglie e non è difficile immaginare aspre contrapposizioni, specie, ma non esclusivamente, in ordine ai costi in grado di ridurre le voci attive da assoggettare ad imposta. Ed

⁴⁸ *Supra*.

⁴⁹ Che nei reati tributari viene normalmente individuato nell'ammontare dell'imposta evasa (fatta eccezione per l'art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000, in ragione della peculiare strutturazione di quest'ultima fattispecie: v., per tutte, Cass., sez. III, 16 maggio 2012, n. 25677, *www.dirittoegiustizia.it*). Giurisprudenza in corso di consolidamento (in ultimo Cass., sez. III, 6 marzo 2013, n. 19099, *www.dirittoegiustizia.it*) ritiene configurato il profitto anche quando l'imposta non versata non è stata incassata. In sostanza, il profitto potrebbe consistere in «qualsiasi vantaggio patrimoniale direttamente derivante dal reato anche se consistente in un mero «risparmio di spesa». La conclusione non convince, considerato che usualmente per profitto si intende un *quid pluris* rispetto alle disponibilità antecedenti la commissione del reato. In tale ottica, è evidente che all'implementazione di tali disponibilità non può essere assimilato, sul piano logico, il mancato depauperamento ottenuto grazie alla condotta penalmente rilevante. In ogni caso, se detto orientamento dovesse radicarsi, sarebbero innegabili conseguenze paradossali. Da un lato, il contribuente non incassa l'imposta dovuta dai clienti (ipotesi più che frequente alla luce dell'attuale congiuntura economica). Dall'altro, viene assoggettato a sanzione penale per l'omesso versamento di imposta non incassata (efficacemente Iorio, *L'omesso versamento Iva prescinde dall'incasso*, *Sole 24 Ore*, 4 maggio 2013).

⁵⁰ Usualmente del riesame o dell'appello, anche se non può escludersi a priori che nella stessa situazione possa venirsi a trovare il giudice che deve decidere sulla richiesta di sequestro da parte del pubblico ministero (art. 321, comma 1, c.p.; *supra*, nota 17).

⁵¹ Tanto sull'ammontare del profitto, che del compendio sequestrato, che come si è visto *supra*, nota 28, non può eccedere il primo. Tali contestazioni potranno altresì concernere anche l'asserita mancanza di disponibilità del bene sequestrato, come noto ostativa alla confisca (art. 322-ter, comma 1, c.p.). Per disponibilità si intende il rapporto *uti dominus* con la cosa (Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 4297, cit. *supra*, nota 7), che può essere compromesso anche in presenza di diritto di proprietà, ad esempio in caso di assegnazione della casa coniugale al coniuge separato ed ai figli minori (cfr. testo sentenza che si annota). Le contestazioni difensive, infine, potranno essere mosse anche dal terzo cui la cosa appartenga e che si proclami estraneo al reato: art. 322-ter, comma 1, c.p., che *in parte qua* prende a mutuo l'identica dizione di cui all'art. 240, comma 3, c.p.. Per inciso, tale mutuo appare non rispettoso delle differenze intercorrenti tra le due disposizioni, ed in grado di condurre a conseguenze sistematicamente inaccettabili. Si è più volte ribadito che la confisca "per equivalente" è sanzione penale, e non misura di sicurezza patrimoniale come la confisca tradizionale (ferme sul

punto, peraltro, le perplessità palesate *supra*, nota 7). Ciò posto, è chiaro che il sistema verrebbe ad essere compromesso se per persona estranea al reato venisse considerata solo chi in buona fede, e senza aver tratto vantaggio dall'illecito, è titolare di diritti di proprietà, o di diritti reali di godimento o garanzia, sul bene sequestrato (così, usualmente, la giurisprudenza sostanzialmente riferimenti legislativi all'appartenenza ed all'estraneità al reato: Cass., sez. un., 19 gennaio 2012, n. 14484, *Riv. pen.*, 2012, 611). In altri termini: ribadito che la confisca "per equivalente" è sanzione irrogabile solo previo accertamento della responsabilità, se la misura ablativa dovesse essere ritenuta autorizzata anche in capo a chi ha beneficiato, persino consapevolmente e quindi in mala fede, del reato, a quest'ultimo verrebbe comminata una pena senza processo. In violazione di un principio immanente nel sistema ed oltretutto ricavabile dagli artt. 24, 27, comma 1, 111 Cost., e 1 c.p.. In altri termini ancora: sarà confiscabile solo il patrimonio del colpevole; naturalmente, anche se la colpevolezza sussista a titolo di concorso (art. 110 c.p.; in tal senso, sebbene con acrobatici distinguo, la giurisprudenza: Cass., sez. un., 19 gennaio 2012, n. 14484, cit. *supra*). D'altra parte, alle stesse conclusioni, sebbene per altra via, sembra giungere recentissimo e reiterato orientamento (in ultimo Cass., sez. III, 9 maggio 2013, n. 22980, *www.dirittoegiustizia.it*) che esclude la sequestrabilità dei beni della società nel procedimento per reati tributari a carico del suo amministratore, il cui patrimonio, viceversa, sarà aggredibile in detta sede. Ciò anche se molto difficilmente, in concreto, la società potrà essere considerata estranea, nel senso tradizionalmente inteso (*supra*), al reato, essendo la condotta del rappresentante legale finalizzata al vantaggio fiscale per la rappresentata. Tale giurisprudenza motiva la conclusione asserendo che i reati tributari non sono ricompresi tra quelli ritenuti dal legislatore presupposto della responsabilità degli enti. L'asserto è indiscutibile, ma di per sé non esclude la possibilità di sequestrare i beni societari; possibilità che potrebbe residuare mediante il richiamo alla non estraneità al reato (art. 322-ter, comma 1, c.p.). Solo identificando quest'ultima, come qui si è fatto, con la colpevolezza, la possibilità di apprendere coattivamente i beni societari resta, nel procedimento penale tributario, definitivamente preclusa.

⁵² *Supra*.

⁵³ Anche se proprio nella fattispecie esaminata nella sentenza che si annota è rinvenibile un riferimento normativo all'imponibile *tout court* (art. 4, lett. b), d.lgs. n. 74 del 2000).

⁵⁴ Che sul punto non subisce alcun vincolo dalle corrispondenti determinazioni dell'amministrazione finanziaria. Ciò si ricava non solo dal principio di reciproca autonomia delle regiudicande penale e tributaria (artt. 2, 3 c.p.p., e 20 d.lgs. n. 74 del 2000). Ma anche, se non soprattutto, dall'art. 1, lett. f), d.lgs. n. 74 del 2000, che sembra prefigurare una nozione prettamente penalistica – e non rileva quanto difforme da quella fiscale – di «imposta evasa».

UTILIZZABILI LE PRESUNZIONI TRIBUTARIE AL FINE DI DISPORRE SEQUESTRO "PER EQUIVALENTE"

allora: in tale scenario, pressoché ineluttabile, non sembra ragionevole – neppure in chiave, usualmente evocata, di economia processuale – ancorarsi a concetti tralatici ed obsoleti quali la sommarietà della cognizione cautelare, in quanto tale intraducibile in anticipata decisione sul merito⁵⁵.

⁵⁵ Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, n. 7, cit. *supra*, nota 18.

Ciò allo scopo, per quanto sopra da ritenersi rappresentativo di una battaglia di retroguardia, di considerare l'astratta configurabilità del reato criterio idoneo a consentire l'apposizione di vincoli. Forieri, sovente, di innegabili sconvolgimenti personali e/o aziendali, e in ogni caso aventi l'effetto di comprimere, spesso per tempi lunghi, diritti costituzionalmente tutelati.

L'esaltazione di un'impronta digitale non configura un'ipotesi di accertamento tecnico irripetibile

Corte di Cassazione, Sezione VI, sentenza 6 marzo 2013, n. 10350 – Pres. Garribba; Rel. Di Stefano

L'attività tecnica, eseguita dalla polizia giudiziaria al fine di esaltare un'impronta digitale non altrimenti visibile, esula dal concetto di "accertamento tecnico non ripetibile" e, dunque, non esige il rispetto delle forme di cui all'art. 360 c.p.p. La disciplina contenuta in tale ultima norma non può essere ascritta nemmeno alla fase di comparazione in quanto il recupero e la conservazione della traccia rendono l'atto reiterabile: la cosa da esaminare conserva nel tempo le proprie caratteristiche e può essere sottoposta a nuovo esame; salvo che l'oggetto del confronto venga alterato o distrutto durante l'esecuzione delle analisi.

[Omissis]

La Corte di Appello di Cagliari con sentenza del 27 marzo 2012 confermava la condanna emessa il 18 dicembre 2007 in giudizio abbreviato dal gup presso il tribunale di Cagliari nei confronti di G.G. per detenzione a fine di spaccio di cocaina per il quantitativo di circa 500 g.

Il fatto risultava dimostrato dalle dichiarazioni del coimputato C.A. che aveva dichiarato di aver rubato la predetta partita di cocaina, che lui sapeva essere a disposizione del G., nella abitazione in disponibilità del ricorrente sita in via (OMISSIS). Disposta la perquisizione del predetto appartamento, questo risultava disabitato e vi veniva rinvenuto, nell'unico mobile presente, del materiale indicativo della preparazione di dosi di droga, tra cui in particolare dei frammenti di cellophane che in sede di indagini tecniche risultavano aver contenuto cocaina.

Gli ulteriori accertamenti tecnici effettuati dall'organo di polizia scientifica evidenziavano, su uno dei frammenti di *cellophane*, una impronta digitale compatibile con quella del dito mignolo di G.G.

Si accertava, in base alla dichiarazione del proprietario dell'appartamento, che lo stesso era stato inizialmente oggetto di trattative per l'acquisto da parte proprio del G.; per quanto non vi avesse fatto seguito l'acquisto effettivo, nel mese di aprile 2005 l'immobile era stato in effettiva disponibilità del G. cui venivano consegnate le chiavi a seguito di sostituzione della serratura.

La Corte di Appello, con riferimento agli specifici motivi di impugnazione, rigettava l'eccezione di nullità dell'esame dattiloscopico eseguito il 24 ottobre 2006 osservando:

– le operazioni di polizia giudiziaria concernenti il prelievo di impronte digitali in quanto atti irripetibili sono acquisiti al fascicolo del dibattimento e possono essere valutati quale prova anche senza procedere a perizia. La comparazione delle impronte, non richiedendo altro che accertamenti di dati obiettivi, rientra negli accertamenti ai sensi dell'art. 354 cod. proc. pen. per cui non si applicano le regole dell'art. 360 cod. proc. pen. Inoltre, al momento del compimento dei rilievi, non era ancora individuato il presunto autore del reato.

Ribadiva conseguentemente la certezza del collegamento tra il ricorrente e la partita di droga rappresentata dalla presenza dell'impronta papillare e dalla disponibilità dell'appartamento in questione nel periodo del furto della droga, poco rilevando le apparenti contraddizioni del C. sulla precisa epoca del furto nel corso di Interrogatori tenuti a grande distanza temporale dai fatti. Peraltro, osservava la Corte, la testimonianza del proprietario dell'appartamento dimostrava con certezza la disponibilità delle chiavi in capo al ricorrente.

La Corte rigettava anche le questioni in tema di determinazione della pena, osservando che non sussistevano ragioni specifiche che giustificassero la applicazione delle attenuanti generiche e confermava non configurabilità della continuazione con i diversi fatti giudicati con diversa sentenza, non potendosi ritenere, peraltro a fronte di affermazioni apodittiche della difesa, la connessione con il delitto associativo ed altri singoli delitti di droga commessi in un contesto diverso da quello per il quale si procede, frutto invece di una iniziativa autonoma del ricorrente.

L'ESALTAZIONE DI UN'IMPRONTA DIGITALE NON CONFIGURA UN'IPOTESI DI ACCERTAMENTO

Avverso tale sentenza propone ricorso il difensore di G. che, con primo motivo, deduce la violazione di legge per nullità dell'esame dattiloscopico eseguito il 24 ottobre 2006. Rileva che proprio il pubblico ministero aveva disposto di procedere con avviso ai difensori, erroneamente indicando il difensore di ufficio nonostante fossero già stati nominati difensori di fiducia.

La difesa aveva eccepito fin dall'interrogatorio di garanzia la nullità, affermando che l'accertamento dattiloscopico, attesa la modifica fisica del reperto, dovesse svolgersi con le garanzie di cui all'art. 360 cod. proc. pen. Sul punto, la Corte di Appello non aveva risposto, formulando osservazioni soltanto sulle modalità di prelievo delle impronte ma non sulle successive modalità di esaltazione delle stesse per poterle utilizzare.

Con secondo motivo deduce la violazione degli artt. 546 e 192 cod. proc. pen., nonché il vizio di motivazione perché, accertata la disponibilità dell'immobile da parte del G. per un breve periodo di tempo, non si è tenuto conto della possibilità che la busta toccata dal ricorrente fosse poi stata utilizzata da altri per lo stupefacente. Rileva la diversa epoca del furto indicata dal C. e le dichiarazioni rese da questo in ordine alla esistenza di altre persone il cui intervento temeva quale reazione al furto di stupefacente. La Corte, quindi, non aveva valutato le argomentazioni difensive in ordine alla esistenza di elementi a carico di diversi soggetti.

Con terzo motivo contesta la mancata applicazione della disciplina della continuazione con diversa sentenza non avendo la Corte valutato il ruolo di custode del G. per conto della organizzazione di cui si riteneva essere un componente.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso va accolto limitatamente alla applicazione della disciplina della continuazione.

Il primo motivo è infondato.

La difesa insiste nella eccezione di inutilizzabilità già formulata in corso di giudizio rilevando che la Corte di Appello ha offerto una risposta su un diverso profilo. Ciò che la difesa contestava, non era l'attività di comparazione delle impronte digitali ma l'attività di "ricerca e successiva esaltazione di una possibile impronta latente sulla busta di nylon (reperto 5/C)" ovvero l'individuazione della impronta digitale rispetto alla quale poi effettuare la comparazione.

Questo perché, secondo la difesa, la circostanza che la impronta non sia stata rilevata con immediatezza con metodi "tradizionali" che lasciano invariato il reperto ma sia stato utilizzato un sistema che, mediante l'utilizzazione di un prodotto chimico, evidenzia e fissa l'impronta, ha conseguenze sulla disciplina applicabile per la raccolta della prova.

Secondo la difesa, quindi, in questo caso non ci troveremmo di fronte ad un comune accertamento ai sensi dell'art. 354 cod. proc. pen., che per sua natura non deve richiedere una attività di elaborazione per la quale siano necessarie specifiche competenze tecniche, ma di fronte ad una vera e propria accertamento tecnico ai sensi degli artt. 359 e 360 cod. proc. pen.

Inoltre afferma che tale attività tecnica sul reperto lo modifica in modo definitivo per cui non è attività che possa più essere ripetuta; in conseguenza, era necessario applicare la disciplina di cui all'art. 360 per gli accertamenti tecnici non ripetibili;

peraltro, osserva, lo stesso pubblico ministero, consapevole di tale situazione, aveva disposto darsi avviso ai difensori per la attività tecnica di esaltazione dell'impronta, individuando, però, erroneamente il difensore del ricorrente.

Chiarito quindi quale sia l'ambito della eccezione formulata dalla difesa, la stessa risulta del tutto infondata perché basata su un errore nella interpretazione dell'art. 360 cod. proc. pen.

La disposizione sugli accertamenti tecnici non ripetibili riguarda la attività di accertamento tecnico probatorio fatta su cose soggette a modificazione, sia di per sé (il passaggio del tempo e le conseguenze sullo stato dei luoghi etc.) che per il carattere distruttivo del tipo di accertamento svolto sul reperto.

Ma si tratta di cosa ben diversa dalla attività operativa di prelievo di campioni, di individuazione dell'oggetto esaminare etc.

La attività cui fa riferimento il difensore consiste in una attività, certamente tecnicamente elaborata, che serve a far esaltare un'impronta non altrimenti visibile. E, anzi, questa modalità di acquisizione del campione vale a rendere ancor più facilmente ripetibile il successivo accertamento. L'accertamento, rispetto al quale va valutata la ripetibilità, con riferimento alle impronte, consiste nella comparazione. A prescindere che quest'ultima è attività che rientra di fatto nella mera "osservazione" e non richiede specifiche attività tecniche, proprio grazie all'attività di recupero e conservazione del reperto l'accertamento è ripetibile.

L'accertamento è ripetibile, quindi, quando la cosa da esaminare conservi nel tempo le proprie caratteristiche e possa essere sottoposta a nuovo esame. Nel caso di specie lo è, avendo l'attività tecnica di esaltazione della impronta consentito la sua migliore visibilità e conservazione.

Si tratta di questione del tutto analoga a quella del prelievo di campioni di polvere da sparo; tale attività di prelievo, con "stuf", "tampone" etc., una volta svolta non è ripetibile, non per questo deve essere effettuata con le garanzie dell'art. 360 cod. proc. pen. perché l'attività tecnica cui fanno riferimento gli artt. 359 e 360 cod. proc. pen. è quella, successiva, dell'esame delle particelle prelevate. Per questo esame si porrà il problema della ripetibilità o meno, laddove il campione venga alterato o distrutto durante l'esecuzione delle analisi.

Quindi, essendo l'eccezione riferita alle modalità di prelievo dell'impronta, la stessa è infondata perché si trattava di attività che in ogni caso poteva essere svolta senza previo avviso al difensore, poco importa che il pubblico ministero avesse comunque dato disposizione di dare comunque tale avviso.

Il secondo motivo è manifestamente infondato. La Corte ha ricostruito con motivazione adeguata e logica la responsabilità del ricorrente sulla base di vari indizi che confermano pienamente la dichiarazione accusatoria del

coimputato. Il ricorso, peraltro, non individua carenze o illogicità della motivazione ma propone una lettura alternativa dei medesimi indizi, invero palesemente poco plausibile, chiedendo, quindi un nuovo apprezzamento del materiale probatorio che è però precluso in sede di legittimità.

Deve, invece, essere accolto il terzo motivo relativo al mancato riconoscimento della disciplina della continuazione tra il reato in oggetto e i fatti per i quali è intervenuta condanna della Corte di Appello di Cagliari il 2 febbraio 2008.

La Corte ritiene di dover escludere che vi siano elementi indicativi del medesimo disegno criminoso ritenendo che i fatti per cui si era proceduto nel diverso processo erano commessi nell'ambito delle attività di un'associazione criminale mentre, nel caso di specie, il reato "risulta essere stato commesso dal solo imputato in forma del tutto estemporanea come frutto di una autonoma determinazione".

Invero tale affermazione non trova alcuna conferma in elementi indicati nella motivazione ed anzi, da quanto riferito dal C., risulterebbero anche altre persone interessate al furto dello stupefacente, ragione per ritenere che non si trattasse di singola iniziativa del C. Se, poi, come riferisce la difesa in sede di ricorso facendo riferimento al contenuto della sentenza Corte d'Appello 2 febbraio 2008 (non valutata nella sentenza qui impugnata), il ruolo del ricorrente nelle altre vicende per le quali è stato condannato era quello di custode dello stupefacente, il fatto oggi giudicato presenta certamente caratteri comuni. Pertanto, a fronte della specifica deduzione della difesa, non risulta adeguatamente valutata l'ipotesi di sussistenza di continuazione. Con riferimento a tale motivo il ricorso deve trovare accoglimento.

Il giudice di rinvio dovrà valutare e motivare compiutamente sulla sussistenza o meno della continuazione con i diversi fatti giudicati separatamente.

[Omissis]

ORINETTA BRUNO*

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

Un passo avanti: il confronto delle impronte digitali postula il rigore dell'art. 360 c.p.p. se il reperto va incontro a deterioramento o cancellazione

A step forward: fingerprint comparison calls into question the rigor of art. 360 of the Code of Criminal Procedure, if evidence undergoes deterioration or cancellation

La decisione in commento, ponendosi nell'alveo di un filone giurisprudenziale granitico, afferma che l'esaltazione di un impronta dattiloscopica (di contro, non visibile) non rappresenta un "accertamento tecnico irripetibile". All'istituto va ricondotta, semmai, la fase della comparazione; ma quest'ultima è "rinnovabile". Sicché, le regole di cui all'art. 360 c.p.p. operano solo quando l'oggetto su cui ricade potrebbe subire un'alterazione o andare disperso. Condivisibile a primo impatto, la sentenza è foriera di dubbi. Soprattutto, apre ad una serie di ragionamenti rimasti inesplorati e spinge a riflettere sull'opportunità di limature a livello legislativo.

The decision under review, part of a long line of solid cases, states that taking a dactyloscopic (in contrast, not visible) fingerprint is not an "irrepetible technical assessment". The establishment of this can be traced back to the comparison phase, but the latter is "renewable". As a result, the rules dictated by art. 360 of the Code of Criminal Procedure only apply when the object in question may be subject to alteration or go missing. While this may appear acceptable at first glance, the judgment remains a source of doubt. Above all, it opens up a series of arguments that remain unexplored, and urges us to consider the advisability of filings at the legislative level.

L'ESALTAZIONE DI UN'IMPRONTA DIGITALE NON CONFIGURA UN'IPOTESI DI ACCERTAMENTO

IL CASO

La Suprema corte torna, a distanza di tempo, sulla natura delle attività di rilevazione delle impronte digitali e di successivo confronto (tra quelle prelevate nel teatro *criminis* e le altre in possesso degli inquirenti)¹. L'interrogativo di fondo è annoso: se configurino "accertamenti urgenti" (*in senso lato*) di polizia giudiziaria (art. 354, comma 2, c.p.p.) o se, viceversa, ricadano sotto lo scudo dell'art. 360 c.p.p. nutrito del suo comparto garantistico.

La pronuncia segue al ricorso con il quale si lamenta la violazione di legge per nullità afferente un esame dattiloscopico per cui lo stesso pubblico ministero aveva disposto procedersi con avviso al difensore, errando, tuttavia, nell'identificarlo: la comunicazione veniva inoltrata al legale d'ufficio anziché a quelli di fiducia già nominati. Il vizio-sanzione in discorso, peraltro, era stato eccepito sin dall'interrogatorio *ex art.* 294 c.p.p. sul presupposto che l'indagine in discussione, comportando una modifica del reperto, dovesse svolgersi in osservanza delle formalità stigmatizzate dall'art. 360 c.p.p.

Giova richiamare, in sintesi, la vicenda processuale che ha originato il principio di diritto del quale si darà conto di qui a poco.

In appello viene confermata una condanna emessa in sede di abbreviato per detenzione e spaccio di droga. Il giudizio si ricollega, tra l'altro, alla presenza, su alcuni frammenti di *cellophane*, contenenti lo stupefacente e rinvenuti in un appartamento nella disponibilità dell'imputato, di un'impronta papillare compatibile con la sua. Esso poggia sull'assunto per cui «le operazioni di polizia giudiziaria concernenti il prelievo [dei tratti digitali] in quanto atti irripetibili sono acquisiti al fascicolo del dibattimento e possono essere valutati quale prova anche senza procedere a perizia. La comparazione delle impronte, non richiedendo altro che accertamenti di dati obiettivi, rientra [nell'art. 354 c.p.p. e] non [si applica l'art. 360 c.p.p.]. (...)».

La sentenza viene gravata davanti al massimo

Collegio: si insiste nella eccezione di inutilizzabilità già formulata rilevando che il giudice *a quo*, di fronte alle doglianze difensive, avrebbe esibito una risposta su un diverso profilo, quello delle modalità di prelievo delle impronte; mentre nessun cenno sarebbe stato offerto quanto alla esaltazione delle stesse per poterle usare. Insomma, ciò che si contesta non è tanto l'attività di comparazione quanto la «ricerca e successiva esaltazione di una possibile impronta latente sulla busta di *nylon*» ovvero l'individuazione della stessa rispetto cui, poi, effettuare il confronto. Per il ricorrente, più esattamente, il fatto che il reperto non sia stato "appreso" con immediatezza attraverso metodi "tradizionali", che lo lasciano invariato, ma sia stato ottenuto con un sistema che si avvale di un prodotto chimico, il quale evidenzia e fissa l'impronta, «ha conseguenze sulla disciplina applicabile per la raccolta della prova». Cosicché, non ci si troverebbe al cospetto di un classico incombente eseguito in base all'art. 354 c.p.p. «che, per sua natura, non deve [invocare] [un']elaborazione per la quale siano necessarie (...) competenze [specialistiche]», ma ad un autentico accertamento tecnico (artt. 359 e 360 c.p.p.). Si termina sostenendo che detto adempimento cambia l'impronta in maniera definitiva al punto da non poter essere rinnovato; pertanto, sarebbe stato necessario prestare ossequio al nugolo di norme "ricamate" dall'art. 360 c.p.p.

IL PROVVEDIMENTO

La decisione che si annota mostra un apparato motivazionale privo, d'acchito, di sbavature². Seguendo un ragionamento stringente, si respingono, nella totalità, i rilievi mossi, basati, a sentire la Corte, «su un errore nella interpretazione dell'art. 360» c.p.p.³.

Gli accertamenti tecnici irripetibili – si osserva – vengono espletati su cose soggette a modificazione, sia (essa) connaturale⁴ o dovuta al «carattere distruttivo» dell'incombente eseguito sul reperto. Nondimeno, vanno differenziati dalle metodiche

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

¹ Sulla scia di recenti tendenze più caute che nel passato; cfr., Cass., sez. II, 10 gennaio 2012, n. 2087, *CED Cass.*, 251775 (: «In tema di perizia o di accertamenti tecnici irripetibili il prelievo del DNA della persona indagata, attraverso il sequestro di oggetti contenenti residui organici alla stessa attribuibili, non è qualificabile quale atto invasivo o costrittivo e, essendo prodromico all'effettuazione di accertamenti tecnici, non richiede l'osservanza delle garanzie difensive che devono, invece, essere [tutelate] nelle successive operazioni di comparazione del consulente tecnico»).

² Si tralasciano – non costituendone il punto focale – le imperfezioni o, forse, equivoci terminologiche che si rinvergono tra le righe della dissertazione: dapprima, alludendo alle rimozioni sintetizzate nel ricorso, si parla di un'eccezione di nullità da parte della difesa (quanto agli impieghi delle risultanze dell'attività investigativa ablatoria delle impronte); poi, si scrive di inutilizzabilità.

³ Riporta la sentenza anche Peroni (a cura di), *Osservatorio Corte di cassazione – Processo penale, Dir. pen. proc.*, 2013, 544. Essa è edita pure in *Dir. e giustizia*, 7 marzo 2013 e *Guida dir.*, 2013, 17, 84.

⁴ Legata, ad esempio, al decorso del tempo e ai suoi effetti sullo stato dei luoghi.

consistenti nel prelievo di dati, nell'individuazione dell'oggetto da esaminare ecc.

Edificato questo "pilastro" iniziale, si fa notare come la rilevazione delle impronte digitali è, di certo, «tecnicamente elaborata» ed ha come obiettivo quello di «far esaltare» quelle «non altrimenti visibil[i]». Anzi, si dice, il metodo adottato dagli inquirenti nell'ipotesi in parola, per le sue caratteristiche, varrebbe a riproporre, con maggiore facilità, la susseguente analisi.

Così, bisogna spostare il baricentro (o, almeno, questo parrebbe di dover cogliere, data l'ambiguità dell'articolato lessicale scelto dal Supremo collegio): il *discrimen* su cui si gioca la "ripetibilità" (che, per la Cassazione, sembra assumere un preciso significato tra i tanti paventabili⁵) va convogliato sul segmento della comparazione tra le impronte acquisite e quelle custodite dagli organi dell'investigazione; occorre gettare lo sguardo sull'evenienza che l'esecuzione del confronto possa stravolgere la morfologia o, addirittura, "consumare" il tratto. Al riguardo, peraltro, non rileva che il raffronto, nella sostanza, catalizza attività di «mera "osservazione"» e non esige specifiche cognizioni tecniche: proprio grazie al ritrovamento e alla conservazione del reperto l'adempimento sarebbe, in teoria, replicabile nel prosieguo.

La prospettiva, in altre parole, è analoga a quella in cui ci si colloca quando si tratta di estrarre polvere da sparo; questa attività, svolta con "stubb" o "tampone", una volta realizzata non è riproducibile, ma questo non vuol dire che debba essere compiuta con le tutele dell'art. 360 c.p.p.: l'indagine cui fanno riferimento gli artt. 359 e 360 c.p.p. è quella consecutiva dell'esame delle particelle acquisite⁶. Lì ci si deve domandare se il campione va incontro a manipolazioni o viene cancellato.

In definitiva – ecco il nucleo del *decisum* – un accertamento è "ripetibile" «quando la cosa da esaminare conservi nel tempo le proprie caratteristiche e possa essere sottoposta» a nuova valutazione. Ebbene, nel caso d'interesse lo sarebbe avendo l'esaltazione della impronta «consentito la sua migliore

visibilità e conservazione». Sicché, riferendosi l'eccezione difensiva al metodo di prelievo della traccia, la stessa è infondata, potendo l'attività investigativa essere, senza dubbio, compiuta senza avvertimenti al legale dell'imputato.

LINEE CONSOLIDATE (CON QUALCHE SFUMATURA)

Prima di addentrarsi nelle criticità che emergono dalla sentenza, non stona un breve *excursus* del panorama disegnato dai numerosi precedenti sulla materia⁷. Del resto, la pronuncia che si commenta, pur denotando, negli epiloghi, un irrobustimento di idee oramai salde, per altri versi, ha una portata innovativa tanto da far presagire un *revirement* giurisprudenziale che si staglia su un duplice binario: la comparazione *potrebbe* delineare un accertamento tecnico (*sembrerebbe* del pubblico ministero, visto l'espresso rinvio all'art. 360 c.p.p.); si rompono gli argini di tale strumento al cui serbatoio di regole attingere gli appigli testuali quando le *evidences* messe a raffronto rischiano variazioni.

Stando ad insegnamenti cristallizzati e risalenti nel tempo, l'individuazione e il rilevamento delle impronte digitali si risolvono in operazioni urgenti non ripetibili di tenore meramente materiale e, pertanto, appartengono alla disciplina dell'art. 354, comma 2, c.p.p. e non a quella degli accertamenti tecnici (artt. 359 e 360 c.p.p.); questi ultimi, peraltro, esigono stime su base tecnico-scientifica e, di conseguenza, obbligano al rispetto del contraddittorio e delle correlate garanzie difensive⁸. Si dice, in manie-

⁷ Un repertorio degli indirizzi esistenti si ritrova in Gaeta, sub art. 359 c.p.p., Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, II, Milano, 2010, 4324; Paulesu, sub art. 354 c.p.p., *ivi*, 4263 s.; Pulito, sub art. 354 c.p.p., Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale commentato*, Torino, 2012, 2307; Recchione, sub art. 359 c.p.p., Canzio-Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale*, Milano, 2012, 3224; Scaglione, sub art. 354 c.p.p., *ivi*, 3177.

⁸ Cfr. Cass., sez. V, 2 dicembre 2004, n. 49037, *CED Cass.*, 231286; Cass., sez. V, 29 novembre 2004, n. 46176, *Giur. it.*, 2005, 1494 (in motivazione); Cass., sez. II, 5 giugno 2003, n. 27311, *CED Cass.*, 225170; Cass., sez. II, 27 ottobre 1998, n. 5779, *ivi*, 213311; Cass., sez. I, 11 novembre 1996, n. 10823, *ivi*, 206423 di cui vale la pena riprodurre la massima: «gli accertamenti dattiloscopici eseguiti dalla polizia giudiziaria si esauriscono nel rilevamento delle impronte su oggetti e nel raffronto delle stesse con quelle dell'imputato, di guisa che tale attività, non richiedendo la conoscenza di particolari cognizioni tecnico-scientifiche, non dà luogo ad un vero e proprio giudizio tecnico, ma solo ad un accertamento di dati obiettivi, che ben possono essere valutati dal giudice nel pieno esercizio del suo libero convincimento senza disporre una perizia». In precedenza, già Cass., sez. II, 11 gennaio 1989, n. 232, sempre in *CED Cass.*, 206423; Cass., sez. I, 24 gennaio 1978, n. 137, *ivi*, 138032. S'informa anche di Cass., sez. I, 17 ottobre 1995, *Dir. pen. proc.*, 1996, 44: «la polizia giudiziaria cura la conservazione delle tracce del reato e dispone i

⁵ ... quello pragmatico-utilitaristico delle correnti attestatesi in materia: v., *infra*, § "ACCERTAMENTI "URGENTI" E "IRRIPETIBILI": I TERMINI DEL DISTINGUO".

⁶ Eloquenti, Cass., sez. I, 9 maggio 2002, n. 23156, *CED Cass.*, 221621 («in tema di accertamenti urgenti sulle cose, i semplici rilievi, fra i quali rientra il c.d. "tampone a freddo" finalizzato al prelievo di eventuali residui indicativi dell'uso di armi da fuoco, quantunque [pregiudiziali] all'effettuazione di accertamenti tecnici, non sono tuttavia identificabili con questi ultimi, per cui, pur essendo essi irripetibili, la loro effettuazione non deve avvenire con l'osservanza delle forme stabilite dall'art. 360 [c.p.p.], le quali sono riservate soltanto agli "accertamenti" veri e propri, se e in quanto qualificabili di per sé come irripetibili»); Cass., sez. I, 6 giugno 1997, n. 4017, *ivi*, 207857.

L'ESALTAZIONE DI UN'IMPRONTA DIGITALE NON CONFIGURA UN'IPOTESI DI ACCERTAMENTO

ra significativa, che: «gli accertamenti dattiloscopici compiuti dalla polizia giudiziaria, pur potendo costituire fonte di prova nel giudizio, non hanno carattere né formale, né sostanziale di perizia, ma s'inquadrano nell'attività preliminare d'accertamento e d'assicurazione delle prove, per l'espletamento della quale non è [doveroso] venga garantita la presenza e l'intervento del difensore dell'indiziato»⁹.

Le considerazioni, peraltro, varrebbero sia per il prelievo quanto per il confronto delle impronte dattiloscopiche-papillari estratte con quelle nella disponibilità degli inquirenti. Da ultimo, si è statuito, infatti, che «la comparazione delle impronte prelevate con quelle già in possesso della polizia giudiziaria non [rivendica] particolari cognizioni tecnico-scientifiche e si risolve in un mero accertamento di dati obiettivi, ai sensi dell'art. 354 [c.p.p.], sicché il suo svolgimento non postula il rispetto delle formalità previste dall'art. 360 [c.p.p.]. Ne consegue che, qualora colui che abbia svolto attività di comparazione sia sentito in dibattimento e riferisca in ordine alla medesima», il giudice non è tenuto a disporre una perizia, «potendosi attenere alle emergenze espresse dal dichiarante»¹⁰, da filtrare nel pieno esercizio del suo libero convincimento¹¹.

Sullo sfondo, si colloca il dinamismo degli adempimenti di polizia giudiziaria, non riconducibili a schematizzazioni predefinite, sia per la dose di ela-

necessari rilievi nell'incombenza del pericolo, nell'impossibilità di un tempestivo intervento del pubblico ministero, della loro dispersione»; ne deriva «l'esatta osservanza dell'art. 354» nell'ipotesi in cui «l'iniziativa della [p.g.] era consistita nel fare rilevare le impronte dalla scala che non si sarebbero conservate con [la subitanea] custodia di quell'attrezzo nell'attesa [della partecipazione dell'organo d'accusa]»; questo perché «non rileva in contrario che quella operazione abbia poi richiesto ovviamente del tempo, nel quale si sarebbe reso disponibile il [magistrato], dovendosi in proposito aver riguardo alle circostanze nelle quali venne presa l'iniziativa».

⁹ Così, Cass., sez. IV, 25 giugno 2008, n. 38544, *CED Cass.*, 241022.

¹⁰ Cfr. Cass., sez. V, 9 febbraio 2010, n. 16959, *CED Cass.*, 246872. Analogamente, Cass., sez. I, 11 giugno 2009, n. 28848, *CED Cass.*, 244295; Cass., sez. V, 17 marzo 2004, n. 23319, *ivi*, 228864.

¹¹ V. Cass., sez. II, 11 novembre 1996, n. 10823, cit. e Cass., sez. II, 5 novembre 2004, n. 46176, cit. Va menzionata, essendo un *evergreen*, Cass., sez. II, 3 maggio 1978, *Cass. pen.*, 1979, 1551 a parere della quale il compimento dei rilievi e accertamenti inerenti le indagini dattiloscopiche non richiede(va) la presenza del difensore, né gli atti stessi, per il loro carattere amministrativo, rientrano(vano) fra quelli per i quali era obbligatorio il deposito ex art. 304 *quater* c.p.p. abrog. La valutazione delle indagini dattiloscopiche eseguite dalla polizia giudiziaria deve intendersi riservata al giudice di merito che, in ipotesi di contrasto o di dubbio sul metodo di rilevamento e, ancora meglio, sulla coincidenza degli elementi di confronto, avrebbe potuto avvalersi dell'opera di un perito: solo in tale evenienza, le nuove indagini si svolgono (dovevano svolgersi) con tutte le garanzie dalla legge riservate all'imputato.

sticità pretesa sullo "scacchiere" degli eventi, sia per i progressi in campo scientifico e tecnologico tali da permettere l'impiego di strumentazione sempre più all'avanguardia per l'accertamento dei fatti¹².

L'ottica espressa trova conferma nella giurisprudenza di merito sia per quanto concerne l'attività di confronto¹³ sia per quella precedente di rilevamento¹⁴.

Una solidità di principi, quella appena delineata, che prescinde dalle metodiche impiegate e che, come visto, viene intaccata dalla Corte di cassazione: per la prima volta, sia pure limitatamente alla comparazione, si attribuisce importanza, oltre che alle procedure con cui essa viene condotta, agli effetti che produce sulla *res* sulla quale insiste.

Del resto, ferreo è, sul punto, (anche) l'atteggiamento in letteratura: mentre l'individuazione e l'approvvigionamento di un'impronta papillare rinvenuta in un determinato luogo o su di un bene ovvero asportata da una persona costituirebbero un rilievo, al contrario, il giudizio di confronto tra il reperto e il "calco" del sottoposto ad indagini, implicando una verifica di carattere tecnico-scientifico, rientra nel novero degli accertamenti tecnici veri e propri¹⁵.

¹² Cfr. Cass., sez. II, 27 marzo 2008, n. 16818, *CED Cass.*, 239774; Cass., sez. II, ord. 27 giugno 2007, n. 35612, *CED Cass.*, 238081.

¹³ Si segnala trib. Prato, 8 settembre 2011 e trib. de L'Aquila, 8 gennaio 2013, nelle massime redazionali tratte dalla Banca dati Repertorio Leggi d'Italia.

¹⁴ Trib. Milano, sez. III, 12 marzo 2012, nella massima redazionale estrapolata dalla Banca dati Repertorio Leggi d'Italia.

¹⁵ ... «a loro volta diversi dagli accertamenti indicati all'art. 354 comma 2 c.p.p. dai quali esula ogni valutazione ed elaborazione critica»: Vessichelli, *Sulla possibilità della p.g. di effettuare di propria iniziativa raffronti tra impronte digitali*, *Cass. pen.*, 1992, 694. V., per la demarcazione, poi, Valli, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, Milano, 2013, 257 s. Anni or sono Leone, *Indagini dattiloscopiche ed intervento della difesa*, *Giur. di Merito*, 1971, II, 98 scriveva che la rilevazione «non è un atto di perizia»: «è solo l'assunzione di quei rilievi segnaletici di cui parlano gli artt. 223 e 225 del codice di procedura penale», pertanto, benché esista un indiziato, non è prevista la partecipazione della difesa. Di contro, la lettura (o interpretazione) delle impronte dattiloscopiche, dando luogo ad una valutazione tecnica, va ricondotta alla perizia; per essa si pone il problema della presenza del legale e, dunque, l'osservanza degli abrogati artt. 304 *bis*, *ter*, *quater* c.p.p. 1930. Secondo l'A., oltretutto, «l'eventuale inosservanza, (...), delle garanzie [difensive] per quanto attiene [detta operazione] (sempre che questa sia espletata quando è già individuato l'indiziato del reato) dà certamente luogo a nullità assoluta (art. 185 n. 3 c.p.p.)». Condividono D'Ambrosio-Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 2003, 230 s. Amato-D'Andria (*Organizzazione e funzioni di polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1990, 129) propongono, invece, una visione singolare: partendo dal presupposto che all'attività di cui agli artt. 359 e 360 c.p.p. possa procedere anche la polizia giudiziaria nell'ambito dell'investigazione, ritengono che tra gli accertamenti tecnici da essa eseguibili si pone la comparazione tra le impronte rinvenute sul luogo del delitto e quelle dell'indagato. L. Grilli, *Le indagini preliminari della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*,

ACCERTAMENTI "URGENTI" E "IRRIPETIBILI": I TERMINI DEL DISTINGUO

L'incisività dell'apparato motivazionale, che sembra cogliersi *prima facie*, lascia subito il posto ad una serie di difetti strutturali e *défaillances* che fanno reputare la soluzione esposta, pur condivisibile da un certa angolatura, non appagante. L'attenzione per la *quaestio* sottoposta ai Giudici di legittimità impedisce di allargare le maglie del costruito a profili di più ampio respiro; spiccano, inoltre, una serie di incompletezze nell'incedere argomentativo che suscitano non poche perplessità. Lacune, queste, che potrebbero aprire il varco ad esegesi del tutto estemporanee.

Nel merito, allora, è di cruciale importanza tornare – sia pure brevemente – sugli elementi distintivi che esistono tra le attività di cui all'art. 354, comma 2, c.p.p. e quelle concepite dall'art. 360 c.p.p. In seconda battuta, occorre riflettere, in maniera approfondita, sulle operazioni di repertazione e confronto delle impronte dattiloscopiche: il quadro di riferimento, la portata cognitiva, se l'una e/o l'altro siano incumbenti reiterabili (*anche* in ragione dei metodi usati). Ciò, senza trascurare i temi, più spinosi, della documentazione di questo tipo di indagine, della indispensabilità o meno di ricorrere al contraddittorio pieno (*rectius*: all'incidente probatorio) per il loro svolgimento; non sfugge nemmeno quello degli spazi da riservarsi alla difesa in occasione di questo tipo di incumbenti (registrandosi, *per tabulas*, una marcata asincronia rispetto ai poteri del magistrato d'accusa) e dei controlli che dovrebbe espletare il giudice che trova nel suo *background* decisionale una prova di tale fattura.

Ebbene, a sentire l'art. 354, comma 2, c.p.p., «se vi è pericolo che le cose, le tracce e i luoghi indicati nel comma 1 si alterino o si disperdano o comunque si modifichino e il pubblico ministero non può intervenire tempestivamente ovvero non ha ancora assunto la direzione delle indagini, gli ufficiali di polizia giudiziaria compiono i necessari accertamenti e rilievi sullo stato dei luoghi e delle cose. (...) Se del caso, sequestrano il corpo del reato e le cose a questo pertinenti»¹⁶.

Così facendo, la disposizione prevede un complesso di attività positive (dirette, tipiche e atipiche)

di tenere conservativo e con finalità di ricerca e, soprattutto, di assicurazione delle componenti del reato e delle tracce scrutate attraverso il sopralluogo¹⁷; è tesa ad impedire che alcune fonti di prova «reale»¹⁸ possano andare disperse o essere manipolate e si sostanzia in rilievi e accertamenti (*a carattere materiale*) sulle persone¹⁹, sullo stato dei luoghi e delle cose (nonché il sequestro del *corpus delicti* e delle *res* ad esso inerenti)²⁰.

Il filo conduttore che attraversa queste operazioni è che possono essere effettuate dall'organo *ex art.*

¹⁷ Dal primo accesso alla scena del crimine, insomma, il lavoro degli inquirenti si prefigge, non solo di «indirizzare le indagini», ma anche di «svolgere una proficua attività, proiettata nell'ottica dibattimentale, compito, quest'ultimo, di sicura spettanza dell'autorità giudiziaria inquirente»: Sottani, *Rilievi e accertamenti sulla scena del crimine*, Arch. pen., 2011, 3, 1.

¹⁸ Ichino, *L'attività di polizia giudiziaria*, Aimonetto (a cura di), *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, Chiavario-Mar zaduri (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 1999, 131.

¹⁹ ... purché non si traducano in ispezioni personali [di competenza dell'autorità giudiziaria (art. 244 c.p.p.)] e nonostante via sia il consenso dell'interessato. Sebbene esista una certa difficoltà nel discernere tra attività riconducibili all'ispezione personale e quelle integranti "accertamenti" di polizia giudiziaria, pare di poter sostenere che questi ultimi devono rimanere circoscritti ad operazioni tecniche di tipo non invasivo, limitati alle parti esterne del corpo umano (sintomatici, ad esempio, i rilievi dattiloscopici, fotografici, descrittivi delle connotazioni fisiche, ma anche la raccolta di residui di polvere da sparo o il rilevamento di macchie di sangue sui vestiti, sulla pelle). Dell'opinione, Lupária, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. III, Torino, 2009, 225: «l'ispezione, (...) contempla modalità accertative capaci di coartare e comprimere la libertà fisica o morale della persona, quali le indagini psichiatriche, i rilievi su parti del corpo non esterne o non normalmente esposte, il prelievo ematico». Conf. Conti-Macchia, *Indagini preliminari*, Enc. giur., XVI, Roma, 1990, 14. Si ricordi anche l'emblematica C. cost., sent. 27 marzo 1962, n. 30, rinvenibile sul sito www.cortecostituzionale.it.

²⁰ V. Zacchè, *Sopralluoghi e relazioni di servizio della polizia giudiziaria*, Cass. pen., 2006, 1015 per cui «l'attività de qua s'inquadra agevolmente tra gli accertamenti urgenti eseguiti in occasione d'un accesso ai luoghi, ai sensi dell'art. 354, co. 2, c.p.p. e siffatti accertamenti, in realtà, non sono altro che ispezioni locali affidate alla polizia giudiziaria, invece che al pubblico ministero o al giudice. Ne segue che il sopralluogo può essere definito come l'atto d'investigazione diretta attraverso cui gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, in un contesto d'urgenza, procedono all'osservazione del *locus commissi delicti*, per comprendere la "dinamica" del fatto di reato, "raccolgere eventuali elementi di prova e (...) orientare le successive indagini». Si propongono di fornire una definizione di "sopralluogo giudiziario" Curtotti Nappi-Saravo, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, Dir. pen. proc., 2011, 626 [gli A., peraltro, descrivono, con dovizia di particolari, tutti i numerosi passaggi in cui si articola l'adempimento d'indagine in questione. Lo stesso fa Tancredi, *Il sopralluogo giudiziario. Fondamenti metodologici e profili operativi dell'indagine medico-legale sulla scena del crimine*, Giusti (diretto da), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Vol. II, *Semeiotica medico legale*, 2ª ed., Padova, 2009, 385 ss.]. Sul tema, v., inoltre, Rinella, *L'attività di polizia giudiziaria*, Bari, 2000, 105 ss.; Scaglione, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Torino, 2001, 152 ss.

Padova, 2012 è secco nell'asserire che, nella categoria dei rilievi, rientra «il prendere le impronte digitali».

¹⁶ Gli ambienti evocati dalla norma sono, appunto, fissati come segue: «gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria curano che le tracce e le cose pertinenti al reato siano conservate e che lo stato dei luoghi e delle cose non venga mutato prima dell'intervento del pubblico ministero» (art. 354, comma 1, c.p.p.).

L'ESALTAZIONE DI UN'IMPRONTA DIGITALE NON CONFIGURA UN'IPOTESI DI ACCERTAMENTO

55 c.p.p. sempre che ricorra un doppio requisito (la c.d. urgenza): il *periculum in mora* (vale a dire il rischio che si "sciupi" o si snaturi quanto segnalato nel comma 1 dell'art. 354 c.p.p.); l'impossibilità di ottenere il tempestivo intervento del pubblico ministero, ovvero la mancata assunzione della direzione delle indagini da parte di quest'ultimo²¹. Un ritardo nell'azione potrebbe, nel frattempo, determinare compromissioni e cambiamenti irreversibili; il che sia per effetto di agenti atmosferici, per l'esigenza di sgomberare la scena del crimine, ovvero per il naturale deterioramento che connota gli elementi di tipo organico²². A cascata, s'incrinerebbe l'identificazione del reo e/o della vittima, la ricostruzione della dinamica degli eventi e l'analisi del frangente in cui si sono maturati.

Domina per visibilità e compattezza l'opinione secondo la quale le attività compiute dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 354 c.p.p. (pur se dal contenuto non tassativamente predeterminato) siano irripetibili²³ [e dotate di una poderosa spinta probatoria tanto da transitare nel fascicolo del dibattimento ed *ivi* essere lette (artt. 431, comma 1, lett. b) e 511 c.p.p.)]. Tale caratteristica sembra scaturire, oltre che dalla non più riproducibilità, *a posteriori*, dell'atto nello stesso contesto spazio-temporale, anche e, soprattutto, dalle insidie che attanagliano l'oggetto dell'investigazione²⁴: l'una e le altre traducono la

"sollecitudine" menzionata nella rubrica dell'articolo e consentono un facile parallelo con la variabilità del contesto fattuale che contraddistingue gli accertamenti tecnici di cui all'art. 360 c.p.p.

Non si è fornita, a livello normativo, una definizione che permetta di chiarire i concetti di "rilievi" e "accertamenti"; questo crea una zona grigia che partorisce incertezze in abbondanza quanto a margini di operatività dell'art. 354, comma 2, c.p.p. Oltretutto, se la distinzione tra questi due adempimenti è - come si vedrà nel prosieguo - lineare (*a sufficienza*) ponendo, uno di fronte all'altro, l'art. 354, comma 2, c.p.p. ed il combinato disposto degli artt. 359 e 360 c.p.p., diventa alquanto scivolosa all'interno delle previsioni che disciplinano l'attività di polizia giudiziaria dove spesso i due termini vengono usati in senso a-tecnico e indistintamente e tendono, per ciò stesso, a sovrapporsi. A quanto pare, non si è voluto imbrigliare troppo la sfera delle sue possibili operazioni: le metodiche dell'inchiesta sono in continua evoluzione (allacciate al progresso investigativo e scientifico) e un'architettura normativa blindata avrebbe impedito di inglobare quelle nuove. Il vuoto va colmato, allora, attraverso l'interpretazione, l'unica in grado di offrire le coordinate degli istituti; *hic labor est* e, dunque, inutile dire che lo scenario che ne emerge è alquanto articolato²⁵.

Secondo qualcuno, i *rilievi* sono atti *non ripetibili* realizzati mediante un'opera di carattere specialistico e consistono nella (grossolana) osservazione, percezione, "cronistoria" delle tracce e degli effetti materiali del reato, come pure nella loro individuazione ed acquisizione (con l'esclusione di qualsiasi attività estimativa); gli *accertamenti*, invece, configurano *operazioni di tipo tecnico* (che possono essere o meno connesse a quelle di conseguimento dei dati su cui sono praticate)²⁶. Tuttavia, l'urgenza che caratterizza queste ultime ha indotto a sostenere che deve trattarsi di incumbenti dalla funzione, comunque, essenzialmente "narrativa", materiale e preparatoria rispetto alla consulenza che il pubblico ministero potrebbe, in seguito, predisporre²⁷. Più

²¹ In questo senso, Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012, 494 il quale precisa, altresì, che, attraverso l'estensione della "urgenza" al fatto che il magistrato non abbia preso in mano le redini dell'inchiesta, il legislatore (l. n. 128 del 2001) ha inteso rafforzare l'autonomia della polizia giudiziaria nello specifico settore della lotta alla microcriminalità. Per Ichino, *L'attività di polizia giudiziaria*, cit., 182 il presupposto «costituisce una limitazione (...) posta a tutela del cittadino, e in particolare dell'indagato, e diretta a contemperare l'esigenza dell'accertamento della verità con quella della tutela della riservatezza e della libertà personale» dei soggetti coinvolti.

²² V. Lupária, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., 222.

²³ Tra i molti, Bellagamba, *L'utilizzazione degli atti. La valutazione della prova*, AA.VV., *Incontri di studio sul nuovo codice di procedura penale*, Quaderni CSM, 1989, 27, Vol. I, 553; Chiarloni, *Una discutibile pronuncia in tema di utilizzabilità dibattimentale degli atti assunti dalla polizia giudiziaria durante le indagini preliminari*, *Giur. it.*, 1992, II, 113; Curtotti Nappi-Saravo, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, cit., 628; Della Sala-Garello, *L'udienza preliminare - verifica dell'accusa e procedimenti speciali*, IPSOA informatica, 1989, 222; Dominion, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, AA.VV., *Il nuovo processo penale dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, 78 s.; Mambriani, *La delimitazione del materiale probatorio utilizzabile ai fini della decisione. Le questioni concernenti il contenuto del fascicolo per il dibattimento. Gli atti irripetibili*. L'art. 513, *Arch. n. proc. pen.*, 1998, 330. Di recente, Valli, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, cit., 95 che mette sul tavolo un'ampia casistica che lascia i segni della non "ripetibilità".

²⁴ Scalfati, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, *Indice pen.*, 1992, 131 discorre di «prognosi negativa sulla successiva assicurazione delle fonti di prova».

²⁵ Lo si comprende leggendo, per tutti, Scaglione, *sub art. 354 c.p.p.*, cit., 3175 ss. e, da non molto, Ranieri, *Indagini preliminari (della polizia giudiziaria)*, *Digesto del processo penale on-line*, § 9, Scalfati (diretto da), Torino, 2013.

²⁶ Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 494. Sulla falsariga, Carini, *Accertamenti tecnici*, *Enc. Il sole 24 ore*, Vol. I, Milano, 2007, 19.

²⁷ Sottani, *Rilievi e accertamenti sulla scena del crimine*, cit., 4 nel riportare quanto elucubrato da Aprile, *Le indagini tecnico scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, *Cass. pen.*, 2003, 4036. Ancora, D'Ambrosio-Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, cit., 231 per i quali i rilievi e gli accertamenti urgenti di cui al comma 2 dell'articolo 354 c.p.p. svolgono, appunto, un ruolo "espositivo" e "propedeutico" riguardo al mo-

in generale, v'è chi reputa che il comma 2 dell'art. 354 c.p.p. alluda a compiti dalla capacità descrittiva o segnaletica²⁸ o, in prospettiva ancora più lata, si crede che l'art. 354, comma 2, c.p.p. riguardi episodi procedurali ricognitivo-ispettivi e di mera rilevazione tecnica²⁹. Tagliando corto, infine, si rimarca - quale *conditio sine qua non* - come gli stessi debbano essere "ripetibili"³⁰, vale a dire «tali da non causare la distruzione o l'inservibilità del reperto oggetto d'intervento, come conferma l'art. 117 disp. att. c.p.p., imponendo - per l'accertamento che determini «modificazione delle cose, dei luoghi o delle persone tali da rendere l'atto non [riproducibile]» - l'adozione della procedura prevista all'art. 360 c.p.p.»³¹.

Per quanto concerne le ritualità, posto che la legittimazione spetta agli ufficiali di polizia giudiziaria³², si discute se essa possa avvalersi soltanto del proprio personale qualificato oppure ricorrere anche a soggetti estranei all'amministrazione, dotati di peculiari competenze tecniche (art. 348, comma 4, c.p.p.). A sostegno della tesi positiva, si sottolinea l'importanza dell'ausilio profuso da coloro che hanno cognizioni specialistiche, tanto che l'art. 348, comma 4, c.p.p. specificherebbe in ordine alle attività abbozzate dall'art. 354, comma 2, c.p.p.³³. Dal

punto di vista esecutivo, va riconosciuta agli operatori ampia discrezionalità, potendo gli stessi avvalersi della strumentazione più consona a soddisfare la ricerca, compresa quella tecnico-scientifica, fonografica, fotografica o audiovisiva³⁴. Circa, infine, le aree ove possono essere espletate le attività in discorso, sembra di poter sostenere che, non essendo concepita una convalida - per mano del pubblico ministero - che consentirebbe compressioni di libertà fondamentali tutelate dalla Carta fondamentale, vanno esclusi quelli privati, residuando solo gli ambienti pubblici, aperti o esposti al pubblico³⁵. Giova ricordare, inoltre, che la polizia giudiziaria ha l'obbligo di informare, con prontezza, l'organo d'accusa su quanto svolto (art. 348, comma 3, c.p.p.). Il difensore, di suo, ha la facoltà di assistere ai rilievi ed agli accertamenti urgenti senza diritto di preavviso (art. 356 c.p.p.), poiché qualificati dalla "sorpresa"³⁶; peraltro, gli inquirenti non devono trovare alla persona, che ne risulti priva, un legale d'ufficio, né devono essere ritardate le operazioni impellenti in attesa che egli arrivi³⁷. Qualora l'avvocato assista al compimento dell'atto può formulare richieste, osservazioni e manifestare riserve che devono essere scolpite nel verbale³⁸.

Tracciate le direttrici segnate dall'art. 354, comma 2, c.p.p., va rispolverata la cornice degli accertamenti tecnici irripetibili che, incastonati, anch'essi, nel più ampio contesto di *screening* e accaparramento delle fonti di prova, rappresentano uno dei meccanismi indispensabili per intercettare elementi conoscitivi che, per le loro prerogative, esigono di avvalersi di soggetti dotati di particolari cognizioni tecniche, i c.d. consulenti tecnici³⁹.

Non ci si può soffermare sulle problematiche attinenti il dato normativo, estranee, peraltro, alla

mento valutativo che connota gli accertamenti tecnici. Questi, di contro, si risolverebbero, in definitiva, in una attività di natura sostanzialmente peritale disposta o compiuta «per acquisire dati e valutazioni su fatti, situazioni o materie che richiedono particolari conoscenze scientifiche e tecniche» (Lo sostengono anche De Leo, *Le indagini tecniche di polizia: un invito al legislatore*, *Cass. pen.*, 1996, 697; Scella, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, *Cass. pen.*, 1990, 278 e lo conferma D'Ambrosio, *Pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 2012, 158).

²⁸ Si pensi nel primo caso ai rilievi planimetrici o, nel secondo, a quelli dattiloscopici, fotografici o antropometrici.

²⁹ Dell'avviso, Amato-D'Andria, *Organizzazione e funzioni di polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 125; D'Ambrosio, sub art. 359-360 c.p.p., Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, IV, Torino, 1990, 199; Gaito, *Le funzioni della polizia giudiziaria tra «assicurazione» e «valutazione» delle fonti di prova: il problema dell'esperto*, *Giur. it.*, 1996, 599.

³⁰ Vocabolo che parrebbe, usato dall'A. in un'accezione sui generis.

³¹ Testualmente, Lupária, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., 224 che, in merito ai luoghi e alle cose, precisa come si tratti di «atti di natura ispettiva che si risolvono nell'osservazione e nella descrizione dello *status quo*, traducendosi poi in rilievi finalizzati a fornire una fedele riproduzione dello stato delle cose: così i rilievi segnaletici, descrittivi, fotografici, plastici nonché il prelievo di campioni da destinare a successiva analisi più approfondita».

³² Resta fermo che, in presenza di situazioni di particolare complessità ed urgenza, essa è conferita anche agli agenti (art. 113 disp. att. c.p.p.).

³³ ... sempre che ricorra il *periculum in mora* quale presupposto degli accertamenti di polizia giudiziaria e si rimanga nel terreno degli "accertamenti tecnici urgenti" d'iniziativa della poli-

zia giudiziaria, da non confondere con le operazioni configurate dall'art. 360 c.p.p.: tra gli altri, Compagnini-Zernar-Siscaro, *Balistica forense e processo penale*, Milano, 1999, 205 ss.; Passacantando, *Rilievi ed accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, *Riv. it. medicina legale*, 1990, 444 ss. Poi, Amato-D'Andria, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 126; Conti-Macchia, *Indagini preliminari*, cit., 14.

³⁴ Morgigni, *L'attività della polizia giudiziaria*, Milano, 2002, 503.

³⁵ Per tutti, Felicioni, *Le perquisizioni e le ispezioni*, Milano, 2004, 355.

³⁶ *Ex multis*, *Cass.*, sez. I, 2 dicembre 1999, n. 5624, *CED Cass.*, 214705.

³⁷ Felicioni, *Le perquisizioni e le ispezioni*, cit., 378.

³⁸ Amato-D'Andria, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 126.

³⁹ Dedicano intere pagine a tale figura e, più diffusamente, al tema delle attività tecniche in sede processuale, Conte-Loforti, *Gli accertamenti tecnici nel processo penale*, Milano, 2006, *passim*.

L'ESALTAZIONE DI UN'IMPRONTA DIGITALE NON CONFIGURA UN'IPOTESI DI ACCERTAMENTO

sede⁴⁰. Vale la pena, piuttosto, sottolineare che l'art. 360 c.p.p. disegna un regime volto a salvaguardare la difesa e il contraddittorio e, al contempo, delimita il ricorso all'incidente probatorio, confinato ad ipotesi del tutto residuali⁴¹. Dovendosi, nondimeno, precisare che il perimetro del meccanismo è circoscritto alle sole situazioni nelle quali, in caso di inerzia, la prova andrebbe davvero dispersa⁴². Più esattamente, prevede che, se l'indagine riguarda persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione (ricorrono, cioè, gli analoghi presupposti che giustificherebbero l'espletamento di una perizia in sede di incidente probatorio), l'organo d'accusa, se intende procedervi, avvisa la persona sottoposta alle indagini, l'offeso e i difensori del conferimento dell'incarico nonché della facoltà di nominare consulenti tecnici. Merita, poi, accennare al fatto che, mercé l'estensione contenuta nell'art. 117 disp. att. c.p.p., la previsione non concerne solo gli accertamenti che hanno ad oggetto realtà materiali mutabili con il passare del tempo, ma pure quelli che determinano, per il loro compiersi, un'alterazione della *res* (c.d. accertamenti modificativi o distruttivi)⁴³.

⁴⁰ La bibliografia è copiosa. Senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia, tra gli altri, a Spangher, *La pratica del processo penale*, Vol. II, *Indagini preliminari e udienza preliminare. Il procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica*, Padova, 2012, 101 ss. Poi, Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. III, Torino, 2009, 315 ss.; Gaeta, sub art. 360 c.p.p., Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, II, Milano, 2010, 4346 ss.; Giunchedi, *Accertamenti tecnici*, Dig. pen., V Agg., Torino, 2010, 1 ss.; Id., *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009; L. Grilli, *Le indagini preliminari della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, cit., 206 ss.; Manzione, *L'attività del pubblico ministero*, Aimonetto (coord. da), *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, Chiavario-Marzaduri (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 1999, 266 ss.; Puleio, *Brevi note in tema di accertamenti tecnici non ripetibili del pubblico ministero*, *Giust. pen.*, 2003, 604 ss.; Recchione, sub art. 360 c.p.p., Canzio-Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale*, Milano, 2012, 3236 ss.

⁴¹ Critico in merito Kostoris, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, 149 poiché si affida all'ausiliario dell'accusa un'attività di formazione della prova.

⁴² Lo esalta Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, cit., 315 s. evidenziando (nt. 65) che, per il resto, è «un pieno diritto della difesa a che gli accertamenti non ripetibili vengano svolti ad opera di un perito (nominato dal giudice e gravato dall'obbligo penalmente sanzionato di verità), nell'incidente probatorio o nel dibattimento, e dunque con la garanzia del contraddittorio, in condizioni di parità con l'accusa».

⁴³ In proposito, Conti-Macchia, *Indagini preliminari*, cit., 7 che, partendo da tale assunto, è dell'idea che «gli accertamenti veramente non ripetibili appaiono essere quelli di cui fa menzione l'art. 117 disp. att. c.p.p.; mentre quelli di cui tratta l'art. 360 del codice appaiono doversi qualificare più rettamente come *non rinviabili*, come non rinviabili sono gli atti descritti dall'art. 392, cui per l'appunto l'art. 360, nella materia *latu sensu* peritale, fa da *pendant*».

Fatte queste embrionali considerazioni circa le regole poste a fondamento della *subjecta materia*, occorre puntualizzare sulle caratteristiche essenziali di questo congegno investigativo. Esse si sviluppano lungo una duplice direzione: *in primis*, l'essenza stessa dell'attività consistente nello studio ed elaborazione valutativa, su base tecnica, degli elementi raccolti, che si nutre di leggi scientifiche e massime di esperienza; poi, la «non ripetibilità» dalla quale, oltretutto, deriva il ricorso all'impianto normativo di specie.

È proprio su questo ultimo requisito che bisogna puntare il faro per le ricadute che può avere nella lettura, in un senso o nell'altro, della decisione in commento. Come talvolta accade, ci trova al cospetto di una scatola vuota da riempire: pur essendo il cuore pulsante dell'istituto, non ha contorni ben definiti e si presta a soluzioni ermeneutiche discordi⁴⁴.

Ci hanno pensato gli interpreti a colmare la lacuna anche se risulta impossibile coprire tutte le situazioni prospettabili⁴⁵; le idee si spalmano dalla «non rinviabilità» o «non utile rinviabilità»⁴⁶, passando per «l'indifferibilità» e la «non rinnovabilità»⁴⁷, per

⁴⁴ Manzione, *L'attività del pubblico ministero*, cit., 267. A buon diritto, Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Milano, 1999, 1 parla di essa come una delle nozioni «tra le più evanescenti dell'attuale impianto codicistico».

⁴⁵ Lo riferisce, riportando *in nuce* il pensiero della dottrina, Spangher, *La pratica del processo penale*, cit., 106. Per un ventaglio di opinioni sull'argomento v. anche Gaeta, sub art. 360 c.p.p., cit., 4349 ss.

⁴⁶ Bassi, *Alcune riflessioni in materia di atti irripetibili alla luce della novella n. 356/92*, *Cass. pen.*, 1994, 2112 s. (non rinviabili sono quegli atti «la cui assunzione risulta obiettivamente urgente ed indifferibile, stante il concreto rischio di modificazione inevitabile della situazione di fatto oggetto della prova o di sopravvenienza di condizioni che possono incidere sulla acquisizione o sulla genuinità dell'esame dibattimentale del soggetto fonte di prova. In questi casi l'irripetibilità dell'atto è, almeno in astratto assoluta, per il presumibile sopravvenire di cause oggettive o soggettive suscettibili di pregiudicare irrimediabilmente l'acquisizione o la genuinità dell'atto utilizzabile come prova ai fini del giudizio»). Inoltre, D'Andria, *Un tentativo di definizione degli atti non ripetibili*, *Cass. pen.*, 1992, 1350 ss.; l'A. cerca, muovendosi tra tutte le previsioni codicistiche che lambiscono il concetto in disamina, di fissare alcuni «paletti» e, dopo aver accostato la «irripetibilità», appunto, alla «non rinviabilità», chiude in questo modo (mettendo in luce un'altra sfaccettatura): «irripetibile, quindi, deve essere considerato ogni atto essenzialmente ricognitivo di situazioni obiettive sottoposte ad immediati processi di modificazione e non più riproponibili nello stesso contesto e con le stesse caratteristiche e modalità».

⁴⁷ Intreccia questi due termini, Manzione, *L'attività del pubblico ministero*, cit., 268: vi sono «due concetti di irripetibilità, l'uno coincidente con l'indifferibilità, l'altro con la non rinnovabilità dell'atto (...), sebbene a rigore in quest'ultimo caso non è il risultato dell'atto a venire in gioco quanto, piuttosto, la sua stessa esistenza (...). In definitiva, peraltro, entrambe le categorie sopra individuate hanno un comune denominatore nella non procastinabilità dell'atto, o, se si preferisce, nella sua non rinviabilità al dibattimento (...).».

approdare «all'impossibilità di ripetibilità in condizioni omogenee»⁴⁸. Occorre, però, spiegare ulteriormente.

Per un certo indirizzo, esiste una coincidenza tra l'"irripetibilità" e la "non rinviabilità": da una esegesi congiunta degli artt. 360, commi 1 e 4, c.p.p. e 117 disp. att. c.p.p. si apprende che vi sono tipologie differenziate di accertamenti tecnici non ripetibili e, per conseguenza, varie condizioni di ammissibilità. Innanzitutto, visto che l'istituto di cui all'art. 360 c.p.p. si pone come alternativo alla perizia disposta in incidente probatorio⁴⁹, vuol significare che i requisiti per compiere i due atti si equivalgono. Se ne dovrebbe concludere che anche l'accertamento tecnico di cui all'art. 360, comma 1, c.p.p. risulta esperibile se la modificabilità della *res* rende l'atto non rinviabile al dibattimento⁵⁰. Poi, invece, ci sono le eventualità nelle quali gli adempimenti tecnici devono essere svolti pur a fronte di una riserva, dell'indagato, di innescare l'incidente probatorio, perché, se dilazionati, non potrebbero più essere fruttuosamente eseguiti. Qui, in altre parole, si profila un concetto più ristretto di "non rinviabilità", non più rapportabile al dibattimento, ma, visibilmente, al dispositivo *ex art.* 392 ss. c.p.p., i cui tempi di attivazione appaiono poco compatibili con lo specifico contesto di urgenza. In definitiva, «entrambe le [evenienze] considerate riguardano situazioni di non rinviabilità dell'atto, determinata da [un cambiamento] di ciò che è oggetto [dell'analisi]. Si può definirle come (...) di "non differibilità", o, anche di "non ripetibilità per cause estrinseche"»⁵¹.

⁴⁸ Spinge sul non poter riprodurre situazioni di cui l'atto costituisce ricognizione nel medesimo contesto e con identiche caratteristiche, Piziali, *Spunti critici in tema di atti «irripetibili»*, Cass. pen., 1994, 2146 ss. In giurisprudenza, Cass. sez. I, 24 luglio 1993, n. 7263, Cass. pen., 1994, 2143 ss. («ai fini della qualificazione di un atto come "irripetibile" occorre aver riguardo alla natura e alle caratteristiche peculiari dell'atto stesso, e non alla sua documentazione, che ne costituisce un momento logicamente e cronologicamente distinto. Ne deriva che rientrano nel novero degli atti irripetibili quelli mediante i quali la p.g. prende diretta cognizione (...), di fatti, situazioni o comportamenti umani dotati di una qualsivoglia rilevanza penale e suscettibili, per loro natura, di subire modificazioni o, addirittura, di scomparire in tempi più o meno brevi, sì da risultare suscettibili di essere, in seguito, soltanto riferiti e descritti. (...)»).

⁴⁹ ...: non si fa luogo al primo in presenza di una riserva di promuovere la seconda.

⁵⁰ Kostoris, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., 153 ss. Altresi, Scalfati, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, cit., 139.

⁵¹ Ancora, Kostoris, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., 155 per cui, in realtà, «il problema più delicato riguarda naturalmente l'individuazione della situazione verificatasi in concreto e la prognosi di non ripetibilità consentita dalle circostanze. Ove si rifletta che una valutazione del genere dovrà essere effettuata *ex post* dal giudice, se ne intuiscono tutte le difficoltà». Si attesta su analoghe posizioni, Lo Vecchio, *L'accertamento tecnico irripetibile ex art. 360 c.p.p.: note minime su schemi normativi e utilizzazione di-*

Altri si collocano in un gradino attiguo virando, nondimeno, su di una sfumatura ben determinata: gli accertamenti pensati dall'art. 360 c.p.p. sono (si) essenzialmente non rinviabili, ma da concepire nel senso che il loro sollecito svolgimento patrocina «la genuinità del contributo conoscitivo che la prova apporterà al giudizio»⁵². Essi quasi mai oltrepassano la barriera della "irripetibilità" in senso stretto, intesa quale pericolo di totale compromissione, dunque, di esistenza stessa del mezzo istruttorio. Ebbene, in queste evenienze, «si sovrappongono i concetti di non ripetibilità e non rinviabilità, con una espressa preferenza per il primo, trattandosi dell'unico in grado di legittimare la conservazione dell'atto a fini [dimostrativi]»⁵³. Quindi, non sempre la indifferibilità sottende un atto davvero irripetibile; tuttavia, poiché il «recupero» del materiale di indagine in dibattimento è giustificato solo dal principio della «imprevedibilità delle cause», «è apparso [opportuno] ritoccare la qualifica dell'urgenza in quella di irripetibilità»⁵⁴.

Più "duttile" il parere di chi opina che – nonostante la norma crei una commistione tra esse – non esiste una consonanza perfetta tra le nozioni di "non rinviabilità" e "irripetibilità"; di contro, denotano una "indifferibilità" eterogenea in veste quantitativa: il legislatore ha inteso collegare l'irripetibilità ad una possibile trasformazione, nel tempo, dello stato di una cosa tale da rendere impossibile una eventuale ripetizione del suo esame. Allora, nella sua orbita ricadono non solo gli atti urgenti non rinviabili nel tempo (per la stessa natura dell'oggetto verso cui sono diretti, soggetto a mutamenti), ma anche

battimentale di una specie di consulenza pre-processuale del magistrato requirente, Cass. pen., 1995, 332: l'irripetibilità cui allude l'art. 360 c.p.p. coincide con la non rinviabilità, specificando che «si individuano (...) casi di non rinviabilità dell'atto, decretati da una modificabilità, che è *in rerum natura*, di ciò che è oggetto dell'accertamento. La non rinviabilità è proiettata dal codificatore ora verso il dibattimento (art. 360 comma 1), ora, invece, è riferita all'incidente probatorio nell'ipotesi di veto posto dall'indagato con la riserva *ex art.* 360 comma 4». Per un accavallamento dei due concetti, pure Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, Ubertis (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, 114. Anche Recchione, *sub art. 360 c.p.p.*, cit., 3238 s. discorre di una "irripetibilità" inanellata sia a caratteristiche intrinseche dell'oggetto da esaminare sia all'impellenza di effettuare l'accertamento prima che si modificano le condizioni ambientali tali da impedire di acquisire tempestivamente tutti i dati di contesto utili all'acquisizione della prova.

⁵² Cesari, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, cit., soprattutto, 39 e 42.

⁵³ Belluta, *Irripetibilità congenita degli atti d'indagine e poteri istruttori del giudice dibattimentale: dalle Sezioni Unite un intervento (non proprio) chiarificatore*, Cass. pen., 2008, 1083.

⁵⁴ Belluta, *Irripetibilità congenita degli atti d'indagine e poteri istruttori del giudice dibattimentale: dalle Sezioni Unite un intervento (non proprio) chiarificatore*, cit., 1083.

L'ESALTAZIONE DI UN'IMPRONTA DIGITALE NON CONFIGURA UN'IPOTESI DI ACCERTAMENTO

quelli, sia pure non incombenti e fundamentalmente procrastinabili, che, se svolti, in un certo contesto spaziale e temporale, non sono più riproponibili con le stesse caratteristiche e modalità⁵⁵.

Non manca taluno che, in modo categorico, proietta la dicitura impiegata dall'art. 360 c.p.p. sulla fase dibattimentale: vanno considerati "irripetibili" «quegli atti che [li] non potranno essere [utilmente] esperiti»⁵⁶.

In tempi più recenti, cercando di arrivare al nocciolo del problema, si è teorizzato – ed a ragione – che la dicitura "irripetibile" si innesta su quella di "urgenza" dell'accertamento, tant'è che, a fronte di una riserva di incidente probatorio, l'organo d'accusa può compiere soltanto quelle operazioni che appaiono indifferibili⁵⁷. In sostanza, l'oggetto degli accertamenti tecnici irripetibili è foriero di cambiamenti di tale rapidità che non si può attendere di instaurare una dialettica piena con la perizia. Calzante l'orientamento per cui, onde stabilire l'irripetibilità di una attività, bisogna ragionare in termini pragmatici, verificando se un certo esame possa o meno essere rinnovato, in seguito, validamente⁵⁸: se non può essere utilmente compiuto in un momento successivo a quello in cui il magistrato l'ha disposto, autorizza l'organo inquirente a congelare una prova che finirà dritta nella cartella dibattimentale⁵⁹. Se ne desume che nella categoria degli accertamenti ex art. 360 c.p.p. è possibile tracciare una demarcazione: vi sono, innanzitutto, quelli "indifferibili"; sono atti di particolare impellenza riguardo ai quali l'occorren-

za di conservare il dato prevale sulla garanzia del contraddittorio⁶⁰. Poi, esistono gli altri, posticipabili, che sono, comunque, indilazionabili, ma la cui attuazione potrebbe essere procrastinata nella misura temporale indispensabile ad accordare l'incidente probatorio⁶¹.

Nella prassi, sporadiche sono le decisioni che si sono incuneate negli interstizi della locuzione "irripetibilità" ritagliata dall'art. 360 c.p.p.⁶². Si preferisce, ad ogni buon conto, una visione empirico-utilitaristica in ordine alla rinnovazione dell'atto: se al requisito vuole accordarsi una connotazione pragmatica e realistica, non bisogna guardare alla probabilità che i reperti vadano cancellati nel tempo ma alla circostanza che l'analisi possa essere rinnovata ad analoghe condizioni e con uguali risultati produttivi⁶³. Un criterio, quello appena esposto, su cui si mette l'accento anche in ottica di funzionalità probatoria, atteso che la irripetibilità viene ricollegata agli accertamenti il cui oggetto si espone a cambiamenti tali che, in breve, perdono ogni validità istruttoria in relazione alle indagini e al futuro giudizio⁶⁴. Il pensiero riaffiora anche più tardi, evidenziandosi che la nozione che si sta sviscerando contempla un sindacato realistico rapportato ai fatti, non soggetta a predeterminazioni astratte, se non, ad esempio, per beni notoriamente deperibili in tempi serrati⁶⁵. Un'altra stoccata è contenuta in una delle pietre miliari delle Sezioni Unite le quali, chiamate a decidere sulla natura della relazione di servizio, fanno puntualizzazioni non scevre di conseguenze sull'art. 360 c.p.p.: la "non ripetibilità" deriva dalla perdita di informazioni derivante dal mutamento dello stato dei luoghi, persone o cose che non permetterebbe, all'occorrenza, la replica dell'atto⁶⁶.

⁵⁵ Monastero, *I criteri di formazione del fascicolo per il dibattimento*, Arch. n. proc. pen., 1994, 753 s.

⁵⁶ Tonini, *Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio*, de Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 76. L'A. precisa che occorre discernere tra due specie di "irripetibilità". La prima si riallaccia all'urgenza e deriva dal «naturale deperimento ad opera di agenti naturali o comunque estranei al procedimento penale». In tal caso, le attività «se non sono ripetibili in dibattimento a causa del fisiologico decorso del tempo, sono tuttavia [proficuamente] esperibili più di una volta ad opera di soggetti diversi». L'altra medaglia dell'irripetibilità è, invece, «assoluta in quanto consegue all'esperienza dell'atto stesso, sicché esso non può più essere [vantaggiosamente] compiuto». Dello stesso A. si legga *Considerazioni su diritto di difesa e prova scientifica*, Arch. pen., 2011, 3, 1 ss. ove è contenuta una lucida disamina del concetto di irripetibilità riguardata anche prima e dopo la riforma dell'art. 111 Cost.

⁵⁷ Al riguardo, Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, cit., 320. L'A. aggiunge che «in chiave semantica, l'aggettivo irripetibile qualifica ciò che non può essere ripetuto e che dunque si può compiere una tantum», ma «la definizione si attaglia perfettamente» solo «all'ipotesi [declinata] dall'art. 117 disp. att. c.p.p., in cui è l'accertamento che produce modifiche tali da estinguere il proprio oggetto».

⁵⁸ Belluta, *Irripetibilità congenita degli atti di indagine e poteri istruttori del giudice dibattimentale: dalle Sezioni Unite un intervento (non proprio) chiarificatore*, cit., 1084.

⁵⁹ Sempre Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, cit., 321.

⁶⁰ In questo caso, se la difesa potesse arrestare il compimento dell'atto, il pubblico ministero si troverebbe con le mani legate quanto alla acquisizione della prova non ripetibile. V. Tonini, *La prova scientifica: considerazioni introduttive*, Tonini (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Dir. pen. proc., 2008, Dossier n. 6, 11.

⁶¹ Qui spetta alla difesa decidere se avvalersi della perizia in contraddittorio. Cfr. Cass., sez. IV, 22 novembre 2006, n. 38460, *Guida dir.*, 2006, 49, 79.

⁶² Una rassegna la si può trovare, da ultimo, in Recchione, *sub art. 360 c.p.p.*, cit., 3239 s.

⁶³ Cfr. Cass., sez. I, 14 aprile 1993, Lo Giudice, citata da Guariniello, *Il processo penale nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Torino, 1990, 69.

⁶⁴ Cass., sez. VI, 26 marzo 1993, n. 2999, *Cass. pen.*, 1994, 1880. Parallelamente, si è detto che il concetto di irripetibilità deve ritenersi coincidente con quello di "impossibilità" materiale e ontologica di rinnovare nel giudizio il medesimo atto compiuto nella fase delle indagini preliminari (Cass., sez. I, 23 ottobre 2002, n. 37286, *CED Cass.*, 222537).

⁶⁵ V. Cass., sez. IV, 19 febbraio 2004, n. 7202, *CED Cass.*, 227341.

⁶⁶ Cass., sez. un., 18 dicembre 2006, n. 41281, *Cass. pen.*, 2008,

Compendiati in estrema sintesi gli snodi significativi d'interesse, si può, a conclusione, esporre, in maniera più o meno netta, lo spartiacque che esiste tra l'attività segnalata dall'art. 354, comma 2, c.p.p. e quella contemplata dall'art. 360 c.p.p.: la prima è di tipo ricettivo e consiste nella mera constatazione e/o raccolta di dati materiali pertinenti il reato ed alla sua prova (ancorché, spesso, esiga un certo grado, più o meno elevato di capacità tecnica); la seconda, viceversa, è uno studio (necessariamente soggettivo) critico-valutativo degli stessi⁶⁷, vale a dire una elaborazione «che richiede particolari caratteristiche legate alla comprovata e titolata conoscenza di una materia»⁶⁸. Per qualcuno «spesso in ordine all'inferenzialità del dato [settoriale] nel rapporto causale tra fatto ed evento»⁶⁹. Penetrante la considerazione secondo la quale «qualora l'accertamento non sia volto a stabilire lo svolgimento di un fatto, mediante la sua riproduzione fenomenica, né diretto a richiedere il parere di un esperto, per l'individuazione del fulcro eziologico del fatto secondo la cognizione tecnica di scienze ed arti, ma tenda semplicemente ad ottenere la descrizione oggettiva e statica di una determinata cosa, tale attività non costituisce esperimento giudiziale né perizia né accertamento tecnico non ripetibile, per cui non comporta la necessità dell'intervento della difesa, ma consiste in un accertamento sulle cose e sui luoghi,

cioè un'osservazione immediata e diretta che può essere compiuta anche dalla polizia giudiziaria»⁷⁰. Cosicché, le operazioni consistenti in semplici rilievi, pur se urgenti ed irripetibili⁷¹, possono essere svolte dal pubblico ministero e, nella maggior parte dei casi, dal soggetto di cui all'art. 55 c.p.p., sfruttando propri consulenti e/o ausiliari senza che venga avviato il preventivo contraddittorio con la difesa⁷².

Calata dentro questo scenario policromo, la decisione che si annota sembra avere una tenuta logica ineccepibile, anche perché basata su un impianto (quasi) cartesiano. Non dura fatica sostenere, in accordo con la strada da essa imboccata, come la rilevazione delle impronte digitali, nel momento esecutivo, pur coinvolgendo personale di alta specializzazione, non travalica la soglia della pura attività descrittiva e/o riproduttiva⁷³: si esalta, reperta il tratto lasciato sul luogo del commesso reato, lo si fissa su adeguati supporti per la conservazione. E basta. Altro, semmai, è vedere se l'icasticità che innerva, nella sostanza, pezzo per pezzo, le pieghe dell'apparato motivazionale, mostri qualche debolezza quando, scavando tra le etichette terminologiche, si ponga mente a condizioni esogene che provengono dalla realtà del rilevamento⁷⁴: se la *manus iniectio* degli operatori finisce per "deperire" la traccia errando nel *modus agendi*.

Allo stesso modo, *d'emblée* ha una buona patenza di legittimità l'asserto per cui il confronto integra

1078 (in massima). Per un commento sulla pronuncia, fra gli altri, Belluta, *Irripetibilità congenita degli atti d'indagine e poteri istruttori del giudice dibattimentale: dalle Sezioni Unite un intervento (non proprio) chiarificatore*, cit., 1079 ss.; Cerqua, *Le Sezioni Unite fissano i criteri per stabilire quando gli atti investigativi non sono ripetibili*, *Dir. pen. proc.*, 2007, 1482 ss.; Nigro, *Atti irripetibili e poteri probatori del giudice*, *Dir. pen. proc.*, 2007, 1169 ss.

⁶⁷ V. Scalfati, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, cit., 129. Inoltre, tra i molti, Bonzano, *Attività del pubblico ministero*, cit., 319 s.; D'Ambrosio-Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, cit., 253; Kostoris, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., 141; Scella, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, cit., 278; Sottani, *Rilievi e accertamenti sulla scena del crimine*, cit., 2; Spangher, *La pratica del processo penale*, cit., 102 s.

⁶⁸ Giunchedi, *Accertamenti tecnici*, cit., 2. Inoltre, Carini, *Accertamenti tecnici*, cit., 19. In giurisprudenza, Cass., sez. I, 10 ottobre 1994, n. 10893, *CED Cass.*, 200176: «il concetto di accertamento non comprende la constatazione o la raccolta dei dati materiali pertinenti al reato o alla sua prova, i quali si esauriscono nei semplici rilievi, ma riguarda piuttosto lo studio e la elaborazione critica dei medesimi». Sottolineano quest'ultimo aspetto, dopo aver aderito al menzionato distinguo, Spangher, *La pratica del processo penale*, cit., 78 e Sottani, *Rilievi e accertamenti sulla scena del crimine*, cit., 2. Già parecchi anni addietro, Cass., sez. I, 14 marzo 1990, n. 301, *CED Cass.*, 183648. *Adde* Cass., sez. I, ord. 10 marzo 1979, n. 124, *CED Cass.*, 141340 («quando i rilievi e le ispezioni della polizia giudiziaria si esauriscono in una mera osservazione e descrizione, senza alcuna valutazione critica o necessità di accertamento tecnico, l'ufficiale di PG non è tenuto a ricevere la nomina del difensore e a provocare il suo intervento») e Cass., sez. IV, 7 ottobre 1974, n. 6636, *CED Cass.*, 128106.

⁶⁹ Giunchedi, *Accertamenti tecnici*, cit., 2.

⁷⁰ Alla lettera, Sottani, *Rilievi e accertamenti sulla scena del crimine*, cit., 3 nel richiamare Cass., sez. VI, 19 gennaio 1996, n. 2109, *CED Cass.*, 204149; Cass., sez. IV, 14 aprile 2004, n. 24078, *CED Cass.*, 228590.

⁷¹ Cass., sez. I, 10 ottobre 1994, n. 10893, cit. ha chiarito che l'irripetibilità dei rilievi (cioè a dire dei dati da sottoporre ad esame) non implica necessariamente quella dell'accertamento, quando l'esito di una prima indagine non appaia, ad avviso del giudice che procede, del tutto convincente e sia ancora tecnicamente possibile sottoporre quei reperti alle operazioni per il conseguimento di risultati attendibili, in vista dello scopo proprio del processo che è quello di pervenire con ragionevole approssimazione alla verità.

⁷² Un prospetto circa le distinzioni che intercorrono tra "rilievi" e "accertamenti" e, nella cerchia di questi ultimi, tra quelli "urgenti" e quelli "irripetibili", è stilato, da ultimo, ad opera di Curtotti, *Rilievi ed accertamenti*, *Digesto del processo penale on-line*, §§ 2 e 3, Scalfati (diretto da) Torino, 2013.

⁷³ Quanto alla rinnovazione dell'atto sembrerebbe esista una "rottura" tra una tesi positiva (parrebbe avanzata da Cass., sez. V, 29 novembre 2004, n. 46176, cit.) e un'altra che - lo si desume - la nega apertamente: Cass., sez. II, 23 gennaio 2009, n. 17423, *CED Cass.*, 244344 per la quale «i verbali delle operazioni di polizia giudiziaria volte al prelievo sul luogo del fatto di impronte digitali, in quanto relativi ad atti irripetibili, sono acquisiti al fascicolo per il dibattimento senza che possa rilevare in senso contrario l'assenza del previo avviso al difensore dell'indagato, che ha solo diritto di assistere agli accertamenti irripetibili».

⁷⁴ Per questo, v., *infra*, § "LE IMPRONTE: RILEVAZIONE, CONFRONTO E VALENZA PROBATORIA".

L'ESALTAZIONE DI UN'IMPRONTA DIGITALE NON CONFIGURA UN'IPOTESI DI ACCERTAMENTO

un atto, di per sé, (sempre) reiterabile⁷⁵: ci si accosti all'uno o all'altro dei convincimenti sulla "irripetibilità" sopra riportati⁷⁶. L'essenza tangibile della decisione consiste in una fine applicazione del principio teorico: non c'è una *mutatio* dell'oggetto su cui l'operazione va a cadere o un suo venir meno, implicando (solo) un'osservazione, misurazione e un'associazione di impronte; inoltre, una volta avvenuta, essa – che non allestisce alcun trattamento preparatorio – può essere sempre rinnovata con autonomi *test* e con esiti simili; non c'è pregiudizio per l'attendibilità dei risultati in quanto la *res* sopravvive al compimento dell'atto senza che alcun processo della realtà fenomenica la scalfisca o contami. Infine, difficile profilare il caso di assoluta urgenza in quanto può essere compiuta anche ad un certo intervallo di tempo dal rilievo. Salvo arguire che l'impronta, per qualche accidente, non si conservi idoneamente. Il problema, invece, sta nel capire se questa visione rigorosamente formalistica si presti a cedimenti e debba essere superata laddove si consideri che le risultanze dell'indagine sono messe a profitto nell'intero edificio del processo, anche per legittimare restrizioni di valori individuali⁷⁷.

LE IMPRONTE: RILEVAZIONE, CONFRONTO E VALENZA PROBATORIA

Lo studio delle impronte digitali (se del caso, palmari⁷⁸ e/o plantari) lasciate nella scena del crimine o sull'oggetto impiegato per commetterlo è entrato, a pieno titolo, e prepotentemente, nella ricostruzione dell'evento delittuoso e l'identificazione del suo autore; in effetti, la catalogazione di questo tipo di reperti – in origine, assioma cardine del riconoscimento personale – fornisce un valido meccanismo, oltre che in chiave preventiva (e am-

ministrativa), anche repressiva⁷⁹. Peraltro, il loro impiego fornisce un apporto consistente quanto agli *alias* dei recidivi e nel tessere i legami tra fattispecie, in apparenza, disgiunte. Senza tralasciare che si tratta di un dato il quale, grazie ai moderni sistemi informativi di ricerca dei tratti papillari, travalica i confini nazionali. Bene è stato scritto: «alla luce dei rapidi sviluppi della tecnologia e della definizione di idonei *standard* [scientifici] le impronte digitali costituiscono un parametro biometrico "portatile", agevolmente interscambiabile anche in formato elettronico, che concorre a innalzare l'efficacia delle attività investigative a livello internazionale e a favorire il contrasto alle organizzazioni criminali e all'immigrazione clandestina»⁸⁰. Non stupisce, allora, che molti Stati, dopo la formazione dei primi archivi segnetici, abbiano approntato specifiche banche dati⁸¹.

Proprio perché nelle inchieste, attualmente, è centrale la valorizzazione di simili prove scientifiche ed esponenziale la loro area di incidenza, sembra doverosa qualche fugace considerazione sulle operazioni di rilevamento e comparazione e, prima di tutto, sul valore istruttorio da assegnare a detta indagine; cosa, questa, di spessore in un sistema che non è ancora giunto ad una tipizzazione di tali elementi istruttori né alla previsione di quegli istituti di supporto per la piena ed efficace utilizzazione degli stessi in ambito procedimentale. Profili che, si anticipava, non si rintracciano nelle paratie della sentenza in disamina.

Non è questa la sede per insistere sul concetto di dattiloscopia o sulla evoluzione storico-scientifica di questo ramo della criminalistica che si occupa delle creste cutanee papillari (principalmente, dei polpastrelli delle dita)⁸²; neanche ci si può sofferma-

⁷⁵ Incisivi, Cass. sez. V, 29 novembre 2004, n. 46176, cit. e Valli, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, cit., 258 («la conseguenza immediata di tale affermazione è che per eseguire i confronti (...) non è necessario in altri termini informare l'indagato ed il suo difensore prima del compimento delle operazioni, che potranno essere quindi compiute tranquillamente dal pubblico ministero mantenendo il segreto su di esse»).

⁷⁶ Scultorea Ichino (*L'attività di polizia giudiziaria*, cit., 183): «può considerarsi irripetibile il rilievo dattiloscopico (non invece l'analisi su quanto rilevato)».

⁷⁷ Anche per tale aspetto, *infra*, § "LE IMPRONTE: RILEVAZIONE, CONFRONTO E VALENZA PROBATORIA".

⁷⁸ Cfr. Cass., sez. I, 20 maggio 1982, n. 7434, *CED Cass.*, 154795 secondo cui nel campo della ricerca dattiloscopica non c'è alcuna distinzione tra impronte digitali e quelle papillari lasciate da altra parte della mano: anche le tracce palmari, al pari di quelle digitali, sono dotate di una propria individualità, sono immutabili nel tempo e permettono raffronti di identità assolutamente significativi. Detti rilievi dattiloscopici hanno pertanto piena validità probatoria.

⁷⁹ Regalano un copioso lavoro sui progressi dei canoni di identificazione, i criteri quantitativi per essa richiesti, sulle formule delle banche dati ed il valore della prova scientifica, conducendolo, peraltro, in tono comparatistico, Spinella-Solla, *L'identificazione personale nell'investigazione scientifica: DNA e impronte*, *Cass. pen.*, 2009, 428 ss.

⁸⁰ Cimino-Rinaldi-Giuliano, *Impronte digitali*, §§ 19.1-19.9, Picozzi-Intini (a cura di), *Scienze forensi. Teoria e prassi dell'investigazione scientifica*, Torino, 2009, 309.

⁸¹ Si sofferma sul carattere penetrante delle informazioni derivanti dalle impronte digitali e sulle implicazioni che il loro prelievo e conservazione hanno con la sfera di tutela della vita privata, Quattrococo (a cura di), *Profili genetici, indagini penali e riservatezza: un monito della Corte europea ai legislatori*, *Legislazione pen.*, 2008, 471 ss. (commentando Corte e.d.u., 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*). Sentito è il rapporto tra impronte digitali e salvaguardia dei diritti inviolabili anche in R. Conti, *Impronte digitali e diritti umani. In ricordo di Rosario Livatino, Politica del diritto*, 2008, 4, 555 ss.

⁸² Di somma, l'identificazione delle persone, attraverso il confronto delle impronte lasciate dalle creste papillari presenti sulle palme delle mani e sulle piante dei piedi, si basa sull'osser-

re circa le variabili della prova dattiloscopica, sulla classificazione delle figure di impronte ed ipotetiche morfologie, ovvero in ordine alla virtuale (e in che percentuale) mutabilità dei disegni papillari⁸³.

Vale la pena, semmai, accennare al fatto che, secondo una concezione diffusa, per stabilire un'identità dattiloscopica certa è imprescindibile e bastevole una condizione: la c.d. differenza che si ricava dai "punti caratteristici" dei segni peculiari dell'impronta (*rectius*: dal numero di minuzie e dalla simmetria per forma e posizione)⁸⁴. Tuttavia, mancando una previsione di specie che stigmatizzi la "coincidenza giudiziaria" delle tracce repertate sul luogo dove si è consumato un reato, spetta agli interpreti fissare le coordinate entro le quali muoversi (regole, parametri, punti di affinità); il che essenzialmente in ordine alla valenza probatoria da ricollegare al rilievo dattiloscopico.

Il tema ha interessato più volte la Corte di cassazione. Ma la *querelle* è sempre aperta; del resto, il giudizio di utilizzabilità corre lungo un sottile crinale su cui insistono molti fattori come l'ampiezza del frammento conseguito, la rassomiglianza e la presenza di un certo numero di dettagli identificativi, le irregolarità dovute a cause esterne. Bisogna, allora, procedere passo passo.

Parecchi lustri fa, ci si mostrò inflessibili quanto all'efficacia gnoseologica: si sostenne, con fermezza, che le risultanze delle investigazioni dattiloscopiche avessero potuto collocarsi a fondamento della responsabilità, quando, in assenza di qualsiasi errore nell'esaltazione, fossero risultate corrispondenti a quei presupposti che, riscontrati scientificamente, avessero garantito un cospicuo livello di attendibilità; la qual cosa sarebbe stata consentita in ragione dell'obbligo, per il giudice, di scandagliare, di volta in volta, le indagini compiute, onde decretare se, nell'ambito di queste, fossero intervenute pecche tecniche e, dunque, difetti nelle esecuzioni tali da poter inficiare gli esiti del procedimento dattiloscopico⁸⁵.

vazione che le linee e i disegni formati dalle creste sono uniche e immodificabili e inalterabili.

⁸³ Ci si riporta a Cimino-Rinaldi-Giuliano, *Impronte digitali*, §§ 19.1-19.9, cit., 309 ss.; Scarcella, *Condizioni dell'efficacia probatoria dell'indagine dattiloscopica*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 68 ss.; inoltre, al sempre attuale *Impronte digitali: legge e tecnica* di Pirone, edito in *Giust. pen.*, 1976, 155 ss.

⁸⁴ In proposito, anche per un quadro completo dell'argomento, il lavoro di Alberti, *Identificazione forense e dattiloscopia*, *Professione-Formazione*, anno 1, n. 3, settembre 2010, reperibile in www.onap-profiling.org/?p=648 il quale scrive, testualmente, «le ragioni di questa scelta dipendono [con probabilità] dal fatto che le impronte palmari, al contrario di quelle digitali, non sono soggette a nessun tipo di classifica generale e quindi, in questo caso, non sarebbe possibile stabilire un'identità dattiloscopica certa a partire da quel dato».

⁸⁵ Tra le tante, Cass., sez. II, ord. 7 aprile 1967, n. 1471, *CED*

Nel prosieguo, il Supremo collegio rafforzava i pilastri del suo orientamento: gli epiloghi delle indagini dattiloscopiche sono affidabili appieno, senza bisogno di elementi sussidiari di conferma, sempre che manifestassero la sussistenza di almeno sedici o diciassette punti caratteristici uguali (per forma e posizione) tra le impronte digitali dell'imputato e quelle rinvenute sul posto del reato⁸⁶.

Più avanti nel tempo, v'è stata un'ampia casistica in materia. Si è giunti a dichiarare che la valenza istruttoria va riconosciuta (non ricorrendo fattori di sostegno) anche quando le indagini dattiloscopiche «riflettano una sola impronta» purché evidenzino l'esistenza di almeno sedici punti distintivi identici per conformazione e collocazione⁸⁷.

Si è pervenuti, da ultimo, al più recente indirizzo giurisprudenziale che, basandosi sul disposto dell'art. 354 c.p.p., avvalorava l'idea per cui la verifica dattiloscopica è provvista di validità probatoria (senza necessità di coefficienti accessori di supporto), purché sussistano almeno sedici (o diciassette) punti (in comune) esclusivi simili, in quanto essa fornisce la certezza che la persona con riguardo alla quale è stata messa in pratica si sia trovata sul luogo in cui è stato commesso il crimine; sicché, a buon diritto, se non si forniscono giustificazioni su tale presenza, viene impiegata dal giudice per emettere il giudizio di colpevolezza⁸⁸. Per meglio intendersi, avviando dalle argomentazioni dei Giudici di legittimità, si agisce ponendo a raffronto due elementi omologhi: il tratto repertato sul posto del reato con altro assunto in precedenza per controllare se esistano somiglianze e correlazioni. Ebbene, se sussiste una equivalenza, per struttura e posizione, tra i punti caratteristici delle diverse impronte papillari, e solo in questa occasione, è possibile ascrivere un'identità dattiloscopica sicura.

Cass., 104401; *Cass.*, sez. II, 16 dicembre 1966, n. 1860/67, *ivi*, 103766; *Cass.*, sez. II, 24 giugno 1966, n. 1131/67, *ivi*, 103298 (che annullò la sentenza del giudice di merito il quale aveva ommesso di valutare, tra l'altro, circostanze relative al tempo e al metodo dei rilevamenti in relazione alle impronte repertate, alla diversità tra rilevatori e acceleratori); *Cass.*, sez. II, ord. 13 ottobre 1965, n. 2122/66, *ivi*, 100258. La visuale trova(va) conforto nella dottrina: v. Ragazzini, *La regola dei 16-17 punti nell'identificazione dattiloscopica*, *Giust. pen.*, 1968, 699; *Id.*, *Rilievi dattiloscopici e prova penale*, *ivi*, 1970, 570.

⁸⁶ Cfr. *Cass.*, sez. II, 23 ottobre 1986, n. 11410, *CED Cass.*, 174046.

⁸⁷ *Cass.*, sez. IV, 2 febbraio 1989, n. 4254, *CED Cass.*, 180856; *Cass.*, sez. II, 5 luglio 1985, n. 10567, *ivi*, 171038.

⁸⁸ *Ex multis*, *Cass.*, sez. V, 26 febbraio 2010, n. 12792, *CED Cass.*, 246901 (per cui tale valore probatorio si ha anche nell'ipotesi in cui dette investigazioni concernano l'impronta di un solo dito); *Cass.*, sez. II, 2 aprile 2008, n. 16356, *ivi*, 239781; *Cass.*, sez. I, 17 aprile 2008, n. 18682, *ivi*, 240192 (nella specie, si trattava di valutare la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza ai fini dell'adozione di misura cautelare personale).

L'ESALTAZIONE DI UN'IMPRONTA DIGITALE NON CONFIGURA UN'IPOTESI DI ACCERTAMENTO

Da poco, in merito alla problematica, sembra essere stato compiuto un passo indietro con un abbassamento della soglia sul piano dell'efficacia istruttoria, quasi ad intavolare un contrasto. La Corte di cassazione reputa, difatti, che «[l'equivalenza] dattiloscopica di più punti (ma in numero inferiore a 16) può assumere maggiore o minore valenza indiziaria a seconda della natura dei punti di corrispondenza (semplici o complessi), ovvero dei contesti di tempo e di luogo in cui la traccia ignota è stata lasciata, in riferimento ai potenziali soggetti cui riferirla»⁸⁹.

Le venature della sentenza sono autentici incavi: «per costante lezione interpretativa» del Supremo consesso e - non meno significativa - per ricorrente consuetudine giudiziaria, non può considerarsi raggiunto il convincimento probatorio della riferibilità dell'impronta di un soggetto ignoto a quella di persona nota sottoposta a comparazione, giacché fondamentale, a tale scopo, è la corrispondenza di almeno 16 punti; nondimeno, «sarebbe del tutto [irrazionale] e distonico con le stesse leggi della fisica e delle scienze non valutare nella sua oggettiva significatività un dato di sicura [consistenza] quale la coincidenza di un numero apprezzabile di [correlazioni] dattiloscopiche, [cifra] che, per comune [sapere], in [altri] ordinamenti [ha] addirittura valore di prova piena». Per questa ragione, dunque, va ritenuto esatto il ragionamento logico-giuridico in base al quale, se la congruenza dei dodici punti significativi tra l'impronta ritrovata sulla scena del crimine e quella dell'imputato non dispone del valore di prova di per sé sufficiente a persuadere che in essa si sia trovato chi quel segno ha lasciato - da ciò traendo, poi, sicurezze quanto alla responsabilità in assenza di adeguate spiegazioni di quel passaggio -, alla circostanza *de qua* va, comunque, conferito il valore di indizio (univoco, preciso e concordante), capacità, a maggior ragione, resistente, in senso probatorio, se inserita in contesti di tempo e di luogo idonei a stabilizzarne il valore.

Partendo da tali considerazioni, si è giunti a confezionare la massima sopra riportata con l'ulteriore delucidazione per la quale una corrispondenza di punti al di sotto del limite standardizzato «può assurgere ad indizio rilevante di colpevolezza, ed

altrettanto legittimamente può giustapporsi», ad esempio, «alla falsità dell'alibi fornito dall'imputato, alla sua personalità, rapportabile, in astratto», a quella del reale agente, «al suo interessamento sulle indagini in corso e sugli accertamenti scientifici eseguiti dagli inquirenti». Ma - da qui lo zoccolo duro della pronuncia - le emergenze dell'indagine dattiloscopica in tanto possono essere assunte dal giudice come prova dell'identificazione della persona cui l'indagine si riferisce, ovvero come robusto indizio, se non vi siano dubbi sulla correttezza dei metodi di rilevazione e di accertamento scientifico.

Insomma, la Suprema corte, nella menzionata decisione, pur incanalandosi lungo la traiettoria di quell'insegnamento giurisprudenziale che riconosce efficacia probatoria alle risultanze dell'indagine dattiloscopica, se ne distacca sotto un aspetto di non poco conto: lascia da parte l'automatismo dimostrativo conseguente alla irrefutabile equivalenza degli ortodossi sedici punti, dichiarando che quest'ultima può assumere maggiore o minore valenza indiziaria a seconda della natura dei punti di corrispondenza (semplici o complessi), ovvero dei contesti di tempo e di luogo in cui la traccia ignota è stata lasciata, in riferimento ai potenziali soggetti cui ricondurla.

Si tratta di una dissertazione, sul piano processuale, di notevole consistenza, in quanto l'organo di legittimità, per la prima volta, pur ammettendo che l'efficacia probatoria possa essere riconosciuta anche in caso di mancato raggiungimento della fatidica quota sedici, recupera la tendenza della giurisprudenza più risalente circa l'esigenza di adottare un maggiore rigore nell'apprezzamento dei risultati dell'indagine dattiloscopica⁹⁰: questi possono essere assunti dal giudice come prova o come indizio dell'identificazione di una persona soltanto se non vi siano dubbi sulla bontà dei metodi di rilevazione delle impronte papillari e di accertamento scientifico⁹¹. Solo, dunque, se costui è irrefutabilmente convinto che essi rispondano a criteri di "correttezza" può attribuire sicura efficacia probatoria alle risultanze dell'indagine dattiloscopica, dovendo giungere, di contro, ad un'assoluzione⁹².

⁸⁹ Cfr. Cass., sez. I, 5 maggio 2011, n. 17424, *Dir. pen. proc.*, 2012, 68 (nell'occasione, la Suprema corte ha ritenuto che fosse stata correttamente attribuita valenza indiziaria al ritrovamento di un'impronta corrispondente per dodici punti a quella dell'imputato). Si sofferma a lungo sulla decisione, scandagliandola in ogni aspetto, Scarcella, *Condizioni dell'efficacia probatoria dell'indagine dattiloscopica*, cit., 68 ss. (specialmente, 73 ss.). La rielabora anche Valli, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, cit., 256 s. con una finestra sui "costumi" degli altri Paesi.

⁹⁰ Cfr., per tutte, Cass., sez. II, 5 maggio 1971, n. 613/72, *CED Cass.*, 119995; Cass., sez. II, 17 febbraio 1969, n. 344, *ivi*, 111180: solamente quando non vi siano dubbi sulla correttezza dei metodi di rilevazione, di esame e di studio seguiti dagli appositi organi, la identificazione dattiloscopica può bastare anche da sola quale elemento di prova indiziaria, secondo il principio del libero convincimento del giudice, a dare certezza della commissione del fatto delittuoso ad opera dell'imputato.

⁹¹ Sulla importanza della correttezza del metodo seguito per la rilevazione, unica garanzia di dati autentici, pure Ramajoli, *Rilievi dattiloscopici: aspetti medico-legali ed efficacia probatoria*, *Cass. pen.*, 1980, 1142.

⁹² Chiosa Scarcella, *Condizioni dell'efficacia probatoria dell'indagine dattiloscopica*, cit., «si tratta, all'evidenza, di un approdo

Ecco il nodo cruciale: l'accuratezza nelle metodiche intraprese da cui discende la dicotomia, non solo formale, sulla robustezza gnoseologica o meno del dato. Non è revocabile in dubbio che il criterio dattiloscopico offra sicure garanzie per la identificazione di una persona, essendo fondato su principi di rigorosa infallibilità scientifica; lo sviluppo e l'evoluzione hanno permesso di indirizzarsi verso tecniche suscettibili di attrezzare dati molto attendibili, in quanto scrupolosamente testate, nell'accertamento dei fatti. Ma, da tale ultima sentenza si percepiscono i gravi rischi connessi al conseguimento delle impronte: se si commettessero inesattezze al momento dell'esecuzione delle attività, giocoforza può determinarsi una modificazione, alterazione o, persino, cancellazione del tratto lasciato. Infatti, stante la ridotta quantità di informazioni sovente presenti nel rilievo, della complessità o della frammentarietà della porzione di impronta, l'incombente presuppone una particolare maestria e professionalità. Sistematiche distorte, messe in atto unilateralmente dalla polizia nel corso delle indagini, potrebbero consegnare al processo elementi viziati nella loro affidabilità, potendo, comunque, sortire un'influenza vorticosamente sulla decisione finale del giudice.

Ora, le investigazioni dattiloscopiche "giudiziarie" si snodano in due momenti: il rilevamento delle tracce e l'interpretazione (o lettura) delle stesse così da pervenire alla identificazione di colui che le ha impresse e di comprendere le persone che, per varie ragioni, erano presenti nel luogo del reato. L'occhio è rivolto o su porzioni di impronte papillari rinvenute oppure tratti esaltati sopra oggetti attinenti al caso.

Per quanto concerne il primo segmento d'indagine è conveniente rimarcare che i metodi si alternano in base alla traccia da repertare, le secrezioni di cui sono costituite (naturali o inquinanti), le superfici sulle quali vengono lasciate: ove l'impronta sia visibile, la tecnica è quella fotografica con adeguata illuminazione («obiettivo per macrofotografia e tripode»); al contrario, se fosse allo stato latente o semivisibile, il rilievo ipotizza una fase di evidenziazione con lo scopo di generare «una differenza cromatica tra l'impronta e il substrato per poterla

osservare e fotografare»⁹³. Le modalità di esaltazione ottiche hanno il pregio di non essere distruttive per l'impronta e, dunque, consentono di applicare anche trattamenti successivi. Vi sono, poi, quelle fisiche, chimiche e miste: l'opzione delle une o delle altre, in questa evenienza, dipende da innumerevoli fattori; si pensi, per esemplificare, al fondo su cui effettuare la ricerca (poroso o meno), dalla sequenza delle tecniche da adottare, dalle sostanze da ricercare (aminoacidi, proteine, grassi, sangue ecc.). Così esistono una molteplicità di polveri (anche magnetiche) per lo sviluppo di impronte latenti (con relativi pennelli di varie fibre) e adesivi dattiloscopici per asportarle, sostanze di differente tipologia come il vapore di iodio, reagenti chimici (vedi la Nidrina, DFO e analoghe strutturali, l'SPR, il SUDAN BLAK, il CIANOACRILICATO, il VDM, lo PHYSICAL DEVELOPER, l'O.R.O.), infine, coloranti che permettono di sviluppare impronte mediante la parte collante di adesivi (è il caso dello *Sticky side powders* e il violetto di genziana) ovvero quelle nel sangue (come il nero amido, l'*Hungarian Red* e l'*Acid Yellow 7*)⁹⁴.

Tutti i metodi accennati sono neutri e veicolano risultanze spendibili; ma, questo assunto, valevole in astratto, si sgretola progressivamente subito dopo⁹⁵. Essi ben si prestano a negligenze degli operatori che, il più delle volte, restano invisibili ai protagonisti del processo essendo un momento ad esclusivo appannaggio degli organi investigativi e privo di regole operative che ne riducono il margine di rischio. Ad esempio, l'efficacia della evidenziazione muta in virtù della composizione chimica dell'impronta, della natura della polvere, del tipo di pennello usato (imperfezione della strumentazione) e dell'esperienza dell'operatore che, se imperito, potrebbe anche blindare procedimenti ulteriori; la fotografia preventiva del tratto deve essere realizzata sempre con l'adozione di opportuni accorgimenti;

⁹³ V. Iuliano-Ripani, *Impronte digitali*, § 19.10, Picozzi-Intini (a cura di), *Scienze forensi. Teoria e prassi dell'investigazione scientifica*, Torino, 2009, 331.

⁹⁴ L'economia della trattazione e le incursioni in un terreno di spettanza degli operatori impongono di fermarsi qui. Si legga, *amplius*, ancora, Iuliano-Ripani, *Impronte digitali*, § 19.10, cit., 330 ss. e Chierico, *Indagini dattiloscopiche*, Valli (a cura di), *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, Milano 2013, 605 ss.

⁹⁵ ... «le attività di cristallizzazione, individuazione, repertamento e conservazione delle tracce non sono mere applicazioni di operazioni meccaniche (pertanto suscettibili, al massimo, di errori di natura strumentale) ma sono forme di sapere scientifico ("sono saperi tecnici impregnati di conoscenza scientifica" che al risultato antepongono una spiegazione e una metodicità) che al pari di tutte le scienze applicate al processo presentano un elevato margine di errore e fallibilità»: Curtotti Nappi, *L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore*, §§ 1,2,5, *Arch. pen.*, 2011, 3, 3.

assolutamente condivisibile, da seguirsi ogniqualvolta il giudice si trovi a dover valutare i risultati di una perizia, essendo obbligo di quest'ultimo, pur quando le conclusioni peritali si fondino su cognizioni di comune dominio degli esperti e su tecniche d'indagine ormai consolidate (come nel caso delle indagini dattiloscopiche), verificare comunque la corretta applicazione delle suddette cognizioni e tecniche, principio, del resto, espresso già in precedenti occasioni in relazione ad attività peritali riguardanti settori diversi da quello dattiloscopico» (es. perizia fonica).

L'ESALTAZIONE DI UN'IMPRONTA DIGITALE NON CONFIGURA UN'IPOTESI DI ACCERTAMENTO

un uso inappropriato delle sostanze chimiche potrebbe danneggiare il reperto, contaminarlo, falsarlo o, persino, eliminarlo⁹⁶. Tanto altro si potrebbe puntualizzare. Per finire, la qualità (e l'elevato grado di attendibilità) dell'elemento acquisito dipende dal metodo impiegato: *simul stabunt, simul cadent*. Se è claudicante, l'elemento di prova è compromesso in maniera irrimediabile (anche nei futuribili controlli). Da qui la sempre maggiore attenzione al rispetto dei protocolli investigativi, modulati secondo rigorose *guide-lines*, la cui violazione, se non integra nullità processuali, non può non incidere sulla decisione nel momento del vaglio del materiale probatorio raccolto⁹⁷.

Di non poco conto, la fase che segue alla rilevazione: quella che permette di condurre l'impronta dal *locus commissi delicti* ai laboratori per ottenere l'esame cognitivo del reperto. Ogni passaggio dovrebbe essere sottoposto a procedure standardizzate che diano avallo della tracciabilità dei dati dalla loro acquisizione all'analisi, dal loro ingresso nelle strutture *ad hoc* sino alle soglie del dibattimento (c.d. catena di custodia). Ma, non sempre questo accade non essendoci paradigmi che stabiliscano minuziosamente passaggi e modalità esecutive⁹⁸.

Se questo è, le conclusioni raggiunte dalla Suprema corte nella decisione che si annota⁹⁹ lasciano perplessi ed invitano a riflettere: troppo facilmente ci si spinge nel senso di considerare la rilevazione delle impronte un accertamento non ripetibile di polizia giudiziaria (art. 354, comma 2, c.p.p.). È ben vero che c'è un'urgenza che non ammette dilazioni (il ritardo rende le tracce rinvenute progressivamente inconsistenti e potrebbe far perdere le fondamenta della trama probatoria)¹⁰⁰, ma lo è altrettanto che, forse,

è proprio in questo frangente che dovrebbero adottarsi le forme dell'accertamento tecnico irripetibile con le connesse garanzie (art. 360 c.p.p.) visto che si cristallizza *ante portas* il valore probatorio dell'atto e lo si incammina verso il dibattimento. Sembra un *prius* ineludibile per evitare dilaganti iniezioni di apporti scientifici dattiloscopici, oltremodo, a basso tasso di legalità. Le questioni sorgono non appena ci si accorge che si debba fare ricorso alla polizia giudiziaria e ad un sapere specialistico nella fase delle indagini e, quindi, distante, non solo funzionalmente, dalle garanzie del contraddittorio che regolano il vivo del giudizio: se il problema è quello della "modificazione", essa si potrebbe concretizzare ora e non in sede di confronto¹⁰¹.

L'importanza che riveste il segmento della esaltazione la si desume, peraltro, anche dalla decisione, di qualche anno addietro, della Cassazione ad avviso della quale «in tema di identificazione dell'imputato, l'affermazione della presunzione di legittimità dell'attività di schedatura – in linea di principio del tutto condivisibile trattandosi di procedura affidata a pubblici ufficiali – non mette al riparo dalla possibilità di errori di persona e/o di abbinamenti di identità diverse: pertanto, su richiesta di parte, il giudice deve disporre gli approfondimenti istruttori atti a dare certezza circa i tempi e i modi del prelievo delle impronte utilizzate per la comparazione»¹⁰².

non postula alcuna valutazione critica dei risultati da parte di chi vi procede, e si esaurisce quindi in semplici operazioni di ordine materiale, assimilabili a quelle segnaletiche, descrittive, fotografiche etc. cui la polizia giudiziaria può liberamente procedere senza essere tenuta alla osservanza delle disposizioni di cui all'art. 304 *bis* cod. proc. pen, sempre che ricorrano i presupposti dell'urgenza e della non dilazionabilità sotto il profilo del pericolo che, per effetto del ritardo, le tracce ricercate possano divenire progressivamente sempre più evanescenti, e diventino inutilizzabili ai fini probatori» (Cass., sez. I, 9 febbraio 1980, n. 1857, CED Cass., 144283).

¹⁰¹ V. Valli, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, cit., 265: «le operazioni di rilievo di impronte dattiloscopiche, se eseguite dopo l'intervento del pubblico ministero, non possono essere più ricondotte nell'alveo degli accertamenti urgenti ex art. 354 c.p.p.; in tal caso, quando esse richiedono il ricorso a metodiche complesse che determinano l'alterazione irreversibile del reperto, può rivelarsi opportuno che – al di là della loro classificazione teorica – siano accompagnate dall'osservanza delle garanzie dettate dall'art. 360 c.p.p. per gli accertamenti tecnici irripetibili. Tali operazioni infatti non comportano il mero accertamento di dati obiettivi, non sono effettuate nell'immediatezza del reato e richiedono senz'altro particolari cognizioni tecnico-scientifiche».

¹⁰² Cfr. Cass., sez. V, 20 luglio 2009, n. 30079, *Dir. pen. proc.*, 2009, 1238 (nell'occasione, l'imputata era stata condannata per il reato di falsa attestazione della propria identità a un pubblico ufficiale; ella aveva proposto impugnazione con cui deduceva, tra l'altro, che, in primo grado, non era stato chiarito quale fosse stata la procedura per rilevare le sue impronte, in seguito utilizzate per la comparazione con quelle degli archivi di polizia giudiziaria. In appello era stata confermata la decisione senza

⁹⁶ Lo mettono in risalto Iuliano-Ripani, *Impronte digitali*, § 19.10, cit., 330 ss.

⁹⁷ Mette in guardia Scalfati, *La deriva scientifica dell'accertamento penale / The scientific drift of criminal inquiry*, *Processo penale e giustizia*, 5, 2011, 148: «la tradizionale distinzione tra "rilievi" e "accertamenti" – già messa in crisi da un *tertium genus* a basso quoziente di determinatezza (le "operazioni che richiedono specifiche competenze tecniche", art. 348, comma 4, c.p.p.) – smarrisce la sua linea di confine: è innegabile come anche il metodo della captazione dei dati (il semplice rilievo), ancor prima dell'analisi da compiere sul dato medesimo, condizioni l'intera procedura di valutazione e, dunque, il risultato finale. Senza trascurare il rischio di manomissione sulla materia che, una volta intervenuta, provoca derive ricostruttive non recuperabili».

⁹⁸ Si dedica a questo aspetto, Saravo, *L'errore tecnico-scientifico sulla scena del crimine. L'errore inevitabile e le colpe dello scienziato, del giurista, del legislatore*, §§ 3,4, *Arch. pen.*, 2011, 3, 12.

⁹⁹ ... e dai precedenti giurisprudenziali e dottrinali in materia. V., *infra*, § "LINEE CONSOLIDATE (CON QUALCHE SFUMATURA)".

¹⁰⁰ Qualcosa di analogo si era detto circa il c.d. "quanto di paraffina": il suo espletamento, ai fini della successiva indagine peritale, «si inquadra nell'ambito dei meri rilievi tecnici, diversi dagli accertamenti perché, alla stregua dei primi, essa

Si giunge alla enucleazione dell'assunto partendo da un premessa: la condanna di primo grado era stata emanata in virtù di una comparazione tra le impronte che sarebbero state prelevate all'imputata in occasione del foto-segnalamento subito quando avrebbe dichiarato le false generalità e altre impronte in possesso del servizio centrale di polizia; l'esito di tale confronto avrebbe dato la certezza circa l'identità della persona che effettuò le false dichiarazioni. Per parte sua, la difesa, con specifico motivo di appello, aveva richiesto che fosse chiarito come e da quale ufficio fossero state acquisite le impronte utilizzate per la comparazione, non essendosi il giudice di prime cure espresso al riguardo. Il giudice di seconde istanza si era però limitato a osservare che l'acquisizione delle impronte digitali utilizzate per la comparazione dovesse presumersi legittima perché compiuta nel corso di un controllo burocratico. Ebbene, il Collegio giungeva a formulare la riportata "direttiva" sul presupposto che quella fornita dall'organo di appello fosse una motivazione del tutto manchevole poiché «non fornisce certezze probatorie sul procedimento attraverso il quale i giudici sono pervenuti alla conclusione che fossero riconducibili alla imputata le impronte acquisite all'atto del suo sbarco clandestino (...) e quindi fosse ad essa riferibile la condotta contestata».

In merito alla seconda sezione d'indagine – per tornare da dove si era partiti –, invece, va segnalato che, ad oggi, i Paesi adottano sistemi biometrici per l'identificazione dattiloscopica: dopo quasi un secolo di classificazione manuale delle impronte digitali, si è passati a marchingegni informatizzati per la gestione dei dati¹⁰³. In Italia, ci si avvale del c.d. APFIS (acronimo di *Automated Palmars and Fingerprints Identification System*)¹⁰⁴; un *software* che, con l'utiliz-

motivare sul profilo avanzato dall'interessata. Quindi, con ricorso per cassazione, si censurava l'assenza di un apparato motivazionale quanto alla provenienza degli elementi dattiloscopici impiegati per l'identificazione).

¹⁰³ Diversamente che negli apparati manuali «interrogazioni sulle generalità, sugli *alias*, visualizzazione delle foto segnaletiche, acquisizione di informazioni descrittive e antropometriche possono essere svolte agevolmente mediante tutti i terminali periferici della rete»: Cimino-Rinaldi-Giuliano, *Impronte digitali*, §§ 19.1-19.9, cit., 320.

¹⁰⁴ Integrante gli iniziali AFIS (*Automated Fingerprint Identification System*) e APIS (*Automated Palmprint Identification System*). Il primo raccoglie(va), oltre che le informazioni inserite nelle schede segnaletiche, anche i frammenti di impronte papillari valevoli per le comparazioni acquisite sulla scena del crimine. Dunque, un bagaglio di informazioni su tutti i trascorsi di un individuo sottoposto al controllo di polizia e trasferibili all'autorità giudiziaria. L'altro meccanismo arricchisce(va) la funzionalità di AFIS provvedendo ad "accantonare" anche le tracce palmari, reperite al momento del sopralluogo o dietro accertamenti su cose pertinenti il fatto. Delucidano in questo senso, Cimino-Rinaldi-Giuliano, *Impronte digitali*, §§ 19.1-19.9, cit., 320 ss.

zo di un algoritmo della *Cogent System*, è in grado di archiviare, codificare e confrontare attraverso procedure, in parte automatizzate, in tempo reale, i milioni di impronte digitali e palmari presenti nei *database* del Casellario centrale di identità presso il Viminale, realizzando un'interazione costante tra quest'ultimo e i diversi Uffici¹⁰⁵. Per semplificare: si introducono frammenti di impronta nella struttura, attraverso *scanner* o altre unità di *input*, ed eventuali altre informazioni che possono sembrare "vantaggiose". In base alla traccia inserita, verrà fornita una cerchia di candidati (contraddistinti da un punteggio che decresce proporzionalmente alla verosimiglianza) e il dattiloscopista validerà, se ne ricorrono gli estremi, la comparazione. Se quest'ultima non fornisce esiti positivi, il dato resterà immagazzinato nel sistema qualora dovesse tornare d'aiuto nel futuro.

A *fortiori* non convince l'altro passaggio dell'apparato motivo della Suprema corte di cui si è anticipato e dove si annida, probabilmente, la sua maggiore fragilità: se la comparazione altera l'oggetto, le forme da ossequiare sono quelle dell'art. 360 c.p.p. Il confronto, nella sostanza, viene eseguito da "macchine", con il *computer* o paragonando, previo ingrandimento, fotografie visualizzabili su uno schermo elettronico¹⁰⁶. Difficile immaginare che l'impronta possa essere inquinata.

Semmai, arrivando al nerbo del provvedimento in disamina, magari con qualche forzatura, soddisfa il tentativo di schiudere le porte ad una nuova stagione per gli accertamenti tecnici irripetibili: la pluralità e la varietà delle situazioni prospettabili ha imposto di abbandonare le astrazioni concettuali a favore di una valutazione concreta, rapportata alla realtà dei fatti; l'occhio di bue va posto, non tanto sulla "irripetibilità", comunque venga interpretata, quanto su un approccio qualitativo che tenga conto delle problematiche singole che gli inquirenti sono chiamati a fronteggiare.

Da questa angolazione, sembra siano maturi i tempi per allentare la rete dell'istituto di cui all'art. 360 c.p.p. (*quantomeno*) alla comparazione, tenendo a mente che tale attività rivendica un certo grado, più o meno elevato, di capacità tecnica e, soprattutto, un vaglio critico dei suoi risultati¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Spiegazioni sul suo funzionamento sono elargite da Cimino-Rinaldi-Giuliano, *Impronte digitali*, cit., 319 ss.; Scarcella, *Condizioni dell'efficacia probatoria dell'indagine dattiloscopica*, cit., 70.

¹⁰⁶ Discorreva del funzionamento dell'archivio dattiloscopico automatizzato e sulle possibili evoluzioni future, Pirone, *Impronte digitali: legge e tecnica*, cit., 160.

¹⁰⁷ Lo spiega efficacemente Cass., sez. II, 27 novembre 1992, n. 4523, *CED Cass.*, 192570. L'esposta idea sembra ritrovarsi in

L'ESALTAZIONE DI UN'IMPRONTA DIGITALE NON CONFIGURA UN'IPOTESI DI ACCERTAMENTO

L'informatizzazione della dattiloscopia ha creato una "biblioteca" di impronte digitali e di notizie ma non ha portato alla totale automazione delle identificazioni; rimane all'esperto, nella materia, il gravoso compito di avvalorare ogni riconoscimento mediante l'osservazione diretta. E le diatribe delineabili, come i casi di errore, sono sterminati¹⁰⁸: una traccia è frammentaria, troppo minuta o scarsa e, non consentendo di eseguire il confronto in termini di certezza, l'esame si presta a differenti visioni (specie se c'è un termine noto di confronto come l'impronta di un indiziato); in mancanza di *standards* interpretativi "corazzati", può essere o meno ritenuto attendibile un dato analitico *borderline*; potrebbero esserci discussioni sulle dimensioni, misurazioni e sulla morfologia dell'impronta, sia essa plantare o digitale, anche per paventabili malformazioni o cicatrici che un soggetto potrebbe avere; il tipo di traccia impresso o il differente metro di calcolo potrebbe destare ricostruzioni alternative della vicenda¹⁰⁹; prevedibili sono anche anomalie del tratto soppesabili in maniera diversa; l'esposizione alla luce, all'acqua, all'umidità modificano la natura chimica e fisica di un'impronta papillare e, quindi, potrebbero sorgere polemiche in ordine a questo profilo; dibattiti potrebbero emergere anche sull'invecchiamento di una traccia; curioso il caso di scuola delle impronte nei gemelli (simili o no) e via discorrendo.

Se, pertanto, qualunque accertamento tecnico diretto ad interpretare un'entità oggettiva – quale che ne sia la natura o complessità – è perizia e questa, secondo l'accezione corrente, è ogni indagine sorretta da particolari cognizioni di determinate scienze o arti tale da implicare un criterio valutativo dell'esperto e, più esattamente, una dichiarazione tecnica su un elemento di prova, si deve concludere che la lettura o interpretazione delle impronte dattiloscopi-

piche dà luogo ad una "diagnosi" specialistica; non può, quindi, risultare *de plano* e vuole un certo corredo di dati tecnici (per lo meno di esperienza tecnica). Del resto, se si intraprendesse la via dell'art. 360 c.p.p. per la comparazione, i consulenti delle parti private, non solo potrebbero assistere al conferimento dell'incarico ma, sin da tale momento, potrebbero presentare al giudice richieste, osservazioni e riserve che vengono riportate nel verbale d'udienza. Essi, inoltre, in un rapporto di reciproca integrazione, parteciperebbero al compimento delle operazioni peritali vere e proprie e la loro presenza porrebbe le parti nella condizione di realizzare, sin dalle prime battute, il necessario dialogo con il perito, sicché sarebbe assolutamente verosimile che già in questa fase i quesiti vengano ampliati, anche con carattere di novità e ciò per evidenti ragioni di economia processuale e per l'opportunità di un più puntuale ed efficace esito dell'accertamento demandato all'esperto in una più completa visione d'insieme. Inoltre, anche il difensore realizzerebbe l'esercizio dei connessi poteri difensivi, sgomberando, da subito, il campo da possibili contestazioni¹¹⁰.

In fondo, si darebbe pregnanza al principio del *favor rei*, sebbene in una accezione "anomala" dello stesso; un po' estendendo quello che sostiene qualche interprete: solo riguardo le sostanze che presentino una attenuata modificabilità nel tempo (c.d. accertamenti «ibridi»), l'opzione tra accertamento tecnico ripetibile e il meccanismo *ex art.* 360 c.p.p., «dovrebbe essere effettuata in vista della concreta possibilità di migliorare, seppur leggermente, la situazione probatoria a carico della persona sottoposta alle indagini», valorizzando – pur «senza manipolare la verità dei fatti in vista del futuro giudizio» - il profilo teleologico degli atti di accertamento, oltre che strutturale¹¹¹.

Pleonastico dire che si opporrà una legittimazione della polizia giudiziaria a svolgere o far compiere, di propria iniziativa, accertamenti tecnici al pari di quanto statuito, per il pubblico ministero, dagli artt. 359 e 360 c.p.p. D'altra parte, il dibattito sul tema, originato dalla nomenclatura *ex art.* 348, comma 4, c.p.p., è sempre attuale; peraltro, lungi dall'aver un sapore meramente accademico, ha notevole impatto pratico: sia per le ricadute sugli esiti dell'inchiesta

Valli, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, cit., 259: «se così non fosse non ci rivolgeremmo ai reparti specializzati di polizia scientifica per effettuarla, e ciascuno di noi dovrebbe essere in grado di compierla nella tranquillità del proprio ufficio, cosa che invece non accade e non può accadere, perché l'operatore del diritto non solo normalmente non dispone delle conoscenze necessarie ad individuare i singoli punti caratteristici di ciascuna impronta, ma ancor meno è in grado di distinguere tra loro le minuzie in base alla loro rarità e qualità, perché ciò richiederebbe conoscenze approfondite della materia, conoscenze che per definizione attingono ad un sapere tecnico-scientifico ossia alla dattiloscopia forense».

¹⁰⁸ Per la casistica si v. anche Cimino-Rinaldi-Giuliano, *Impronte digitali*, §§ 19.1-19.9, cit., 324 ss.

¹⁰⁹ Eclatante la complessità di quella legata alla famigerata orma lasciata sul tappetino da Sollecito nel caso "Meredith" di cui narrano C. Conti-Savio, *La sentenza d'appello nel processo di Perugia: la "scienza del dubbio" nella falsificazione delle ipotesi*, cit., 586.

¹¹⁰ V. Conte-Loforti, *Gli accertamenti tecnici nel processo penale*, cit., 96 s.

¹¹¹ C. Grilli, *Il principio del favor rei come criterio di definizione dell'irripetibilità*, *Cass. pen.*, 2003, 3107 esponendo: l'applicazione del principio del *favor rei* servirebbe «solo come giusto contrappeso volto ad equilibrare eventuali eccessi inquisitori che mal si addicono ad un sistema processuale di stampo accusatorio, come il nostro, fondato sulla parità delle parti».

che per la spendibilità delle risultanze; per questo, fa registrare spaccature¹¹².

Ma, l'organo di cui all'art. 55 c.p.p., percorrendo un'interpretazione di sistema e fissando le norme, non sembra possa eseguirli: esulano dai compiti che ad esso riserva il codice e, se si rendono necessari, deve attendere che intervenga il magistrato il quale, per conseguenza, dovrebbe innescare le procedure di cui all'art. 360 c.p.p. L'espressione "atti od operazioni", impiegata dall'art. 348, comma 4, c.p.p., si riferisce ad attività di tipo *esclusivamente* materiale, quali le rilevazioni tecniche ed i sopralluoghi; mentre l'altra, "persone idonee", va tenuta distinta dai consulenti tecnici che l'art. 233 c.p.p. non consente siano nominati dalla polizia giudiziaria¹¹³. Nemme-

¹¹² L'appunto potrebbe essere mosso da Amato-D'Andria, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 129 ss. per i quali la polizia giudiziaria, può procedere ad accertamenti tecnici, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici, ed ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze anche a prescindere dal requisito delineato nell'art. 354 c.p.p. Si tratterebbe, dunque, di vere e proprie attività peritali disposte o espletate dagli organi di investigazione: gli artt. 359 e 360 c.p.p. conferiscono legittimazione, in merito, al magistrato d'accusa, nulla, però, impedirebbe che, a tale attività, possa far luogo, direttamente, la polizia giudiziaria nel contesto delle investigazioni. Ad indirizzare in questo senso sarebbe, proprio, il comma 4 dell'art. 348 c.p.p. che consente l'utilizzo di ausiliari da parte della polizia per atti o operazioni che implicano cognizioni specialistiche. Affiorerebbero solo due limiti: la non ripetibilità dell'accertamento in quanto concernente persone, cose o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione e che sono riservati dall'art. 360 c.p.p. al pubblico ministero (si pensi, per esemplificare, all'autopsia disposta in occasione di un incidente stradale) (su di esso anche D'Ambrosio-Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, cit., 231; Spangher, *La pratica del processo penale*, cit., 79 secondo cui «il dato trova una indiretta conferma non solo nell'art. 360, ma pure nell'art. 13 d.lgs. n. 274 del 2000, ove si prevede che nei procedimenti di competenza del giudice di pace, la p.g. può procedere agli accertamenti tecnici irripetibili solo previa autorizzazione del p.m., sempre che questi non ritenga di compierli personalmente») ed il carattere invasivo degli adempimenti poiché comportanti restrizioni della libertà personale. Pure Sottani, *Rilievi e accertamenti sulla scena del crimine*, cit., 8 è convinto che la polizia giudiziaria possa compiere accertamenti tecnici solo se ripetibili, in quanto l'oggetto esaminato non deve essere suscettibile di compromissioni nel tempo, né vi deve essere il pericolo che venga scardinato dal loro svolgimento. In giurisprudenza, Cass., sez. III, 15 novembre 2010, n. 40180, *CED Cass.*, 248566.

¹¹³ Scalfati, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, cit., 126 s. perentorio nell'affermare che «al di fuori delle ipotesi normative (...) non sembra possibile il compimento di ulteriori attività definibili come "accertamenti" e "rilievi"» (n.d.r. ad opera della p.g.) e Kostoris, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., 145, nt. 34 (gli A., invero, lasciano uno spiraglio: che tali attività possano essere compiute solo in presenza del requisito dell'urgenza). Contrari, in modo assoluto, invece, alla possibilità di cui si discorre Gaito, *Le funzioni della polizia giudiziaria tra «assicurazione» e «valutazione» delle fonti di prova: il problema dell'esperto*, cit., 601 e Vessicchelli, *Sulla possibilità della p.g. di effettuare di propria iniziativa raffronti tra impronte digitali*, cit., 695. Pure qualche decisione – evitando un ampliamento del concetto di rilievo di cui al secondo comma dell'art. 354 c.p.p. limitato alle sole operazioni ispettivo-cogni-

no ci si può appellare all'art. 77 disp. att. c.p.p.: per la sua particolarità, non è suscettibile di applicazioni analogiche; anzi, serve a ribadire che gli incombenti specialistici sono impermeabili alla polizia giudiziaria, siano essi ripetibili o meno¹¹⁴.

Non è immaginabile che, per la fretta delle operazioni da eseguire, o per il timore di non raccogliere o perdere le prove, rovistando nella congerie di previsioni che attengono al pubblico ministero, si scovino gli *escamotage* per tollerare che la polizia giudiziaria contrabbandi, neanche tanto velatamente, per rilievi o accertamenti "urgenti" atti ad alto contenuto valutativo, spesso elusivi della posizione difensiva dell'indagato. Oltretutto, si richiederebbero ad un gregario nelle indagini scelte che non è avvezzo a prendere, come l'alternativa tra il disporre un accertamento tecnico irripetibile o un incidente probatorio o quella di non differire quest'ultimo anche in presenza di un'istanza di promuoverlo.

GARANZIE DIFENSIVE, CONTROLLI E DOCUMENTAZIONE

Si tratta dell'ennesimo settore dove urge la manodopera legislativa: troppe le incertezze per una prova scientifica, le impronte dattiloscopiche, che, nel processo, configura, talvolta, un autentico macigno¹¹⁵. Vanno aggiunti gli affondi della giurisprudenza che hanno finito per legittimare "eccessi" nella investigazione. Non occorre, peraltro, scompaginare strutture, equilibri, diritti, ma compiere un ammodernamento *soft* che riallinei accusa e difesa e non trascuri le conseguenze delle falle dei metodi scientifici e/o degli operatori. Sotto tale ultimo profilo, del resto, è impensabile che venga coniata una classificazione madre che assorba, alla perfezione, il contenuto dei protocolli; essa, per l'incessante moto della scienza, non potrebbe essere tassativa ed andrebbe incontro ad obsolescenza, oltre ad imporre continui

time – si è espressa in maniera negativa: «la nozione di accertamento tecnico concerne non l'attività di raccolta o di prelievo dei dati pertinenti al reato priva di alcun carattere di invasività, bensì soltanto il loro studio e la loro valutazione critica» (Cass., sez. I, 16 gennaio 2008, n. 2443, *CED Cass.*, 239101).

¹¹⁴ Lupária, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., 224. *Contra*, De Leo, *Le indagini tecniche di polizia: un invito al legislatore*, cit., 698: la polizia giudiziaria può attuare accertamenti tecnici solo nelle ipotesi particolari di cui all'art. 77 disp. att. c.p.p.

¹¹⁵ D'altra parte, in altra branca si è stabilito che «hanno natura di accertamenti tecnici non ripetibili le attività di prelievo e comparazione di tracce biologiche, ove sia prevedibile l'insufficienza di queste in caso di esito positivo della ricerca, e sia, pertanto, necessario prelevare la massima quantità di tessuto su cui effettuare l'accertamento»: Cass., sez. I, 4 luglio 2007, n. 25809, *CED Cass.*, 237429.

L'ESALTAZIONE DI UN'IMPRONTA DIGITALE NON CONFIGURA UN'IPOTESI DI ACCERTAMENTO

aggiornamenti ai quali non si potrebbe stare dietro. Benché, superfluo marcarlo, la tenuta della prova tecnica starebbe nei precetti che fissano gli schemi operativi improntati alle migliori pratiche.

La lacuna più vistosa attiene al ruolo del legale, praticamente assente. Lo spazio per l'avvocato sembra abbastanza angusto; l'impressione è che riuscirà difficilmente ad assumere un ruolo attivo, ma dovrà limitarsi ad una azione di critica e contrasto alle iniziative degli inquirenti. Le regole, appena abbozzate, non sono affatto soddisfacenti e creano vistose disarmonie tra i poteri del pubblico ministero e quelli del difensore. La giurisprudenza, di suo, evita di metterci una "pezza": pure con la sentenza in esame¹¹⁶.

Come già detto, all'atto del compimento degli adempimenti di cui all'art. 354 c.p.p. questi ha il diritto di assistere, ma non di essere preventivamente avvisato¹¹⁷; quindi, le garanzie per l'indagato¹¹⁸, non facendosi, peraltro, alcun cenno all'eventuale intervento di un consulente tecnico dell'interessato, sono ridotte al minimo. Il che è conciliabile (almeno in apparenza) con quel grado di urgenza e con l'assoluta priorità del fine perseguito dalla polizia giudiziaria che deve agire tempestivamente¹¹⁹: la rilevazione delle impronte avviene a seguito di un primissimo accesso ai luoghi e nell'immediatezza del fatto delittuoso tanto che l'esigenza di individuare, raccogliere e conservare le tracce del reato (assicurandone la genuinità) è persino incompatibile con l'attesa del magistrato. Questo diventa il *leit motiv* per il contenimento se non la paralisi delle facoltà difensive, contravvenendo al principio costi-

tuzionale di formazione della prova nella dialettica (art. 111 Cost.)¹²⁰. Ma, non si può tacere che l'art. 356 c.p.p. (il quale, a sua volta, richiama l'art. 354 c.p.p.) implica, in questo modo, una vistosa contrazione di tutele rispetto all'art. 360 c.p.p., che deriva anch'essa, senz'altro, dal carattere indifferibile della procedura¹²¹.

Poiché sono *iter* diversi, in quanto basati su condizioni differenti, quest'ultima previsione non può diventare un bacino di reclutamento delle formalità per quegli incumbenti che ruotano attorno al sopralluogo e, dunque, anche alla rilevazione e asportazione del tratto dattiloscopico. Benché vi siano vedute in questo senso: la legittimazione per il legale ed il consulente di parte ad intervenire, con dinamicità, in questa fase deriverebbe dal parallelismo che si instaura tra l'art. 360 c.p.p. e l'art. 354, comma 2, c.p.p., concernendo, il primo, «persone, cose e luoghi il cui stato è soggetto a modificazione» e, il secondo, le *res*, le tracce e gli ambienti suscettibili di alterarsi, disperdersi o modificarsi¹²². Nemmeno, su di un piano attiguo, la possibile presenza del difensore può essere affidata ad una mera occasionalità. Allora, aspettando che si ragioni sulla opportunità di procedere al rilevamento delle impronte secondo il percorso segnato dagli accertamenti tecnici irripetibili, non sarebbe peregrina, affinché non si faccia abuso dell'assoluta urgenza, la statuizione di un preavviso al difensore che, se subito reperibile, potrebbe presenziare alle operazioni; mancando il quale si realizzerebbe una violazione del diritto di difesa, causa di una sanzione di nullità. Tanto più che – lo si sottolineava – si tratta di incumbenti che, il più delle volte, non sono ripetibili e, quindi, non sono suscettibili di essere verificati e controllati nell'ulteriore corso del processo¹²³.

¹¹⁶ Quanto al rapporto tra diritto di difesa e attività di polizia giudiziaria, diffusamente, Pisani, *Atti della polizia giudiziaria*, *Enc. giur.*, IV, Roma, 2007, 7 ss. Calca sull'ampliamento del ruolo della difesa in fatto di prova scientifica, Di Salvo, *Prova scientifica e garanzie partecipative*, *Digesto del processo penale on-line*, § 3, Scalfati (diretto da), Torino, 2013.

¹¹⁷ Ricorda, inoltre, Di Salvo, (*Prova scientifica, indagini preliminari e garanzie difensive*, *Giur. di Merito*, 2010, 1184) per sottolineare che le prerogative difensive sono a dose molto bassa, che non è prevista la nomina di un avvocato d'ufficio; l'indagato viene reso edotto che può nominare un legale di fiducia soltanto se è presente; la polizia giudiziaria non è tenuta ad attendere, entro un lasso temporale ragionevole, a che il difensore sopraggiunga per iniziare le operazioni.

¹¹⁸ Spetta alla polizia giudiziaria dargli avviso – se presente – delle facoltà che gli spettano. «Pur venendosi a creare una perequazione tra soggetti presenti e assenti, con i conseguenti effetti in punto di difesa, non si può trascurare che la finalità della norma è quella di intervenire tempestivamente in situazioni di urgenza, ove ogni formalità finalizzata ad assicurare le garanzie difensive, costituisce un orpello tendente a riverberarsi sul dato probatorio che, a causa del ritardo, potrebbe alterarsi o addirittura disperdersi»: Giunchedi, *Accertamenti tecnici*, cit., 4.

¹¹⁹ V. Compagnini-Sernar-Siscaro, *Balistica forense e processo penale*, cit., 206.

¹²⁰ Valli, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, cit., 97: «nell'ottica del sistema in tali casi la presenza del difensore [è] un mero "optional"».

¹²¹ Tagliente Scalfati, *La deriva scienziata dell'accertamento penale/The scientific drift of criminal inquiry*, cit., 148 «risultano confini poco scanditi tra rilievi urgenti (art. 354 c.p.p.) e accertamenti tecnici non ripetibili condotti dal magistrato, dove niente esclude che la valutazione del prodotto deperibile sia preceduta dalla raccolta indifferibile di dati; eppure, lo *standard* difensivo tra i due strumenti è notevolmente differenziato».

¹²² Gualtieri, *Diritto di difesa e prova scientifica*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 495 s.

¹²³ Molto tempo addietro, Della Casa (*La nomina del difensore come "garanzia minima" in tema di rilievi dattiloscopici*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, 420), annotando in senso critico le decisioni della Cassazione che escludevano l'applicabilità delle garanzie difensive nella fase degli atti di polizia giudiziaria in tema di rilievi dattiloscopici, si poneva la problematica delle tutele difensive applicabili alle attività di rilevazione delle impronte digitali inserendolo in una visione globale dei principali orientamenti giurisprudenziali in materia, in particolare inquadrando la disciplina dell'art. 225 c.p.p. 1930 alla luce delle decisioni dei

Certo, il suggerimento presta il fianco a critiche; qualcuno potrebbe obiettare che, in seguito ad un "annuncio" all'interessato, risulterebbe frustrata la necessità di evitare l'inquinamento delle prove¹²⁴. Si potrebbe facilmente rispondere che ciò può evitarsi se l'avviso intervenga quando gli organi addetti al prelievo siano già sul posto e, di conseguenza, la situazione di fatto fosse comunque monitorata. Naturalmente, la partecipazione difensiva risulta ancorata alla premessa dell'insorgenza di indizi e alla individuazione di un indiziato di reità, nel momento in cui gli accertamenti potrebbero risolversi, sfavorevolmente, per costui¹²⁵. Non a caso, si è stabilito¹²⁶ che se l'esecuzione dell'accertamento conseguente all'attività di prelievo avviene ad ampio raggio e sia priva di uno specifico obiettivo, non sussiste alcuna inutilizzabilità né nullità per violazione del contraddittorio, a seguito della mancata partecipazione della difesa, di un soggetto, che solo successivamente abbia assunto la qualifica di persona sottoposta ad indagine, in quanto tale ultima qualità si rinviene esclusivamente nel momento in cui il compimento di uno specifico atto di indagine includa, concretamente, il soggetto nella delineata ipotesi accusatoria.

Un'ulteriore proposta per appianare le distonie – anche questa dal cammino impervio – potrebbe essere quella di consentire ad un consulente tecnico dell'indagato di intervenire all'atto di esaltazione/asportazione dell'impronta, sia pur senza essere preavvertito. Si condivide, in merito, l'opinione di chi sostiene che, mancando una normativa in proposito, debba farsi ricorso all'analogia *iuris*: seguendo un'interpretazione sistematica, paiono rinvenibili nell'ordinamento alcuni principi da cui è desumibile che, in materia di indagini tecnico-scientifiche, che si traducono in risultati di prova direttamente utilizzabili nel processo penale, devono essere salvaguardate le garanzie difensive di carattere specialistico che sono compatibili con il tipo di atti da

compiere¹²⁷. Così, si potrebbe pensare all'intervento di tecnici di fiducia del singolo alle operazioni di campionatura delle impronte. Del resto, la scena del crimine è un luogo di interrelazione multidirezionale tra le componenti del delitto, del reo, mezzo lesivo, luogo della vittima e la specificità della materia esige sofisticate conoscenze tecniche in possesso solo di esperti altamente specializzati.

Resta salva la possibilità che il difensore svolga investigazioni private (anche se non è auspicabile una simmetria nelle indagini: il cambiamento dello stato dei luoghi a causa dell'incursione degli inquirenti e l'impossibilità di entrare negli spazi del crimine agevolmente con propri collaboratori depaupera le facoltà tese a contrastare le investigazioni tecniche del pubblico ministero e della polizia giudiziaria). Una osservazione visiva e tattile senza manipolazioni (realizzabile anche attraverso fotografie, riprese cinematografiche, misurazioni dimensionali o ponderali) non può esporre le impronte ad una modificazione irreversibile. Il problema, piuttosto, è se possa effettuare un loro rilevamento, se sono indispensabili autorizzazioni per gli accessi, quali sono gli obblighi di comunicazione al pubblico ministero e le sue contromosse. Ma, non si può insistere su detti argomenti¹²⁸.

Come si diceva, al momento del sopralluogo l'indagato deve essere individuato. Rimane comunque il problema per il caso in cui non lo sia. Anzi, nella prassi, quasi sempre la polizia giudiziaria non conosce la persona cui attribuire il fatto. Eppure, gli inquirenti raccolgono dati tramite attività non ripetibili e, dunque, impiegabili in dibattimento. Cosicché, la difesa si trova prove scientifiche già "cucite". Per l'evenienza, al legale non resta che usufruire di un contraddittorio "indebolito" attraverso l'esame incrociato dell'operatore di polizia giudiziaria. Ma, è una dialettica postuma da impiegare a cose fatte (dunque, fragile) e difficile da sostenere in quanto la discussione sulla non attendibilità della prova scientifica richiede cadenze diverse dal solito, sapiente linguaggio di settore e cognizioni specialistiche di cui il difensore, salvo sia affiancato da un esperto, non dispone.

A queste novità, ancillare si mostrerebbe un ruolo nevralgico del giudice, oggi risicato, almeno a

Giudici della Consulta e delle innovazioni dovute all'art. 71. 14 ottobre 1974, n. 497.

¹²⁴ Cfr., d'altra parte, Cass., sez. I, 4 febbraio 1994, n. 1343, *CED Cass.*, n. 197468: poiché accertamento c.d. a sorpresa, il preventivo avviso all'interessato renderebbe inutile l'accertamento stesso. Conf. Ichino, *L'attività di polizia giudiziaria*, cit., 182: «trattasi di atti caratterizzati dall'urgenza e dalla sorpresa, la cui finalità potrebbe essere compromessa qualora l'indagato fosse preavvertito o si dovesse ritardare il compimento dell'atto stesso».

¹²⁵ Sugli ambiti difensivi in occasione delle attività di prelievo di campioni, si legga il brillante contributo di Grosso, *Polizia giudiziaria, II Diritto processuale penale, Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 19 ss. seppure in merito al vecchio codice.

¹²⁶ Cfr. Cass., sez. II, 3 ottobre 2008, n. 37708, *CED Cass.*, 242094.

¹²⁷ Kostoris, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., 162 s. il quale invoca, al riguardo, non solo la disciplina dell'art. 360 c.p.p. ma pure il disposto dell'art. 223, comma 1, norme coord. c.p.p. e, addirittura, le previsioni della legislazione speciale in campo amministrativo.

¹²⁸ Sugli accertamenti tecnici irripetibili della difesa, v. per tutti, Giunchedi, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., 89 ss.

L'ESALTAZIONE DI UN'IMPRONTA DIGITALE NON CONFIGURA UN'IPOTESI DI ACCERTAMENTO

livello codicistico espresso. Al riguardo, la sentenza in commento resta silente; eppure rappresenta uno degli svincoli più problematici in relazione alla materia del sopralluogo e degli accertamenti non ripetibili in genere. Non di poco conto comprendere cosa accade quando il decidente entra in contatto, tra le sue carte, con le emergenze della rilevazione e confronto delle impronte. Si ritiene che, con mano ferma, debba controllare, *in apicibus*, la correttezza delle operazioni: non essendoci, al momento, una verifica difensiva diventa fondamentale un dovere costante di sindacato dei dati istruttori¹²⁹. Al fine di evitare i pericoli di sbandamenti e deviazioni insiti nell'uso e nell'abuso della impalpabile categoria delle acquisizioni irripetibili è un requisito minimo indispensabile di valutazione e valutabilità *ex post* delle attività svolte *illico et immediate*. D'altro canto, non è consentito che, nella funzione probatoria, si usino apparati conoscitivi insuscettibili di vaglio giurisdizionale; poi, costituisce un baluardo di legittimità costituzionale e perché non si fuoriesca dal contraddittorio un sindacato, anche d'ufficio, sulle c.d. *best practices* e sulla perfetta osservanza della *chain of custody*: insomma, che siano state "onorate" le cautele per controllare l'attendibilità dell'elemento¹³⁰. Il giudice (se necessario, con una perizia) non può non stabilire la qualità e l'idoneità euristica del metodo adottato sol che si pensi che le impronte papillari possano costituire un assioma cardine del suo portato decisionale. Oltretutto, se gli venisse a mancare una effettiva possibilità di valutazione dell'operato degli esperti si creerebbe il paradosso per cui aderirebbe acriticamente alle conclusioni da loro proposte.

Soffermandosi sui vuoti da colmare, che non paiono meri inestetismi, restano da affrontare gli altri aspetti trascurati dalla decisione in analisi la quale, per arrivare ad un sunto, getta più ombre che luci sulla materia.

In primis: essa per l'ipotesi di comparazione "modificativa" o "distruttiva" della traccia propone il ricorso agli accertamenti tecnici irripetibili. V'è da domandarsi il perché questa opzione e non l'incidente probatorio capace di preservare una dialettica

piena. Non si introduce alcuna innovazione ricordando che le attività *ex art.* 360 c.p.p. rimangono comunque modalità atipiche di assunzione della prova in quanto avvengono nel corso delle indagini preliminari e in assenza del giudice.

È presumibile che, alle spalle, vi sia un ragionamento di questo genere: le impronte sono dati potenzialmente volatilizzabili e questo neutralizza la possibilità di ricorrere all'incidente probatorio. La garanzia giurisdizionale può essere recuperata mediante la riserva di promovimento di quest'ultimo; ne consegue, che mancando la scelta di questa forma acquisitiva, si può ipotizzare una rinuncia a tale garanzia e così il principio costituzionale in forza del quale ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo ed imparziale non può dirsi violato. Peraltro, il ricorso all'accertamento tecnico non ripetibile si prefigge lo scopo di evitare di approdare per forza all'incidente probatorio in ipotesi di perizie molto frequenti nella prassi, solitamente facili e brevi ma non dilazionabili al dibattito. Rimane, però, l'anomalia di un istituto che, senza grossi sforzi per mantenere il "dialogo" e con limitati poteri ai consulenti dell'antagonista (che non possono incidere sui punti in cui dovrà dipanarsi l'accertamento), prepara una prova che migra nel fascicolo dibattimentale¹³¹. Allora, ci si potrebbe inventare un progetto (giusto contrappeso per soddisfare l'urgenza), ovvio con gli opportuni adattamenti: un modello di incidente probatorio con tempistica abbreviata visto che quella tradizionale spesso non consente di tutelare situazioni di non differibilità di questo genere; dunque, "accelerato" spettando al giudice di "tarare" un termine minimo da rispettare in vista del raggiungimento del fine¹³².

La pronuncia in trattazione offre, da ultimo, lo spunto per ragionare sulla documentazione delle attività di rilevamento delle impronte digitali. La polizia giudiziaria deve stilare un verbale seguendo le regole fissate dagli artt. 134 ss.¹³³ prestando, in particolare, attenzione agli aspetti spaziale, temporale, punto preciso dove è stata trovata l'impronta, composizione ecc.¹³⁴. La redazione deve essere

¹²⁹ Si esprimeva in questa maniera anche Leone, *Indagini dattiloscopiche ed intervento della difesa*, cit., 99. A completamento, non si trascuri il recente contributo di C. Conti-Savio, *La sentenza d'appello nel processo di Perugia: la "scienza del dubbio" nella falsificazione delle ipotesi*, cit., 575 ss. che, pur non afferente il tema oggetto del presente lavoro, offre, tra le altre cose, uno spaccato dei controlli cui è chiamato il giudice sul terreno macchinoso della prova scientifica.

¹³⁰ Presta interesse a questo profilo delle verifiche successive (contraddittorio *ex post*) da parte del giudice, Tonini, *Considerazioni su diritto di difesa e prova scientifica*, cit., 11 ss.

¹³¹ «Si è in presenza di una deroga al rito accusatorio perché la prova viene formata dal consulente del p.m., anche con (...) [una serie di] garanzie (...)»: L. Grilli, *Le indagini preliminari della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, cit., 210.

¹³² Lo sollecita Giunchedi, *Accertamenti tecnici*, cit., 21. Id., *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, cit., 157 s.

¹³³ La considerazione appartiene a Spangher, *La pratica del processo penale*, cit., 79.

¹³⁴ Un soggetto potrebbe essersi trovato sul teatro del crimine ad altro titolo: un conto è se l'impronta viene rinvenuta su un

fatta contestualmente allo svolgimento dell'incombenza o subito dopo qualora ricorrano circostanze insuperabili; di esse, è ovvio, va dato conto, per motivare lo slittamento nella compilazione degli "incartamenti": dovrebbe esistere una stretta contiguità spazio-temporale – compatibile con le esigenze della pratica – fra la constatazione dei fatti e la formazione della documentazione, nonché della certa provenienza di quest'ultima, attestata da apposita sottoscrizione, dal pubblico ufficiale abilitato che ne figura autore¹³⁵. D'altro canto, il peso che una prova del genere può rivestire nel processo reclama rigidità in questa contingenza anche per soddisfare le occorrenze della difesa¹³⁶.

oggetto che a dire di uno degli astanti costui portava con sé, altro è che venga trovata su una porta perché potrebbe essere stato nello stesso posto in precedenza a vario titolo.

¹³⁵ Va messa in risalto Cass., sez. V, 8 maggio 2008, n. 34685, *CED Cass.*, 241547: «la relazione della polizia giudiziaria riguardante la comparazione tra le impronte digitali dell'imputato e quelle rilevate sul luogo del delitto è atto ripetibile, acquisibile al fascicolo del dibattimento solo con il consenso delle parti, che può essere prestato anche tacitamente qualora il comportamento processuale delle stesse sia incompatibile con la volontà contraria all'acquisizione».

¹³⁶ Aggiungono Amato-D'Andria, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 127 s. che la documentazione delle operazioni di polizia giudiziaria deve essere posta a disposizione del pubblico ministero (art. 357, comma 4, c.p.p.) e conservata in un fascicolo *ad hoc* nel suo ufficio (art. 373, comma 5, c.p.p.); essa va depositata, a cura dell'organo d'accusa, nella propria segreteria entro il terzo giorno successivo al compimento dell'atto, con facoltà per il legale

Ma, l'opinione non sembra trovare riscontro; infatti, si sostiene che «l'obbligo di redazione degli atti indicati dall'art. 357 comma secondo, [c.p.p.], tra i quali rientrano le operazioni e gli accertamenti urgenti, nelle forme previste dall'art. 373 [c.p.p.], non è previsto a pena di nullità od inutilizzabilità. Per le attività di polizia giudiziaria è infatti sufficiente la loro documentazione, anche in un momento successivo al compimento dell'atto e, qualora esse rivestano le caratteristiche della irripetibilità, è necessaria la certezza dell'individuazione dei dati essenziali, quali le fonti di provenienza, le persone intervenute all'atto e le circostanze di tempo e di luogo della constatazione dei fatti». Proprio in applicazione di tale principio, la Suprema corte ha ritenuto che fosse legittimamente contenuta nel fascicolo del pubblico ministero, e quindi utilizzabile nel rito abbreviato, la documentazione relativa agli accertamenti dattiloscopici effettuati dalla polizia giudiziaria su impronte papillari rinvenute nel luogo e nell'immediatezza dei fatti sul corpo di reato, «anche in mancanza della redazione del verbale dei rilievi»¹³⁷.

di esaminarlo ed estrarne copia nei cinque giorni successivi (art. 366, comma 1, c.p.p.). Dal momento che la verbalizzazione concerne atti irripetibili, va introdotta nel *dossier* del dibattimento e potrà essere usata anche in sede di giudizio.

¹³⁷ Cass., sez. I, 6 ottobre 2006, n. 34022, *CED Cass.*, 234884. Conf. Cass., sez. II, 28 marzo 2012, n. 11693, *CED Cass.*, 252796.

L'estensione del proscioglimento estintivo si produce anche se la prescrizione interviene dopo la mancata impugnazione dell'imputato

Corte di Cassazione, Sezione III, sentenza 24 gennaio 2013, n. 10223 – Pres. Fiale; Rel. Andreazza

L'estensione al coimputato non appellante della prescrizione del reato per effetto della disposizione di cui all'art. 587 c.p.p. si produce anche ove detta causa estintiva sia maturata successivamente al passaggio in giudicato della sentenza nei confronti dello stesso.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 24/10/2011 la Corte d'Appello di Venezia, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Verona in data 25/02/2010 di condanna di [Omissis] e [Omissis] ha dichiarato non doversi procedere nei confronti dell'appellante [Omissis] per i reati di cui al Decreto Legislativo n. 152 del 2006, articolo 256, comma 1, lettera a), e articolo 259, comma 1, perché estinti per prescrizione.

2. Ha proposto ricorso per cassazione [Omissis]; lo stesso premette che, appellante il solo [Omissis], egli aveva richiesto alla Corte di partecipare al procedimento ex articolo 587 c.p.p., onde giovare dell'effetto estensivo dell'impugnazione proposta dal coimputato appellante. La Corte aveva infine dichiarato la prescrizione di entrambi i reati nei confronti del solo appellante [Omissis]. Ciò posto, [Omissis] lamenta, con un primo motivo, la violazione dell'articolo 587 c.p.p., avendo appunto la Corte, nel decidere nel senso ricordato, omissis di estendere gli effetti della declaratoria della prescrizione, maturata nella data del 19-20 ottobre 2011, e pertanto in pendenza del giudizio di appello, anche nei suoi confronti. Richiama, a conforto, orientamento di questa Corte secondo cui l'effetto estensivo opererebbe anche nel caso in cui la sentenza sia già divenuta esecutiva nei confronti dell'imputato non impugnante prima che il termine prescrizione sia venuto a scadenza, posto che un diverso indirizzo non garantirebbe l'effettiva e necessaria parità di trattamento a fronte di motivi non esclusivamente personali. [Omissis]

CONSIDERATO IN DIRITTO

4. Il primo motivo di ricorso è fondato.

Va anzitutto ribadito che l'imputato che non abbia appellato la sentenza di primo grado (o la cui impugnazione sia dichiarata inammissibile) può ricorrere contro la sentenza di secondo grado ove con quest'ultima vengano accolti i motivi di gravame del coimputato che siano a lui estensibili senza che sia stato pronunciato l'effetto estensivo nei suoi confronti (tra le altre, Sez. 6, n. 8247 del 17/05/1993, Khalifi ed altri, Rv. 194962). Ne consegue, pertanto, ed anzitutto, che il ricorso, attinente a fattispecie, caratterizzata, come si dirà oltre, dalla mancata pronuncia dell'effetto estensivo, pur sollecitata in limine di giudizio dai coimputato non appellante, è certamente ammissibile.

Venendo dunque al merito dell'impugnazione, va osservato come in punto di applicabilità alla prescrizione dell'istituto dell'effetto estensivo dei motivi di impugnazione non esclusivamente personali all'imputato non impugnante, debbano registrarsi, nella giurisprudenza di questa Corte, due diversi orientamenti. Secondo un primo indirizzo, infatti, la rilevanza, in forza dell'effetto estensivo dell'impugnazione, di una causa estintiva del reato legata al decorso del tempo, come la prescrizione, implica la preesistenza della stessa alla proposizione del ricorso da parte dell'imputato non appellante, restandone altrimenti preclusa l'operatività dal passaggio in giudicato della decisione nei suoi confronti (Sez. 2, n. 26078 del 20/05/2009, P.G. in proc. Borrelli, Rv. 244664; Sez. 6, n. 23521 del 18/03/2003, Rv. 226007; Sez. 1, n. 12369 del 23/10/2000, Russo e altri, Rv. 217393; Sez. 6, n. 2381 del 12 dicembre 1994, Zedda, Rv. 201245). Si è in particolare affermato che

la natura, affermata anche da Sez. U., n. 9 del 24 marzo 1995, Cacciapuoti, Rv. 201304, di rimedio straordinario di tale meccanismo, che opera quale condizione risolutiva del giudicato, permettendo che il non impugnante si giovi del risultato favorevole conseguito dal coimputato, ed il cui postulato logico-giuridico sarebbe costituito dalla formazione del giudicato rispetto al coimputato non impugnante, implica necessariamente che della prescrizione successivamente maturata non possa beneficiare la persona nel cui confronti la sentenza è divenuta irrevocabile e, quindi, suscettibile di esecuzione; in tale situazione, infatti, il successivo decorso del tempo non potrebbe più esplicare alcuna influenza nei confronti del non impugnante. Un secondo orientamento ha invece affermato, in generale, che l'effetto estensivo dell'impugnazione, quando maturi una causa di estinzione del reato nel corso del giudizio di gravame, opera a vantaggio dei soggetti non ricorrenti e che unica condizione preclusiva all'effetto estensivo dell'impugnazione è costituita dalla natura strettamente personale del motivo di ricorso (Sez. 3, n. 3621 del 04/11/1997, Giarnpaoli, Rv. 209969; Sez.3, n. 9553, 8 luglio 1997, Curello, Rv. 209631) e, in particolare, che l'inammissibilità dell'impugnazione non impedisce la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione qualora altro impugnante abbia proposto valido atto di gravame, atteso che l'effetto estensivo della impugnazione produce i suoi effetti anche con riferimento all'imputato non ricorrente (o il cui ricorso sia inammissibile) ed indipendentemente dalla fondatezza dei motivi dell'imputato validamente ricorrente purché non di natura esclusivamente personale: ciò sia quando la prescrizione sia maturata nella pendenza del ricorso, sia quando sia maturata antecedentemente (Sez. 4, n. 10180 del 11/11/2004, Antoci ed altro, Rv. 231133). Ciò posto, va condiviso detto secondo orientamento.

Va anzitutto premesso che l'articolo 587 c.p.p., prevede, testualmente, che nel caso di concorso di più persone in uno stesso reato, l'impugnazione proposta da uno degli imputati, purché non fondata su motivi esclusivamente personali, giova anche agli altri imputati. Ove si ritenga che l'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza, inevitabilmente conseguente alla mancata proposizione dell'impugnazione, renda strettamente personale il motivo proposto dall'imputato impugnante, si verrebbe, invece, nella sostanza, a disattendere la stessa ratio del meccanismo in questione. E' la stessa estensione degli effetti favorevoli della impugnazione a presupporre, infatti, che, attraverso la stessa, si debba giungere a rimuovere il passaggio in giudicato della sentenza nei confronti dell'imputato che non abbia proposto impugnazione, sicché, ove si ritenga, come nella sostanza pare opinare il primo indirizzo, che tale passaggio renda personale il motivo (stante il passaggio in giudicato per uno ed il mancato passaggio per l'altro), detta estensione non potrebbe in realtà mai operare. Né si potrebbe far leva sul fatto che l'articolo 587 c.p.p., nel prevedere che l'Impugnazione giovi anche agli altri imputati, utilizzi, appunto, il termine "imputati" e non "condannati" per far ritenere necessario che, comunque, anche questi ultimi abbiano a loro volta proposto impugnazione, sia pure per motivi diversi, in tal modo, sostanzialmente,

consentendo unicamente che gli imputati impugnanti si giovino di motivi da essi non proposti ove non siano strettamente personali ai concorrenti. In senso contrario, infatti, non può non essere valorizzato il fatto che l'articolo 601 c.p.p., comma 1, prevede chiaramente che il presidente ordini "senza ritardo... altresì la citazione dell'imputato non appellante...se ricorre alcuno dei casi previsti dall'articolo 587...". Ne consegue, allora, per quanto sin qui detto, non essere autorizzata alcuna lettura del combinato disposto di tali due norme che finisca, nella sostanza, per "obliterare" il senso di un meccanismo che è proprio quello di consentire all'imputato non impugnante di usufruire del trattamento più favorevole di quello della sentenza di primo grado che egli avrebbe potuto ottenere ove avesse, invece, proposto gravame. Né, ancora, possono trarsi elementi in senso contrario dalla pronuncia delle Sez. U, n. 9 del 24 marzo 1995, Cacciapuoti, già citata sopra; va anzitutto chiarito che la fattispecie esaminata dalla Corte, ben diversa da quella all'esame di questo Collegio, riguardava infatti il ricorso di colui che, essendo stato dichiarato inammissibile l'appello svolto avverso sentenza di condanna nei propri confronti, si doleva dell'avvenuta emissione di ordine di carcerazione, nonostante, nel frattempo, il coimputato avesse interposto appello sulla base di motivi a lui non esclusivamente personali e il conseguente giudizio sull'impugnazione non si fosse ancora concluso. La Corte si è quindi limitata ad affermare che il fenomeno processuale dell'estensione dell'impugnazione in favore del coimputato non impugnante (o l'impugnazione del quale sia stata dichiarata inammissibile), opera di diritto come rimedio straordinario che, solo al verificarsi dell'evento consistente nel riconoscimento, in sede di giudizio conclusivo sul gravame, del motivo non esclusivamente personale dedotto dall'imputato diligente, è idoneo a revocare il giudicato in favore del non impugnante, rendendo questi partecipe del beneficio conseguito dal coimputato; sicché, ha aggiunto la Corte, fino a quando non si sia verificato tale effetto risolutivo, il predetto fenomeno processuale non spiega influenza alcuna sulla esecutorietà della sentenza relativa al rapporto processuale concernente il non impugnante od equiparato. Nessuna affermazione nel senso qui disatteso può trarsi dunque da detta pronuncia, conseguendo anzi da essa, a ben vedere, la conclusione, esattamente opposta, che, una volta intervenuta la pronuncia idonea a riverberare i propri effetti sul coimputato non impugnante, il passaggio in giudicato nel frattempo intervenuto con riguardo a questi ne viene inevitabilmente travolto. Va dunque affermato, per le ragioni sin qui esposte, che l'estensione al coimputato non appellante della prescrizione del reato per effetto della disposizione cui all'articolo 587 c.p.p., si produce anche ove detta causa estintiva sia maturata successivamente al passaggio in giudicato della sentenza nei confronti dello stesso. Nella specie, risulta dagli atti che, interposto appello da [Omissis], [Omissis], dopo averne fatto richiesta con apposita memoria, ebbe a partecipare, come da verbale d'udienza del 24/10/2011, al giudizio di appello; risulta anche che la stessa sentenza impugnata, dopo avere erroneamente premesso che entrambi gli imputati ebbero a proporre appello (pag. 5), ha dato atto, a pag.10, dell'intervenuto deposito

L'ESTENSIONE DEL PROSCIoglimento ESTINTIVO

di memoria "da parte del coimputato non appellante, interessato all'effetto estensivo di una eventuale sentenza assolutoria del [Omissis]". Ciononostante, la stessa sentenza è giunta a pronunciare, in riforma della sentenza del Tribunale di Verona, la declaratoria di estinzione dei reati per intervenuta prescrizione senza operare, ne' in parte motiva, ne' in dispositivo, l'estensione della stessa in favore del [Omissis]; ne' la motivazione della sentenza spiega le eventuali ragioni ostative ad una tale estensione. Ne consegue come, sulla base del principio sopra affermato, la sentenza impugnata debba essere annullata senza rinvio; l'omissione rilevata può essere colmata da questa Corte mediante

l'espressa estensione del già disposto annullamento in favore del [Omissis], rientrando infatti nei poteri della Corte di Cassazione disporre l'estensione in *bonam partem* degli effetti della decisione al coimputato o ai coimputati non appellanti, non attuata dal giudice della sentenza impugnata (Sez.3, n. 20509 del 14/04/2011, Khemiri e altro, Rv. 250345).

[Omissis]

6. Ne consegue che la sentenza impugnata va annullata, quanto al ricorrente [Omissis], senza rinvio per essere entrambi i reati ascritti estinti per prescrizione.

[Omissis]

FRANCESCA ROMANA MITTICA

Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Operatività della prescrizione "postuma" nei confronti dell'imputato non appellante

The enforcement of the limitation period "subsequent" towards the not appellant co-defendant

Con la sentenza in epigrafe la Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sulla dibattuta questione della applicabilità della prescrizione, in via estensiva, al coimputato non appellante anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza. Dopo aver analizzato i due contrapposti orientamenti giurisprudenziali formati sul punto, la Corte fornisce una risposta positiva al quesito. Si tratta di una interpretazione, senz'altro condivisibile, che garantisce la piena operatività della previsione di cui all'art. 587 c.p.p. nella piena esplicazione del principio del "favor rei".

In this decision the Supreme Court (Corte di Cassazione) declares again about the controversial question of the wide enforceability of the limitation period towards the not appellant co-defendant also after the irrevocableness of the disposition. Once analyzed the two opposed opinions expressed by the case law, the Court gives a positive response to the question. It is certainly a valid interpretation that assures the full enforcement of the provision of the Article 587 of the Italian Code of Criminal Procedure through the full realization of the principle of "favor rei".

LA QUESTIONE

Il problema affrontato dalla sentenza in epigrafe concerne l'operatività della prescrizione, in via estensiva, al coimputato non appellante indipendentemente dal limite del giudicato.

Nel caso di specie, la Corte di Appello di Venezia, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Verona, dichiarava non doversi procedere nei confronti dell'imputato appellante in ordine

ai reati a lui ascritti poichè estinti per prescrizione.

Proponeva ricorso per cassazione il coimputato non appellante, il quale lamentava, in particolare, la violazione dell'art. 587 c.p.p., avendo la Corte di seconde cure omesso di estendere gli effetti della declaratoria della prescrizione nei suoi confronti.

Il ricorrente, a sostegno della propria pretesa, richiamava quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale l'effetto estensivo

dell'impugnazione opererebbe anche nel caso in cui la sentenza sia già divenuta esecutiva nei confronti del coimputato non impugnante prima che il termine prescrizione sia scaduto.

Nella pronuncia in commento la Corte di Cassazione si trova ad affrontare la dibattuta questione relativa alla possibilità per il coimputato che non abbia proposto appello di giovare dell'effetto estensivo dell'impugnazione, così come sancito dall'art. 587 c.p.p., anche nel caso in cui si sia verificata una causa estintiva del reato successivamente al passaggio in giudicato della sentenza emessa nei suoi confronti.

A tale riguardo appare opportuno ricordare che l'art. 587 c.p.p. dispone, al primo comma, che qualora la sentenza venga impugnata per motivi non esclusivamente personali¹, la censura proposta da uno degli imputati esplica i suoi effetti in senso favorevole anche nei confronti degli altri imputati senza prevedere limiti o eccezioni al risultato estensivo.

Si tratta di una previsione tesa a garantire il rispetto del fondamentale principio del *favor rei* «assunto dal legislatore come principio dell'ordinamento processuale, entro il quale l'impugnazione di una parte produce effetti *in utilibus* rispetto alle altre che non abbiano ritenuto di attivare il meccanismo di gravame o non abbiano esercitato efficacemente il diritto di impugnare»².

IL CONTRASTO INTERPRETATIVO

Fatte tali premesse, preme sottolineare come, in tema di estensione della declaratoria di estinzione del reato nei confronti del coimputato non appellante, siano venuti a delinearsi due diversi filoni interpretativi.

Secondo un primo orientamento, affinché una causa estintiva del reato legata al corso del tempo, così come la prescrizione, possa operare in via

estensiva, è necessario che la stessa preesista alla proposizione del ricorso da parte dell'imputato non appellante³.

In particolare si ritiene che il passaggio in giudicato della sentenza pronunciata nei confronti del coimputato che non abbia proposto impugnazione precluda l'operatività in via estensiva della prescrizione in suo favore⁴.

Tale tesi muove dal presupposto della natura di rimedio straordinario della previsione di cui all'art. 587 c.p.p.⁵ la quale implica necessariamente che della prescrizione maturata dopo il passaggio in giudicato della sentenza non possa giovare la persona nei cui confronti la stessa sia divenuta irrevocabile, essendo palese che, rispetto a tale soggetto, il successivo decorso del tempo non possa avere alcun effetto⁶.

³ Cfr. *ex pluribus* Cass., sez. IV, 20 dicembre 2011, n. 46942, *Il Sole 24 Ore*, *Lex24*; Cass., sez. II, 20 maggio 2009, n. 26078, *CED Cass.*, 244664; Cass., sez. IV, 18 marzo 2003, n. 23251, *CED Cass.*, 226007; Cass., sez. I, 23 ottobre 2000, n. 12369, *CED Cass.*, 217393.

⁴ In dottrina si è affermato che «deve necessariamente considerarsi irrevocabile, nei confronti dell'imputato non impugnante, la sentenza avverso la quale quest'ultimo, proprio perché non impugnante, altro rimedio non potrebbe, in proprio, esperire se non quello della revisione. L'irrevocabilità comporta poi, come automatica conseguenza, ai sensi dell'art. 650, comma 1, c.p.p. (anch'esso sostanzialmente ricalcato sulla analoga disposizione contenuta nell'art. 576, comma primo, del codice abrogato), la esecutività della sentenza [...] Onde eliminare detto rischio (n.d.r. il rischio che venga espiata una pena destinata ad essere successivamente cancellata) occorrerebbe, quindi, o un mutamento dell'assetto normativo [...], ovvero, quanto meno, un mutamento dell'indirizzo interpretativo ben più radicale di quello proposto nella sentenza annotata; un mutamento, cioè, che rimettesse in discussione il carattere di irrevocabilità della sentenza di condanna nei confronti del non impugnante, sulla base della semplice esistenza di un'impugnazione astrattamente estensibile proposta da altro imputato, facendo leva sul testuale tenore dell'art. 587, comma 1, c.p.p., secondo il quale l'impugnazione che non sia fondata su motivi esclusivamente personali «giova anche agli altri imputati». Si potrebbe infatti tentare di leggere quest'ultima espressione [...] nel senso che l'impugnazione si considera, *ab origine*, come se fosse stata proposta da ciascuno degli imputati con il naturale effetto, quindi, di impedire, per tutti, il passaggio in giudicato della sentenza. Non ci si può nascondere, tuttavia, che una tale innovativa interpretazione, sarebbe assai ardimentosa, oltre che foriera di problematiche teorico-pratiche la cui soluzione si presenterebbe tutt'altro che agevole» (Dubolino, *Effetto estensivo dell'impugnazione e sospensione dell'esecuzione: una discutibile decisione della Cassazione*, *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 815).

⁵ La natura di rimedio straordinario di tale meccanismo è stata affermata, in particolare, dalla sentenza Cass., Sez. Un., 24 marzo 1995, n. 9, *Cass. pen.*, 1995, 2497, con nota di Sparagna, *In tema di effetto estensivo dell'impugnazione*; *Riv. pen.*, 1996, 337, con nota di Russo, *Titolo sui generis di privazione della libertà personale: l'esecuzione provvisoria della sentenza penale*.

⁶ Cfr. Cass., sez. IV, 20 dicembre 2011, n. 46942, cit. la quale, richiamando la pronuncia delle Sezioni Unite del 24 marzo 1995 cit., afferma che «poiché il postulato logico-giuridico dell'art. 587 c.p.p., deve ravvisarsi nella formazione del giudicato rispetto al coimputato non impugnante, ne deriva, quale

¹ Autorevole dottrina ha posto in rilievo la mancanza di «una definizione esplicativa di cosa debba intendersi per motivi non personali [...]». Non rilevano in questa prospettiva le ragioni per cui si chiede l'accoglimento di quelle richieste, ma è appunto il *petitum* che può essere esteso a tutti. Infatti l'imputato non impugnante non si giova certo delle ragioni addotte a sostegno dell'impugnazione, bensì dell'accoglimento delle richieste. Sicché è la richiesta formulata con l'impugnazione che va considerata per stabilire se il motivo è personale o non personale» (Nappi, *Ambito oggettivo ed estensione soggettiva dei giudizi di impugnazione*, *Cass. pen.*, 2009, 7-8, 3239).

² Nuzzo, *Appunti sull'effetto estensivo delle impugnazioni penali*, *Arch. n. proc. pen.*, 2011, 1, 86. Nello stesso senso Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2001, 582; Valentini, *I profili generali della facoltà di impugnare*, AA. VV., *Le impugnazioni penali*, Gaito (diretto da), *Trattato*, II, 1998, 264.

L'ESTENSIONE DEL PROSCIoglIMENTO ESTINTIVO

Un secondo orientamento ritiene, al contrario, che la declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione operi a vantaggio dell'imputato non appellante sia nel caso in cui la predetta causa estintiva sia maturata nella pendenza del ricorso, sia quando la stessa si sia verificata antecedentemente⁷. Unico limite all'operatività esten-

logica conseguenza, che della prescrizione successivamente maturata non può beneficiare la persona nei cui confronti la sentenza è divenuta irrevocabile e, quindi, suscettibile di esecuzione: è invero di lampante evidenza che in tale situazione [...] rispetto all'imputato non appellante "il successivo decorso del tempo non poteva (e non può) più esplicitare alcuna influenza».

⁷ Nell'ambito di tale secondo orientamento, alcune pronunce arrivano a negare la configurabilità del giudicato per l'operatività dell'istituto della estensione dell'impugnazione. In questo senso Cass., sez. III, 4 novembre 1997, n. 3621, *CED Cass.*, 209969, secondo la quale la previsione di cui all'art. 587 c.p.p. determinerebbe una situazione per la quale il giudicato «non viene a formarsi fin quando il rapporto processuale è in discussione [...] Il rapporto processuale, dunque, non «muore» ma mantiene integra la sua vitalità nel caso in esame e comporta l'obbligo per il giudice del grado successivo di eseguire un duplice controllo: a) accertare che uno dei motivi, presentati da qualsiasi coimputato ritualmente impugnante, sia «non esclusivamente personale» (art. 587); b) verificare – pur nel caso d'infondatezza del medesimo – la sussistenza di una causa d'estinzione del reato nel momento in cui adotta la decisione e conseguentemente applicarla a tutti i coimputati, che a qualsiasi titolo abbiano concorso nell'illecito». In dottrina si veda Altieri, *Estensione dell'impugnazione. Breve commento all'art. 587 c.p.p.*, *Arch. n. proc. pen.*, 1998, 504: «La produzione di impugnazione estensibile impedisce ipso iure la formazione del giudicato senza limite soggettivo. L'estensione dell'impugnazione ha la funzione di comunicare al non impugnante tutti gli effetti utili dell'impugnazione realizzando una fattispecie di solidarietà processuale: conseguenza è quella di rimandare il momento formativo del giudicato per tutti i soggetti coinvolti, siano o no impugnanti, al verificarsi della decisione ultima sul fatto e sul processo.» e Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1995, 960 il quale ritiene che: «anche le domande fondate su motivi personali impediscano la irrevocabilità della decisione rispetto al non impugnante, sebbene non lo legittimino ad interloquire, sta alla finestra lucrando l'eventuale decisione assolutoria ex art. 129; il giudicato sopravviene simultaneamente rispetto all'imputato ed a lui». Si veda anche Marandola, *L'«effetto estensivo» dell'impugnazione: questioni applicative e sistematiche*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 4, 488-497: «Riconosciuto al beneficiario lo status di parte processuale, le riflessioni formulate sollecitano la condivisione di quell'impostazione che – a fronte delle molteplici condizioni legali – prospetta, dunque, la necessità d'impedire il passaggio in giudicato della decisione, quantomeno nei confronti del coimputato non appellante che partecipando al giudizio, evidenzia un concreto, positivo, inequivocabile comportamento, superando la precedente acquiescenza o l'errata invocazione di un nuovo giudizio». Altra parte della giurisprudenza, invece, fa leva sul carattere non esclusivamente personale dei motivi di gravame, per giungere ad affermare che l'effetto estensivo operi qualunque sia il rapporto temporale tra la formazione del giudicato e il verificarsi della prescrizione. Così Cass., sez. III, 8 luglio 1997, n. 9553, *CED Cass.*, 209631: «L'effetto estensivo della prescrizione che maturi nella pendenza del ricorso per cassazione produce i suoi effetti anche con riferimento agli imputati non ricorrenti indipendentemente dalla fondatezza dei motivi prospettati dal ricorrente, purché non di natura strettamente personale»; Cass., sez. IV, 11 novembre 2004, n. 10180, *CED Cass.*, 231133, secondo la quale «l'inammissibilità dell'impugnazione

siva dell'impugnazione sarebbe costituito, infatti, solo dalla natura non esclusivamente personale dei motivi di impugnazione.

LA DECISIONE

I Giudici della Terza Sezione penale aderiscono al secondo orientamento.

Innanzitutto si sottolinea che l'art. 587 c.p.p. prevede testualmente che nell'ipotesi di concorso di più persone nel medesimo reato l'impugnazione proposta da uno dei coimputati giova anche agli altri imputati, purché non fondata su motivi esclusivamente personali.

Nella sentenza in commento la Suprema Corte afferma che qualora si escludesse che la prescrizione possa trovare applicazione in via estensiva nell'ipotesi in cui la sentenza relativa all'imputato non appellante sia divenuta irrevocabile, si finirebbe per «disattendere la stessa ratio del meccanismo in questione».

È proprio la previsione della estensione degli effetti favorevoli dell'impugnazione a presupporre necessariamente che la stessa possa condurre a rimuovere il passaggio in giudicato della sentenza nei confronti dell'imputato che non abbia proposto appello.

Secondo i Giudici di legittimità, seguendo il primo indirizzo giurisprudenziale, si dovrebbe ritenere che il passaggio in giudicato della sentenza nei confronti del coimputato non appellante renda il motivo di gravame di natura personale con la conseguenza che l'istituto della estensione non potrebbe in realtà mai operare.

Al contrario, così come si ricava dal combinato disposto degli articoli 587 e 601 c.p.p., il senso del meccanismo dell'istituto dell'estensione dell'impugnazione «è proprio quello di consentire all'imputato non impugnante di usufruire del trattamento più favorevole di quello della sentenza di primo grado che egli avrebbe potuto ottenere ove avesse, invece, proposto gravame».

Nella sentenza in epigrafe, inoltre, si obietta il richiamo operato dall'orientamento più restrittivo alla pronuncia delle Sezioni Unite n. 9 del 24 marzo

non impedisce la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione qualora altro impugnante abbia proposto valido atto di gravame, atteso che l'effetto estensivo della impugnazione produce i suoi effetti anche con riferimento all'imputato non ricorrente (o il cui ricorso sia inammissibile) ed indipendentemente dalla fondatezza dei motivi dell'imputato validamente ricorrente purché non di natura esclusivamente personale: ciò sia quando la prescrizione sia maturata nella pendenza del ricorso, sia quando sia maturata antecedentemente».

1995. I sostenitori della tesi contraria alla estensione della prescrizione nel caso in cui la sentenza emessa nei confronti dell'imputato non appellante sia divenuta irrevocabile, infatti, giustificano il loro convincimento sulla base di quanto affermato dalla Sezioni Unite appena citate⁸.

In realtà la Corte precisa, innanzitutto, che la fattispecie decisa dalle Sezioni Unite era ben diversa da quella ad essa sottoposta: si trattava del ricorso proposto dall'imputato il quale, dichiarato inammissibile l'appello svolto avverso la sentenza di condanna pronunciata nei propri confronti, si lamentava dell'avvenuta emissione dell'ordine di carcerazione nonostante altro imputato avesse nel frattempo a sua volta proposto appello formulando motivi di gravame di natura non personale e il relativo giudizio non si fosse ancora concluso.

Secondo i Giudici della Terza Sezione, nella sentenza n. 9/1995 citata, «la Corte si è quindi limitata ad affermare che il fenomeno processuale dell'estensione dell'impugnazione in favore del coimputato non impugnante (o l'impugnazione del quale sia stata dichiarata inammissibile), opera di diritto come rimedio straordinario che, solo al verificarsi dell'evento consistente nel riconoscimento, in sede di giudizio conclusivo sul gravame, del motivo non esclusivamente personale dedotto dall'imputato non diligente, è idoneo a revocare il giudicato in favore del non impugnante, rendendo questi partecipe del beneficio conseguito dal coimputato; sicché, ha aggiunto la Corte, fino a quando non si sia verificato tale effetto risolutivo, il predetto fenomeno processuale non spiega influenza alcuna sulla esecutorietà della sentenza relativa al rapporto processuale concernente il non impugnante od equiparato».

In altri termini, nella pronuncia in commento, si pone in risalto che, da un'attenta lettura della sen-

⁸ Cfr. Cass., sez. IV, 20 dicembre 2011, n. 46942 cit.: «Mette conto sottolineare, in proposito, che le Sezioni Unite di questa Corte (Cass. Sez. UN., 24 marzo 1995, Cacciapuoti) hanno avuto modo di precisare che il fenomeno processuale della estensione dell'impugnazione in favore del coimputato non impugnante, previsto e disciplinato dall'articolo 587 c.p.p., non impedisce che la sentenza diventi irrevocabile e acquisti esecutorietà nei confronti di quest'uomo, atteso che l'effetto estensivo ha natura di rimedio straordinario che, in caso di accoglimento di motivi non esclusivamente personali, dedotti dall'imputato impugnante, opera quale condizione risolutiva del giudicato permettendo che il non impugnante si giovi del risultato favorevole conseguito dal coimputato; e poiché il postulato logico-giuridico dell'articolo 587 c.p.p., deve ravvisarsi nella formazione del giudicato rispetto al coimputato non impugnante, ne deriva, quale logica conseguenza, che della prescrizione successivamente maturata ne può beneficiare la persona nei cui confronti la sentenza è divenuta irrevocabile e, quindi, suscettibile di esecuzione: è invero di lampante evidenza che in tale situazione [...] rispetto a quest'ultimo il successivo decorso del tempo non poteva (e non può) più esplicitare alcuna influenza».

tenza delle Sezioni Unite, al contrario di quanto sostenuto dal primo indirizzo giurisprudenziale, dovrebbe giungersi alla conclusione che, una volta che sia intervenuta una pronuncia idonea a produrre i suoi effetti favorevoli nei confronti del coimputato non appellante, il passaggio in giudicato nel frattempo verificatosi per quest'ultimo verrebbe inevitabilmente travolto.

La Terza Sezione conclude enunciando il seguente principio di diritto: «L'estensione al coimputato non appellante della prescrizione del reato per effetto della disposizione di cui all'art. 587 c.p.p. si produce anche ove detta causa estintiva sia maturata successivamente al passaggio in giudicato della sentenza nei confronti dello stesso».

CONCLUSIONI

Orbene, l'orientamento che esclude l'estensione del proscioglimento estintivo nel caso di intervenuta prescrizione, al di là delle considerazioni sopra esposte, verrebbe a ledere tanto il principio del *favor rei* desumibile dall'art. 25 Cost. quanto il principio di eguaglianza di cui all'art. 3, primo comma, Cost. originando il rischio che alcuni soggetti non possano godere dell'effetto estensivo dell'impugnazione del coimputato non appellante e vengano così trattati in modo diverso per evenienze meramente casuali e comunque non riconducibili a loro scelte quale ad esempio il semplice ordine di trattazione dei processi da cui dipende, a sua volta, il maturare della prescrizione. Invece, la *ratio legis* dell'art. 587 c.p.p. è proprio quella di garantire la parità di trattamento nei confronti di più soggetti che si trovano in eguali situazioni giuridiche sostanziali o processuali, ovvero tra di loro interdipendenti⁹.

Per cui una disparità di trattamento non avrebbe alcun fondamento e semmai andrebbe a cozzare con lo stesso principio costituzionale del giusto processo regolato dalla legge¹⁰.

Del resto ove si ritenesse di dover accogliere la tesi contraria alla giurisprudenza da ultimo richia-

⁹ In giurisprudenza cfr. Cass., sez. VI, 12 dicembre 1994, n. 2381, *CED Cass.*, 201245, la quale, sebbene ritenga che «l'estensione dell'impugnazione costituisce un rimedio che non è in grado di precludere il formarsi *ab initio* del giudicato» riconosce, comunque, che si tratta di uno «strumento volto ad impedire contraddittorietà di giudicati, dettato dall'immanente *ratio ispiratrice del favor rei*».

¹⁰ La dottrina ha avuto modo di sottolineare come il *giusto processo* «si riferisce ad un concetto ideale di giustizia, che presiste rispetto alla legge e che è più direttamente collegato a quei diritti inviolabili di tutte le persone coinvolte nel processo, che lo Stato, in base all'art. 2 Cost., si impegna a riconoscere» (Tonini, *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, Milano, 2011, 14).

L'ESTENSIONE DEL PROSCIoglIMENTO ESTINTIVO

mata e si riconoscesse, quindi, al giudicato un carattere preclusivo dell'operatività dell'art. 587 c.p.p., si dovrebbe concludere per un effetto distorsivo della stessa disposizione in esame. Infatti si potrebbe lamentare che l'estensione dell'impugnazione alla parte non appellante finirebbe per allungare in modo irragionevole la durata del processo nei confronti del medesimo.

Tuttavia una dilatazione dei tempi del processo e delle conseguenze processuali è consentita dal sistema proprio in ragione del più ampio principio del *favor rei*.

A tale riguardo, preme ribadire che, sebbene il giudicato costituisca un limite invalicabile, in ossequio al *favor rei*, nel caso in esame l'irrevocabilità non si verrebbe a formare: così come il divieto di *bis in idem* così anche la fattispecie di cui all'art. 587 c.p.p. costituisce un'eccezione alla definitività del giudicato.

In conclusione, una soluzione diversa da quella prospettata nella sentenza annotata non sarebbe in linea con le ragioni di tutela dell'ordinamento, nella specie quella di certezza del diritto, ma per di più violerebbe l'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) che secondo l'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, da un lato, sancisce implicitamente il principio di retroattività dei trattamenti penali più favorevoli e, dall'altro, ingloba nel concetto di legalità in

materia penale non solo il diritto di produzione legislativa ma anche quello di derivazione giurisprudenziale, con conseguente possibile lesione anche degli artt. 5 e 6 della CEDU a tutela, rispettivamente, del diritto alla libertà e alla sicurezza e del diritto all'equo processo¹¹.

¹¹ Come ha precisato la dottrina, «un rilievo centrale è destinato ad assumere, nel condizionare gli sviluppi evolutivi del diritto penale nazionale, l'art. 7 della Convenzione, il cui primo comma, nell'esaminare il profilo dell'efficacia nel tempo della legge penale, sancisce che i cittadini dei Paesi membri della Convenzione non possono essere condannati per un fatto non previamente previsto come reato dal diritto vigente, ovvero non possono essere assoggettati a pene più gravi di quelle applicabili al momento della commissione del fatto». Come osservato dalla stessa Corte europea, l'art. 7, comma 1, «non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a detrimento dell'imputato. Consacra altresì, in modo più generale, il principio di legalità in ordine ai delitti e alle pene, e quello che impone la non applicazione estensiva o analogica della legge penale a detrimento dell'imputato: ne deriva che un illecito deve essere definito dalla legge in modo chiaro. [...] non può dirsi che il citato art. 7, comma 1, sia norma di basso profilo e di scarsa incidenza applicativa. Le relative implicazioni emergono se si considerano i significativi contenuti che la giurisprudenza CEDU ha assegnato al principio di legalità enunciato nella richiamata disposizione; contenuti che hanno indotto non pochi a ritenere smentita nei fatti la tesi secondo cui le norme della Convenzione europea, in quanto volte semplicemente a garantire un minimo comune denominatore di tutela, non sarebbero idonee ad offrire ai diritti dell'uomo una protezione più avanzata e completa di quella assicurata dalle leggi interne dei singoli Stati». (Garofoli, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, 2012, 21-22).

SIMONA ARASI*

Dottoranda di ricerca in diritto Pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Quale *status* per il dichiarante “concorrente”, “connesso” o “collegato” nei cui confronti è stata disposta l’archiviazione?

*The witness and the status
of “concurrent”, “connected” or “linked”
accused on which a provision
of dismissal has been disposed*

Ad oltre dieci anni dalla legge sul giusto processo non risultano ancora sopiti i dubbi in ordine alla complessa materia dell’incompatibilità a testimoniare dell’imputato concorrente, connesso o collegato, *in primis* nell’ipotesi in cui sia disposto un provvedimento di archiviazione. In carenza di una disciplina normativa adeguata, si pone il problema di delineare la “corretta” qualifica soggettiva da attribuire a tali soggetti nel rispetto, ed attraverso un bilanciamento, dei principi costituzionali che permeano il sistema, innanzitutto del diritto al silenzio e del diritto di confrontarsi con l’accusatore.

For over ten years from the law on fair trial had not yet been dormant the doubts about the complex issue of the incompatibility to witness of the concurrent, connected or linked accused, primarily in the event that a provision of dismissal has been disposed. In the absence of appropriate legislation, the problem arises to describe the “correct” subjective qualification to be given to such persons in accordance with, and through a balancing of, constitutional principles that permeate our system, primarily the right to silence and the right of confrontation with the accuser.

CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

La complessa, quanto delicata, materia dell’incompatibilità a testimoniare dell’imputato “concorrente”, “connesso” o “collegato” nei cui confronti sia stata disposta archiviazione rappresenta uno dei profili più dibattuti nell’ambito del processo penale. Nella prassi ci si interroga su quale sia l’istituto attraverso il quale è possibile sentire l’ex indagato-

imputato connesso o collegato nei cui confronti sia stata disposta l’archiviazione.

Prima di procedere alla disamina del tema occorre premettere brevi cenni sull’istituto della testimonianza assistita.

La legge sul giusto processo¹, introduttiva

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

dell'art. 197-bis c.p.p., ha tentato di trasformare l'imputato che renda dichiarazioni sulla responsabilità altrui in un vero e proprio testimone². Conseguentemente si è ridotta l'area dell'incompatibilità a testimoniare di quei soggetti che rivestono una posizione "ibrida", da un lato, terzi rispetto all'imputato del procedimento principale e, dall'altro, non indifferenti all'esito della regudicanda, in considerazione della connessione con gli addebiti a proprio carico³.

Ove si seguano le cadenze dell'incompatibilità a testimoniare, delineata dall'art. 197 c.p.p., è possibile distinguere tra due categorie di testimoni assistiti: 1) le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 lett. a) e c) c.p.p. o collegato ex art. 371, comma 2, lett. b) c.p.p. nei cui confronti sia stata emessa sentenza irrevocabile di proscioglimento, condanna o applicazione della pena su richiesta delle parti, che diventano compatibili come testimoni automaticamente, per il mero fatto di essere stati giudicati (art. 197-bis, comma 1, c.p.p.)⁴; 2) gli imputati connessi teleologicamente o collegati (artt. 12, lett. c) e 371, comma 2, lett. b) c.p.p.) il cui procedimento sia ancora pendente o chiuso con un provvedimento non irrevocabile (art. 197-bis, comma 2, c.p.p.). Questi ultimi possono essere escussi come testimoni assistiti solo se, previo avvertimento in tal senso ex art. 64, comma 3, lett. c) c.p.p., hanno reso dichiarazioni su fatti concernenti la responsabilità altrui⁵.

Unanime risulta la giurisprudenza nel ritenere che l'imputato connesso o collegato ove sia intervenuta sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. diviene compatibile con la qualifica di teste assistito a prescindere dal fatto che abbia ricevuto l'avvertimento ai sensi dell'art. 64, comma 3, lett. c) c.p.p. ed abbia in precedenza reso dichiarazioni sul fatto altrui⁶. Gli imputati giudicati, infatti,

risulterebbero tutelati in virtù del principio del *ne bis in idem* (art. 649 c.p.p.).

L'art. 197-bis c.p.p. prevede una pluralità di garanzie a favore del testimone assistito funzionali al pieno rispetto del principio del *nemo tenetur se detegere*, considerato un «*corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa*»⁷. La Corte costituzionale ha ritenuto legittimo il riconoscimento del privilegio contro l'autoincriminazione, giustificandolo con il fine di evitare che l'imputato connesso o collegato, che abbia assunto la qualità di testimone assistito, si trovi "costretto" a rendere dichiarazioni autoincriminanti. Con tale fugace accenno la Consulta ha palesato come il meccanismo dell'avvertimento ex art. 64, comma 3, lett. c) c.p.p. e la dinamica delle dichiarazioni *erga alios* non siano idonei a garantire una rinuncia pienamente consapevole al diritto al silenzio. Per tale ragione, nelle ipotesi in cui i *relata* attingano anche la propria responsabilità, l'ordinamento allestisce una "tutela di secondo livello" attraverso il privilegio contro l'autoincriminazione che continua a proteggere l'imputato connesso o collegato dagli esiti esiziali di scelte locutorie "avventate".

Ad una disamina dettagliata delle regole in materia di testimonianza assistita emergono una pluralità di lacune, che costringe gli organi inquirenti e giudicanti a svolgere dei complessi accertamenti incidentali al fine di individuare quale sia il corretto *status* del dichiarante, con conseguente rischio di rallentamento dello svolgimento dei processi o di paralisi dell'efficacia dell'esame⁸. Palese risulta l'incompletezza dell'elenco dei provvedimenti previsti dall'art. 197 lett. a) e b) c.p.p. come causa di cessazione dell'incompatibilità; innanzitutto, mancano i provvedimenti di archiviazione (decreto o ordinanza).

Non si può non evidenziare che spesso, nella prassi, nel corso delle indagini cumulative una o più posizioni vengono archiviate in modo talora rapido o, a seguito di un'accusa pretestuosa da parte dell'imputato, un testimone è iscritto per dovere d'ufficio nel registro degli indagati e poi archiviato in immediata successione. Si pone il problema di evitare che questo dichiarante sia assoggettato all'obbligo di riscontri, ossia al rafforzato sistema di verifica descritto nell'art. 192, comma 3, c.p.p.⁹.

¹ Legge 1 marzo 2001, n. 63, G.U., 22 marzo 2001, n. 68.

² Daniele, *Lacune della disciplina sulla testimonianza assistita*, Cass. pen., 2005, 1.

³ D'Ambrosio, *La giustizia ingiusta*, Milano, 2005, 510. L'Autore indica tale figura mediante l'uso di una suggestiva definizione, quella di "impumone", volta a combinare in un unico concetto le distinte figure dell'imputato e del testimone.

⁴ Cass., sez. VI, 30 maggio 2003, n. 24075, C.E.D. Cass., n. 226081.

⁵ Amodio, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, Cass. pen., 2001, 3587 ss. Per un'analisi più dettagliata si veda Scalfati, *Aspetti dell'acquisizione dibattimentale di fonti dichiarative*, Ind. pen., 2003, 629 ss.

⁶ In relazione all'ipotesi di assoluzione irrevocabile per non aver commesso il fatto il la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 3 e 6 dell'art. 197-bis c.p.p. nella parte in cui prevedono, rispettivamente, l'assistenza di un difensore e la necessità dei riscontri in relazione alle

dichiarazioni rese dal testimone assistito. Si veda Corte cost., n. 381 del 2006, *Dir. pen. proc.*, 2007, 316.

⁷ Corte cost., 20 novembre 2002, n. 485, reperibile sul sito: <http://www.giurcost.org>.

⁸ Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 260.

⁹ La dottrina maggioritaria ha ravvisato una contraddizione: la legge, successivamente all'assunzione da parte degli imputati connessi e collegati della qualifica di testimoni assistiti, non ha

ARASI / QUALE STATUS PER IL DICHIARANTE "CONCORRENTE", "CONNESSO" O "COLLEGATO"

La qualifica processuale del dichiarante dopo il provvedimento di archiviazione: quadro giurisprudenziale

Il silenzio normativo poc'anzi illustrato può essere interpretato in diversi modi, a seconda di come si effettui il giudizio di bilanciamento tra il diritto al silenzio dell'imputato, garantito dall'art. 24 Cost., e la necessità che chi abbia accusato altre persone non possa avvalersi in dibattimento della facoltà di tacere, nel rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della prova ex art. 111, comma 4, Cost.

Dottrina e giurisprudenza non hanno ancora adottato un orientamento unanime sullo status da attribuire al soggetto archiviato. Nello specifico, tre risultano gli orientamenti particolarmente seguiti, soprattutto prima dell'intervento delle Sezioni Unite intervenute nel 2009, del quale si dirà a breve.

Un primo orientamento, inizialmente minoritario ed accolto prevalentemente dalla giurisprudenza di merito¹⁰, ritiene che l'archiviato può essere sentito come testimone comune. Il provvedimento di archiviazione, al quale tale indirizzo ha equipara-

fiducia nel dichiarante ed impone che le sue dichiarazioni possano essere utilizzate soltanto in presenza di riscontri (art. 192 comma 3 c.p.p. richiamato dal 197-bis c.p.p.). V. Trib. Novara, ord. 4 luglio 2003, *Il merito*, 2003, I, 91, che ha sollevato eccezione di incostituzionalità dell'art. 197-bis c.p.p. nella parte in cui prevede l'applicazione della regola di cui all'art. 192 comma 3 c.p.p. alle dichiarazioni rese dai testimoni assistiti "giudicati". Ad avviso del Tribunale, almeno con riguardo a tale categoria di dichiaranti la presunzione di inaffidabilità dovrebbe cadere. Con ordinanza 22 luglio 2004, n. 265, <http://www.giurcost.org>, la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione sul rilievo che non esiste una totale equivalenza delle figure del teste ordinario e del teste "assistito". Ad avviso della Corte, la norma che impone i riscontri trova la sua ratio fondante nella considerazione che chi è stato imputato in un procedimento connesso o collegato, anche dopo la sentenza irrevocabile, «non è mai completamente "terzo" rispetto alla imputazione cui la pena applicata si riferisce; l'originario coinvolgimento nel fatto lascia infatti residuare un margine di "contiguità" rispetto al procedimento, che si riflette sulla valenza probatoria della dichiarazione». «In questa prospettiva, l'assoggettamento delle dichiarazioni del "teste assistito" alla regola della necessaria "corroborazione" con riscontri esterni, di cui all'art. 192 comma 3 c.p.p., lungi dal determinare un vulnus del principio di uguaglianza, si risolve in un esercizio - non irragionevole - della discrezionalità che al legislatore compete nella formazione degli istituti processuali: e ciò tanto più a fronte del fatto che la regola censurata si inserisce in un più ampio "corpo" di garanzie - quali quelle delineate dallo stesso art. 197-bis c.p.p. - che, ad onta del contrario avviso del giudice a quo, riflettendo anch'esse la particolare relazione che lega il dichiarante alla regiudicanda, fanno in via generale del "testimone assistito" una figura significativamente differenziata, sul piano del trattamento normativo, rispetto al teste ordinario». La Corte ha lasciato soltanto un minimo spazio al libero convincimento affermando che «la sussistenza o meno di un obbligo di verità del dichiarante potrà essere comunque opportunamente valorizzata dal giudice, in sede di determinazione dell'entità del riscontro esterno idoneo a confermare l'attendibilità della dichiarazione di cui si tratta».

¹⁰ Cfr. Trib. Messina, ord. 9 luglio 2002, *Giur. merito* 2003, 750 e Trib. Fermo, 11 febbraio 2003, *Arch. n. proc. pen.*, 2003, 145.

to la sentenza di non luogo a procedere, comporta la perdita della qualifica di indagato, con conseguente impossibilità di applicare l'art. 197 c.p.p., che menziona i soggetti "imputati" e si estenderebbe, attraverso la clausola di equiparazione tra imputato ed indagato disciplinata dall'art. 61 c.p.p., solo agli indagati "attuali".

In altri termini, l'incompatibilità con l'ufficio di testimone ex art. 197 c.p.p., possedendo un carattere eccezionale rispetto al principio della generale capacità di testimoniare statuito dall'art. 196 c.p.p., non può essere soggetta ad interpretazione né estensiva né analogica. Pertanto, poiché l'incompatibilità è prevista esclusivamente per l'imputato e, in virtù del disposto di cui all'art. 61 c.p.p., per la persona sottoposta alle indagini, la stessa non può trovare applicazione nei confronti di chi, originariamente indagato, sia stato poi destinatario di un provvedimento di archiviazione. Nei confronti di quest'ultimo si applicherebbe, invece, la disciplina generale¹¹.

Tale tesi ha riscontrato, da parte della dottrina, delle critiche di tipo formale. Nel dettaglio, si è affermato che se il semplice fatto di non essere più "imputato" o "indagato" facesse cessare l'incompatibilità, a rigore non vi sarebbe stata necessità di menzionare espressamente nell'art. 197 c.p.p. neppure la sentenza irrevocabile, poiché anche tale provvedimento determina la perdita della qualità di "imputato" (art. 60, comma 2, c.p.p.). Dunque, l'art. 197 lett. a) e b) rappresenterebbe una superfetazione *in parte qua*. Nella norma da ultimo citata il termine "imputato" sarebbe adoperato dal legislatore in modo "atecnico"¹².

Un secondo indirizzo, meno garantista, equiparando i soggetti *de quibus* agli imputati giudicati con sentenza irrevocabile, asserisce che si applichi sempre il regime della testimonianza assistita¹³. Quale argomento volto a suffragare tale tesi, si afferma che l'archiviazione, al pari della sentenza di non luogo a procedere, costituisce un epilogo procedimentale analogo alle sentenze irrevocabili espressamente menzionate dagli artt. 197 e 197-bis, comma 1, c.p.p. L'incompatibilità a testimoniare costituisce un'eccezione alla regola in base alla quale tutti possono e debbono deporre come testimoni; dunque, gli epilo-

¹¹ Coletta, *Diritto al silenzio della persona già sottoposta ad indagini preliminari e compatibilità con l'ufficio di testimone*, *Arch. n. proc. pen.*, 2002, 701.

¹² Conti, *Questioni controverse in tema di prova dichiarativa a quattro anni dalla legge n. 63 del 2001*, *Cass. pen.*, 2005, 658.

¹³ Fanuli-Laurino, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione dopo la legge sul c.d. giusto processo: un nodo apparentemente irrisolto*, *questa rivista*, 2002, 3943, i quali prospettano come principio generale dell'ordinamento l'«obbligo di rispondere per garantire il contraddittorio».

ghi che fanno cessare l'incompatibilità rappresenterebbero l'eccezione dell'eccezione e come tali ripristinerebbero la regola. Ne consegue che, in quanto espressione di un principio generale, potrebbero essere estesi per analogia.

Anche tale tesi, diretta ad estendere analogicamente i provvedimenti conclusivi menzionati dall'art. 197 lett. a) e b), è stata oggetto di critiche da parte della dottrina. In primo luogo, su un piano formale in quanto è inaccettabile l'estensione analogica di una norma formulata come un elenco tassativo di eccezioni alla regola generale in base alla quale gli imputati connessi o collegati sono incompatibili con la qualifica di testimone¹⁴.

Un ulteriore rilievo, di tipo sostanziale, consisterebbe nel fatto che, anche ove si volesse applicare il criterio dell'analogia, nell'ipotesi in oggetto mancherebbe l'identità di *ratio*. Infatti, mentre l'imputato condannato, prosciolto o "patteggiato" è tutelato dal principio del *ne bis in idem*, l'archiviazione è un provvedimento definitivo soltanto allo stato degli atti¹⁵. Il soggetto nei cui confronti sia stata disposta l'archiviazione ove fosse sentito come teste, sia pure assistito, potrebbe compromettere la propria posizione processuale, a prescindere dalla possibilità di estendere, analogicamente, l'utilizzabilità *contra se* delle dichiarazioni prevista dall'art. 197-bis, comma 5, c.p.p.

Un terzo orientamento ritiene che sussista un'incompatibilità tra il destinatario dell'archiviazione e la qualità di testimone, con conseguente applicazione del regime delineato dall'art. 197 lett. a) e b) c.p.p. in relazione agli indagati ed imputati con procedimento pendente¹⁶. Se l'archiviazione è intervenuta nell'ambito di un procedimento connesso per concorso nel medesimo reato (art. 12 lett. a) c.p.p.), l'incompatibilità dell'*ex* indagato permane per sempre. In caso di procedimento connesso teleologicamente o collegato (artt. 12 lett. c) c.p.p.) e 371, comma 2 lett. b), c.p.p., la persona resta incompatibile tranne, previo rituale avvertimento *ex* art. 64, comma 3 lett. c), c.p.p., nell'ipotesi in cui renda dichiarazioni *erga alios*, ove assumerà la qualifica di teste assistito in relazione al singolo fatto dichiarato. Il legislatore

avrebbe deliberatamente lasciato l'ipotesi dell'archiviazione, al pari di quella della sentenza di non luogo a procedere, nell'area dell'incompatibilità.

A suffragio di tale tesi parte della dottrina ha rinvenuto un argomento letterale. Nel dettaglio, il secondo periodo dell'art. 197-bis, comma 4, c.p.p. disciplinante il privilegio contro l'autoincriminazione degli imputati connessi teleologicamente o collegati che depongono come testimoni assistiti sul fatto altrui, stabilisce che a tali soggetti non possono essere rivolte domande sui «fatti per i quali si procede o si è proceduto» nei loro confronti.

La clausola «*si è proceduto*» fa riferimento a tutte le ipotesi nelle quali sia intervenuto un provvedimento conclusivo del procedimento diverso dalla sentenza irrevocabile di proscioglimento, condanna o patteggiamento che fa cadere *in toto* l'incompatibilità a testimoniare. Occorre rilevare che con riferimento a tali ipotesi, il Parlamento è stato più garantista della Corte costituzionale¹⁷.

Parte della dottrina ha tratto dall'art. 197 c.p.p. una distinzione tra soggetti mai indagati o imputati, che sono compatibili a testimoniare, e soggetti non più indagati o imputati che, per esserlo stati in passato, non sono ormai equiparabili ad un *quivis de populo*¹⁸. Una simile conclusione è confermata dal rilievo che, anche qualora intervenga una sentenza irrevocabile di assoluzione, sia pure con la più ampia delle formule terminative, la legge attribuisce lo *status* di teste assistito e non di testimone comune.

Al fine di attribuire un significato autonomo all'espressione «*si è proceduto*», si dovrebbe concludere che la facoltà di astenersi dal deporre prevista dal secondo periodo dell'art. 197-bis, comma 4, c.p.p. riguardi anche gli imputati di reato connesso

¹⁴ Occorre sottolineare che i provvedimenti previsti dall'art. 197 c.p.p. (condanna, proscioglimento e patteggiamento) sono richiamati dall'art. 197-bis c.p.p., con conseguente necessità di integrare in via ermeneutica anche l'elencazione riproposta in tale norma.

¹⁵ Occorre rammentare che l'archiviazione può essere superata dal decreto di riapertura delle indagini, emesso ai sensi dell'art. 414 c.p.p. sull'evanescente presupposto costituito dalla esigenza di nuove investigazioni.

¹⁶ Cfr. Trib. Piacenza, 7 maggio 2003, *Arch. n. proc. pen.*, 2003, 489.

¹⁷ Corte cost., sent. 11 luglio 2000, n. 294, *Ind. pen.*, 2000, 1263. Con tale pronuncia la Corte costituzionale aveva affermato che l'imputato in un procedimento collegato era incompatibile soltanto fino a quando il procedimento a suo carico era pendente. Qualunque provvedimento conclusivo, compresa l'archiviazione, sarebbe stato idoneo a recidere il legame derivante dal collegamento probatorio. Nel sistema attuale, invece, l'imputato collegato (così come l'imputato connesso) resta incompatibile con la qualifica di teste, anche se nei suoi confronti è stata disposta archiviazione o sentenza di non luogo a procedere. In dottrina si veda Fanuli-Laurino, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione dopo la legge sul c. d. giusto processo: un nodo apparentemente irrisolto*, *Cass. pen.*, 2002, 3937. Nello stesso senso, non senza toni critici, Ciaravolo-Tranquillo, *L'audizione della persona già indagata di reato*, *Dir. pen. e proc.*, 2002, 493. Allo stesso modo, il collegamento probatorio *ex* art. 371 comma 2 lett. b) c.p.p. è stato esteso a ricomprendere anche le ipotesi di reato commesso in danno reciproco, originariamente disciplinate all'art. 371 comma 2 lett. a) c.p.p. e, in quanto tali, escluse dalla disciplina della incompatibilità a testimoniare.

¹⁸ Conti, *Questioni controverse in tema di prova dichiarativa*, cit., 3.

ARASI / QUALE STATUS PER IL DICHIARANTE "CONCORRENTE", "CONNESSO" O "COLLEGATO"

o collegato in riferimento a cui sia stata pronunciato provvedimento di archiviazione, alla condizione che abbiano già acquisito la veste di testimone per aver reso affermazioni *erga alios* in pendenza del procedimento a loro carico. In altri termini, questi soggetti dovrebbero essere esaminati come testimoni assistiti, con le relative garanzie di cui all'art. 197-bis c.p.p.¹⁹.

Tale regola non varrebbe per gli imputati di reato connesso o collegato i quali, usciti dal procedimento a loro carico a seguito della pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere o di un'archiviazione, non abbiano reso in precedenza dichiarazioni sulla responsabilità altrui, e quindi non siano già divenuti testimoni assistiti. Dunque, la possibilità di acquisire lo *status* di testimone assistito dipenderebbe, irragionevolmente, dalla mera eventualità che gli imputati di reato connesso o collegato abbiano reso affermazioni *erga alios* prima della conclusione del procedimento a loro carico con archiviazione. Conseguentemente, si verrebbe a creare un contrasto con l'art. 3 Cost.

Le Sezioni Unite²⁰, chiamate a comporre questo frastagliato quadro esegetico, hanno aderito prevalentemente al primo indirizzo citato, ossia all'escusione dei soggetti *de quibus* come testimoni comuni. Per la prima volta le posizioni dell'indagato archiviato e dell'imputato prosciolti in udienza preliminare sono state assoggettate ad una disciplina divaricata²¹.

¹⁹ Cfr. sul punto Bricchetti, *Le figure soggettive*, cit., 1277 ss. L'Autore ritiene che, una volta acquisito lo *status* di testimone assistito ex art. 64, comma 3 lett. c), c.p.p., «nessuna norma prevede che il provvedimento d'archiviazione (o la sentenza di non luogo a procedere) determina la cessazione di tale status».

²⁰ Cass., Sez. un., 17 dicembre 2009, n. 12067, *Cass. pen.*, 2010, 2583 ss.

²¹ Occorre rammentare che fino ad oggi tali provvedimenti erano stati sempre tradizionalmente accomunati in ragione del minore connotato di stabilità che li distingueva rispetto alle sentenze emesse all'esito del giudizio. L'art. 197 lett. a) nella versione del 1988 menzionava espressamente la sentenza di non luogo a procedere stabilendo che essa non era idonea a far cessare l'incompatibilità a testimoniare. La norma, tuttavia, taceva in relazione all'omologa questione dello *status* da attribuire all'archiviato. Al riguardo, la Corte costituzionale si era pronunciata con sentenza 18 marzo 1992, n. 108, *Giur. cost.*, 1992, 984, statuendo che nell'area dell'incompatibilità a testimoniare rientrava anche l'imputato connesso nei cui confronti fosse stata pronunciata archiviazione. Differente la posizione assunta dalla stessa relativamente alle ipotesi di collegamento probatorio. In particolare, nella sentenza interpretativa di rigetto n. 294/2000, aveva asserito che qualunque provvedimento conclusivo del procedimento o del processo comportava la cessazione dell'incompatibilità a testimoniare. L'art. 197, lett. b), c.p.p. come disciplinato nell'originaria versione del codice del 1988, si riferiva esclusivamente alle persone "imputate" in un provvedimento collegato. Cfr. Corte cost., 17 luglio 2000, n. 294, *Ind. pen.*, 2000, 1263.

Il ragionamento della Corte prende le mosse dal rilievo in base al quale il diritto al silenzio, rimane il cardine del sistema, presupponendo un'accusa cristallizzata nella imputazione.

Occorre precisare che il diritto al silenzio, corollario del diritto di difesa, presuppone un'accusa che assume il suo crisma formale ed una precisa riferibilità alla pretesa punitiva dello Stato attraverso l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, ciò che non può dirsi, evidentemente, per l'adozione e l'approvazione di iniziative esattamente antitetico all'esercizio dell'azione penale, ogni "immanenza" procedimentale sia cessata nei confronti del soggetto interessato.

La Consulta ha aggiunto che esigenze di equità e di razionalità del sistema inducono ad escludere che sia sufficiente a giustificare una persistente esigenza difensiva, con le connesse permanenti limitazioni della capacità testimoniale, un mero adempimento burocratico, quale l'iscrizione nel registro degli indagati, a seguito del quale le autorità preposte non siano riuscite ad addivenire alla formulazione di una specifica accusa meritevole di ulteriore sviluppo. Né potrebbe validamente invocarsi l'argomento della possibile riapertura delle indagini, trattandosi di una semplice eventualità, sostanzialmente assimilabile, sebbene probabilisticamente inferiore, a quella della possibile "apertura" delle indagini nei confronti di un qualsiasi soggetto²². Sarebbe sufficiente, pertanto, riconoscere all'archiviato le stesse garanzie che spettano al testimone e cioè quelle di cui all'art. 198, comma 2, c.p.p. e all'art. 63, comma 1, c.p.p.

Anche la lettera della legge legittimerebbe tale interpretazione, poiché la disciplina di cui agli artt. 197, 197-bis e 210, comma 6, c.p.p. si riferirebbe, testualmente, al solo imputato e non all'indagato, che in quanto "archiviato", non è più tecnicamente tale. Né tale assimilazione potrebbe sostenersi in virtù della previsione contenuta nel secondo periodo dell'art. 197-bis, comma 4, c.p.p., riferita ai «reato per cui si procede o si è proceduto» nei confronti del testimone assistito, essendo tale locuzione strettamente connessa alla sentenza di non luogo a procedere

²² In senso contrario, Corte cost., sent. 18 marzo 1992, n. 108, *Giur. cost.*, 1992, 984, con nota di Giostra, *Sull'incompatibilità a testimoniare anche dopo il provvedimento di archiviazione*, ove si è affermato che l'operatività della incompatibilità a testimoniare non cessa col venir meno della qualità di indagato a seguito del provvedimento di archiviazione, posto che la ratio della norma di garanzia di cui all'art. 197 comma 1, lett. a), c.p.p. (vecchio testo) è quella di scongiurare l'eventualità che l'ex indagato sia costretto a rendere secondo verità dichiarazioni per effetto delle quali potrebbero essere riaperte le indagini a suo carico.

emessa all'esito dell'udienza preliminare. Il Supremo Consesso ha altresì statuito che la posizione del soggetto nei cui confronti la pubblica accusa abbia ritenuti sussistenti i presupposti per l'esercizio dell'azione penale non può considerarsi ontologicamente assimilabile a quella di chi, iscritto per dovere d'ufficio, nel registro degli indagati, non sia stato ritenuto meritevole di una simile iniziativa.

Ulteriore profilo peculiare sottolineato dalle sezioni unite è la differenziazione tra la situazione del concorrente nel medesimo reato e quella degli imputati connessi o collegati sotto il profilo della subordinazione dell'accesso della testimonianza alla libera autodeterminazione del dichiarante. Nel primo caso, infatti, in ragione dell'unicità del fatto-reato, tale subordinazione non sussiste²³.

Non si può tacere che anche quanto statuito dalla Corte di Cassazione è stato oggetto di critiche. In prima istanza si è evocato il grado di massima instabilità caratteristico del provvedimento di archiviazione, inevitabilmente divergenti, sotto questo profilo, rispetto alle caratteristiche, ben più stabili, rispettivamente proprie della sentenza irrevocabile e della sentenza di non luogo a procedere²⁴.

La decisione della Suprema Corte si muove su un percorso argomentativo inedito, se non deviante, rispetto alla struttura del sistema, non solo nella misura in cui sminuisce le garanzie applicabili nei confronti di chi sia stato destinatario di un provvedimento di archiviazione, ma anche nella parte in cui paragona l'intervenuta archiviazione all'esercizio dell'azione penale, e non agli altri possibili epiloghi del procedimento penale, bensì. In questo modo, si giunge a spezzare il legame, finora mai messo in discussione, tra archiviazione e sentenza di non luogo a procedere, che accomunava questi

due provvedimenti in ragione della loro precarietà e che li distingueva, nel contempo, dalle sentenze emesse all'esito del giudizio e dalle sentenze irrevocabili. Quest'ultima prospettiva, ricavabile dallo schema normativo del 2001, viene ora gravemente scardinata, con la conseguenza di sottrarre l'archiviazione ad ogni valutazione in ordine al suo grado di stabilità.

Il limite dell'argomentazione delle Sezioni unite, secondo parte della dottrina, sta nell'aver escluso la possibilità di applicare al provvedimento di archiviazione alcuni principi, tra cui il "principio di graduazione" elaborato dalla Corte costituzionale, in virtù del quale gli *status* dei dichiaranti sono da rapportarsi al legame più o meno stretto con il fatto di reato, desumibile anche dalla tipologia, più o meno stabile, di provvedimento conclusivo di cui essi eventualmente siano stati destinatari²⁵.

In applicazione del summenzionato canone, ad un'analisi non dettagliata, l'archiviazione avrebbe dovuto rappresentare il primo gradino di una scala che muove dal provvedimento più precario salendo fino a quello più stabile. Le Sezioni Unite, invece, hanno individuato un inedito criterio esegetico attraverso il quale l'archiviazione è stata sottratta in radice a qualsiasi valutazione comparativa in termini di "stabilità". A loro avviso il principio di graduazione può essere invocato solo dopo la formulazione dell'imputazione. Prima di tale momento la scelta archiviativa pone fine alla vicenda ripristinando lo *status* di testimone comune, poiché manca l'azione penale. L'archiviazione impedisce a monte la delineazione di un epilogo terminativo del cui grado di irrevocabilità si possa discutere. Essa è stata paragonata all'esercizio dell'azione penale che, all'esito delle indagini preliminari, costituisce l'atto ad essa speculare in termini di alternatività secca, un epilogo terminativo del procedimento penale che trova il proprio *tertium comparationis* negli altri provvedimenti conclusivi configurati dall'ordinamento. Nella misura in cui si confrontano tali provvedimenti si ripropone una scala gerarchica la quale, utilizzando come parametro il grado di stabilità degli stessi, muove indefettibilmente dall'archiviazione verso provvedimenti progressivamente sempre più granitici e, pertanto, maggiormente idonei a dissolvere lo stato di relazione tra la regiudicanda nel cui ambito sono pronunciati e qualunque altro processo.

Si noti che l'evoluzione probatoria del procedimento connesso o collegato, anche a prescindere

²³ Corte d'assise di Napoli, sez. III, 20 febbraio 2013, rg.assise n.31/2011, inedita. Nel provvedimento in oggetto la Corte d'assise ha evidenziato che sia la Consulta, sia la Corte costituzionale (Corte cost., ord. 9 giugno 2004, n. 265), hanno indicato la scala delle "posizioni soggettive del dichiarante" creata dalla legge n. 63/2001 come «espressione della strategia di fondo che ha ispirato il legislatore della legge 1 marzo 2001, n.63», definendo questa strategia come «consistente nell'enucleare una serie di figure di dichiaranti nel processo penale in base ai diversi stati di relazione rispetto ai fatti oggetto del procedimento, secondo una graduazione che, partendo dalla situazione di assoluta indifferenza propria del teste ordinario, giunge fino alla forma estrema di coinvolgimento, rappresentata dal concorso del dichiarante nel medesimo reato». Sulla base delle considerazioni svolte, conformemente al principio statuito dalla Suprema Corte, la categoria del "concorrente nel medesimo reato" è stata tenuta fuori da quella di "testimone", in quanto «species disgiunta in ragione dell'identità del fatto di cui il dichiarante è (od è stato) accusato e quello su cui dovrebbe vertere il suo esame in dibattimento».

²⁴ Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., 283.

²⁵ Conti, *Le Sezioni unite ed il silenzio della Sfinge: dopo l'archiviazione l'ex indagato è testimone comune*, Cass. pen., 2010, 2583.

dalla natura e dai contenuti del contributo dichiarativo dell'archiviato, potrebbe ripercuotersi in qualunque momento sul procedimento ormai concluso determinandone la riapertura.

Non si può non evidenziare che successivamente all'entrata in vigore delle nuove norme, la giurisprudenza di merito ha sottolineato che in talune circostanze il provvedimento di archiviazione, al pari della sentenza di non luogo a procedere, sia caratterizzato da un grado di stabilità anche elevato, in ragione della causa determinante l'epilogo liberatorio²⁶.

Nel dettaglio, era stata sollevata questione di illegittimità costituzionale dell'art. 197-bis, comma 1, c.p.p. nella parte in cui non prevede che anche le persone indagate in un procedimento connesso ai sensi dell'art. 12 c.p.p. o di un reato collegato a norma dell'art. 371 comma 2 lett. b) c.p.p. possano essere sempre sentite come testimoni assistiti quando nei loro confronti è stato pronunciato decreto di archiviazione ai sensi dell'art. 411 c.p.p. (cosiddetta archiviazione in diritto, perché manca una condizione di procedibilità, perché il reato è estinto o perché il fatto non è previsto dalla legge come reato). Ad avviso del rimettente, nelle ipotesi disciplinate dall'art. 411 c.p.p. il decreto di archiviazione è equiparabile alla sentenza irrevocabile poiché possiede «il crisma della definitività».

Tale riflessione ha dato luogo ad una pluralità di interventi della Corte costituzionale²⁷. In un primo momento la stessa ha sottolineato che «la probabilità ... che il procedimento sia riattivato non viene collegata ad un ipotetico dato ab externo, bensì alla circostanza- assolutamente concreta- che l'evenienza sia procurata dalle dichiarazioni del soggetto stesso, sentito come teste»²⁸. Successivamente, ha asserito che «al di là delle peculiari situazioni che possono in concreto verificarsi, il provvedimento di archiviazione, pronunciato con qualsivoglia "formula", potrebbe in astratto essere sempre superato dalla riapertura delle indagini, autorizzata in vista di una nuova qualificazione del fatto come fattispecie penalmente rilevante ovvero come reato perseguibile d'ufficio o ancora come reato per il quale operano termini prescrizionali di maggiore durata»²⁹. Non limitandosi a tale affermazione, la stessa ha tracciato alcune direttive che costituiscono una sorta di monito per il legislatore: innanzitutto, ha rilevato che la differen-

za tra proscioglimento irrevocabile ed archiviazione potrebbe giustificare in relazione a quest'ultimo istituto «soluzioni diverse da quella prevista per l'imputato prosciolto con sentenza irrevocabile, o differenziate tra loro a seconda, ad esempio, che il soggetto "archiviato" sia stato indagato in un procedimento connesso ai sensi dell'art. 12 ovvero per un reato collegato a norma dell'art. 371 comma 2 lett. b) c.p.p.». Secondariamente, ha sottolineato che l'art. 411 c.p.p. si riferisce a situazioni tra di loro eterogenee «quanto alla loro normale forza di resistenza rispetto ad una eventuale riapertura delle indagini ex art. 414 c.p.p.», con conseguente possibilità di «suggerire una disciplina differenziata in tema di compatibilità con l'ufficio di testimone». Un'eventuale disciplina *ad hoc* in relazione all'archiviazione dovrebbe avere ad oggetto sia i casi previsti dall'art. 411 c.p.p. sia quelli regolati dall'art. 408 c.p.p. (archiviazione per infondatezza della notizia di reato)³⁰.

La Corte costituzionale³¹ ritiene che anche l'archiviazione in fatto ex art. 408 c.p.p., infatti, sottende una varietà infinita di ipotesi in relazione alle quali si potrebbe giustificare una disciplina differenziata in relazione alla incompatibilità a testimoniare³².

Palese risulta che i summenzionati interventi della Corte costituzionale rinvergono il proprio presupposto teorico nella precarietà del provvedimento di archiviazione. Con essi si è addirittura prospettato al legislatore l'opportunità di un intervento sull'attuale disciplina della incompatibilità a testimoniare dell'"archiviato".

I LIMITI DELLA DISCIPLINA ATTUALE

Molteplici risultano i profili di criticità della soluzione accolta dalla legge n. 63 del 2001.

Tale disciplina "apre scenari preoccupanti"³³. Innanzitutto, il pubblico ministero, optando per l'i-

²⁶ Cfr. *ex multis* Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto, ord. 5 ottobre 2001, R.o. n. 33 del 2002, G.U., 1a serie speciale, n. 5 del 2002.

²⁷ Cfr. Corte cost. sentenze 4 marzo 1992, n. 108, <http://www.giurcost.org>; 17 luglio 2000, n. 294, Giur. cost., 2000, 2251; ordinanza 27 marzo 2003, n. 76, Guida dir., 2003, n. 17, 52.

²⁸ Corte cost. 4 marzo 1992, n. 108, cit.

²⁹ Corte cost. ordinanza 27 marzo 2003, n. 76, cit.

³⁰ Secondo Trib. Arezzo, 12 febbraio 2004, *inedita*, dalla pronuncia della Corte si desume la necessità di interpretare estensivamente l'attuale sistema verificando «caso per caso, quale situazione di commessione o collegamento tra reati e quali situazioni coperte da decreto di archiviazione assicurino comunque l'intangibilità della posizione del soggetto che dovrebbe deporre».

³¹ Corte cost., ord. 15 luglio 2003, n. 250, Giur. cost., 2003, 2097.

³² Resta fermo, *de iure condito*, che l'incompatibilità dei soggetti nei cui confronti sia stato emesso un provvedimento di archiviazione è più o meno "forte" a seconda del tipo di legame che intercorre tra il vecchio procedimento a loro carico e quello nel quale essi sono chiamati a deporre. Cfr. sul punto Tetto, *Capacità di testimoniare e garanzie difensive del «dichiarante»: la difficile collocazione processuale dell'esame del «testimone»/indagato per un reato probatoriamente collegato destinatario di provvedimento di archiviazione*, Arch. n. proc. pen., 2003, 307.

³³ Bricchetti, *Le figure soggettive della legge sul giusto processo*, Dir. pen. proc., 2001, 1277.

scrizione o meno di una notizia di reato a carico di un soggetto, diviene sostanzialmente l'arbitro dello *status* con il quale tale individuo deporrà nel procedimento a carico di altre persone³⁴. Conseguentemente, egli si responsabilizza ulteriormente, in quanto, nel momento in cui decide di effettuare un'iscrizione a carico di un soggetto, è costretto a bilanciare le esigenze difensive a tutela di tale individuo con le conseguenze in termini di incompatibilità a testimoniare che tale iscrizione produce³⁵.

Una mera iscrizione neutralizza un testimone e fa scattare l'incompatibilità. Anche se la notizia è infondata ed è seguita in rapida successione da un provvedimento di archiviazione, l'operato del pubblico ministero sortisce conseguenze irreparabili: il soggetto è definitivamente incompatibile come testimone, salvo che non intervenga una sentenza irrevocabile di proscioglimento.

Potrebbe altresì accadere che la persona accusata di gravi reati, per "liberarsi" di un testimone a carico, lo incolpi falsamente di un reato connesso o collegato. L'accusa incardinerebbe, di regola, un procedimento nei confronti del "testimone a carico", il quale assumerebbe lo *status* di indagato nel proprio procedimento, di indagato in procedimento connesso o per reato collegato nel procedimento pendente nei confronti del suo accusatore; in altri termini, perderebbe la qualità di testimone³⁶.

Si pensi, poi, al caso dell'accusato che incolpi falsamente di calunnia il suo accusatore³⁷, con conseguente rischio di "inquinamento" della prova³⁸.

La fattispecie della "denuncia incrociata" fa sorgere qualche problema interpretativo sul piano dell'individuazione della qualifica processuale della persona da esaminare³⁹.

Sussiste, infatti, l'esigenza di predisporre comun-

que meccanismi di tutela della situazione soggettiva del dichiarante, per dare attuazione alla garanzia del *nemo tenetur se detegere*. Ad avviso di parte della dottrina appare arduo sul piano esegetico eliminare *tout court* in questi casi l'incompatibilità a testimoniare. Inoltre, in forza del nuovo art. 197-bis, comma 1, c.p.p., è da ritenersi superato il *dictum* della Corte costituzionale n. 294 del 2000, basato sul precedente assetto normativo⁴⁰.

Tuttavia, le precisazioni delle Sezioni Unite⁴¹, nel riferirsi proprio ad una fattispecie di denuncia incrociata, ristabilisce la compatibilità a testimoniare della persona già indagata per un reato probatoriamente collegato, invocando, a favore di questa ricostruzione, un argomento rilevante in termini di giustizia sostanziale. Una volta conclusosi il procedimento per calunnia con l'archiviazione, le dichiarazioni che l'ex calunniato renderebbe contro l'imputato di reato collegato tornerebbero ad avere un sicuro peso probatorio a carico di quest'ultimo. Ma se queste dichiarazioni, per effetto dell'applicazione degli artt. 210, 197-bis comma 6 e 192 comma 4 c.p.p., non fossero idonee ad assumere un valore di prova testimoniale piena, si creerebbe il grave inconveniente di affidare ad una parte privata l'uso di strumenti volti a rendere del tutto evanescenti le accuse che avevano originato il procedimento a proprio carico. Le Sezioni unite, pertanto, hanno statuito che vada attribuita a questi soggetti la veste di testimone puro.

Sebbene la soluzione della Cassazione appaia comprensibile sotto il profilo di giustizia sostanziale, tuttavia, possono prospettarsi altre opzioni interpretative che evitino in radice di porre il dichiarante in una condizione in cui si renda necessaria la tutela di interessi difensivi. Basterebbe, ad esempio, attribuire alle dichiarazioni di contenuto calunnioso rese dall'indagato un tasso di attendibilità talmente basso da non ritenere idonee a determinare l'apertura di un procedimento penale. In tal caso, se il pubblico ministero

³⁴ Tetto, *Capacità di testimoniare e garanzie difensive del «dichiarante»*: la difficile collocazione processuale dell'esame del «testimone»/indagato per un reato probatoriamente collegato destinatario di provvedimento di archiviazione, cit., 310.

³⁵ Pesci, *Le figure soggettive del nuovo sistema probatorio*, Relazione svolta all'Incontro di studio sul tema *Diritto al silenzio e diritto al contraddittorio*, organizzato dal CSM, svoltosi a Roma, 27-28 novembre 2003.

³⁶ Maddalena, «Giusto processo» e funzione dell'accusa, con particolare riferimento alla criminalità organizzata, AA.VV., *Il giusto processo*, cit., 371.

³⁷ Situazioni non dissimili si verificano con riferimento alle fattispecie di favoreggiamento, ricettazione e riciclaggio, quando l'imputato di uno di questi reati venga esaminato nel procedimento relativo al reato presupposto.

³⁸ Pistorelli, *Le dichiarazioni del coimputato o dell'imputato di reato connesso*, relazione svolta all'incontro di studio su *La prova dichiarativa*, Milano, 28 giugno 2004.

³⁹ Santoriello, *Calunnia, autocalunnia e simulazione di reato*, Padova, 2004, 150.

⁴⁰ Corte cost., sent. 17 luglio 2000, n. 294, cit. Con tale decisione, la Corte costituzionale, proprio con riferimento ad una fattispecie di collegamento probatorio per "calunnia incrociata", aveva affermato che l'imputato nel procedimento collegato fosse incompatibile soltanto fino a che il procedimento a suo carico fosse stato pendente, mentre qualunque provvedimento conclusivo, compresa l'archiviazione, sarebbe stato idoneo a rescindere il legame derivante dal collegamento probatorio. Il principio allora elaborato dalla Corte è ormai inapplicabile, come è stato sottolineato dal Tribunale di Milano in una pronuncia successiva all'entrata in vigore delle norme attuative del giusto processo. Cfr. Trib. Milano, 28 maggio 2001, Aa. Vv., *Giusto processo e prove penali*, cit., 375.

⁴¹ Cass sez un cit.

ARASI / QUALE STATUS PER IL DICHIARANTE "CONCORRENTE", "CONNESSO" O "COLLEGATO"

riterrà non integrato il reato di calunnia e, purché ciò non contrasti con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, il nome del potenziale teste d'accusa non verrà mai iscritto nel registro degli indagati e le sue dichiarazioni, rese in qualità di testimone ordinario nel procedimento a carico dell'originario imputato, potranno essere valutate ai sensi dell'art. 192, comma 1, c.p.p., senza che debba operare la regola della *corroboration*. Un'altra soluzione, già individuata in dottrina su un piano *de iure condendo*, potrebbe essere quella di introdurre, anche per il reato di calunnia, una previsione simile a quella prevista dall'art. 371-bis comma 2 c.p. con riguardo al delitto di false informazioni al pubblico ministero, ossia la sospensione del procedimento per calunnia iniziato a seguito della denuncia proposta dall'originario imputato, fino a quando il procedimento nel quale sono state rese le dichiarazioni calunniose e nel quale sarà chiamato a deporre il calunniato non sia stato definito con sentenza di primo grado ovvero con archiviazione o con sentenza di non luogo a procedere.

Per un altro verso, quale ulteriore profilo critico che si può muovere alla legge n. 63 del 2001 è che il meccanismo predisposto dagli artt. 64 e 197-bis c.p.p. appare lesivo del diritto di difesa degli imputati in procedimenti connessi teleologicamente o collegati. Anzitutto perché la perdita del diritto al silenzio sul fatto altrui in una sede non garantita dalla presenza del giudice, ossia nel corso dell'interrogatorio svolto dal pubblico ministero, con conseguente eventuale sacrificio irreparabile della strategia difensiva. Secondariamente, perché la facoltà di tacere sui fatti oggetto del procedimento a proprio carico appare ad "ampiezza variabile"⁴².

Nonostante l'art. 197-bis c.p.p. preveda l'inutilizzabilità, nel procedimento a proprio carico, delle dichiarazioni rese dal testimone assistito, tuttavia essa non è idonea a neutralizzare qualunque pregiudizio derivante dall'aver reso dichiarazioni *contra se*⁴³.

Anche relativamente al diritto a confrontarsi con l'accusatore la disciplina appare insoddisfacente.

LE CONSEGUENZE DELL'"ERRONEA" ATTRIBUZIONE DELLE QUALIFICHE SOGGETTIVE AI DICHIARANTI

Nella prassi può accadere che l'autorità giudiziaria per errore ritenga inesistente il legame di connessione o di collegamento probatorio tra i procedimenti e senta l'imputato connesso come un comune testimone, oppure erri nel valutare il tipo di legame tra i procedimenti, o fraintenda le dichiarazioni dell'imputato collegato o connesso teleologico e ritenga che esse concernano la responsabilità altrui.

Occorre tener presente che il rischio di erronea applicazione della disciplina sull'incompatibilità a testimoniare risulta alquanto elevato, in quanto dipende da una serie di valutazioni ad alta discrezionalità. Innanzitutto, occorre chiedersi se esiste un legame di connessione o collegamento; successivamente, occorre stabilire se si tratta di connessione per concorso nel medesimo reato (art. 12 lett. a) c.p.p.), di connessione teleologica (art. 12 lett. c) c.p.p.) o di collegamento probatorio (art. 371, comma 2 lett. b) c.p.p.). Infine, ove si ravvisi l'esistenza di una connessione teleologica o di un collegamento probatorio, bisogna valutare l'"altruità" dei fatti dichiarati. Tali valutazioni dipendono, in larga misura, dalla formulazione dell'addebito da parte del pubblico ministero⁴⁴.

Nelle ipotesi di erronea attribuzione delle qualifiche soggettive ai dichiaranti sorgono ingenti conseguenze problematiche. In primo luogo, l'art. 197 c.p.p. stabilisce un divieto probatorio: l'inutilizzabilità *ex art.* 191 c.p.p. delle dichiarazioni eventualmente rese dal soggetto incompatibile come testimone. Una situazione del genere produce conseguenze a catena in grado di travolgere interi processi, in quanto l'inutilizzabilità può essere rilevata anche per la prima volta nel giudizio in cassazione⁴⁵. Differente l'ipotesi in cui un soggetto compatibile come testimone venga erroneamente sentito in qualità di imputato connesso (art. 210 c.p.p.): le sue dichiarazioni sono utilizzabili in quanto non violano alcun espresso o implicito divieto normativo⁴⁶.

⁴² Conti, *Le nuove norme sull'interrogatorio dell'indagato* (art. 64 c.p.p.), Aa. Vv., *Giusto processo: nuove norme sulla formazione e valutazione della prova* (legge 1° marzo 2001, n. 63), Padova, 2001, 191.

⁴³ In via esemplificativa si pensi al pregiudizio nell'onore, alla possibilità di un utilizzo come punto di partenza per la ricerca di nuove prove o di induzione del giudice a far pressione su altre risultanze probatorie utilizzabili per addivenire ugualmente ad una sentenza di condanna conforme al suo intimo convincimento.

⁴⁴ Cass., sez. un., 22 aprile 2010, n. 20300, *CED Cass.*, 246584. Recentemente le Sezioni unite hanno statuito che «*in tema di prova dichiarativa, allorché venga in rilievo la veste che può assumere il dichiarante, spetta al giudice il potere di verificare in termini sostanziali, e quindi al di là del riscontro di indici formali, come l'eventuale già intervenuta iscrizione nominativa nel registro delle notizie di reato, l'attribuibilità allo stesso della qualità di indagato nel momento in cui le dichiarazioni stesse vengano rese, e il relativo accertamento si sottrae, se congruamente motivato, al sindacato di legittimità*».

⁴⁵ Cass., sez. I, 13 marzo 2009, n. 15554, *CED Cass.*, n. 24462.

⁴⁶ Cass., sez. V, 15 dicembre 2004, n. 3406, *CED Cass.*, 230417.

In secondo luogo, si ergono conseguenze sul fronte del diritto penale sostanziale. Un'eventuale reticenza o falsità è non punibile ai sensi dell'art. 384, comma 2, c.p., in quanto, nella versione risultante a seguito dell'interpolazione operata dalla legge n. 63 del 2001, è esentato da pena il mendacio o la reticenza commessa da colui che «non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere»⁴⁷.

L'obiezione che si potrebbe muovere ad una siffatta esegesi consiste nel rilievo che l'ordinamento ha già apprestato una tutela in favore del dichiarante attribuendogli il privilegio contro l'autoincriminazione. Dunque, finirebbe per costituire un eccesso di tutela considerare "scusata" la menzogna di chi non si sia avvalso della facoltà di non deporre⁴⁸.

L'interpretazione prospettata dalle Sezioni Unite con riferimento al prossimo congiunto che non si sia avvalso della facoltà di astenersi dal deporre si riverbera indefettibilmente anche sulla disciplina della testimonianza assistita, nell'ipotesi in cui la persona escussa rinunci ad avvalersi del privilegio contro l'autoincriminazione⁴⁹. In proposito, occorre rammentare che la garanzia prevista ex art. 197-bis, c. 4, c.p.p. opera in relazione a materie complesse nelle quali estremamente arduo risulta l'individuazione netta dei confini tra fatti propri ed altrui. Potrebbe, pertanto, prospettarsi la possibilità che il testimone assistito, il quale non avvalendosi del privilegio abbia reso false dichiarazioni al fine di proteggere se stesso, possa beneficiare della scusante ex art. 384, comma 1, c.p. quanto meno a livello putativo⁵⁰.

PROFILI PROBLEMATICI: IL NECESSARIO BILANCIAMENTO TRA DIRITTO DI DIFESA E RIGHT OF CONFRONTATION

Come evidenziato, la figura del testimone assistito,

definita un Giano della procedura penale⁵¹, appare composta da una "duplice anima", circondato, da un lato, da obblighi tipici del testimone e, dall'altro, di garanzie proprie dell'imputato. La riforma operata dalla legge n. 63 del 2001 ha determinato, soprattutto con riguardo allo *status* dei dichiaranti, uno scollamento tra il diritto positivo e la prassi. Si verifica, grazie ai meccanismi preconizzati dal legislatore, una lesione delle esigenze della pratica quotidiana, con conseguente creazione di un dualismo pericoloso, una sorta di «donchisciottismo giuridico», per mutuare una espressione di Salvatore Satta⁵².

La disciplina normativa relativa alla figura in esame sembra porsi in conflitto con l'art. 111, comma 2, Cost., in virtù del quale la legge deve assicurare la ragionevole durata del procedimento⁵³. La soluzione normativa dev'essere censurata perché l'obbligo di rispondere rappresenta il naturale contraltare del diritto a confrontarsi con l'imputato connesso. Tale diritto sussiste solo nelle ipotesi in cui l'accusatore è costretto a rispondere secondo verità. Viceversa, in base all'art. 197-bis, comma 4, c.p.p. l'accusatore può non rispondere adducendo che la domanda ha per oggetto un fatto che comporta la propria responsabilità. Ciò si verifica anche nel caso in cui l'imputato abbia reso le sue dichiarazioni davanti al giudice.

Alquanto inutile risulta il potere riconosciuto all'accusato di porgere domande soltanto su ciò che l'accusatore ha già dichiarato, nella misura in cui non può porgergli ulteriori domande per ottenere risposte dalle quali si potrebbe ricavare che questi non è credibile o attendibile.

Se si tiene conto del limite dell'obbligo di verità del teste assistito ai soli fatti oggetto delle dichiarazioni precedentemente rese, dal momento che su fatti ulteriori gode del diritto al silenzio, in quanto incompatibile come testimone, e della latitudine del privilegio contro l'autoincriminazione, palese risulta l'inattuazione del c.d. *right of confrontation*, ossia del diritto a confrontarsi con l'accusatore che è ormai costituzionalmente riconosciuto (art. 111, comma 3, Cost.).

Per contro, la prassi tende a valorizzare la "continuità" dell'esame, al fine di non vanificare la portata

⁴⁷ Di Martino, legge 1° marzo 2001, n. 63, sub art. 21, Leg. pen., 2002, 344 ss.

⁴⁸ Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., 261.

⁴⁹ Cass., sez. un., 29 novembre 2007, n. 7208, Cass. pen., 2008, 2339. Con tale pronuncia le Sezioni Unite hanno statuito il principio in virtù del quale il conflitto motivazionale vissuto dal prossimo congiunto chiamato a deporre sul "segreto familiare" è tutelato dalla legge nel momento in cui riconosce la facoltà di astensione. Una volta che il dichiarante ha accettato di deporre il conflitto perde ogni rilevanza giuridica, pertanto, un'eventuale falsità dovrebbe considerarsi sempre punibile.

⁵⁰ Per una disamina più dettagliata dell'ipotesi di obbligo testimoniale putativo cfr. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, Riv. it. dir. proc. pen., 1990, 70.

⁵¹ Maron, *Témoins assistés et personnes mises en examen, nouveaux coupables ou nouveaux innocents?*, Rev. pénit. et de droit pén., 2001, 26.

⁵² Satta, *Il formalismo nel processo*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, 1149 s.

⁵³ Grevi, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale (tra "ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, Pol. dir., 2000, 423.

ARASI / QUALE STATUS PER IL DICHIARANTE "CONCORRENTE", "CONNESSO" O "COLLEGATO"

euristica del contraddittorio. Una scissione tra forma ed essenza delle cose comporta una trasformazione del processo, da strumento di conoscenza, in un esercizio fine a se stesso.

Alla luce delle considerazioni svolte sarebbe opportuna una rimeditazione del sistema probatorio, dando autentica attuazione all'art. 111 Cost. nella parte in cui cristallizza il principio del contraddittorio in senso soggettivo, come diritto a confrontarsi con l'accusatore, ed in senso oggettivo, come metodo di accertamento dei fatti.

Si auspica, pertanto, un intervento del legislatore che disciplini in maniera puntuale e dettagliata l'incompatibilità a testimoniare correlata ai vari casi di archiviazione e differenziata in base al grado di connessione tra i procedimenti.

Nelle more, le interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali al riguardo non devono ledere la coerenza interna del sistema, ma devono ricercare un equilibrio tra il diritto al silenzio dell'accusatore ed il diritto dell'accusato a confrontarsi con lui mediante il metodo dialettico del contraddittorio.

FRANCESCO TRAPELLA

Dottore di ricerca in Diritto Pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Sovraffollamento carcerario: tante domande, nessuna risposta

*Prison overcrowding:
a lot of questions, no answer*

Il lavoro fotografa l'attuale situazione carceraria in Italia – condannata di recente dalla Corte e.d.u. nella sentenza *Torreggiani* – tra pochi e frammentari interventi di riforma e tante proposte mai tradotte in legge. Due questioni specifiche interessano, poi, negli ultimi mesi la giurisprudenza: la dubbia legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p., laddove non inserisce tra le cause di rinvio facoltativo dell'esecuzione penale le disumane condizioni del carcere dove la sanzione dovrà scontarsi; e l'individuazione del giudice chiamato a decidere sul danno civile “da sovraffollamento carcerario”. In un tale confuso contesto, ci si domanderà, infine, se la strada più giusta sia – come paventato da certe forze politiche – l'amnistia o se invece – come si ritiene – occorra investire maggiormente sulle misure alternative e ripensare la disciplina della custodia carceraria.

The research describes the current situation in prisons in Italy, condemned recently by the European Court of Human Rights in judgment Torreggiani: there are a lot of fragmentary reform measures and many proposals never translated to law. Two specific issues are analysed: (1) the dubious constitutionality of Article 147 c.p., that does not insert among the causes of optional referral of execution of the sentence, the inhuman prison conditions where it will be executed; (2) the finding of the Court that will decide on the civil damages from prison overcrowding. We will wonder finally whether it is appropriate the amnesty, as some political forces have claimed, or whether – as it is believed – it is necessary to invest more on alternative measures and rethink the discipline of the prison custody.

UNA QUESTIONE DI CIVILTÀ

«Il grado di civilizzazione di una società si misura dalle sue prigioni»: l'adagio – celebre aforisma di Dostoevskij – ricorre tormentoso nei pensieri di chi, professionista o semplice cultore della materia, si occupa di “carcere” e “condizioni dei detenuti”. I numeri, infatti, sono sconcertanti: sfogliando i dati resi pubblici dal Ministero della Giustizia, al 31 marzo 2013 i 206 istituti penitenziari del Paese ospitavano 65.831 reclusi a fronte di una capienza regolamentare di 47.045 unità, cioè il 39,93% più del possibile;

di questi, 24.824 (ossia il 37,71%) erano imputati: in attesa di primo giudizio (12.231: il 18,58% dei detenuti italiani), appellanti (6.621: il 10,06%) o ricorrenti in cassazione (4.365: il 6,63%), cui si aggiungevano 1.607 reclusi (2,44%) con più fatti a carico, ciascuno dei quali con il relativo stato giuridico, ma senza alcuna condanna definitiva. Gli stranieri erano 23.436 (il 35,60% dei prigionieri in Italia), di cui 10.129 – cioè quasi la metà (43,22%) – in corso di processo¹.

¹ Dati pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it) alla voce “statistiche; detenuti presenti – aggiornamento al 31 marzo 2013”.

TRAPPELLA / SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO: TANTE DOMANDE, NESSUNA RISPOSTA

Il quadro è lontano dalla "civiltà" favoleggiata da Dostoevskij: ne ha preso atto il Capo dello Stato Giorgio Napolitano per cui sulla situazione carceraria «è in gioco l'onore e la reputazione dell'Italia»²; il Presidente, poi, ha evidenziato come «la mancata attuazione delle regole penitenziarie europee» – ciò che ha motivato l'ormai nota sentenza *Torreggiani*³ – «conferma la perdurante incapacità del nostro Stato a realizzare un sistema rispettoso del dettato dell'articolo 27 della Costituzione sulla funzione rieducativa della pena e sul senso di umanità»⁴. Dal canto loro, quasi tutte le forze politiche impegnate nel recente confronto elettorale hanno inserito l'"emergenza carceri" nei loro programmi: «credo sia uno dei problemi più gravi dell'Italia»⁵, ha affermato l'allora Presidente del Consiglio Mario Monti, mentre altrove si auspicava «una serie di puntuali interventi, da adottare con l'urgenza dei primi cento giorni, per abrogare e correggere le leggi che più concorrono agli alti indici di incarcerazione, agli ingiustificati inasprimenti delle pene e alle preclusioni all'accesso delle pene alternative»⁶. Qualcuno, poi, caldeggiava la soluzione dell'amnistia e intanto, per sua parte, la Corte di Strasburgo ha già scritto una sentenza pilota, ingiungendo all'Italia di rimediare al problema del sovraffollamento carcerario entro un anno dalla *Torreggiani* e di adattarsi alle prescrizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza in tutela dei diritti dei reclusi. Sotto altro profilo è sempre più interessante il dialogo tra giudicanti interni a diversi livelli – di merito, di legittimità e Consulta – proprio sull'attuale normativa nazionale di diritto penitenziario⁷.

Le questioni sono molteplici e complesse; le risposte, nient'affatto immediate. L'indagine esaminerà le scelte del legislatore e le criticità evidenziate dalla giurisprudenza, circoscrivendo l'ambito di studio all'ultimo triennio, e valutando la sostenibilità – anche sul piano delle finalità tipiche della san-

zione penale – di una replica al problema in termini di amnistia⁸.

TRE ANNI DI PROVVEDIMENTI

La sentenza *Torreggiani* offre ancora una volta importanti spunti di riflessione. I giudici europei, infatti, hanno compiuto un approfondito esame dei provvedimenti con cui negli ultimi anni parlamento ed esecutivo italiani hanno tentato di rimediare all'emergenza carceraria.

Si richiamano: a) il decreto del Presidente del Consiglio (13 gennaio 2010) che ha dichiarato lo stato d'urgenza su tutto il territorio nazionale per le inadeguate condizioni di molte strutture detentive⁹; b) l'ordinanza del Presidente del Consiglio (19 marzo 2010, n. 3861) di nomina di un commissario ministeriale per l'elaborazione di un "piano carceri"; c) la decisione di un Comitato costituito dai Ministri della Giustizia e delle Infrastrutture, e dal Capo del dipartimento della Protezione civile di costruire undici nuovi penitenziari e di allargarne venti già esistenti entro la fine del 2012 (29 giugno 2010)¹⁰; d) la legge 26 novembre 2010, n. 199 sull'«esecuzione presso il domicilio delle pene».

Ancorché non indicati dalla Corte di Strasburgo, poi, devono almeno menzionarsi il decreto legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito in legge 17 febbraio 2012, n. 9 – recante «interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri» –, la circolare del Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (25 novembre 2011), contenente, tra le altre cose, «interventi di aiuto per l'inserimento nell'ambiente penitenziario»¹¹, e, per alcuni aspetti, la legge 21 aprile 2011, n. 62, sulla «tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori»¹².

⁸ Si suggerisce sul tema la lettura di Corso, *Carenze endemiche di posti in carcere: più posti o meno carcere?*, *Quotidiano giuridico*, 22 gennaio 2013.

⁹ Vedasi www.governo.it/Notizie/Ministeri/testo_int.asp?d=54417. Mette conto di sottolineare come lo stato d'urgenza sia stato, poi, prorogato al 31 dicembre 2012.

¹⁰ E sempre in tema di edilizia carceraria, va ricordato l'art. 43, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 sul *project financing* per la realizzazione di strutture carcerarie.

¹¹ Si tratta della circolare n. 3594-6044, completata dalla successiva del 28 maggio 2012, entrambe contenenti misure per migliorare le condizioni di vita dei detenuti di media sicurezza, ritenuti la fascia di utenza oggi maggiormente penalizzata dall'assenza di interventi effettivi per la loro accoglienza, sicurezza e rieducazione. Entrambi i testi sono sul sito del Ministero della Giustizia.

¹² Sul punto, Fiorio, *Madri detenute e figli minori*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 931, ss.; Mastropasqua, *La legge 21 aprile 2011 n. 62 sulla tutela delle relazioni tra figli minori e genitori detenuti o internati: analisi e prospettive*, *Dir. famiglia e persone*, 2011, 1853, ss.; Fiorentin, *Tutela*

² Articolo del 7 febbraio 2013 su www.lastampa.it

³ Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, ricc. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, *Torreggiani* e altri c. Italia, www.echr.coe.int.

⁴ Articolo del 6 febbraio 2013 su www.ilmessaggero.it

⁵ Articolo del 6 febbraio 2013 su www.lastampa.it

⁶ Sono parole del Responsabile Nazionale Carceri PD, Sandro Favi. Articolo del 6 febbraio 2013 su www.lastampa.it

⁷ Il riferimento è, ad esempio, all'ordinanza del 13 febbraio 2013, n. 427 (testo su www.tribunaledisorveglianza.venezia.it) con cui il Tribunale di sorveglianza di Venezia sottoponeva alla Consulta questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. «nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità» e su cui v. *infra*.

Alla base delle citate normative si poneva anzitutto l'esigenza di imboccare la strada della «razionalizzazione in ordine ai temi della esecuzione della pena», soprattutto «di minima entità e dello svolgimento dei processi di minore gravità»¹³. Ciò ha determinato la scelta del legislatore del 2010 di destinare alla «detenzione nel domicilio»¹⁴ soggetti in attesa di vedere eseguita una pena non eccedente l'anno di reclusione¹⁵ o che già stessero scontando una condanna in carcere purché il periodo residuo di prigionia non superasse i dodici mesi.

Alla vigilia dell'entrata in vigore della l. n. 199 del 2010 si prevedeva che il numero dei destinatari del nuovo trattamento extramurario sarebbe stato appena al di sotto delle ottomila unità. Nella seduta della Commissione giustizia del Senato del 29 settembre 2010, infatti, era considerata «realistica l'ipotesi di una platea di 7.992 beneficiari»¹⁶. Pochi mesi dopo, invece, «dalle statistiche ufficiali risulta[va] che, alla data del 10 febbraio 2011, erano 1.065 le persone detenute che [avevano] ottenuto il beneficio previsto dalla legge 199 del 2010»¹⁷. Al 31 marzo 2013 – guardando ai dati del Ministero della Giustizia – si è di poco oltrepassata la soglia delle diecimila unità (precisamente, 10.111 condannati, di cui 2.854 stranieri), realizzando con un ritardo di quasi tre anni un risultato che avrebbe dovuto invece costituire il punto di partenza nell'applicazione del nuovo trattamento.

Il dato è avvilente, specie se si considera che le disposizioni in parola saranno applicate – secondo l'art. 1, comma 1, l. n. 199 del 2010 – «fino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il

31 dicembre 2013»¹⁸; a meno di nove mesi dal *dies ad quem* il numero di beneficiari è, insomma, appena più alto di quello che si sarebbe atteso allorché la legge entrò in vigore. Risulta, dunque, un sicuro ritardo nell'esplicazione dei possibili effetti del beneficio sull'emergenza carceraria.

A due anni e mezzo dall'entrata in vigore, la l. n. 199 del 2010 conferma il timore quei commentatori¹⁹ che ne criticavano la fisionomia di provvedimento «che si muove sull'onda dell'emergenza, e che non riesce ad elaborare una benché minima visione d'insieme», essendo incapace «di ridimensionare i flussi di ingresso e dei tempi di permanenza nelle strutture carcerarie»²⁰. A poco, poi, sono valsi i correttivi della l. n. 9 del 2012 il cui art. 3, intervenendo sull'art. 1 della l. n. 199 del 2010, ha esteso a diciotto mesi il periodo massimo di condanna – da scontare o residua – per l'accesso alla misura domiciliare; ciononostante, infatti, i dati sui destinatari del provvedimento rimangono comunque sconfortanti²¹.

Sempre esaminando la l. n. 9 del 2012²², il legislatore ha tentato di arginare il fenomeno delle cd.

¹⁸ Proprio sugli obiettivi della legge e sul suo termine finale, Degl'Innocenti-Faldi, *Le nuove disposizioni in materia di detenzione presso il domicilio*, *Cass. pen.*, 2011, 2816.

¹⁹ Interessanti sul tema le considerazioni di Dolcini, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 33. Sempre sull'inadeguatezza delle misure atte a contrastare l'emergenza carceraria, Lattanzi, *Una situazione carceraria intollerabile*, *Cass. pen.*, 2011, 3290.

²⁰ Della Casa, *Approvata la legge*, cit., 9. L'A. critica il provvedimento sotto vari profili: in quanto fonte di discriminazioni, poiché presuppone la disponibilità di un domicilio per l'esecuzione della pena, poiché non esclude i recidivi dal beneficio – «grazie all'esplicita previsione risultante dall'ultimo comma dell'art. 1 della l. n. 199/2010 viene esclusa l'applicabilità del comma 7bis dell'art. 58quater ord.penit., con la conseguenza che il condannato a cui sia stata applicata la recidiva reiterata potrà fruire anche più volte della misura in esame qualora – nel corso di successive carcerazioni – risultino soddisfatti i requisiti soggettivi ed oggettivi stabiliti dalla nuova legge» (p. 7) – e visto che «gli artt. 2 e 3 della legge in oggetto, dettati verosimilmente dall'intenzione di allontanare l'immagine di un legislatore lasista – molto diversa, quindi, da quella che in questo particolare momento si vuole accreditare presso l'opinione pubblica – incrementano il livello della penalizzazione, aumentando, rispettivamente, le pene previste per il reato di evasione e introducendo una nuova circostanza aggravante comune, che va a sanzionare il soggetto autore di un delitto non colposo commesso durante la fruizione di una misura alternativa alla detenzione. Non si può fare a meno di rilevare altresì che [...] le disposizioni che introducono questi inasprimenti non sono soggette ad alcun termine di efficacia» (p. 9).

²¹ Utili approfondimenti in Fiorentin, *Solo i "domiciliari" per condanne fino a diciotto mesi*, *Guida dir.*, 2012, 10, 45.

²² Per un'analisi del quale si rimanda a Barrocu, *Tra modifiche e nuove disposizioni il decreto "svuota carceri" diventa legge (d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 convertito, con modificazioni, dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9)*, *Studium iuris*, 2012, 971, ss.; Fiorio, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 410, ss.; Giarda, *La realtà carceraria italiana: un dramma angosciante*, *Corr. Merito*, 2012, 219, ss.; Pirozzoli, *L'emergenza carceri*, *www.rivistaiaic.it*.

del rapporto tra detenute madri e figli minori, *Giur. merito*, 2011, 2616, ss.; Russo, *Novità legislative interne*, in questa rivista, 2011, 5, 12, ss.; Puglisi, *Novità legislative interne*, in questa rivista, 2011, 4, 10, ss..

¹³ Queste, le parole dell'On.Papa alla seduta in Commissione Giustizia dell'8 marzo 2009, durante il difficile iter che portò alla l. n. 199 del 2010. Sul punto, Fiorio, *La nuova disciplina della detenzione domiciliare "annuale": una risposta efficace al sovraffollamento carcerario?*, *Studium iuris*, 2011, 918.

¹⁴ Come la definisce l'art. 1, comma 2, l. n. 199 del 2010, pur riconoscendo le ovvie differenze tra l'istituto in parola e la misura alternativa della detenzione domiciliare. Sul punto, Turchetti, *Legge "svuota carceri" e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 1787, ss..

¹⁵ Il ché comprende – come nota Turchetti, *Legge "svuota carceri"*, cit., 1792 – anche chi, p.es., ha fruito dell'indulto ex l. 31 luglio 2006, n. 241 o ha già vissuto un periodo di custodia cautelare in carcere tale che, scomputato dalla pena, riduca il residuo periodo di detenzione sotto la soglia di un anno.

¹⁶ Della Casa, *Approvata la legge c.d. svuota carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 9.

¹⁷ Fiorio, *La nuova disciplina*, cit., 923.

“porte girevoli”²³, modificando l’art. 558 c.p.p. con la previsione che l’arrestato sia «posto a disposizione» del pubblico ministero o «custodito presso idonee strutture nella disponibilità degli ufficiali o agenti di polizia giudiziaria». Solo in assenza di tali collocazioni «il pubblico ministero dispone [...] che l’arrestato sia condotto nella casa circondariale» (art. 558, commi 4 e 4bis, c.p.p.). Le lodevoli finalità della norma si scontrano con la realtà: risale ai primissimi giorni del 2012 la dichiarazione del Segretario ANFP²⁴ per cui «è evidente che il ministro Severino non conosce le nostre celle di sicurezza, assolutamente inadeguate per spazio e condizioni igieniche a garantire un trattamento dignitoso della persona, tanto che esse sono prive di un bagno. Infine i nostri uffici non sono in grado di assicurare pasti caldi, assistenza sanitaria ed un letto pulito»²⁵. Non solo: la novella risultava inattuabile fin dall’entrata in vigore anche considerando il numero di agenti da impegnare nella sorveglianza dell’arrestato – «due operatori per 4 turni di 6 ore», per un totale di otto giornalieri – e da sottrarre, di conseguenza, «al servizio di controllo del territorio e al contrasto della criminalità»²⁶.

Entrambi i provvedimenti qui menzionati – unitamente alla l. n. 62 del 2011 che ha introdotto l’art. 285bis c.p.p. «custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri» e modificato gli artt. 47ter e 47quinquies ord. penit. sulla detenzione domiciliare o in case famiglia protette delle recluse madri²⁷ – sono stati considerati con entusiasmo nella *Relazione del Ministero sull’amministrazione della giustizia – anno 2012*²⁸. Alcuni passaggi meritano attenzione: «l’ampliamento della detenzione presso il domicilio ai sensi della legge n. 199 ha comportato un sensibile incremento dei detenuti beneficiari della misura (pari oggi a 8.647 detenuti di cui 2.393 stranieri)»²⁹, giungendo comunque a realizzare con due anni di ritardo gli obiettivi di partenza previsti per l’applicazione dell’esecuzione extramuraria

della pena; «per effetto della prima misura [l. n. 9 del 2012, ndr.] si è registrata un’importante diminuzione delle persone interessate dal fenomeno delle “porte girevoli”: si è passati dal 27% nel 2009 al 13% al 31 ottobre 2012»³⁰, senza, però, inquadrare questo dato nella complessiva cifra di detenuti in attesa di giudizio: a marzo 2013, il 37,31%.

Nella *Relazione* si parla anche di edilizia carceraria: «l’azione, pur nella ristrettezza delle risorse disponibili, è stata particolarmente incisiva: l’obiettivo – quale risultato complessivo di interventi finanziati dal c.d. Piano carceri ed interventi “ordinari” – è la consegna entro il 31 dicembre 2014 di 11.700 posti. Già nel 2012 sono stati consegnati 3.178 nuovi posti, ai quali se ne aggiungeranno 2.382 entro giugno 2013», con l’improbabile prospettiva di realizzare entro i successivi diciotto mesi altri 6.140 posti³¹.

La *Relazione* merita, poi, un’ulteriore chiosa polemica se si considera che la sentenza *Torreggiani* viene menzionata solo alla fine, in tema di «Direzione generale dei detenuti e del trattamento»³², in un paragrafo di un paio di pagine che, dopo avere ricopiato i dati già esposti nel capitolo dedicato al «Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria», prende atto dell’ancora inadeguato stato delle carceri nostrane, sottolineando che ristrettezze economiche ed esigua durata del mandato del Governo Monti hanno reso impossibile interventi di larga scala: sicuramente l’attuale stallo istituzionale non aiuterà, rimanendo per ora impensabile l’attuazione di provvedimenti di ampio respiro sui temi cruciali della cd. “emergenza carceri”.

... E DI PROPOSTE

Nell’ultimo triennio tante sono state le proposte in materia di carcere, provenienti da ogni parte politica e mai tradotte in legge vigente³³. Guardando agli ultimi mesi della XVI legislatura è opportuno considerare il d.d.l. C5019bis di «delega al Governo in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili». Esso conteneva: a) la previsione di due nuove pene principali – reclusione e arresto presso l’abitazione o altro luogo di privata dimora, anche per fasce orarie o per determinati giorni della settimana – per delitti

²³ Si tratta del fenomeno di chi entra in carcere per trascorrervi un periodo limitatissimo, di pochi giorni. In tema, Gargani, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell’esecuzione penale*, Cass. pen., 2011, 1259 o, un po’ più risalente, Margara, *Sorvegliare e punire: storia di 500 anni di carcere*, *Questione giustizia*, 2009, 103.

²⁴ Associazione Nazionale Funzionari di Polizia.

²⁵ Dichiarazione del Segretario ANFP Enzo Letizia del 4 gennaio 2012, su www.anfp.it.

²⁶ Sempre la dichiarazione del Segretario ANFP (4 gennaio 2012).

²⁷ Per un’analisi completa del provvedimento si rimanda a Pittaro, *La nuova normativa sulle detenute madri*, *Famiglia e dir.*, 2011, 869.

²⁸ Il cui testo è disponibile sul sito del Ministero www.giustizia.it.

²⁹ Ministero della Giustizia, *Relazione sull’amministrazione della giustizia*, 2012, 185.

³⁰ Ministero della Giustizia, *Relazione*, cit., 185.

³¹ Il “Piano carceri” 2010 fissava per il 31 dicembre 2012 la costituzione di 9.150 nuovi posti: la previsione è stata rispettata per il 34,73% con la consegna di sole 3.178 nuove collocazioni.

³² Ministero della Giustizia, *Relazione*, cit., 203-204.

³³ Saranno indicate con il numero d’ordine e, tra parentesi, la data di presentazione al Senato o alla Camera.

puniti con detenzione non superiore a quattro anni o contravvenzioni sanzionate con l'arresto (art. 5); b) la sospensione del procedimento penale con messa alla prova consistente in un periodo di lavoro di pubblica utilità e/o in altre prescrizioni, su richiesta dell'imputato, per reati puniti con pene detentive non superiori ai quattro anni (art. 3); c) una nuova regolamentazione del processo *in absentia* (art. 4). Il disegno – approvato dalla Camera nella seduta del 4 dicembre 2012 – è stato trasmesso al Senato – dove ha acquisito numerazione S3596 – senza però concludere il proprio iter parlamentare a causa dell'imminente fine della legislatura³⁴.

Altre proposte si sono concentrate su depenalizzazione e alternative non carcerarie alla sanzione detentiva o alla custodia cautelare, con lo scopo ultimo di diminuire il flusso d'entrata negli istituti penitenziari. Esemplare in tal senso è il d.d.l. C5390 (31 luglio 2012), che suggeriva l'introduzione di un art. 280bis c.p.p. ricorrendo al quale, «nei casi previsti dall'articolo 280, comma 2, il giudice per le indagini preliminari [avrebbe potuto] determinare per l'imputato, anche su richiesta della difesa, di concedere, in alternativa alla misura cautelare di cui agli articoli 284, 285 e 286 e prima dell'esercizio dell'azione penale, la libertà su cauzione, dietro il pagamento di una somma commisurata alla gravità del fatto e alle condizioni economiche dell'imputato».

Sempre sfogliando i tanti disegni della XVI legislatura, merita menzione il d.d.l. S3616 (13 dicembre 2012) di abolizione del cd. "ergastolo ostativo", sul presupposto che – si legge nella relazione di accompagnamento al progetto – «dall'Assemblea costituente ai giorni nostri più volte nelle Aule parlamentari è risuonata la prospettiva di mettere fine all'ergastolo ostativo, ovvero alla drammatica scelta del "fine pena mai" scritto nel destino di uomini e donne che, spesso, dopo oltre venti anni di pena, sono completamente diversi da ciò che erano al mo-

mento di entrare in carcere», essendo, quindi, l'intento della proposta «cancellare non la sanzione forte, che anzi va scontata fino in fondo e "certificata" anche dagli educatori e dalla direzione del carcere, ma l'irreversibilità della sanzione indicando nel recupero del reo la vera vittoria dello Stato-comunità di cui le vittime del reato rappresentano certamente il punto di vista più importante e delicato»³⁵.

Ancora, il d.d.l. S3473 (20 settembre 2012) proponeva «una detrazione di quattro giorni per ogni singolo semestre di pena scontata» per ogni condannato che avesse «dato prova di aver letto e recensito un libro per ogni mese» (nuovo art. 54bis, ord. penit. «Libertà anticipata in caso di attività culturale in carcere»).

Più risalenti, i d.d.l. S3045 e S3046 (1° dicembre 2011) prospettavano modifiche al codice di rito e alla l. n. 199 del 2010, in parte simili a quelle poi occorse con l. n. 9 del 2012 e in parte volte ad introdurre la «sospensione del procedimento con messa alla prova» (nuovo art. 420sexies c.p.p.), con estinzione del reato in caso di esito positivo della prova (nuovo art. 420octies c.p.p.).

Specificamente rivolto a «ridurre il sovraffollamento penitenziario» era, poi, il d.d.l. S2915 (21 settembre 2011) che, preso atto della situazione carceraria italiana, tendeva a «rafforzare il concetto di misura cautelare intramuraria come *extrema ratio*», a «ridurre i livelli di criminalizzazione delle persone straniere soggiornanti irregolari», ad abrogare «tutte le misure che comportano un aggravio di pena e/o la restrizione delle condizioni per accedere ai benefici», alla predisposizione di entrate scaglionate in carcere rapportate alla capienza del penitenziario, all'«estensione dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato» e al «superamento del carcere per i tossicodipendenti»³⁶.

In una direzione del tutto diversa si poneva, invece, il d.d.l. S2407 (27 ottobre 2010), diretto ad impedire l'elargizione di benefici penitenziari ai condannati per reati di particolare gravità.

Passando alla XVII legislatura, sempre con l'obiettivo di frenare l'emergenza carceraria deve considerarsi il d.d.l. S286, presentato al Senato il 25 marzo 2013 dal Senatore Manconi. Il progetto riprende l'idea del "numero chiuso" negli istituti detentivi: «se la struttura penitenziaria territorialmente competente risultasse sovraffollata, il detenuto verrebbe iscritto in una lista d'attesa e scontrerebbe la pena in carcere solo quando le condizioni di vivibilità fos-

³⁴ E forse anche per ragioni politiche. Nella dichiarazione del 21 dicembre 2012 il Ministro Severino affermava: «Si è chiesto inoltre, sempre a nome del suddetto Gruppo, perché questo provvedimento abbia dormito alla Camera, mentre adesso viene fuori con tutta quest'urgenza, dato che, se vi fossero state urgenza e necessità, si sarebbe dovuto adottare un decreto-legge. Senatore Gamba, lo so anch'io: ma so anche che non l'abbiamo fatto per rispetto di questo Parlamento, anche se si sarebbe potuto esaminare insieme al salva carceri inserendolo in quel decreto-legge, esclusivamente perché presso il Parlamento, come altri hanno ricordato, pendeva una serie di disegni di legge. E poiché questo Governo è sempre stato rispettoso della volontà del Parlamento, non ha voluto sovrapporre un proprio decreto-legge ai numerosi ed ampi disegni di legge dei quali il Parlamento si era già fatto carico e di cui questo Governo si è fatto carico con il provvedimento in esame, sperando che la sua chiara urgenza fosse evidente a tutti i parlamentari». Resoconto stenografico della seduta n. 858 del 21.12.2012, www.giustizia.it.

³⁵ La relazione è disponibile all'indirizzo leg16.senato.it.

³⁶ Anche la relazione a questo d.d.l. è disponibile all'indirizzo leg16.senato.it.

TRAPPELLA / SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO: TANTE DOMANDE, NESSUNA RISPOSTA

sero ristabilite. Nel frattempo verrebbe sottoposto alla detenzione domiciliare. Si tratta di un provvedimento ragionevole, già assunto da altri Stati democratici»³⁷.

È qui affrontato un tema di cruciale importanza, quello della pena umana: tale non è – e i giudici di Strasburgo lo hanno affermato a più riprese – quella scontata in un carcere sovraffollato. Peraltro risalgono a poche settimane fa due ordinanze di altrettanti giudici di merito – il Tribunale di sorveglianza di Venezia e quello di Milano – che rivolgevano alla Consulta questione di illegittimità dell'art. 147 c.p. laddove non prevede tra le cause di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena le disumane condizioni – tra cui, appunto, il sovraffollamento – in cui essa dovrà scontarsi³⁸. È anche sulla scorta di queste pronunce – ha affermato il Sen. Manconi – che il d.d.l. S286 è stato presentato nella forma che – ci si augura – presto potrà essere discussa dalla Commissione Giustizia del Senato.

DUE PROBLEMI SPECIFICI: A) PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ DELL'ART. 147 C.P.

Si considerino due situazioni tra loro analoghe. La prima è stata sottoposta al Tribunale di sorveglianza di Venezia che ha deciso con ordinanza del 13 febbraio 2013³⁹: «[omissis], detenuto nella Casa circondariale di Padova, rappresentava al Magistrato di sorveglianza in data [omissis] istanza di differimento della pena a causa delle "condizioni di perenne sovraffollamento" in cui versava l'istituto, evidenziando una situazione che, per il numero di detenuti ospitati nella cella (da 9 a 11 mediamente), era tale da influire negativamente sulle sue "condizioni psicofisiche" e rilevando come l'esecuzione della pena fosse certamente contraria al senso di umanità e avversa al principio rieducativo della pena ed al rispetto della persona».

Sulla seconda s'è, invece, pronunciato il Tribunale di sorveglianza di Milano con ordinanza del 12 marzo 2013⁴⁰: «il condannato ha presentato istanza di differimento dell'esecuzione della pena ex art. 147, c. 1, n. 2, c.p. in data [omissis], non lamentando la sussistenza di patologie di tipo fisico di rilevante gravità o che le stesse non sono adeguatamente curate in carcere, ma che la detenzione si starebbe svolgendo con modalità disumane equiparabili a tortura, in quanto costretto a stare in

una cella di circa nove mq dimensionata per due detenuti, mentre vi sono sistemate tre persone».

Entrambi i giudici hanno opportunamente rilevato un vuoto nell'art. 147 c.p., che si limita a prevedere il rinvio *facoltativo* dell'esecuzione penale *solo*⁴¹ se è stata presentata domanda di grazia, per grave infermità fisica del condannato⁴², o per sanzione da applicarsi a madre con prole di età inferiore ai tre anni. I casi di specie non rientrano in queste ipotesi, pur integrando violazione dell'art. 3 Cedu. Illuminanti – per comprendere l'entità del problema – sono le parole del Tribunale di sorveglianza di Milano, che descrive le condizioni sofferte dal ricorrente: «lo spazio disponibile per detenuto è pari a mq 3,30 circa e dunque di poco superiore al limite minimo considerato "vitale" dalle due pronunce della Corte di giustizia dei diritti dell'uomo (Suljemanovic v. Italia del 16.7.2009 e Torreggiani v. Italia del 8.1.2013)⁴³; è necessario, però, considerare che tale spazio non è quello calpestabile o effettivamente utilizzabile dai tre detenuti, atteso che esso è occupato anche da vario mobilio come un armadio grande (H. m. 2 e L. cm. 80x40) e altro armadio più piccolo (H. m. 1 e L. cm. 40x60), che riducono lo spazio. Vi sono poi altre suppellettili [...]. La presenza di tale mobilio di arredo, seppure insufficiente per le esigenze di tre persone (tanto che i detenuti hanno realizzato delle rudimentali mensole con pacchetti di sigarette aperti e attaccati al muro ove posizionare sapone e spazzolino da denti), non può essere trascurata al fine di individuare

⁴¹ Cioè tassativamente, non essendo previste altre cause di rinvio facoltativo diverse da quelle elencate dall'art. 147 c.p.. Sul punto, oltre alla manualistica tradizionale – per cui si rinvia *ex multis* a Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 790 –, Gallisai Pilo, *Rinvio della esecuzione penale*, Ns. Dig. it., App. VI, Torino, 1986, 850 o Maselli, *Rinvio dell'esecuzione penale*, Ns. Dig. it., XV, Torino, 1968, 1182.

⁴² Con riferimento al diritto alla salute dei detenuti s'è condivisibilmente detto che «la ratio di tali disposizioni [artt. 146 e 147 c.p., ndr.], che costituiscono un'eccezione al principio che le pene inflitte devono essere espiate, si rinviene nell'art. 27 della Costituzione che sancisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e che debbono avere una finalità rieducativa. Si ritiene pertanto contrario al senso di umanità contenere in carcere persone nei cui confronti le cure mediche sono inutili perché in uno stadio troppo avanzato della malattia, o che comunque sono afflitte da patologie così gravi da non sentire più neppure l'effetto rieducativo della pena». Così, Fadda, *La tutela del diritto alla salute dei detenuti*, Riv. it. medicina legale, 2012, 613, ss. e, in tema, sulla stessa rivista Tarantino, *Trattamento rieducativo e nuove prospettive nella tutela dei diritti del detenuto*, 641. Ponendo la salute dei reclusi quale interesse primario, alle stesse norme dovrà ricorrersi – dopo l'intervento della Consulta – per evitare pene inumane a causa del sovraffollamento carcerario: *mutatis mutandis*, si tratta sempre di situazione che impedisce alla pena di espletare la propria funzione rieducativa.

⁴³ Per una ricognizione su queste ed altre decisioni, Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, Cass. pen., 2013, 11 e Corso, *Condanna giusta ma rimedi incerti per il sovraffollamento delle carceri*, *Quotidiano giuridico*, 10 gennaio 2013.

³⁷ Queste le parole dello stesso Senatore Manconi; la dichiarazione è disponibile sul sito www.ristretti.it.

³⁸ Per un'analisi delle quali, v. *infra*.

³⁹ Trib. sorv. Venezia, ord. 13 febbraio 2013, cit. (v. *supra*, nota 7).

⁴⁰ Trib. sorv. Milano, ord. 12 marzo 2013, n. 928/2013 SUIS, media.camerapenalemilano.it.

quale e quanto sia lo spazio minimo vitale all'interno della camera detentiva, come del resto ricordato anche dalla CEDU nella sentenza *Torreggiani*, pag. 16 "Cet espace, déjà insuffisant, était par ailleurs encore restreint par la présence des mobiliers dans les cellules"».

Lo stato di prigionia raffigurato dall'ordinanza del Tribunale di Venezia è del tutto analogo: «che dunque [omissis] stia subendo ed abbia subito per tutto il periodo della detenzione fino ad oggi un trattamento "disumano e degradante", tanto più durante la permanenza per 131 gg. nella Casa circondariale di Padova ove lo spazio disponibile era mediamente di soli 2,37 mq., ma perdurante a tutt'oggi allorché lo spazio è di 2,85 mq., non può essere revocato in dubbio».

Attesa la mancanza di strumenti alternativi al rinvio ex art. 147 c.p. ai quali ricorrere per rimediare alle situazioni esaminate nelle due ordinanze, e considerata soprattutto l'infrazione dell'inderogabile principio di umanità della pena sancito dagli artt. 27, comma 3 e 117, comma 1, Cost. nella parte in cui recepisce l'art. 3 Cedu, i due Tribunali hanno sollevato questione di illegittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. «nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità».

È degno di nota che i giudici *a quo* abbiano impugnato non già l'art. 146 c.p. sul rinvio obbligatorio, ma il successivo 147, che rimette all'apprezzamento del magistrato la valutazione dell'opportunità di procrastinare l'esecuzione della pena in presenza di almeno uno dei contesti definiti dalla norma. Ne deriva che il tribunale di sorveglianza, ritenendo per ventura prevalente la necessità di dare immediato luogo al trattamento sanzionatorio previsto in sentenza rispetto alle circostanze che, secondo norma, giustificerebbero il rinvio, ben potrebbe rigettare l'istanza del condannato ex art. 147 c.p.: Così, considerando l'ordinanza milanese, che più volte pone l'accento sull'estrema pericolosità del condannato-ricorrente, è pure possibile che – avendone la possibilità ad esito di accoglimento della questione da parte della Consulta, che emettesse, quindi, una sentenza additiva, attestando l'omissione del legislatore nell'art. 147 c.p. – il giudice di sorveglianza deciderà di mantenere comunque in carcere l'istante, ritenendo superiore l'interesse della sicurezza collettiva sulle esigenze individuali del recluso. E questo, pur se la Corte costituzionale, in quella specifica ipotesi, avrà sostenuto esservi nelle condizioni di sovraffollamento carcerario una violazione del principio di umanità della pena tanto grave da giustificare il rinvio dell'esecuzione. Insomma, è perfettamente condivisibile l'interrogativo sulla

legittimità di un siffatto bilanciamento di interessi: «accertata la violazione di un diritto inderogabile, e individuato il rimedio per far cessare la violazione, può l'ordinamento attribuire al giudice il potere di non applicare quel rimedio, per soddisfare esigenze di difesa sociale?»⁴⁴.

Ovviamente solo la Consulta potrà rispondere, inquadrando la soluzione nell'alveo dei principi costituzionali e sovranazionali, *in primis* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴⁵.

B) QUALI RIMEDI AL "DANNO DA SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO"?

Nella sentenza *Torreggiani* la Corte europea ha ingiunto all'Italia di individuare «la più efficace soluzione normativa da adottare per fare fronte al problema di cui si tratta», distinguendo tra «rimedi preventivi» e «compensativi». Con attenzione a questi ultimi, «quando un ricorrente è ristretto in un contesto contrario all'art. 3 Cedu, la migliore scelta possibile è la cessazione immediata dell'inosservanza del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti. In più, chiunque sia stato detenuto in uno stato tale da ledere la sua dignità ha diritto ad essere risarcito per il danno patito»⁴⁶.

Sono tre, quindi, le strade che i giudici europei hanno indicato all'Italia: a) predisporre un intervento organico sulla normativa penitenziaria che risolva in modo definitivo il problema del sovraffollamento; b) eliminare – attraverso un'interpretazione della legge rispettosa della Costituzione e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – le violazioni in concreto rilevate; c) risarcire il danno occorso a seguito di violazione dei diritti umani, laddove siano dimostrati contesti detentivi incompatibili con il principio di umanità della pena. Quella *sub a*) è materia del legislatore; le altre rientrano nella competenza del potere giudiziario.

Sul rimedio risarcitorio si è recentemente pronunciata la Cassazione⁴⁷. Il problema è chi sia competente ad esprimersi sul "danno da sovraffollamento".

⁴⁴ Della Bella, *Sollevata ancora questione di illegittimità costituzionale dell'art. 147 c.p.: il Tribunale di sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di sorveglianza di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario*, *www.penalcontemporaneo.it*, cui si rimanda per un commento "a caldo" della pronuncia.

⁴⁵ E ciò nell'ottica di quel ripensamento del sistema non più differibile – e che oggi appare come premessa necessaria alla «riforma più importante» – di cui parla Kalb, *La riforma possibile, anzi doverosa...*, *Dir. pen. proc.*, 2013, 132.

⁴⁶ Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, cit., *Torreggiani*, §96. Traduzione dal francese di chi scrive. (v. *supra*, nota 3).

⁴⁷ Cass., sez. I, 15 gennaio 2013, n. 4772, *www.processopenalee-giustizia.it*.

TRAPPELLA / SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO: TANTE DOMANDE, NESSUNA RISPOSTA

collamento carcerario”: a tal proposito la sentenza *Torreggiani* menzionava la decisione del Tribunale di sorveglianza di Lecce⁴⁸ che nel 2011, accogliendo l’istanza ex art. 35, ord. penit. di un detenuto in relazione alle lamentate condizioni di prigionia – inumane a cagione del sovrappopolamento del carcere salentino –, condannava l’amministrazione penitenziaria al risarcimento del danno⁴⁹.

Nonostante questo precedente, la Suprema Corte ha ritenuto che – anche in forza della *summa divisio* tra giurisdizione civile e penale⁵⁰ – «non c’è dubbio [...] che non può trarsi dalla giurisprudenza della CEDU il principio che l’aspetto compensativo (o risarcitorio), che pure si impone, debba essere compreso di necessità nell’ambito del ricorso alla Magistratura di Sorveglianza, avendo i giudici comunitari ribadito che il profilo preventivo che ne emerge (che pure può rilevarsi in concreto scarsamente efficace) non è esaustivo degli obblighi per lo Stato, ma non avendo indirizzato una particolare lettura della normativa, né dato limiti ristretti allo Stato per l’adeguamento».

Con altre parole, la Corte in questa sede si è limitata ad un’*actio finium regundorum* della giurisdizione di sorveglianza, escludendo da quell’ambito le decisioni sul “danno da sovraffollamento carcerario”. D’altra parte non era quella la sede «per individuare i percorsi normativi de iure condendo per l’anzidetto sollecito adeguamento sul piano dei più efficaci rimedi preventivi e [...] compensativi». Certo, alcuni istituti che possano ispirare il legislatore già esistono: si pensi al procedimento ex artt. 314 e 315 c.p.p. per la riparazione dell’ingiusta detenzione. Sarà comunque il legislatore ad adattare quella o al-

tra procedura al contesto in parola, nell’ambito della riforma organica del sistema penitenziario nostrano auspicata dal giudice europeo.

(PROVVISORIE) CONCLUSIONI: AMNISTIA, PENE ALTERNATIVE E CUSTODIA CAUTELARE

Non possono che essere provvisorie le conclusioni da trarsi ad esito di lettura del quadro normativo e giurisprudenziale sin qui tratteggiato. Quella in parola è una materia in evoluzione, che si auspica possa presto giungere ad approdi più sicuri degli attuali, nel solco delle indicazioni definite dal giudice europeo. Di fronte, però, all’allarmante stratificazione di proposte e provvedimenti normativi mai esaurienti, e decisioni giurisprudenziali – che, per definizione, vertono su casi particolari, rimanendo ben lontani dall’individuare una soluzione organica e soprattutto definitiva alle tante (troppe) problematiche accennate in queste pagine – pare opportuno soffermarsi su tre aspetti, che per forza dovranno costituire il punto di partenza di quelle riforme a cui la sentenza *Torreggiani* invita il legislatore italiano: amnistia, misure alternative e ricorso alla custodia carceraria.

Il d.d.l. S20 XVII legislatura (15 marzo 2013), presentato dai Senn. Manconi e Compagna, propone l’amnistia⁵¹ «per tutti i reati commessi entro il 14 marzo 2013 per i quali è stabilita una pena non superiore nel massimo a quattro anni, ovvero una pena pecuniaria, sola o congiunta a detta pena» (art. 1), sul presupposto che questa sia una «*misur[a] capac[e] di ridurre, nell’immediato, il sovraffollamento e di rendere quindi l’esecuzione della pena conforme alla funzione rieducativa che, sola, la legittima, secondo l’art. 27 della Costituzione italiana*»⁵².

La funzione dell’amnistia, se originariamente riconducibile all’*indulgentia principis* – di un sovrano, cioè, che dispensa una giustizia che va al di là del potere dei tribunali e su di essi si impone⁵³ –, oggi «si risolve in una vera e propria disfunzione, in quanto l’abuso nel concederla frustra e mortifica lo scopo di prevenzione generale della comminatoria punitiva»⁵⁴. In altri termini, l’amni-

⁴⁸ Sul punto, Fiorentin, *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, 301 e, pur su altro analogo provvedimento del giudice salentino (ord. 8 febbraio 2012, n. 24), Toscano, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 237.

⁴⁹ Trib. sorv. Lecce, ord. 9 giugno 2011, n. 7, *www.personaedanno.it*. In tema, interessantissima la posizione di Fanchiotti, *Globalizing Prisoners’ Rights: dalla California alla Puglia*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 118, che accosta il provvedimento del tribunale pugliese ad altra decisione della Corte Suprema californiana sempre in tema di sovraffollamento carcerario e di rimedi alle conseguenze negative di questo fenomeno verso il quale gli esecutivi nazionali si rivelano incapaci di adottare soluzioni efficaci.

⁵⁰ Ad ogni modo «la Cassazione evita, cautamente, di suggerire *apertis verbis* la soluzione, che tuttavia si evince chiaramente dalle premesse con cui si apre la parte motiva della sentenza: la tutela dei diritti soggettivi violati è, in difetto di disposizioni derogatorie *ad hoc*, compito della giurisdizione civile; e lo è vieppiù dopo la nota sentenza delle SS.UU. civili 11 novembre 2008, n. 26972, che ha riconosciuto la generale risarcibilità delle lesioni dei diritti inviolabili della persona costituzionalmente garantiti, tra i quali non può non essere ricompreso il diritto di cui agli artt. 27 co. 3 Cost. e 3 CEDU, nell’estensione riconosciutogli dalla pertinente giurisprudenza di Strasburgo». Così, 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*.

⁵¹ Come anche – sempre nella neonata XVII legislatura – i d.d.l. S21 (15 marzo 2013), presentato sempre dai Senn. Manconi e Compagna e C548 (26 marzo 2013) a firma dell’On. Gozi.

⁵² Questo si legge nell’annuncio dei Senatori proponenti alla seduta ant. n. 1 (Senato) del 15 marzo 2013. In attesa di pubblicazione del testo della proposta sul sito istituzionale del Senato, esso può leggersi all’indirizzo *www.abuondiritto.it/upload/files/ammistiaindultopresentato.pdf*.

⁵³ Maiello, *Clementia e sistema penale. Amnistia e indulto dall’indulgentia principis all’idea dello scopo*, Napoli, 2007, passim.

⁵⁴ Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2012, 371.

stia non risolverebbe l'emergenza carceraria del nostro Paese, fornendo solo un blando palliativo al sistema che, ancora malato, tornerebbe nel giro di poco tempo a soffrire le disastrose condizioni di sovraffollamento pesantemente criticate dalla Corte europea. Non solo. Un provvedimento clemenziale – destinato ad «*entra[re] in vigore il giorno stesso a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale*» (art. 6, d.d.l. S20) e perciò stesso improvviso – interromperebbe bruscamente il percorso rieducativo dei detenuti, che uscirebbero dal carcere impreparati al ritorno nella società. Insomma, a fronte di un immediato e solo temporaneo progresso nei termini meramente numerici delle presenze in cella, si riscontrerebbe un fallimento sui piani dell'effettività dello schema "precetto-pena" – e, quindi, della prevenzione generale mediante intimidazione – e dell'efficacia rieducativa della sanzione, con pericolo che l'ex detenuto reiteri i crimini commessi.

Guardando oltre l'immediato, la soluzione è ripensare il sistema nei termini di un maggiore ricorso alle misure alternative e di una riforma della custodia carceraria.

Sotto il primo aspetto, «le misure alternative promettono dunque di neutralizzare, per i loro destinatari, gli effetti desocializzanti del carcere, operando nel contempo, all'interno degli istituti penitenziari, come stimolo a partecipare all'opera di rieducazione. Danno attuazione a idee come quelle della pena detentiva come ultima *ratio* nel quadro del sistema sanzionatorio penale e dell'esecuzione progressiva della pena detentiva: obiettivi, dunque, ben più ambiziosi di un mero contributo alla deflazione penitenziaria. Nel contempo, le misure alternative aspirano a collocarsi quali sanzioni intermedie tra la pena detentiva classica e la pena pecuniaria: sanzioni non prive di connotati afflittivi, ma nel contempo in grado di svolgere un'azione costruttiva sugli atteggiamenti sociali del condannato»⁵⁵.

Diventano, così, assolutamente apprezzabili quei progetti di legge che propongono una sospensione dei processi per reati "minori" a seguito di richiesta dell'imputato di *messa alla prova* con compimento, quindi, di un periodo di lavori di pubblica utilità. Attraverso questo tipo di misura, infatti, si recupera la frattura occorsa tra il reo e la società una volta commesso l'illecito, favorendo il positivo reinseri-

mento del primo nel contesto in cui fu compiuto il fatto offensivo.

Parimenti pregevole era l'idea sottostante alla l. n. 199 del 2010. Anche qui, però, è opportuno che il domicilio riacquisti la sua originaria dimensione di luogo *latu sensu* umano in cui scontare la pena⁵⁶, in quanto punto di partenza per il riavvicinamento del condannato ai valori sconosciuti allorché commise il reato. *De iure condendo* si potrebbe immaginare una misura coniata sulla falsariga di quella prevista dalla legge 199 – senza, però, "date di scadenza" – che includa in sé la possibilità per il condannato di trascorrere parte della propria giornata impiegato in lavori di pubblica utilità, e ottenendo un accorciamento della pena per causa di questa sua scelta. Sicuramente lo sconto sarebbe qui meglio giustificato rispetto a quell'ipotesi – inverosimile, ma difficilmente realizzabile – del d.d.l. S3473 XVI legislatura che legava il beneficio ad un certo numero di recensioni librerie offerte dal detenuto al responsabile per l'attività culturale dell'istituto penitenziario⁵⁷.

Sul piano cautelare si registra un abuso della custodia carceraria⁵⁸ che induce a sperare in interventi legislativi di promozione di misure diverse. Sarebbe da approfondire il dibattito sulla proposta di libertà su cauzione, anche se sicuramente la principale critica risiederebbe nel legare ad un fattore economico l'uscita dal penitenziario dell'accusato. Da troppo tempo, poi, ristagna tra polemiche di natura marcatamente politica l'idea del braccialetto elettronico, utile strumento per vigilare il condannato al di fuori delle prigioni.

L'interpretazione letterale dell'art. 186, comma 9bis, c.str. – che rimette il controllo sulla corretta esecuzione dei lavori di pubblica utilità a seguito di condanna per guida in stato di ebbrezza al «*giudice che procede o [al] giudice dell'esecuzione*», trasparendo così l'idea che la misura possa svolgersi anche prima del passaggio in giudicato della sentenza che applica la pena sostitutiva – permette un'ulteriore ipotesi di lavoro, immaginandosi, così, meccanismi di estinzione del reato da attuarsi – si badi: sempre su richiesta dell'accusato che si sottoponga volontariamente⁵⁹ allo svolgimento di una certa attività –

⁵⁶ Per questa espressione, vedasi Turchetti, *Legge svuotacarceri*, cit., 1788, che rimanda a Comucci, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, 203.

⁵⁷ Per cui, più approfonditamente v. *supra*.

⁵⁸ Marafioti, *Sovraffollamento delle carceri e custodia cautelare: una proposta di riforma*, Relazione tenuta al convegno *Carcere: idee contro il disastro* (Camera Penale di Roma, 7 luglio 2010) parla, al proposito, di "(ab)uso della custodia".

⁵⁹ In modo condivisibile il Trib. Rovereto, ord. 29 settembre 2011, *www.penalecontemporaneo.it*, ha chiarito non essere necessario il passaggio in giudicato della sentenza di condanna ai lavori

⁵⁵ Sono parole di Dolcini, *Carcere, surrogati del carcere*, cit., nt. 37. Belle le parole di Grevi, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, Id (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 48, che definiva le misure alternative come «una delle più felici innovazioni della legge di riforma sul piano degli strumenti di rieducazione».

anche prima che la decisione di condanna diventi definitiva.

Un intervento organico in materia cautelare, poi, incidendo di molto sul problema del sovraffollamento, offrirebbe un'utile alternativa anche alla proposta delle cd. "liste d'attesa". Ad ogni buon conto, per attestarne l'utilità, sarebbe opportuno non offrire al condannato un semplice rinvio dell'ingresso in carcere, ma un periodo di permanenza domiciliare nel corso del quale gli fosse offerta la possibilità di svolgere attività in ambito sociale, del cui esito positivo si tenesse conto per eventuali successivi benefici.

Analogamente, il rinvio *ex art. 147 c.p.* per inumane condizioni detentive – su cui la Corte costituzionale presto andrà a pronunciarsi – dovrebbe es-

sere costruito *de iure condendo* come occasione per il condannato di scontare la pena in altro modo, forse sempre in termini di pubblica utilità: più che di "liste d'attesa" per il carcere, quindi, sarebbero più opportune liste per quei detenuti che si dichiarassero disponibili a svolgere mansioni socialmente utili.

Quelli condensati in queste pagine sono solo spunti per un dibattito che, interessando l'intero mondo politico, dovrà necessariamente sfociare in un intervento di legge organico e complesso, come imposto dai giudici europei.

La via comunque è già tracciata nelle tante proposte rimaste indiscusse con la fine della legislatura. Solo lavorando su custodia carceraria e misure alternative, infatti, sarà possibile superare l'attuale idea di carcere, ormai evidentemente inadeguata e sicuramente contraria al paradigma di tutela dei diritti umani che ispira tanto la nostra Costituzione quanto l'*acquis* europeo.

di pubblica utilità se il condannato vi si sottopone volontariamente prima. È il giusto bilanciamento tra l'interpretazione letterale dell'art. 186, comma 9bis, c.str. e l'art. 27, comma 2, Cost..

GIANRICO RANALDI*

Ricercatore di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

L'esecuzione delle pene detentive brevi: tra successione di leggi ed orientamenti applicativi

The enforcement of short lasting sentences: between succession of laws and application guidelines

Nulla osta alla doppia sospensione dell'esecuzione della pena detentiva breve, qualora il condannato, che potrebbe accedere tanto ad una misura alternativa alla detenzione, quanto all'esecuzione presso il domicilio della pena detentiva non superiore a diciotto mesi ai sensi della l. 26 novembre 2010, n. 199 e successive modificazioni, rimanga inerte.

Nothing prevents double suspension of short lasting sentences enforcement, even if the convicted - who could apply for an alternative measure to detention or for house arrest for a punishment of maximum 18 months, in accordance with the law n. 199 of 26th november 2010- remains inert.

L'ESECUZIONE DELLE PENE DETENTIVE BREVI: MODELLI OPERATIVI

La formula "esecuzione delle pene detentive brevi" evoca un fenomeno procedimentale "variegato", che impone la soluzione preliminare di alcune questioni definitorie.

Infatti, l'afflittività intrinseca di qualsivoglia restrizione dello *status libertatis* fa sì che la segregazione carceraria possa qualificarsi breve, solo se vi sia una norma di legge che adotti la specifica formula definitoria ovvero se possano cogliersi profili disciplinari indicativi di una considerazione distintiva compiuta *in parte qua* dal legislatore.

Pertanto, non emergendo dal diritto positivo una previsione avente la succitata valenza classificatoria,

potranno qualificarsi brevi, tenendo conto dei lineamenti fondamentali del sistema esecutivo penale e penitenziario¹, le pene detentive, anche se costituenti residuo di maggior pena, che possano consentire al condannato, prescindendo momentaneamente dalle qualifiche soggettive², di accedere al percorso

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

¹ Sui lineamenti del sistema esecutivo penale, Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 81; Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 140; Corbi-Nuzzo, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Torino, 2003, 177 nonché, volendo, Gaito-Ranaldi, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, 113.

² Il riferimento, a mero titolo di esempio, è al condannato ultrasettantenne, il quale potrà essere ammesso alla misura alternativa della detenzione domiciliare, a mente dell'art. 47-ter, comma 1, ord. Penit., indipendentemente da quale sia la durata

rieducativo extramurario approntato, attraverso le misure alternative alla detenzione, dalla l. 26 luglio 1975, n. 354, «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà»³ ovvero l'applicazione delle sanzioni sostitutive contemplate dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, «Modifiche al sistema penale»⁴.

Stando così le cose, ad un fenomeno che è unitario solo in parte corrispondono modelli operativi diversificati di esecuzione penale, nel cui ambito, però, va compiuto lo sforzo di cogliere, seppur per lineamenti di sintesi, un distinto "filo conduttore".

In proposito, le previsioni di immediato riferimento sono gli artt. 656 e 661 c.p.p. - da leggersi in combinato con gli artt. 47, 47-ter, 50, comma 1, ord. penit. e con gli artt. 62 ss., l. n. 689 del 1981 - che delineano perlomeno due percorsi esecutivi paralleli.

Da un lato, il pubblico ministero, «quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva», emette un ordine di esecuzione «con il quale, se il condannato non è detenuto ne dispone la carcerazione» (art. 656, comma 1, c.p.p.) e qualora «la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non» sia «superiore a tre anni (...) ne sospende l'esecuzione», fatta eccezione per alcune ipotesi espressamente contemplate⁵, adottando uno specifico decreto di sospensione che va notificato, unitamente all'ordine di esecuzione (al condannato ed al difensore nominato per la fase dell'esecuzione o, in difetto, al difensore che lo ha assistito nella fase del giudizio), «con l'avviso che entro trenta giorni» potrà «essere presentata istanza, corredata dal-

le indicazioni e dalla documentazione necessaria, volta ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione di cui agli articoli 47, 47-ter e 50, comma 1, della l. 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni» (art. 656, comma 5, c.p.p.)⁶.

Dall'altro lato, il pubblico ministero, qualora debbano essere eseguite le sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata⁷, che si considerano «per ogni effetto giuridico (...) come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita» (art. 57, comma 1, l. n. 689 del 1981), trasmette l'estratto della sentenza di condanna al magistrato di sorveglianza territorialmente competente (art. 661 c.p.p.), che «determina le modalità di esecuzione della pena avvalendosi dei criteri indicati negli artt. 55 e 56 e osservando le norme del capo II bis del titolo II della l. 26 luglio 1975, n. 354» (art. 62, l. 24 novembre 1981, n. 681)⁸.

Per conseguenza, alla stregua dei contenuti prescrittivi delle succitate disposizioni procedurali, è chiara la "ragion propria" sottesa alla specifica opzione regolamentare del legislatore: nell'un caso (esecuzione di pene detentive non superiori a tre anni), qualora il condannato risulti "eleggibile" ai

della pena detentiva da eseguire nei suoi confronti, salvo che la reclusione sia stata inflitta per alcuno dei reati «previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, e dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale, dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e dall'articolo 4-bis della presente legge» e «purché non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza né sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale». Sulla detenzione domiciliare, tra gli altri, Lauricella, *La detenzione domiciliare fra evoluzione della giurisprudenza costituzionale e prospettive de iure condendo*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 9, 1110.

³ Sulle misure alternative alla detenzione, da ultimo, Fiorentin, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013, 459 ss.

⁴ In proposito, in maniera - all'evidenza- indicativa, il Capo III della l. 24 novembre 1981, n. 689 -che detta la disciplina di immediato riferimento operativo- è rubricato «Sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi». Sull'esecuzione delle sanzioni sostitutive, tra gli altri, Guardata, sub artt. 661-662 c.p.p., Chiavario (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, VI, Torino, 1991, 506.

⁵ Il riferimento è alle ipotesi individuate, rispettivamente, ai commi 7 e 9 dell'art. 656 c.p.p. Sui diversi moduli procedurali di esecuzione della pena detentiva, Kalb, *Le differenti modalità di esecuzione della pena*, Kalb (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, *Trattato di procedura penale*, Spangher (diretto da), VI, Torino, 2009, 125 ss.

⁶ Va detto che lo specifico meccanismo sospensivo opera anche quando la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, «non è superiore a (...) sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni»; in tale ipotesi, l'ordine di esecuzione ed il decreto di sospensione sono notificati al condannato ed al difensore nominato per la fase dell'esecuzione o, in difetto, al difensore che lo ha assistito nella fase del giudizio, con l'avviso che entro trenta giorni può essere presentata istanza, corredata dalle indicazioni e dalla documentazione necessarie, volta ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione «di cui all'articolo 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, ovvero la sospensione dell'esecuzione della pena di cui all'articolo 90 dello stesso testo unico. L'avviso informa altresì che, ove non sia presentata l'istanza, o la stessa sia inammissibile ai sensi degli articoli 90 e seguenti del citato testo unico, l'esecuzione della pena avrà corso immediato» (art. 656, comma 5, c.p.p.). Per un'utile ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali relativi all'art. 656 c.p.p., Bruno, sub art. 656 c.p.p., Peroni-Scafati (a cura di), *Codice dell'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2006, 591.

⁷ Al riguardo, si badi che - alla stregua delle indicazioni permanenti dalla disciplina in vigore - il giudice, nel pronunciare la sentenza di condanna, quando ritiene di dovere determinare la durata della pena detentiva entro il limite di due anni, può sostituire tale pena con quella della semidetenzione; quando ritiene, invece, di doverla determinare entro il limite di un anno, può sostituirla anche con la libertà controllata; quando ritiene, invece, di doverla determinare entro il limite di sei mesi, può sostituirla, altresì, con la pena pecuniaria della specie corrispondente (art. 53, comma 1, l. n. 689 del 1981).

⁸ Di contro, la pena pecuniaria, che «si considera sempre come tale, anche se sostitutiva della pena detentiva» (art. 57, comma 2, l. n. 689 del 1981), è eseguita a norma dell'art. 660 c.p.p., «Esecuzione delle pene pecuniarie».

fini dell'applicazione di una misura alternativa alla detenzione, non v'è ragione plausibile che ne giustifichi il c.d. "assaggio del carcere"⁹; nell'altro caso (esecuzione di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi), invece, spetta al magistrato di sorveglianza territorialmente competente, avendo provveduto il giudice della cognizione all'applicazione della sanzione sostitutiva, la fissazione delle modalità esecutive delle sanzioni sostitutive della semi-detenzione o della libertà controllata, così che possa provvedere, poi, alla vigilanza ed all'osservazione sulla persona in favore della quale la sanzione sostitutiva è stata applicata.

I "TERMINI" DELLA QUESTIONE CONTROVERSA

Senonché, nella specifica ansa speculativa, si pone una questione operativa, all'evidenza, controversa ed il cui *ubi consistam* sta nell'imperfetto coordinamento tra discipline susseguenti che rilevano, in genere, in tema di esecuzione di pene detentive brevi ed, in particolare, qualora l'*exequatur* concerna una «pena detentiva non superiore a diciotto mesi»¹⁰.

Il riferimento è alle "alterne vicende" interpretative del disposto combinato degli artt. 656, comma 5, c.p.p. e l. 26 novembre 2010, n. 199, «Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi»¹¹.

⁹ Il che, per l'appunto, giustifica il meccanismo sospensivo previsto dal comma 5 dell'art. 656 c.p.p. ed introdotto nel codice di rito dall'art. 1, l. 27 maggio 1998, n. 165, «Modifiche all'art. 656 del codice di procedura penale ed alla l. 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni». Sulla "ragion propria" della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva alla stregua delle interpolazioni apportate all'art. 656 c.p.p. dalla c.d. legge Simeone, tra gli altri, Gaito-Ranaldi, *Esecuzione penale*, cit., 123.

¹⁰ Si ha riguardo al disposto dell'art. 1, l. n. 199 del 2010, *Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi*.

¹¹ La rubrica dello specifico provvedimento legislativo è stata emendata dal d.l. 22 dicembre 2011 n. 211, convertito, con modificazioni, in l. 17 febbraio 2012, n. 9, «Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri». In particolare, lo specifico provvedimento normativo ha innalzato da dodici a diciotto mesi la durata della pena detentiva che può essere eseguita presso il domicilio. In tema, tra gli altri, Fiorentin, *Approvato l'ennesimo provvedimento "tamponi" in attesa di una revisione organica della materia*, Guida dir., 2011, 1, 54, il quale rileva che «lo strumento deflattivo di nuova introduzione concentra il fulcro della sua potenzialità applicativa nel settore delle pene detentive brevi e brevissime, e tale opzione si giustifica sulla base dei dati statistici raccolti dal dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, che evidenziano come il 32% dei condannati a titolo definitivo attualmente presenti nelle carceri sia in espiazione di pene di durata (anche residua) non superiore a un anno. Per tale ragione, l'istituto della "esecuzione domiciliare" si concentra su tale segmento di condannati, considerati di medio-bassa pericolosità»; Degl'Innocenti-Faldi, *Le nuove disposizioni in materia di detenzione presso il domicilio*, Cass. pen., 2011, 2816.

Infatti, il legislatore, all'art. 1, l. n. 199 del 2010, ha previsto che «fino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario» ed «in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione» e, comunque, «non oltre il 31 dicembre 2013», la pena detentiva non superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, «è eseguita presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, di seguito denominato "domicilio"» e che «il magistrato di sorveglianza provvede senza ritardo sulla richiesta se già dispone delle informazioni occorrenti» (comma 1); inoltre, la medesima disposizione - dopo avere elencato una serie tassativa di esclusioni dal "beneficio"¹² - ha stabilito che il pubblico ministero, quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva non superiore a diciotto mesi, «salvo che debba emettere il decreto di sospensione di cui al comma 5 del citato articolo 656 del codice di procedura penale e salvo che ricorrano i casi previsti nel comma 9, lettera a), del medesimo articolo», sospende l'esecuzione dell'ordine di carcerazione e trasmette gli atti senza ritardo al magistrato di sorveglianza affinché disponga che la pena venga eseguita presso il domicilio (comma 3)¹³.

Ed ecco il punto.

Infatti, se il legislatore, nell'introdurre la nuova modalità di esecuzione della pena, con la disposizione di cui all'inciso dell'art. 1, comma 3, «salvo che debba emettere il decreto di sospensione di cui al comma 5 del citato art. 656 del codice di procedura penale», non ha voluto imporre un trattamento paradossalmente peggiore per i condannati che si trovino nelle condizioni di poter accedere alle più ampie e meno afflittive misure alternative alla detenzione e che intendano aderirvi, tanto che il pubblico ministero dovrà

¹² Infatti, la detenzione presso il domicilio non è applicabile: «a) ai soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni; b) ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ai sensi degli articoli 102, 105 e 108 del codice penale; c) ai detenuti che sono sottoposti al regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'articolo 14-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, salvo che sia stato accolto il reclamo previsto dall'articolo 14-ter della medesima legge; d) quando vi è la concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga ovvero sussistono specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti ovvero quando non sussista l'idoneità e l'effettività del domicilio anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato» (comma 2).

¹³ Inoltre, a mente della medesima disposizione, la richiesta del pubblico ministero «è corredata di un verbale di accertamento dell'idoneità del domicilio, nonché, se il condannato è sottoposto a un programma di recupero o intende sottoporsi ad esso, della documentazione di cui all'articolo 94, comma 1, del testo unico delle leggi 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, e successive modificazioni» (comma 3).

disporre la sospensione dell'esecuzione della pena di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p., quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva non superiore a diciotto mesi e salvo che la sospensione dell'esecuzione non possa essere disposta poiché al condannato sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, comma 4, c.p.¹⁴, allora non è a discutersi che la l. n. 199 del 2010 non contempra l'ipotesi in cui il condannato, nei cui confronti debba essere eseguita una pena detentiva non superiore a diciotto mesi, sia rimasto inerte, pur avendo fruito della sospensione dell'*exequatur* ai sensi dell'art. 656, comma 5, c.p.p.¹⁵.

Nel caso di specie, quindi, delle due una: o la sospensione dell'esecuzione contemplata dall'art. 656 c.p.p. si aggiunge a quella prevista dall'art. 1, comma 3, l. n. 199 del 2010 ovvero i due meccanismi sospensivi devono ritenersi alternativi (e non, quindi, cumulativi), tanto che l'eventuale accesso alla detenzione presso il domicilio ai sensi della l. n. 199 del 2010 dovrebbe essere preceduto comunque da un periodo di restrizione carceraria.

GLI ORIENTAMENTI "IN CAMPO"

Il campo dell'interpretazione è conteso, quindi, da due orientamenti in contrasto alla cui stregua, rispettivamente, non sarebbe possibile sospendere

due volte l'ordine di esecuzione¹⁶ ovvero, di contro, si potrebbero cumulare le due sospensioni previste dall'art. 1, comma 3, l. 26 n. 199 del 2010 e dall'art. 656, comma 5, c.p.p.¹⁷.

Segnatamente, secondo l'orientamento maggioritario, l'impossibilità della doppia sospensione deriverebbe, non solo dal disposto dell'art. 656, comma 7, c.p.p., per cui «*la sospensione dell'esecuzione per la stessa condanna non può essere disposta più d'una volta*», ma anche dalla circostanza che la procedura contemplata dalla l. 26 n. 199 del 2010 sarebbe "geneticamente" alternativa a quella prevista dall'art. 656 c.p.p., per essere esclusivamente rivolta a coloro che non possano fruire della più benevola ed ampia possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione, per l'appunto, in ossequio alla sequela procedurale di cui all'art. 656 c.p.p.¹⁸.

In altri termini, la l. n. 199 del 2010 - che è stata emanata al fine di ovviare, con una misura temporanea ed emergenziale, al problema del sovraffollamento carcerario¹⁹-avrebbe esteso solo a tale scopo il beneficio della detenzione domiciliare a categorie di condannati che, per il disposto dell'art. 656, comma 9, c.p.p., non avrebbero mai potuto goderne ed, in particolare, a coloro ai quali è stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, comma 4, c.p.

Pertanto, il pubblico ministero sarebbe obbligato - anche nel caso in cui l'istanza di una misura alternativa alla detenzione in carcere non sia tempestivamente presentata (e non solo, quindi, qualora l'istanza in discorso sia rigettata o dichiarata inammissibile)-a revocare immediatamente il decreto di sospensione ed a dar corso all'esecuzione della pena in carcere a mente dell'ultima alinea dell'art. 656, comma 5, c.p.p.: infatti, l'art. 1, l. n. 199 del 2010 prevedrebbe la sospensione delle pene detentive

¹⁴ Infatti, a mente dell'art. 656, comma 9, c.p.p., la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non può essere disposta, in termini in parte analoghi a quanto previsto dall'art. 1, comma 2, l. n. 199 del 2010, «*a) nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché di cui agli articoli 423-bis, 624, quando ricorrono due o più circostanze tra quelle indicate dall'articolo 625, 624-bis del codice penale, e per i delitti in cui ricorre l'aggravante di cui all'articolo 61, primo comma, numero 11-bis), del medesimo codice, fatta eccezione per coloro che si trovano agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'articolo 89 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni; b) nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva; c) nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale*». Pertanto, il pubblico ministero non potrà disporre la sospensione dell'esecuzione ex art. 656, comma 5, c.p.p. qualora debba essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva non superiore a diciotto mesi nei confronti di un condannato cui sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, comma 4, c.p., mentre, in tale ipotesi, dovrà attivare il meccanismo sospensivo strumentale all'applicazione della detenzione presso il domicilio di cui alla l. n. 199 del 2010.

¹⁵ In realtà, la medesima disfasia si coglie anche rispetto al caso del condannato, nei cui confronti debba essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva non superiore a diciotto mesi, che si sia avvalso "inutilmente" della sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p., essendo stata rigettata la relativa istanza di accesso alle misure alternative alla detenzione.

¹⁶ Cass., sez. I, 27 novembre 2012, n. 3416, www.penalecontemporaneo.it; Id., sez. I, 3 ottobre 2012, n. 2662, *ibidem*. In tema, Della Bella, *La Cassazione interviene in materia di doppia sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva non superiore a diciotto mesi*, www.penalecontemporaneo.it

¹⁷ Cass., sez. I, 11 gennaio 2012, n. 55, www.penalecontemporaneo.it

¹⁸ Cass., sez. I, 27 novembre 2012, cit.; Cass., sez. I, 3 ottobre 2012, cit.

¹⁹ Fiorentin, *Approvato l'ennesimo provvedimento*, cit., 52, il quale sottolinea che «*L'esecuzione domiciliare è l'ultimo tassello del piano straordinario per fronteggiare l'emergenza delle carceri. Dopo un tormentato cammino parlamentare, con la legge 26 novembre 2010 n. 199, è stato approvato in via definitiva il Ddl 3291 (subito icasticamente ribattezzato "svuotacarceri"), fortemente voluto dal guardasigilli quale fondamentale "pilastro" della politica giudiziaria del Governo per fronteggiare l'attuale emergenza penitenziaria, dovuta al sovraffollamento delle strutture carcerarie e alla loro inadeguatezza, spesso per faticenza, a garantire standard minimi di umanità e dignità nell'esecuzione della pena detentiva*».

RANALDI / L'ESECUZIONE DELLE PENE DETENTIVE BREVI

non superiori a diciotto mesi solo se il condannato non possa beneficiare di una delle misure alternative alla detenzione in carcere concedibili attraverso la procedura prevista dall'art. 656, comma 5, c.p.p., in quanto il comma 3 della specifica disposizione della c.d. legge "svuota carceri" stabilisce espressamente che la sospensione dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione debba essere emessa dal pubblico ministero nei casi previsti dalla stessa legge «salvo che debba emettere il decreto di sospensione di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p.»²⁰.

Stando così le cose, allora, non sarebbe revocabile in dubbio che se il condannato fosse nelle condizioni per essere ammesso alle misure alternative alla detenzione in carcere, avrebbe diritto solo alla sospensione prevista dall'art. 656, comma 5, c.p.p. e sarebbe, altresì, chiaro che se il condannato non avesse chiesto alcuna misura alternativa alla detenzione in carcere, non potrebbe usufruire di una seconda sospensione, in attesa della delibazione del magistrato di sorveglianza circa la sussistenza delle condizioni per l'esecuzione della pena presso il domicilio.

Invece, secondo l'orientamento interpretativo sin qui recessivo, la possibilità di cumulare le due sospensioni - contemplate dall'art. 1, comma 3, l. n. 199 del 2010 e dall'art. 656, comma 5, c.p.p. - discenderebbe proprio dalla lettera e dalla ratio delle succitate previsioni normative, anche in considerazione della circostanza che il divieto di doppia sospensione di cui al comma 7 dell'art. 656 c.p.p. si riferirebbe in esclusiva all'ipotesi di sospensione finalizzata a consentire la proposizione di una istanza di misure alternative alla detenzione da parte del condannato e non all'ipotesi di sospensione prevista dalla richiamata l. n. 199 del 2010²¹.

In particolare, la l. n. 199 del 2010 avrebbe introdotto una modalità di esecuzione della pena che tenderebbe, al contempo, ad attuare il principio del finalismo rieducativo sancito dall'art. 27 Cost. ed a rendere possibile l'esecuzione delle pene detentive brevi in luoghi esterni al carcere, considerate le condizioni di emergenza in cui versano le strutture penitenziarie italiane²².

Per conseguenza, dal necessario coordinamento tra l'art. 1, comma 3, l. n. 199 del 2010 e l'art. 656, comma 5, c.p.p. e dalla "fondamentale constatazione" che il succitato provvedimento normativo, in tema di esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi, non contempla alcuna richiesta del condannato volta alla esecuzione della pena nel domicilio²³ e che le misure concedibili ai sensi dell'art. 656, comma 5, c.p.p., su istanza del condannato, comprendono anche la più favorevole misura dell'affidamento in prova ai servizi sociali, discenderebbe, per l'appunto, in coerenza con i toni e la "ragion propria" delle rispettive previsioni, che, quando ricorrono i presupposti di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., il pubblico ministero «sospende l'esecuzione» per consentire al condannato di presentare la sua istanza di misure alternative o di sospensione speciale e che, quando il condannato rimane inerte e non chiede alcuna misura o la sua richiesta è respinta e ricorrono i presupposti di cui alla l. n. 199 del 2010 (assenza delle condizioni ostative e del concreto pericolo di fuga o di commissione di altri delitti, e sussistenza della idoneità e della effettività del domicilio anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato, a norma del comma 2 dell'art. 1), il pubblico ministero dovrebbe sospendere ugualmente l'esecuzione e, svolte le verifiche richieste, trasmettere gli atti al magistrato di sorveglianza per l'adozione dei provvedimenti di sua competenza in ordine alla eventuale esecuzione domiciliare della pena detentiva²⁴.

In proposito, comunque, va sottolineato che l'impostazione interpretativa minoritaria trova eco, seppur

tico che tenga conto anche dell'intentio legis - un onere di motivazione rafforzato qualora il magistrato di sorveglianza ritenga non applicabile l'esecuzione domiciliare, poiché dovranno essere esplicitate le ragioni che rendono inattuabile nella fattispecie quella "presunzione di concedibilità" che, assolve le esigenze di difesa sociale inerenti al pericolo di fuga o di reiterazione dei reati, il Legislatore ha cristallizzato nella previsione normativa».

²³ Infatti, spetta al pubblico ministero investire «senza ritardo» il magistrato di sorveglianza affinché disponga che la pena sia eseguita presso il domicilio, una volta che sia sospesa l'esecuzione ed accertata l'idoneità del domicilio.

²⁴ Cass., sez. I, 11 gennaio 2012, cit.. Sul punto, con specifico riferimento alle modalità di accesso all'esecuzione domiciliare se la pena detentiva da espiare non supera i diciotto mesi, Trib. Sorv. Torino, 27 aprile 2011, Arch. n. proc. pen., 2011, 4, 452, alla cui stregua «se nei confronti dell'interessato è stato emesso il decreto di sospensione ex art. 656 comma 5 c.p.p., l'istanza di detenzione al domicilio ex art. 1 l. n. 199 del 2010 deve essere presentata (da sola o congiuntamente a quella avente ad oggetto altra misura alternativa alla detenzione) nelle forme e nei termini ex art. 656 commi 5 e 6 c.p.p.; in tal caso, pertanto, sull'istanza predetta decide il tribunale di sorveglianza competente ex art. 656 comma 6 prima parte c.p.p. (e non il magistrato di sorveglianza competente ex art. 1 comma 3 l. n. 199 del 2010 e 677 comma 2 c.p.p.)».

²⁰ Cass., sez. I, 27 novembre 2012, cit.; Cass., sez. I, 3 ottobre 2012, cit.

²¹ Cass., sez. I, 11 gennaio 2012, cit.

²² Sulla classificazione del nuovo istituto, anche per gli interessanti spunti, Fiorentin, *Incertezze sulla natura del nuovo istituto*, Guida dir., 2011, 1, 58, secondo il quale «il giudice non potrà omettere di verificare (anche) il profilo rieducativo, valutando l'idoneità rieducativa/risocializzante in concreto, con riferimento, cioè, al singolo caso, laddove il Legislatore si è limitato a porre una previsione di carattere generale. Occorre considerare che il carattere quasi vincolato dell'applicazione della misura come configurata dal Legislatore impone - alla luce della doverosa applicazione della legge secondo il canone ermeneu-

con rilevanti specificazioni²⁵, nei “criteri applicativi della legge n. 199/2010” dettati, a margine di una vicenda esecutiva balzata agli onori della cronaca²⁶, dal procuratore della Repubblica presso il tribunale di Milano²⁷. In particolare, il titolare del succitato ufficio del pubblico ministero, al fine di stabilire la prassi applicativa da adottare nell’ipotesi in cui il condannato non abbia presentato alcuna istanza di misure alternative alla detenzione o di sospensione speciale nel termine di trenta giorni dalla notificazione del decreto di sospensione dell’ordine di esecuzione di cui al disposto del comma 5 dell’art. 656 c.p.p., ha ritenuto «opportuno e necessario, al fine di assicurare (...) uniformità di prassi applicative della disciplina di cui alla legge 199/2010 e successive modifiche», stabilire che una volta che sia «decorso infruttuosamente il termine dei 30 gg.» si dovrà procedere, dapprima «ad una delibazione degli atti di esecuzione in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui all’art. 1 legge 199/2010 e, solo nella ipotesi in cui tale ricognizione abbia dato esito positivo, si disporranno le opportune verifiche sulla effettività ed idoneità del domicilio» e, poi, solo «qualora all’esito di tale ricognizione sugli atti e dell’accertamento in ordine al domicilio si ritenga di concludere che sussistono tutti i presupposti e non ricorre alcuna delle situazioni ostative di cui all’art. 1, comma 2 l. 199/2010», dovrà disporsi «la sospensione dell’ordine di esecuzione per la carcerazione con la contestuale trasmissione degli atti al magistrato di sorveglianza competente per la decisione»²⁸.

²⁵ Il riferimento è alla circostanza che la direttiva del procura della Repubblica presso il tribunale di Milano riguarda, specificamente, il caso in cui non abbia presentato istanza il condannato, nei cui confronti, ricorrendone le condizioni, sia stato emesso ordine di esecuzione per la carcerazione e decreto di sospensione del medesimo ex art. 656, comma 5, c.p.p., mentre non regolamenta l’ipotesi in cui il condannato abbia chiesto di accedere ad una misura alternativa alla detenzione ovvero alla sospensione speciale e la richiesta relativa sia stata dichiarata inammissibile o sia stata rigettata. Di contro, secondo Cass., sez. I, 11 gennaio 2012, cit., la doppia sospensione andrebbe disposta, ricorrendo i presupposti operativi della l. n. 199 del 2010, anche nel caso in cui il tribunale di sorveglianza abbia rigettato ovvero dichiarato inammissibile l’istanza di accesso ad una misura alternativa alla detenzione che il condannato abbia presentato rispettando il termine di trenta giorni previsto dall’art. 656, comma 5, c.p.p.

²⁶ Si ha riguardo alla vicenda esecutiva che ha riguardato il giornalista Alessandro Sallusti. In proposito, Della Bella, *Il caso Sallusti: la discussa applicazione della legge ‘svuota-carceri’ al condannato che abbia già beneficiato della sospensione dell’ordine di esecuzione della pena detentiva*, www.penalecontemporaneo.it

²⁷ Il provvedimento *de quo* può leggersi in www.penalecontemporaneo.it. Al riguardo, va rilevato che il procuratore della Repubblica presso il tribunale di Milano rileva nel corpo del testo, tra l’altro, che “la soluzione interpretativa” proposta “è stata condivisa all’unanimità, all’esito di un confronto che si è svolto in due successive riunioni (27.5.2011 e 30.6.2011), cui hanno partecipato le Procure Generali di Brescia, Trento, Trieste, Ancona, Torino, Genova, Bologna, Venezia, Firenze”.

²⁸ In particolare, la specifica direttiva perviene alla sopra-riportata conclusione operativa dopo aver segnalato che «vi è

LINEAMENTI DI UNA SOLUZIONE CONDIVISA

Il segnalato contrasto interpretativo va composto assecondando la logica delle ipotesi e delle soluzioni ed avvalendosi dei canoni ermeneutici ordinari posti dagli artt. 12, 14 e 15 delle disposizioni sulla legge in generale.

Sotto il primo profilo, il disposto combinato degli artt. 1, comma 3, l. n. 199 del 2010 e 656, comma 5, c.p.p. consente di “catalogare”, qualora l’*exequatur* concerna un condannato libero, le seguenti ipotesi: a) il pubblico ministero, che deve eseguire una sentenza di condanna a pena detentiva, ricorrendo le condizioni previste dal disposto del comma 5 dell’art. 656 c.p.p. e quelle contemplate dall’art. 1, l. n. 199 del 2010, emette, insieme all’ordine di esecuzione, il decreto di sospensione della pena; il condannato rimane inerte, non presentando, nel termine di trenta giorni, istanza di accesso ad alcuna delle misure alternative alla detenzione o di sospensione speciale; b) il pubblico ministero, che deve eseguire una sentenza di condanna a pena detentiva, rispetto alla quale ricorrono le condizioni contemplate dall’art. 1, l. n. 199 del 2010 e non anche quelle previste dal disposto

una netta differenziazione tra la natura ed i presupposti” della misura alternativa della detenzione domiciliare (secondo le diverse tipologie dell’art. 47-ter, ord. penit.) e la “esecuzione della pena presso il domicilio» di cui alla l. n. 199 del 2010, «proprio sul punto fondamentale della applicabilità della misura di esecuzione extra carceraria, anche a prescindere da quella istanza del detenuto che è segno della adesione al percorso di rieducazione», ove si consideri che l’esecuzione della pena presso il domicilio ex l. n. 199 del 2010 «si fonda su presupposti e finalità del tutto diversi da quello del percorso di rieducazione del condannato, tanto che, all’art. 1, co. 3, dispone che il P.M., di iniziativa e a prescindere» dall’istanza del condannato, «sospende l’esecuzione dell’ordine di carcerazione e trasmette gli atti senza ritardo al magistrato di sorveglianza affinché disponga che la pena venga eseguita presso il domicilio»; inoltre, si legge nel provvedimento in discorso che è «del tutto coerente con i principi di un ordinamento liberaldemocratico» non imporre al condannato «un percorso di rieducazione cui egli, quali ne siano le motivazioni, abbia ritenuto di non accedere, tanto quanto adottare misure contingenti e provvisorie volte ad intervenire sul sovraffollamento del circuito carcerario, nella finalità ultima di garantire il rispetto della dignità delle persone che debbono rimanere soggette alla applicazione della pena detentiva in carcere», tanto che «una ulteriore sospensione dell’ordine di esecuzione ex art. 1 co. 3 l. 199/2010, in relazione ad una ipotesi residuale che il legislatore non ha espressamente disciplinato, non solo non incontra la preclusione di cui all’art. 656 c. 7 c.p.p. (norma che concerne esclusivamente le misure alternative di cui all’ordinamento penitenziario), ma anzi si prospetta come il risultato di una corretta interpretazione sistematica della normativa in questione», che si caratterizza «anche come interpretazione costituzionalmente orientata nello spirito di contribuire ad assicurare, attraverso una corretta applicazione della c.d. legge svuota carceri, la finalità, perseguita dal legislatore, di contenere in quanto possibile, quel sovraffollamento delle carceri, che rende difficile che la esecuzione della pena detentiva possa assicurare il rispetto della dignità umana, nel quadro del supremo principio di cui all’art. 27 co. 3 Cost.».

del comma 5 dell'art. 656 c.p.p.²⁹, sospende l'esecuzione dell'ordine di carcerazione e trasmette gli atti senza ritardo al magistrato di sorveglianza affinché disponga che la pena venga eseguita presso il domicilio; c) il pubblico ministero, che deve eseguire una sentenza di condanna a pena detentiva, ricorrendo le condizioni previste dal disposto del comma 5 dell'art. 656 c.p.p. e quelle contemplate dall'art. 1, l. n. 199 del 2010, emette, insieme all'ordine di esecuzione, il decreto di sospensione della pena; il condannato non rimane inerte, ma presenta, nel termine di trenta giorni, istanza di accesso ad alcuna delle misure alternative alla detenzione o di sospensione speciale, che viene rigettata ovvero dichiarata inammissibile dal tribunale di sorveglianza.

Sotto il secondo profilo, invece, bisogna tenere in adeguato conto che «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore» (art. 12, comma 1, disp. prel. c.c.); inoltre, occorre considerare che le leggi «che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati» (art. 14, comma 1, disp. prel. c.c.) ed, ancora, che «le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore» (art. 15 disp. prel. c.c.)³⁰.

Stando così le cose, è l'applicazione dei succitati canoni ermeneutici alle ipotesi formulate in precedenza che consente di individuare un ragionevole punto di sintesi rispetto alla succitata questione controversa.

Anzitutto, la l. n. 199 del 2010 - che sopravvive all'ideazione ed alla conseguente introduzione nella legge del processo del "meccanismo sospensivo" previsto dal disposto del comma 5 dell'art. 656 c.p.p.- contempla una ipotesi di sospensione dell'esecuzione - ulteriore rispetto a quella, per così dire, "basica" contemplata dall'art. 656 c.p.p. - che ha valenza dichiaratamente provvisoria, carattere temporaneo e la cui matrice, seppur mediata, sta nella dichiarazione dello stato di emergenza, conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale, intervenuta con il

decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 13 gennaio 2010.

Ciò nonostante, il legislatore - pur se la c.d. legge "svuota carceri" è nata in un clima d'eccezione - ha concepito la sospensione dell'ordine di carcerazione, qualora sia "strumentale" all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi, come un meccanismo ad operatività subordinata rispetto alla sospensione dell'esecuzione della pena ex art. 656 c.p.p.³¹, posto che - come già segnalato in precedenza - la sospensione va disposta e gli atti devono trasmettersi senza ritardo al magistrato di sorveglianza affinché disponga che la pena venga eseguita presso il domicilio, «salvo che debba emettere il decreto di sospensione di cui al comma 5 del citato articolo 656 del codice di procedura penale e salvo che ricorrano i casi previsti nel comma 9, lettera a)» (art. 1, comma 3, l. n. 199 del 2010).

Pertanto, una volta che il condannato abbia fruito - così come previsto dai toni e dai contenuti dell'art. 1, comma 3, l. n. 199 del 2010 - della sospensione dell'esecuzione ex art. 656, comma 5, c.p.p. - nulla osta a che possa "beneficiare" anche della sospensione dell'esecuzione di cui al disposto del comma 3, dell'art. 1, l. n. 199 del 2010.

Che ciò debba essere, d'altronde, risalta dalla circostanza che non esiste alcuna disposizione che faccia divieto al pubblico ministero di disporre una sospensione ulteriore dell'esecuzione: infatti, il divieto di doppia sospensione di cui all'art. 656, comma 7, c.p.p. riguarda, all'evidenza, il caso del condannato che, dopo aver attivato il procedimento di sorveglianza a seguito della sospensione dell'esecuzione disposta a mente del comma 5 dell'art. 656 c.p.p., intenda rinnovare la richiesta di ammissione ad una misura alternativa alla detenzione e non anche, quindi, l'ipotesi del condannato che sia rimasto inerte.

A quanto detto, poi, s'aggiunga che se il comma 4 dell'art. 1, l. n. 199 del 2010 prevede che il condannato già detenuto, il quale debba espiare una pena detentiva non superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, ha titolo a fruire della detenzione domiciliare, cioè viene sottratto al carcere per proseguire l'esecuzione

²⁹ È il caso del condannato nei cui confronti sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, comma 4, c.p.p..

³⁰ Sull'interpretazione delle norme giuridiche, Paresce, *Interpretazione (Filosofia del diritto e teoria generale)*, Enc. dir., XXII, Milano, 1972, 223 ss.

³¹ È lecito ritenere che la formula normativa incidentale «salvo che debba emettere il decreto di sospensione di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p.» che figura nell'art. 1, 3 comma, della l. n. 199 del 2010 rappresenti una clausola di prevalenza di misure alternative alla detenzione eventualmente più favorevoli al condannato, l'accesso alle quali non può essere precluso dall'introduzione di una nuova ed ulteriore misura di decongestione delle carceri introdotta per pene detentive brevi.

ne nella forma domiciliare, allora sarebbe contrario ai canoni della logica pensare che il legislatore abbia potuto "congegnare" un meccanismo per cui il condannato libero, per espiare una pena entro quei limiti, debba prima entrare in carcere e poi, da detenuto, chiedere la detenzione domiciliare. Il che, stante la marcata irragionevolezza, fornirebbe il destro per dubitare, fondatamente, della legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 3, l. n. 199 del 2010 - perlomeno in relazione al disposto degli artt. 3 e 24 Cost.³².

Al tirare delle somme: la soluzione alle pretese antinomie rinvenibili dall'incerto coordinamento tra disciplina sospensiva ordinaria (art. 656 c.p.p.) e regolamentazione transitoria e d'eccezione (art. 1, l. n. 199 del 2010) sta nel riconoscere l'operatività della doppia sospensione, anzitutto, nel caso in cui il condannato sia rimasto inerte, ma anche qualora sia stata dichiarata inammissibile ovvero sia stata rigettata l'istanza di ammissione ad una misura alternativa alla detenzione ovvero di sospensione speciale; infatti, l'apparente perentorietà dell'art. 656, comma 8, c.p.p., alla cui stregua «qualora l'istanza non sia tempestivamente presentata, o il tribunale di sorveglianza la dichiari inammissibile o la respinga, il pubblico ministero revoca immediata-

mente il decreto di sospensione dell'esecuzione», stride, sia con la subordinazione operativa profilata *ex lege* tra sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 656, comma 5, c.p.p. e dell'art. 1, comma 3, l. n. 199 del 2010, ma anche con la prevalenza che va ineludibilmente accordata alla *lex specialis* (e, quindi, alla l. n. 199 del 2010) rispetto alle cadenze ordinarie dell'art. 656 c.p.p.³³.

³² Va detto che appaiono molto ristretti, con specifico riferimento al caso in cui sia stata rigettata l'istanza del condannato che abbia chiesto di essere ammesso ad una misura alternativa alla detenzione, i "margin" di accesso all'esecuzione domiciliare ai sensi e per gli effetti della l. 26 novembre 2010, n. 199. Infatti, se non è a discutersi, anche alla stregua dei toni e dei contenuti dell'art. 1, comma 2, lett. d), l. 26 novembre 2010, n. 199, che l'applicazione della specifica ipotesi di esecuzione domiciliare non sia automatica ma debba comunque presupporre una delibazione positiva in punto di meritevolezza del beneficio, anche in considerazione della circostanza che ciò darebbe luogo a problemi di legittimità costituzionale analoghi a quelli risolti con riferimento al c.d. "indultino" dal Giudice delle leggi. In proposito, Corte cost., sent. 21 giugno 2006, n. 255, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, l. 1° agosto 2003, n. 207, «Sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni», nella parte in cui non prevedeva che il giudice di sorveglianza potesse negare la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva al condannato, per il caso in cui avesse ritenuto il beneficio non adeguato alle finalità previste dall'art. 27, comma 3, Cost.

³³ In proposito, si veda *supra*, nota 28.

CARLA PANSINI

Professore associato di Diritto processuale penale – Università di Napoli “Parthenope”

La “revocazione” della confisca di prevenzione: un quadro di sintesi

The “revocazione” of the prevention seizure: syntetic valuations

La l. 13 agosto 2010, n. 136, denominata *Piano straordinario contro le Mafie*, ha introdotto il rimedio della “revocazione” della confisca di prevenzione, colmando un vuoto normativo da tempo evidenziato dalla dottrina, che lamentava la necessità di porre rimedio all’errore giudiziario del giudicato di prevenzione. L’Autore, pur valutando positivamente l’introduzione di questo nuovo mezzo straordinario di impugnazione, evidenzia limiti e problematiche applicative, e le differenze rispetto alla revisione della sentenza di condanna ex art. 630 c.p.p., modello al quale si è ispirato il legislatore del 2010.

The law no. 136 of 13th August 2010, entitled “Extraordinary plan against Mafias”, has introduced the “revocazione” of the prevention seizure, thus filling a legal vacuum, as already emphasized by the literature, which expressed the need to remedy a miscarriage of justice of final judgment on preventive measures. The Author, while appreciating the introduction of this new extraordinary means of appeal, highlights its limits, its implementation problems as well as the differences compared to the revision of the conviction sentence pursuant to art. 630 Code of criminal procedure, the same model which inspired the legislator in 2010.

RILIEVI PRELIMINARI

Con la l. 13 agosto 2010, n. 136, denominata *Piano straordinario contro le Mafie*, il Governo è stato delegato ad emanare un *corpus* normativo recante il c.d. “Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione”. Compito precipuo era quello di «*effettuare una completa ricognizione delle norme antimafia di natura penale, processuale e amministrativa, nonché la loro armonizzazione e coordinamento anche con la nuova Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*»¹, istituita con il d.l. 4 febbraio 2010, n. 4.

Sulla scia della legge-delega e sulla base delle indicazioni e dei principi direttivi in questa contenuti, il legislatore ha emanato il d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, il cui Libro II (artt. da 11 a 91) disciplina le misure di prevenzione, personali e patrimoniali, riunendo le norme vigenti nella materia *de qua*, coordinandole tra loro e introducendo nuove disposizioni, quali, ad esempio, quella contenuta nell’art. 28, dedicato alla “revocazione della confisca”.

Invero, il rimedio straordinario introdotto dall’art. 28 viene finalmente a colmare un vuoto normativo, più volte evidenziato dalla dottrina, che

¹ Così la *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione*,

nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia. In dottrina, v., tra gli altri, Menditto, *Lo schema di decreto legislativo*, www.penalecontemporaneo.it, 2011, 3 ss.

aveva generato rilevanti problemi nella prassi applicativa e ai quali la giurisprudenza aveva tentato di porre rimedio in via interpretativa.

Difatti, dopo incertezze giurisprudenziali, ondegianti tra l'inammissibilità della istanza, per sopravvenienza di nuove prove, tesa ad ottenere la revoca di una misura di prevenzione, la necessità di far ricorso ad un procedimento sostanzialmente analogo al giudizio di revisione e la applicabilità, invece, della procedura dell'incidente di esecuzione, nella prassi si era in un primo momento optato per quest'ultima soluzione, riconoscendo, peraltro, come si trattasse, quanto alla forma, di incidente di esecuzione, mentre, viceversa, quanto alla sostanza di una vera e propria forma di revisione.

In un secondo momento, le Sezioni Unite avevano espressamente escluso la possibilità di ricorrere all'istituto della revisione² contro il provvedimento definitivo di confisca, anche nelle ipotesi di fatti/prove nuove idonee a dissolvere i presupposti di applicabilità della misura ablativa, in quanto l'interesse al riconoscimento dell'insussistenza originaria delle condizioni che avevano legittimato l'adozione del provvedimento applicativo della misura di prevenzione avrebbe potuto essere «tutelato dall'istituto della revoca previsto dall'art. 7, co. 2, legge n. 1423 del 1956», operante in tal caso con efficacia *ex tunc*.

Successivamente, risolvendo un ulteriore contrasto giurisprudenziale fra le singole sezioni, insorto nonostante la precedente pronuncia delle Sezioni Unite, queste erano ritornate *ex professo* sull'argomento e con un'amplissima motivazione avevano definitivamente fatto prevalere l'esigenza della correzione *ex tunc* dell'eventuale errore, proprio in materia di misure patrimoniali, sottolineando come anche la tutela della proprietà privata costituisse una garanzia costituzionale, al pari della libertà personale, alla quale bisogna evitare in ogni modo di porre limitazioni³.

Si comincia, così, ad affacciare l'idea della «*revoca in funzione di revisione*» del provvedimento di confisca. Difatti, è vero che quest'ultimo si connota come irrevocabile, rappresentando «una sorta di espropriazione per pubblico interesse», che si fa coincidere con la generale finalità di prevenzione penale; sicché, il conseguente trasferimento a titolo originario del bene sequestrato nel patrimonio dello Stato pone un «suggello finale ad una situazione che deve ritenersi ormai "esaurita"». Tuttavia, l'irreversibilità della misura ablativa non impedisce di accertare «oggi per

allora, e nello spazio non precluso dalla definitività del provvedimento, l'originaria insussistenza dei presupposti che hanno condotto alla sua emanazione», ben potendo la revoca essere diretta non a far cessare gli effetti di una confisca legittimamente imposta, quanto, piuttosto, «a farne palese un vizio di origine»⁴. Veniva, altresì, precisato come, da un lato, poiché siffatto rimedio interviene su un provvedimento ormai definitivo, fosse precluso «rimettere in discussione con l'istanza atti o elementi già considerati nel procedimento di prevenzione o in esso deducibili»; dall'altro - e di conseguenza - come la richiesta di rimozione del provvedimento definitivo dovesse «muoversi nello stesso ambito della rivedibilità del giudicato di cui agli artt. 630 e ss. c.p.p.»⁵, quindi in presenza «di prove nuove sopravvenute alla conclusione del procedimento»⁶ ovvero nei casi di «inconciliabilità di provvedimenti giudiziari» o, ancora, «di procedimento di prevenzione fondato su atti falsi o su un altro reato». Tutti elementi volti a dimostrare l'insussistenza di uno o più dei presupposti del provvedimento ablativo⁷.

Sicché, la «revocazione della confisca» di cui all'art. 28 d.lgs. 159/2011 altro non è che un portato dell'evoluzione giurisprudenziale: codifica un rimedio che era stato già disegnato a chiari tratti nella giurisprudenza della Suprema Corte.

Peraltro, la previsione normativa di un rimedio straordinario *ad hoc*, sufficientemente delineato nei suoi caratteri distintivi (presupposti, ambito di operatività, soggetti legittimati, effetti e finalità), consente di superare quella incertezza dovuta alla sovrapposizione di strumenti di controllo che connotava la previgente normativa: il sistema, difatti, consentiva che fosse presentata revoca/revisione della confisca da parte di coloro che avessero partecipato al procedimento di prevenzione e contemporaneamente che i terzi estranei proponessero inci-

⁴ Ancora testualmente Cass., sez. un., 9 dicembre 2006, n. 57, cit., che sottolinea come attraverso la revoca in funzione di revisione si pone rimedio ad un errore giudiziario.

⁵ V, in senso conforme Cass., sez. VI, 17 settembre 2004, n. 4644.

⁶ E sono tali anche quelle non valutate nemmeno implicitamente: Cass., sez. un., 26 settembre 2001, n. 642, Cass. pen. 2002, 1697. Di recente Cass., sez. I, 31 gennaio 2013, n. 6016, *inedita*, ha ribadito che, in tema di confisca disposta ai sensi dell'art. 2-ter l. 575/1965, la revoca di tale provvedimento, disciplinata dall'art. 7 l. 1423/1956, resta esclusa ove richiesta al fine di rivisitare lo stesso quadro fattuale già delibato in sede di applicazione della misura. Difatti, secondo la Corte, l'istituto della revoca *ex tunc* è «operativo soltanto a fronte di prove nuove, o sopravvenute alla conclusione del procedimento di adozione del provvedimento di confisca, o non previamente valutate, o in caso di inconciliabilità di diversi provvedimenti giudiziari, o ancora quando il giudizio di prevenzione sia fondato su atti falsi o su altri fatti costituenti reato».

⁷ Cass., sez. I, 14 maggio 2008, n. 21369, CED n. 240094.

² Cass., sez. un., 30 marzo 1998, n. 18, Cass. pen., 1998, 1931.

³ Cass., sez. un., 9 dicembre 2006, n. 57, Cass. pen. 2007, 1429.

dente di esecuzione. Ciò rendeva del tutto instabile il c.d. "giudicato di prevenzione"⁸ e spesso consentiva che i beni confiscati, attraverso interposizioni ed intestazioni fittizie, ritornassero nella disponibilità degli ablati, rendendo altresì difficile per i soggetti destinatari di tali beni investire su di essi, ad esempio in funzione del loro riutilizzo per finalità sociali.

Di qui l'esigenza di predisporre una disciplina che evitasse tali inconvenienti, mediando tra le opposte esigenze di tutelare gli interessati e di rendere definitivo e, quindi, irreversibile il provvedimento di confisca.

E la revocazione di cui all'art. 28 si pone proprio come strumento che «mira a realizzare una non facile mediazione tra la tendenza autoconservativa» del giudicato di prevenzione e la «necessità di verificare l'errore giudiziario»⁹. Può farsi rientrare, quindi, senza dubbio nella categoria dei mezzi straordinari di impugnazione: tale conclusione risulta innanzitutto *per tabulas* dalla collocazione normativa, all'interno del Capo III del Libro II del d.lgs. 159/2011, un capo autonomo e distinto da quello che immediatamente lo precede, riservato alle impugnazioni ordinarie. Inoltre, per espressa indicazione del legislatore, si rivolge alla «*decisione definitiva sulla confisca di prevenzione*» (art. 28, comma 1) e mira alla riparazione dell'errore giudiziario; tant'è che è esperibile solo ove sussista un *novum* che, se palesato al momento del provvedimento impugnato, avrebbe condotto ad una decisione di segno inverso.

Va, tuttavia, segnalato che la revocazione non si presenta come azione di annullamento, tipico dei rimedi straordinari¹⁰, avendo prevalentemente carattere riparatorio/risarcitorio piuttosto che restitutorio.

PRESUPPOSTI OGGETTIVI E SOGGETTIVI

Sotto il profilo oggettivo - e stante il principio di tassatività delle impugnazioni - l'ambito di operatività dello strumento revocatorio *de quo* è individuato a chiare lettere dal legislatore: difatti, può essere richiesta la revocazione «*della decisione definitiva sulla confisca di prevenzione*». Ne consegue che l'istituto è applicabile unicamente contro quei provvedimenti con i quali il tribunale ha disposto la confisca dei beni sequestrati che non siano stati impugnati ai

sensi ed entro i termini di cui all'art. 27 dello stesso decreto ovvero contro il provvedimento emesso a seguito di gravame non più impugnabile.

Meno cristallina è, invece, la latitudine del rimedio *de quo* sotto il profilo della legittimazione soggettiva. Difatti, a differenza della revisione delle sentenze di condanna - alle cui forme espressamente pur si richiama il comma 1 dell'art. 28 - e in ordine alla quale il legislatore del 1988, nell'art. 632 c.p.p., ha individuato in maniera analitica i soggetti legittimati a proporre l'impugnazione straordinaria, l'art. 28 d.lgs. 159/2011 contiene una indicazione assolutamente vaga, facendo un generico riferimento al «*l'interessato*»; che, peraltro, è anche colui che deve dimostrare di non aver avuto conoscenza del provvedimento definitivo di confisca per poter presentare istanza di revocazione oltre il termine perentorio di sei mesi.

"Interessato", allora, è sicuramente il destinatario della misura patrimoniale, individuabile ai sensi dell'art. 16 d.lgs. 159/2011, nonché colui che risiede o dimora all'estero (art. 18, comma 4).

"Interessati" sono, altresì, gli eredi, gli aventi causa o i successori a titolo universale o particolare del preposto, ben potendo la confisca essere disposta anche nei confronti di beni appartenenti a un soggetto deceduto nelle more del procedimento di prevenzione o entro i 5 anni dal decesso¹¹.

"Interessati" dovrebbero essere ancora tutti coloro che hanno partecipato al giudizio per l'applicazione della misura di prevenzione o sono stati messi nella condizione di parteciparvi. Del resto, su questo binario interpretativo si era già incanalata la giurisprudenza di legittimità prima del recente intervento novellistico, legittimando, viceversa, chi non era stato chiamato a prendere parte al procedimento di prevenzione - ovvero comunque non vi avesse preso parte - a proporre incidente di esecuzione per far valere l'inefficacia nei suoi confronti della confisca¹².

Non è ben chiara la posizione dei terzi proprietari o cointestatari dei beni. Solo se questi hanno partecipato al procedimento o sono stati chiamati

⁸ Sul significato e sulla portata del termine v. Cortesi-Filippi, *Il processo di prevenzione, Il sistema di prevenzione penale*, Giappichelli, 2011, 647 ss.

⁹ In questi termini, a proposito della revisione, Dean, *La revisione*, Padova, 1999, 1.

¹⁰ Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2007, 1235.

¹¹ In questo senso v. l'art. 18 d.lgs. 159/2011. Recentemente, la Corte costituzionale, pur se con riferimento all'art. 2-ter l. 575/1965, ha affermato la legittimità della previsione che consente la confisca dei beni del soggetto deceduto, non potendosi rinvenire alcuna violazione del diritto di difesa o del principio del contraddittorio in quanto nel procedimento di prevenzione «parti sono i "successori a titolo universale o particolare" del "soggetto nei confronti del quale [la confisca] potrebbe essere disposta"» e non il deceduto, sicché a questi ultimi «sono assicurati, nel procedimento in questione, i mezzi probatori e i rimedi impugnatori previsti per il de cuius».

¹² V. Cass., sez. un., 9 dicembre 2006, n. 57, cit.

a parteciparvi (art. 23, comma 2) dovrebbero poter formulare istanza di revocazione, secondo l'interpretazione consolidata della giurisprudenza. L'intenzione del legislatore era quella di prevedere un'unica disciplina che accomunasse «*soggetti direttamente coinvolti nel procedimento di prevenzione e terzi che vantano diritti sul bene, superando il doppio binario "revoca/incidente di esecuzione"*»¹³. Situazione analoga dovrebbe prospettarsi per i terzi che vantano diritti reali o personali di godimento sui beni ablati, ai quali è assicurato l'intervento nel procedimento di prevenzione anche se, ai sensi di quanto disposto dall'art. 52, comma 4, «*la confisca definitiva di un bene determina lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto un diritto personale di godimento, nonché l'estinzione dei diritti reali di godimento sui beni stessi*».

Va da sé che nei confronti dei terzi di cui non risulta l'appartenenza dei beni la confisca è irrevocabile e prevale su eventuali acquisti in buona fede o sulla titolarità di diritti reali di garanzia, per i quali e se del caso residua una tutela risarcitoria in sede civile.

Infine, non è titolare *sic et simpliciter* del diritto ad impugnare il difensore che abbia assistito il preposto nel corso del procedimento conclusosi con l'applicazione della misura patrimoniale, in quanto l'intervenire del giudicato, seppure *rebus sic stantibus*, esaurisce il rapporto fiduciario che legava tali soggetti. Peraltro, il dato letterale costituito dall'art. 28, comma 3 fa escludere una legittimazione a proporre revocazione da parte del difensore, citando esclusivamente l'interessato.

LIMITI DELLA RICHIESTA

Il comma 2 dell'art. 28 espressamente indica quale limite della richiesta di revocazione il fine di «*dimostrare il difetto originario dei presupposti per l'applicazione della misura*». Questo comporta che, pena il rigetto dell'istanza, il *novum* dovrà evidenziare la legittima provenienza dei beni confiscati, che questi non fossero frutto di attività illecite o non ne costituissero il reimpiego, ovvero che il loro valore fosse assolutamente proporzionato al reddito del preposto, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito all'epoca dell'acquisizione del bene, o all'attività economica svolta dal soggetto¹⁴.

¹³ Così la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, cit.

¹⁴ I presupposti della confisca sono indicati espressamente nell'art. 24 d.lgs. 159/2011. Per un primo commento sullo standard della prova ai fini della confisca v. Balsamo-Maltese, *Il codice antimafia*, 42 ss. nonché Furgiuele, *La disciplina della prova nel procedimento applicativo delle misure patrimoniali di prevenzione*, Bargi-

Ciò significa che il giudice competente dovrà valutare gli elementi nuovi adottati nella richiesta rapportandoli alla situazione esistente al momento dell'emissione del provvedimento senza tener conto delle "bonifiche" successive, ben potendo - pur nel silenzio della legge - dichiarare l'inammissibilità successiva di una richiesta di revocatoria di confisca giustificata sull'esserne venuti meno i presupposti.

CASI: LE PROVE NUOVE DECISIVE

Sulla falsariga di quanto previsto per la revisione dall'art. 630 c.p.p., il comma 1 dell'art. 28 individua tassativamente le circostanze verificandosi le quali «*può essere richiesta*» la revocazione della decisione definitiva della confisca.

La prima ipotesi, contemplata alla lett. a) del comma 1 dell'art. 28, è relativa alla «*scoperta di nuove prove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento*». La formulazione riprende a grandi linee quella contenuta nella lett. c) dell'art. 630 c.p.p., consentendo così di beneficiare in parte, nel contesto del procedimento di prevenzione, delle soluzioni interpretative consolidate nell'ambito del procedimento di revisione. Sicché, innanzitutto l'endiadi "prova nuova" si riferisce esclusivamente a elementi cognitivi o a meri elementi probatori¹⁵ sopravvenuti e non anche a fatti normativi nuovi¹⁶ ovvero ad una diversa valutazione tecnico-scientifica di dati già valutati¹⁷.

Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011, 422 ss.

¹⁵ Cass., sez. un., 26 settembre 2001, n. 642, cit.

¹⁶ Scalfati, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995, 209 e in giurisprudenza Cass., sez. V, 1 aprile 1993, *CED Cass.*, 193834.

¹⁷ Che, peraltro, «*si tradurrebbe in apprezzamento critico di emergenze oggettive già conosciute e deliberate nel procedimento*». Così, per il procedimento di prevenzione, Cass., sez. I, 22 settembre 2010, n. 36224; Cass., sez. II, 14 maggio 2009, n. 25577. Nell'ambito della revisione, v., tra le tante, Cass., sez. III, 15 ottobre 1993, n. 1875, *CED Cass.*, 196273. Va segnalato, però, che la Cassazione ha successivamente precisato che può costituire *novum* ai fini della revisione anche una diversa valutazione tecnico scientifica di elementi già noti ai periti e al giudice, quando essa risulti fondata su nuove metodologie, dal momento che la novità di queste ultime e, correlativamente, dei principi tecnico scientifici applicati, può condurre anche alla conoscenza di veri e propri fatti nuovi; spetterà, poi, al giudice stabilire «*se il nuovo metodo scientifico posto a base della richiesta, scoperto o sperimentato successivamente a quello applicato nel procedimento ormai definito, sia in concreto produttivo di effetti diversi rispetto a quelli già ottenuti*»: Cass., 25 febbraio 2011, n. 15139, *Riv. it. dir. proc.*, 2012, 1799; Cass., sez. V, 27 maggio 1999, n. 2554, *Cass. pen.* 1999, 3523; nonché, Cass., sez. V., 26 novembre 2009, n. 2982, *CED Cass.*, 245840, ma la specificità delle metodologie prese in considerazione e la diversità degli accertamenti oggetto del procedimento di merito rispetto a quello di prevenzione non sembra consentire una estensione anche a quest'ultimo di quelle conclusioni.

Il raffronto letterale tra le due formule, però, sembra evidenziare una minore latitudine operativa della revocatoria *de qua* rispetto all'analogo mezzo straordinario di impugnazione giacché appare limitata alle sole prove decisive *noviter repertae*, ovvero quelle venute nella disponibilità degli interessati soltanto dopo la chiusura del procedimento, e non anche quelle *noviter producta* o *noviter cognita*¹⁸. Del resto, l'uso della virgola tra le locuzioni «scoperta di nuove prove decisive» e «sopravvenute alla conclusione del procedimento» piuttosto che di una avversativa non sembra autorizzare conclusioni differenti.

Siffatta esegesi, però, comporterebbe una forte lesione del diritto di difesa e del diritto costituzionalmente garantito alla riparazione dell'errore giudiziario, spettanti al soggetto destinatario della misura ablatoria, non tanto le volte in cui questi sia rimasto inerte, non producendo la prova nel corso del procedimento di prevenzione¹⁹ quanto, piuttosto, le volte in cui, pur prodotta, la prova non sia stata valutata dal giudice. Viene in soccorso, allora, nuovamente la prassi applicativa in tema di revisione della sentenza di condanna: facendo leva sul *favor revisionis* in quella sede è ormai acclarato che il requisito della novità va posto in relazione non al momento dell'acquisizione della prova, ma a quello della valutazione.

Sicché, al di là della forzatura ermeneutica, per «prove nuove» dovranno intendersi non solo le prove sopravvenute al provvedimento definitivo e quelle scoperte successivamente ad esso, ma anche quelle non acquisite nel precedente giudizio di prevenzione ovvero le prove acquisite, ma non valutate neanche implicitamente²⁰. Del resto, a differenza del procedimento ordinario, strutturato secondo i caratteri del sistema accusatorio - con il riconoscimento, quindi, del diritto alla prova e del conseguente onere di allegazione - il procedimento di prevenzione, pur con i correttivi dell'udienza pubblica, è in linea tendenziale

“inquisitorio” e in esso lo spazio per l'esercizio del diritto alla prova è estremamente compresso, applicandosi, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nell'art. 666 c.p.p. (art. 7, comma 9, d.lgs. 159/2011). Se, dunque, è possibile ritenere - come puntualmente sottolineato - che la vigente impalcatura processuale potrebbe portare a restringere nella revisione della sentenza di condanna il concetto di nuova prova soltanto alla prova *noviter reperta*, o almeno alla prova *noviter producta*²¹, un ragionamento analogo non è ammissibile per questo rimedio straordinario previsto per il giudizio di prevenzione: in altri termini, in relazione a questo procedimento deve trovare maggiore dilatazione il concetto di nuova prova.

In ultimo, sotto il profilo della tipologia delle nuove prove, va da sé che si tratterà prevalentemente - e statisticamente - di prove documentali, dovendo l'interessato dimostrare la legittima provenienza dei beni confiscati, che questi non fossero frutto di attività illecite o non ne costituissero il reimpiego, ovvero che il loro valore fosse assolutamente proporzionato al reddito o all'attività economica svolta. Il dato testuale, tuttavia, non consente di escludere la possibilità che il *novum* sia costituito da una prova dichiarativa, che sarà poi liberamente valutata dalla corte d'appello.

(SEGUE): INCONCILIABILITÀ TRA FATTI

Il secondo caso di revocazione del provvedimento di confisca concerne l'ipotesi di contraddittorietà

¹⁸ Per questa espressione v. Moscarini, *L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato*, Padova, 2005, 87.

¹⁹ Invero, largamente condivisa è l'opinione che nessun rilievo assuma, ai fini dell'ammissibilità della revisione della sentenza di condanna, l'eventuale condotta omissiva o negligente della parte interessata ad introdurre, nel precedente giudizio di merito, il dato probatorio posto a fondamento dell'impugnazione straordinaria. Cfr., tra i tanti, Bargis, *Prove nuove ai fini della revisione*, cit., 769; Spangher, *Revisione*, Dig. Pen., vol. XII, Torino, 1997, 131. In termini più problematici, di recente, Fiorio, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, 995, il quale rileva come, a rigore, in un sistema processuale che valorizza il principio dispositivo in materia di prova dovrebbe «ritenersi nuovo qualunque elemento non acquisito, in quanto ignorato e non dedotto, per cause non addebitabili alla parte che chiede la revisione».

²⁰ Cass., sez. un., 26 settembre 2001, n. 642, cit.

²¹ Vigente il codice di rito penale del 1930, Foschini, *La "novità" della prova per l'ammissibilità della revisione*, cit., 5, segnalava che, non avendo il procedimento penale italiano struttura accusatoria, non poteva riconoscersi significato e valore preclusivo ad una condotta omissiva o negligente della parte processuale in ordine all'indicazione della prova, dal momento che non apparteneva alla struttura inquisitoria del processo il riconoscimento del diritto alla prova e, di conseguenza, non si inseriva in tale struttura alcun *onus probandi*, dal cui mancato espletamento soltanto può derivare un rilievo di comportamento omissivo o negligente. Tant'è che, all'entrata in vigore della nuova disciplina processuale vi fu chi ebbe a segnalare la diversa prospettiva in cui si sarebbe dovuto porre il problema del concetto di “nuova prova” ai fini del giudizio di revisione, una volta accettata la struttura accusatoria del processo e la conseguente regolamentazione del diritto alla prova attraverso l'introduzione se non di un onere probatorio, certamente di un onere di allegazione. Così, Gramigni, *La prova "dimenticata"*, il c.d. *travisamento del fatto ed il giudizio di revisione*, in Cass. pen., 1997, 3111. Ma la dottrina prevalente (si veda quella da ultimo richiamata) e segnatamente le Sezioni Unite della Cassazione hanno ritenuto che l'esigenza della riparazione dell'errore giudiziario e della tutela del diritto a tale riparazione debbano soverchiare siffatte considerazioni, aprendo così la porta alla valenza ai fini della novità anche della prova *noviter produca*, ancorché non *noviter reperta* e persino di quella allegata e non esaminata dal giudice. Così, Cass. sez. un., 26 settembre 2001, n. 642, cit.

tra i «fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione» e i «presupposti di applicazione della confisca». L'inconciliabilità logica potrà, quindi, aversi tra i presupposti indicati nell'art. 24 d.lgs. 159/2011 e fatti oggetto di un «accertamento più ampio sui temi di prova»²² che solo una sentenza dibattimentale può operare. Sicché, devono ritenersi esclusi dal confronto i decreti penali di condanna, stante la sommaria cognizione da cui nascono tali provvedimenti, e le sentenze rese al termine dell'udienza preliminare, sempre revocabili (art. 434 c.p.p.) e, di conseguenza, non «definitive».

Qualche dubbio residua in ordine alle sentenze emesse a seguito di applicazione di pena su richiesta delle parti o all'esito di giudizio abbreviato. Soprattutto nel primo caso, difatti, l'accertamento circa la responsabilità penale dell'imputato si fonda nella sostanza su atti di indagine compiuti prevalentemente dall'organo requirente. Se questo è vero, non può costituire valido termine di raffronto una decisione fondata su di una verifica incompleta o sommaria, che non sarebbe in grado di far escludere «in modo assoluto» l'esistenza dei presupposti applicativi della confisca, come espressamente richiesto dall'art. 28, lett.b) d.lgs. 159/2011.

A conclusioni diverse deve, invece, addivenirsi con riguardo alla sentenza emessa a seguito di giudizio abbreviato. Difatti, il potere delle parti di concordare una differente modalità di acquisizione della prova non può indurre a ritenere che si tratti di un accertamento sommario, soprattutto nei casi in cui nel corso del giudizio si sia proceduto a integrazione probatoria (artt. 438, comma 5 e 441, comma 5, c.p.p.)²³.

Non sembra, poi, potersi escludere dal confronto nemmeno la sentenza penale emessa da un'autorità giudiziaria di un altro paese. Invero - e relativamente all'ipotesi di conflitto teorico di giudicati quale presupposto per la richiesta di revisione della sentenza di condanna - la dottrina oscilla tra posizioni contrapposte. Da un lato, difatti, c'è chi sostiene che la sentenza penale straniera, purché riconosciuta, possa essere utilizzata per esperire lo strumento revocatorio straordinario²⁴; dall'altro lato, invece, c'è chi lo ha escluso in maniera tassativa, posto che il riconoscimento delle sentenze straniere si ha per i

soli effetti previsti dall'art. 12 c.p.²⁵. Tuttavia - come puntualmente osservato - la sentenza straniera riconosciuta dall'autorità giudiziaria del nostro paese può avere, sotto il profilo strettamente processuale, «degli effetti autonomi che prescindono dalle finalità per le quali il riconoscimento è richiesto» e quest'ultimo avviene dopo un accurato controllo giurisdizionale anche con riguardo all'iter procedurale seguito dal giudice straniero, sicché la sentenza ha «sotto il profilo processuale una valenza per vari aspetti analoga a quella della sentenza emessa» dal giudice penale italiano²⁶.

Si dovrà, comunque, trattare di provvedimenti definitivi, emessi una volta che si sia esaurito il procedimento di prevenzione o di cui l'interessato abbia avuto conoscenza solo una volta che questo si sia chiuso.

(SEGUE): FALSITÀ IN ATTI O ALTRO REATO

L'ultimo caso di revocazione concerne l'ipotesi in cui la decisione sulla confisca sia stata emessa «unicamente o in modo determinante» in conseguenza di falsità in atti o in giudizio ovvero «di un fatto previsto dalla legge come reato». Stante l'ampiezza della previsione, l'indicazione è solo apparentemente tassativa, potendovi rientrare tutti gli atti formati nel procedimento di prevenzione o nel procedimento penale, i documenti riconosciuti falsi nonché ogni altro fatto previsto dalla legge come reato²⁷.

L'accertamento della falsità deve essere cristallizzato in una sentenza divenuta irrevocabile²⁸. Tuttavia, la sussistenza di una successiva sentenza di condanna per falsità o altro reato non comporta automaticamente la revocatoria della decisione poiché è necessario che vi sia un collegamento diretto e immediato, anche se non esclusivo, tra il reato e la confisca nel senso che questa non sarebbe stata emessa ove il reato non fosse stato commesso. Spetterà, quindi, alla Corte d'appello valutare, con un ragionamento induttivo, se e in che misura il falso o il reato abbiano inciso in concreto sulla sussistenza dei presupposti della misura ablativa²⁹.

²⁵ Galli, *Sentenza penale (revisione della)*, in *Noviss. Dig.it.*, vol. XVI, Torino, 1969, 1206.

²⁶ In questi termini, Marchetti, *La revisione*, cit., 944.

²⁷ Ancora Scalfati, *L'esame sul merito*, cit., 154 ss.

²⁸ Per la revisione della sentenza di condanna v. Cass., sez. V, 3 marzo 1998, n. 3676, *Arch. n. proc. pen.*, 1998, 763; Cass., sez. VI, 12 giugno 1997, n. 02345, *CED Cass.*, 208552. In dottrina, Marchetti, *La revisione*, cit., 948; Scalfati, *L'esame sul merito*, cit., 146.

²⁹ Relativamente all'analogo caso di revisione v., da ultimo, Marchetti, *La revisione*, cit., 948 ss.

²² V., in tema di revisione, Scalfati, *L'esame sul merito*, cit., 99.

²³ Analogamente, per la revisione Marchetti, *La revisione*, Spangher (a cura di), *Le impugnazioni*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. V, Torino, 2009, 943.

²⁴ Dean, *La revisione*, cit., 58.

FORMA DELLA RICHIESTA

Sibillina, incompleta se non addirittura inesatta è la indicazione normativa relativa alla forma della richiesta di revocazione della confisca. Difatti, secondo quanto stabilisce l'art. 28, comma 1, tale rimedio straordinario può essere richiesto «nelle forme previste dall'art. 630 del codice di procedura penale».

Esempio di estrema sintesi (*recte*: imprecisione) legislativa, la formula apre scenari interpretativi di non facile soluzione.

In *primis*, inesatto è il richiamo alle «forme» previste dall'art. 630 c.p.p., che viceversa disciplina unicamente i casi di revisione della sentenza di condanna, peraltro non estensibili alla revocazione della confisca, che può essere richiesta nelle sole tre ipotesi specifiche indicate nelle lett. a), b) c) dell'art. 28. Sicché, l'uso del plurale «forme» legittima la conclusione che il legislatore delegato si sia voluto riferire al procedimento di revisione nel suo complesso, le cui prescrizioni - pur non singolarmente richiamate - sono da osservare compatibilmente con le specificità del procedimento di prevenzione.

Se, quindi, si ritiene applicabile l'art. 633 c.p.p., la richiesta di revocazione della confisca va presentata presso la cancelleria della Corte d'appello competente, dall'interessato personalmente o a mezzo di procuratore speciale, che potrebbe essere anche il difensore, purché munito di specifico mandato³⁰, entro il termine perentorio di sei mesi dalla data in cui si verifica o si scopre uno dei casi indicati al comma 1 dell'art. 28. Tale termine è derogabile solo qualora l'interessato dimostri di non averne avuto incolpevolmente conoscenza.

Sotto il profilo del contenuto, è indispensabile che l'interessato indichi le ragioni e le prove che supportano la domanda. Quanto, invece, alla documentazione - e relativamente agli ultimi due casi di revocazione - è necessario allegare in copia autentica la sentenza penale nella quale sono stati accertati i fatti che contraddicono la sussistenza dei presupposti della confisca ovvero quella che decreta la falsità di atti o del giudizio su cui si è basata la decisione sulla misura ablatoria.

GIUDICE COMPETENTE E FASE DEL GIUDIZIO

La competenza a decidere sulla revocazione della confisca è attribuita alla Corte d'appello, che dovreb-

³⁰ Spangher, *Revisione*, cit., 137. Sulla problematica relativa alla legittimità della presentazione della richiesta di revisione in un luogo diverso dalla cancelleria della Corte d'appello v. Marchetti, *La revisione*, cit., 969 ss.

be essere individuata in base ai criteri di cui all'art. 11 c.p.p., secondo quanto disposto per la revisione dall'art. 633, comma 1, c.p.p. Del resto, stante il silenzio del legislatore, questa sembra la conclusione più razionale, evitandosi così il rischio di possibili condizionamenti ambientali derivanti dalla contiguità tra il giudice che ha emesso il provvedimento definitivo di confisca e quello che dovrà "controllarne" la correttezza sotto il profilo della esistenza *ab imis* dei presupposti.

Si tratta, come è evidente, di competenza funzionale e, in quanto tale, inderogabile.

La Corte d'appello procede preliminarmente a verificare l'ammissibilità della richiesta di revocazione, potendo dichiararne l'inammissibilità, a stretto rigore interpretativo, solo se proposta trascorsi «sei mesi dalla data in cui si verifica uno dei casi di cui al comma 1, salvo che l'interessato dimostri di non averne avuto conoscenza per causa a lui non imputabile» (art. 28, comma 3). In realtà, questa restrizione, se può apparire compatibile con il generale principio di tassatività delle ipotesi di inammissibilità, di fatto non trova alcuna giustificazione logica e rischia di appesantire fortemente il carico di lavoro delle Corti d'appello, costrette a fissare l'udienza per la revocazione della confisca di prevenzione anche le volte in cui questa sia presentata fuori dai casi elencati nell'art. 28, comma 1, ovvero per finalità differenti da quella indicata nel comma 2 dello stesso art. 28; salvo, poi, dover concludere l'udienza con un rigetto dalla richiesta.

In una prospettiva *de iure condendo*, allora, auspicando un intervento correttivo del legislatore, sembra più appropriata una disciplina che preveda tassativamente i casi di valutazione preliminare circa l'ammissibilità della richiesta di revocazione della confisca, magari consentendo all'interessato di instaurare sul punto un contraddittorio, ancorché solo cartolare³¹.

Una volta conclusosi positivamente il controllo preliminare di ammissibilità, ha inizio la fase del giudizio che dovrebbe svolgersi osservando le prescrizioni di cui all'art. 636 c.p.p., che a sua volta richiama le disposizioni relative al giudizio dibattimentale di primo grado. Va da sé che queste ultime si applicheranno in quanto compatibili con le pecu-

³¹ Sul punto, in tema di dichiarazione *de plano* di inammissibilità della richiesta di revisione della sentenza di condanna, v. Cass. sez. II, 23 febbraio 2012, n. 411, *inedita*, che ritiene sussistente un obbligo di comunicazione alla controparte delle determinazioni sulla inammissibilità della richiesta. In dottrina, Bronzo, *Il giudizio di ammissibilità nel nuovo procedimento di revisione: requisiti sostanziali della richiesta e non manifesta infondatezza*, *Cass. pen.*, 1998, p. 911.

liarità del procedimento di prevenzione ed entro i limiti delle ragioni indicate nella richiesta di revocazione.

DECISIONE ED EPILOGHI

Ai sensi dell'art. 28, comma 4, qualora venga accolta la richiesta di revocazione della confisca, la corte d'appello deve trasmettere «*gli atti al tribunale che ha disposto la confisca affinché provveda, ove del caso, ai sensi dell'art. 46*», che disciplina la restituzione per equivalente. L'accoglimento della richiesta di revocazione comporta, insomma, per l'interessato il diritto alla corresponsione di una somma equivalente al valore del bene e non necessariamente la restituzione dello stesso.

Il legislatore delegato ha voluto predisporre una disciplina che, da un lato, assicurasse agli interessati dal provvedimento ablatorio le dovute garanzie; dall'altro, che consentisse alla confisca di conservare, dopo la sua "definitività", il connotato della "irreversibilità". Si è, quindi, affermato il principio per cui, quando un bene è stato confiscato con provvedimento definitivo, esso non può più essere retrocesso, ed eventuali ipotesi soddisfattorie dei diritti del preposto e di terzi potranno aversi solo "per equivalente"³². Peraltro, in questa prospettiva, la strada era stata aperta già della Corte di cassazione che, dopo aver sottolineato le similitudini tra la confisca di prevenzione e l'espropriazione per pubblica utilità, aveva individuato esplicitamente l'insorgere di un «*obbligo riparatorio della perdita patrimoniale*»³³.

Anche sul punto, tuttavia, la novella legislativa non brilla per coerenza.

Innanzitutto, è contemplato uno sdoppiamento di competenze che incide sulla dilatazione dei tempi e non sembra avere ragioni giustificative di ordine pratico. Difatti, la norma prevede che qualora la richiesta di revocazione sia accolta dalla corte di appello, gli atti sono trasmessi al tribunale che ha disposto la confisca perché questo proceda alla restituzione per equivalente. Poiché la revocazione può intervenire anche a lunga distanza di tempo da quando la confisca è stata disposta dal tribunale ed essendo comunque la corte di appello giudice di merito al pari del tribunale, appare incomprensibile la ragione di questa trasmissione degli atti ad altro organo giurisdizionale, ben potendo invece la restituzione anche per equivalente essere disposta con-

testualmente o, comunque, in maniera consequenziale alla revocazione.

Diversamente, in caso di accoglimento della richiesta, il procedimento di revocazione e i suoi effetti si concentrerebbero tutti in capo alla corte d'appello, con evidente diseconomia processuale. Del resto, il legislatore delegante (art. 1 comma 3 lett. c) n. 3 e n. 4 l. 136/2010) non ha vincolato il delegato a prevedere né lo svolgimento di due diverse fasi né, tanto meno, l'intervento di due diverse autorità giurisdizionali.

In secondo luogo, non può tacersi qualche perplessità anche in ordine agli effetti della decisione della Corte d'appello di accoglimento della richiesta di revocazione, in quanto, nonostante i dichiarati intenti legislativi di riconoscere all'interessato unicamente la corresponsione di «*una somma pari al valore di mercato del bene, quale risultante dalle relazioni di stima dell'amministratore giudiziario*», così che il bene, con la confisca definitiva entri «*a far parte del patrimonio dello Stato privo di oneri o pesi*»³⁴, il disposto dell'art. 28 non è così perentorio. Non potendosi ipotizzare, infatti, una decisione favorevole della corte d'appello alla quale non segua alcun effetto risarcitorio³⁵, l'inciso «*ove del caso*» sembra legittimare una conclusione alternativa alla mera restituzione per equivalente, come, ad esempio, la restituzione del bene confiscato. Del resto, in relazione ad alcune tipologie di beni, il semplice indennizzo per equivalente non può considerarsi pienamente soddisfacente e la lettera dell'art. 46, comma 1, affermando che la restituzione «*può avvenire anche per equivalente, al netto delle migliorie, quando i beni medesimi sono stati assegnati per finalità istituzionali*», fa ritenere che, diversamente, debba provvedersi a restituire materialmente il bene.

³² Così la *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*.

³³ Diversamente, la norma presenterebbe profili di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 42 Cost. Del resto, la particolarità della materia della prevenzione, sia per le origini storiche sia per le continue spinte di esigenze di politica criminale, ha imposto spesso interpretazioni costituzionalmente orientate e compatibili con la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo, dovendosi ritenere che le pur rilevanti esigenze sottostanti alle misure *ante* e *preter delicti* non consentono - per quelle personali - inammissibili lesioni di principi in tema di libertà personale (tutelati dagli artt. 13, 16, 17, 24, 25 e 27 della Costituzione, oltre che dall'art. 5 par. b) CEDU) e permettono - per le misure patrimoniali - sacrifici bilanciati del diritto di proprietà e di impresa (tutelati, nei limiti della funzione sociale, dagli artt. 41 e 42 Cost. e dall'art. 1 protocollo n. 1 della CEDU). Cfr., tra gli altri, Confalonieri, *Europa e giusto processo*, Torino, 2010, 237 ss.; Cortesi-Filippi, *Il processo di prevenzione*, G. Garuti (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Vol. VII, Tomo I, Utet, 2011, 639.

³² Così la *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*.

³³ Cass., sez. un., 9 dicembre 2006, n. 57, cit.

Spetterà, allora, al tribunale che ha ricevuto gli atti dalla corte d'appello verificare se sussistono le condizioni per una riparazione solo economica dell'errore giudiziario ovvero anche reale, tenuto conto dell'esigenza prioritaria di tutela dei soggetti (pubblici o privati) in favore dei quali sono stati destinati i beni confiscati.

UNO SGUARDO FINALE

Simile al rimedio revocatorio del giudicato penale, il mezzo di impugnazione straordinario disciplinato dall'art. 28 d.lgs. 159/2011 riproduce di quest'ultimo l'impalcatura, con i limiti dovuti alle diversità sostanziali e strutturali del provvedimento che applica definitivamente una misura patrimoniale. Non bisogna, difatti, trascurare che quest'ultima ha una natura e una funzione ben diversa dalla sanzione penale³⁶. La "confisca antimafia" - come è noto - non ha funzione repressiva, ma preventiva, volta a impedire l'uso illecito dei beni colpiti e non presuppone la commissione di un'infrazione penale, rientrando in quelle misure indispensabili alla protezione dell'interesse pubblico.

Tuttavia, se senza alcun dubbio bisogna salutare in maniera positiva l'ingresso nel nostro

³⁶ Come ha puntualmente sottolineato anche la Corte EDU: Sentenze 22 febbraio 1994 sul caso Raimondo; 15 giugno 1999, Prisco.

ordinamento di un tale strumento di controllo dell'errore giudiziario - ancor più apprezzabile perché consente di "rimediare" a limitazioni di diritti, costituzionalmente e convenzionalmente garantiti, disposte spesso sulla base di indizi, ancorché accertati in maniera rigorosa³⁷ - perplessità non possono sottacersi in ordine ai contenuti precipui della nuova disciplina, che forse risente della frettevolezza della stesura normativa (alla quale, peraltro, da un po' di tempo ci ha abituato il legislatore).

Il richiamo implicito e lacunoso all'archetipo "revisione della sentenza di condanna" apre a spazi di discrezionalità applicativa in un contesto in cui, viceversa, dovrebbe imperare il principio di tassatività. Così come lascia perplessi la tendenza - che emerge anche da una lettura sistemica delle nuove disposizioni - a far prevalere l'interesse pubblico alla conservazione del bene ablato acquisito al patrimonio dello Stato sul diritto del singolo di vedersi restituito quel preciso "bene", illegittimamente sottratto alla sua disponibilità.

³⁷ V., di recente, Cass. 9 febbraio 2011, n. 6977, ad esempio in tema di sequestro e confisca di beni intestati a terzi correlati all'applicazione di misure di prevenzione, in cui si afferma che «incombe sull'accusa l'onere di dimostrare rigorosamente, sulla base di elementi fattuali, connotati dai requisiti della gravità, precisione e concordanza, l'esistenza di situazioni che avallino concretamente l'ipotesi di carattere puramente formale di detta intestazione».

PAOLO GRILLO*

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

Forme, tempi e modi di manifestazione del consenso dell'offeso dal reato per l'intervento nel processo degli "enti esponenziali"

*Forms, time and manner in which the victim
may permit institutions to attend
in criminal trials*

L'Autore, dopo aver brevemente tratteggiato l'evoluzione della disciplina dell'intervento degli enti esponenziali nel processo penale, affronta la tematica del consenso dell'offeso dal reato e delle problematiche connesse ai modi ed alla tempistica con cui quest'ultimo può essere manifestato.

The Author, after briefly outlined the evolution of the discipline of the presence of institutions in the criminal trial, talks about the theme of the victim's consent and the problems concerning the time and the ways in which it may be expressed.

GLI ENTI ESPONENZIALI: I DIRITTI E LE FACOLTÀ LORO
SPETTANTI DAL CODICE DEL 1930 A QUELLO DEL 1988

Nel primo libro del codice di procedura penale, dedicato ai soggetti del processo penale, accanto alla figura della persona offesa, è collocata quella degli enti c.d. "esponenziali" (art. 92 c.p.p.). Ad essi viene dato rilievo processuale dal codice poiché rispondono all'esigenza socialmente ormai ben consolidata¹

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

¹ È stato osservato che la domanda di partecipazione di organismi posti a tutela di interessi superindividuali cominciò a svilupparsi con sempre crescente insistenza a partire dagli anni '70 del secolo scorso, cfr., sul punto, Quagliarini, *Le parti private*

di garantire idonea tutela agli interessi diffusi e collettivi².

diverse dall'imputato e l'offeso dal reato, Milano, 2003, 199; Bricola, *La tutela degli interessi collettivi nel processo penale*, AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976, 103 ss.; V., in argomento, Conso – Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, 138 ss.

² La disciplina contenuta nel codice del 1988 è, a ben vedere, figlia di una più matura coscienza collettiva, che guarda con un certo favore alla tutela di certi interessi da parte di soggetti giuridici, benché con la limitazione "in forza di legge". Volendo dare un rapidissimo sguardo allo stato della materia sotto il vigore del codice Rocco, si può osservare come la situazione fosse ben diversa: agli enti veniva consentito, a mente dell'art. 2 disp. att. c.p.p. 1930, di potersi costituire parte civile a condizione che tale facoltà fosse riconosciuta con legge o atto regolamentare e sempreché il reato oggetto del processo avesse cagionato un

I primi sono quelli che si riconoscono in capo ad una collettività di soggetti relativamente a beni insuscettibili di una appropriazione individuale, mentre i secondi si radicano in gruppi di soggetti appositamente organizzati per il perseguimento di specifici scopi "di categoria"³.

La figura dell'ente esponenziale è stata al centro di un vivace dibattito dottrinale, alimentato anche (e soprattutto) dalla, spesso non costante, giurisprudenza. Il momento storico nel quale si è cercato di ridefinire i confini delle facoltà di intervento spettanti agli enti esponenziali può collocarsi nel periodo di entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988⁴.

È stato, infatti, osservato che negli ultimi anni di vigenza del codice del 1930 (ove non era prevista la facoltà di intervento), la giurisprudenza, al fine di consentire la presenza degli enti collettivi nel processo, ne dichiarava sempre più frequentemente ammissibile la costituzione di parte civile, sul presupposto che questo fosse l'unico istituto idoneo a permetterne l'ingresso nel processo. La conseguenza di un tale *trend* giurisprudenziale era, evidentemente, la incontrollabile proliferazione delle parti civili e delle pretese risarcitorie, più o meno fondate⁵.

Con la riforma del 1988 si intendeva perseguire lo scopo di porre dei paletti ben fermi, proprio allo scopo di distinguere nettamente i soggetti legittimati ad avanzare una pretesa risarcitoria da quelli che avrebbero potuto esercitare soltanto i diritti e le facoltà spettanti alla persona offesa non danneggiata dal reato⁶.

danno diretto all'ente medesimo. Non veniva ammesso, invece, l'intervento dell'ente per la tutela di un interesse *d'indole pubblica* poiché tale tutela spettava soltanto al pubblico ministero. La centralità del magistrato inquirente è, in quella impostazione, facilmente spiegabile con il sistema rigidamente centralistico, proprio del periodo storico in cui la norma fu concepita. V., sul punto, Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, Torino, 1956, 344-345.

³ Sul punto, v. Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 1993, 69; Di Chiara, *Parte civile*, Dig. Pen., IX, Torino, 1995, 236.; Marchetti, sub art. 91 c.p.p., Bonilini – Confortini, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 2012, 488.

⁴ V. in argomento, D'Angelo, sub art. 74 c.p.p., Canzio – Tranchina, *Codice di procedura penale*, Milano, 2012, 803 ss.

⁵ V. Di Chiara, *Parte civile*, Dig. pen., IX, Torino, 1995, 234: l'orientamento giurisprudenziale che permetteva la costituzione di parte civile degli enti collettivi si fondava sul duplice rilievo dell'immedesimazione tra l'interesse collettivo e dell'ente e dell'incorporazione tra i soci e il sodalizio stesso, sicché quest'ultimo si riteneva patisse un'offesa – e quindi un danno non patrimoniale – per effetto della commissione di uno specifico fatto reato. V., *ex plurimis*, Cass., sez. VI, 1 giugno 1989, n. 59, *Cass. pen.*, 1990, I, 1546; Cass., sez. III, 3 ottobre 2007, n. 38290, *CED Cass.*, 238103.

⁶ Come osserva D'Angelo, sub art. 74 c.p.p., cit., 804, l'intento del legislatore non sembra sia stato raggiunto, poiché il codice del 1988, nel prevedere il diritto di intervento degli enti

Gli enti esponenziali, secondo l'evidente intento del legislatore della riforma, avrebbero dovuto assumere i connotati del soggetto processuale e non già della "parte", senza quindi diritto di spiegare pretese risarcitorie. Questo è il senso dell'art. 212 disp. att. c.p.p., con cui si stabilisce chiaramente che la costituzione di parte civile è consentita soltanto in presenza dei requisiti di legittimazione previsti dall'art. 74 c.p.p.⁷: facendo difetto questi ultimi, il quadro normativo al quale occorre fare riferimento, per rendere possibile la presenza dell'ente nel processo, è quello dell'intervento disciplinato dagli artt. 91 e segg. c.p.p., subordinato alla presenza di specifici requisiti di cui appresso si dirà ed al consenso della persona offesa dal reato. Quest'ultima *condicio*, a fronte della sua apparente semplicità interpretativa, ha invero generato notevoli dubbi ermeneutici.

IL CONSENSO DELL'OFFESO DAL REATO: SOGGETTI LEGITTIMATI A PRESTARLO, TEMPI E MODI DELLA SUA MANIFESTAZIONE

La lettera del codice stabilisce numerosi requisiti affinché un ente "esponenziale" possa esercitare «i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa dal reato»: in via di estrema sintesi, occorre che l'ente o l'associazione non persegua finalità di lucro e che abbia ottenuto in forza di una legge il riconoscimento della finalità di tutela⁸ prima della commissione del fatto per il quale pende il procedimento.

Tuttavia, il requisito forse più importante, proprio perché – alla fine – condiziona in radice la possibilità che l'ente esponenziale effettivamente eserciti le facoltà spettanti alla persona offesa⁹, si rinviene nel successivo art. 92 c.p.p.

esponenziali, avrebbe accordato una ulteriore tutela a soggetti giuridici che, ora come allora, stentano a trovare ingresso nel processo penale come parti civili: detti enti interverrebbero ex art. 93 c.p.p. in fase di indagini preliminari, per poi costituirsi successivamente parte civile. V., sullo stesso argomento, Barone, *Ancora in tema di costituzione di parte civile dei soggetti collettivi*, *Cass. pen.*, 1993, 2649.

⁷ Cass., sez. IV, 18 gennaio 2010, n. 22558, *CED Cass.*, 247814.

⁸ Non è ammissibile, invece, che l'ente si autoattribuisca una finalità di tutela di un interesse. Così Barone, *Enti collettivi e processo penale*, Milano, 1989, 218. Per una efficace sintesi dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sull'argomento, v. anche, Gualtieri, sub art. 92 c.p.p., Giarda – Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, 2010, 1024.

⁹ Per quanto concerne le facoltà che spettano all'Ente una volta entrato a fare parte del processo, appare perfettamente rappresentativa la sintesi che ne fa autorevole dottrina: "l'equiparazione all'offeso lo riduce a figura scialba: gli sono concesse istanze istruttorie (artt. 505 e 511⁶); escluso dagli esami diretti, assiste muto alla discussione; non formula petita, né impugna" Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 279.

La rubrica, di per sé, è particolarmente significativa: *consenso della persona offesa*.

Si afferma, nella norma appena citata, che l'esercizio dei diritti e delle facoltà spettante all'ente o all'associazione rappresentativa è subordinato al consenso unilaterale della persona offesa stessa, a condizione che questa – nel singolo caso di specie – effettivamente vi sia¹⁰.

Prima di entrare nel vivo dell'argomento, e di osservare requisiti, forme e modi di manifestazione del consenso, occorre soffermarsi sulla *ratio* di una simile previsione normativa.

La spiegazione più condivisa del subordinare al consenso della persona offesa l'intervento degli enti esponenziali si rinviene in una duplice esigenza; anzitutto di tutelare la questo soggetto, anche sotto il profilo del "gradimento" che per esso potrebbe far difetto in ordine all'affiancamento di un ente rappresentativo dell'interesse leso dal reato. In secondo luogo, il consenso della persona offesa, quale condizione di accesso dell'ente al processo risponde alla finalità di non permettere un allargamento indiscriminato del novero delle parti processuali¹¹.

Non altrettanto condivisa è, in dottrina, la rilevanza del consenso prestato dalla persona offesa: ad avviso di alcuni autori, infatti, il consenso manifestato avrebbe l'effetto di legittimare processualmente l'ente ad intervenire¹².

Secondo questa tesi, quindi, la espressione del consenso pronunciata dalla persona offesa nelle forme e nei modi indicati dal codice servirebbe semplicemente per rendere legittimo l'intervento dell'ente nel processo, consentendoglielo.

Un altro indirizzo, invece, configura il consenso dell'offeso come un requisito di capacità processuale dell'ente medesimo, ancorando questa conclusio-

ne alla espressa necessità che l'atto di manifestazione del consenso deve essere effettivamente allegato a quello di intervento dell'ente esponenziale, così come prevede l'art. 93, comma 2, c.p.p.¹³.

L'orientamento appena riportato differisce quindi dal primo perché ricomprende il consenso tra gli elementi che rendono un soggetto "capace" di esercitare un proprio diritto. Diversamente, ad avviso della prima ricostruzione, il consenso si pone come una condizione che deve sussistere affinché un ente, di per sé dotato della necessaria capacità processuale, possa comunque costituirsi in giudizio.

Al di là, comunque, della diversità ricostruttiva, il dato di maggior rilievo è proprio quello attinente alle caratteristiche strutturali che riguardano questa unilaterale espressione di consenso.

Con riferimento alla sua forma di manifestazione, la norma del codice è chiarissima: esso deve risultare da un atto pubblico o da una scrittura privata autenticata.

La norma appena richiamata si spiega avuto riguardo alla particolare rilevanza del consenso prestato, anche e soprattutto per gli effetti processuali che da esso ne derivano, e sulla correlativa necessità che esso sia cristallizzata in un atto dotato di particolare "affidabilità"¹⁴.

Sotto il profilo dei soggetti legittimati a prestare il consenso vanno ricompresi, oltre alla persona offesa¹⁵, anche i prossimi congiunti di quest'ultima, così come si ricava dall'art. 90, comma 3, c.p.p., limitatamente all'ipotesi in cui la persona offesa sia deceduta a causa del reato commesso¹⁶.

Una questione interessante è quella della identificazione dell'offeso successivamente all'ingresso dell'ente nel processo penale (avvenuto in assenza di consenso proprio per mancanza del soggetto legittimato a prestarlo): in questo caso, secondo un orientamento che si fonda sul rilievo dell'indispensabilità del consenso dell'offeso previsto dal codice, occorre una "ratifica" della presenza dell'ente¹⁷.

¹⁰ Secondo un orientamento giurisprudenziale ben consolidato, le associazioni a tutela dell'ambiente, in seguito alla l. 8 luglio 1986 n. 349, possono fare valere dinanzi al giudice ordinario le loro istanze intervenendo in giudizio nei processi per reati che offendono l'ambiente o il territorio, in forza di un generalizzato e preventivo consenso offertogli dall'ordinamento: Cass., sez. V, 12 gennaio 2006, n. 2361, *Arch. n. proc. pen.*, 1996, 241. Ancora, altro indirizzo giurisprudenziale ha affermato il principio secondo cui la legittimità della presenza dell'ente non è subordinata alla mancata costituzione di parte civile della persona direttamente offesa; è invece richiesto che quest'ultima presti il consenso alla detta presenza (Cass., sez. I, 3 aprile 2003, n. 23360, *Guida dir.*, 2003, 33, 90).

¹¹ Marchetti, sub art. 92 c.p.p., Bonilini – Confortini, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 2012, 503-504, secondo cui il legislatore non ha voluto rinunciare all'impostazione individualistica tipica dei precedenti sistemi processuali, affidando alla sola valutazione della p.o. l'opportunità dell'intervento e della permanenza dell'ente nel processo; Spangher, *I soggetti*, Conso – Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1993, 85.

¹² Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, cit., 76 ad avviso del quale la capacità processuale discende dalla stessa esistenza dell'ente e dal suo riconoscimento.

¹³ Amodio, *La persona offesa dal reato*, Amodio – Dominioni (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, 558.; nello stesso senso anche Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, cit., 206.

¹⁴ Marchetti, sub art. 92 c.p.p., cit., 505.

¹⁵ Secondo Cordero, *Procedura penale*, cit., 279 - 280, la unilateralità del consenso manifestato dalla persona offesa fa sì che questa rimanga il vero *dominus* dell'ingresso dell'ente nel processo penale tutte le volte in cui si giudichi di un reato che abbia cagionato un'offesa alla persona. Diversamente, invece, nel caso dei processi per reati posti a tutela di interessi diffusi, l'ente riacquisterebbe una piena autonomia di intervento, poiché il suo ingresso nel processo penale non è subordinato al consenso di alcuno.

¹⁶ V. in argomento, Barone, *Enti collettivi e processo penale*, Milano, 1989, 222.

¹⁷ Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, cit., 77-78;

Nell'ipotesi in cui, invece, le persone offese siano più d'una¹⁸ – ipotesi non contemplata espressamente da alcuna norma – si deve osservare che la dottrina propende per considerare ammissibile che ogni persona offesa possa esprimere il consenso all'ingresso di un ente esponenziale¹⁹.

Con riferimento alla tempistica entro la quale deve essere prestato il consenso da parte dell'offeso, si deve osservare che essa si ricava dal disposto di cui all'art. 94 c.p.p. che pone, quale termine ultimo per l'intervento, quello dell'accertamento della regolare costituzione delle parti ai sensi dell'art. 484 c.p.p.²⁰.

Diversamente, per quanto concerne il momento iniziale nel quale il consenso può essere prestato, lo stesso si ricava dalla lettura dell'art. 93 c.p.p. che,

nel comma 3, permette l'intervento "fuori udienza" col sistema delle notifiche del relativo atto alle altre parti processuali.

Tale norma è infatti comunemente interpretata nel senso di ritenere possibile l'intervento (e, a monte, la prestazione del consenso da parte dell'offeso) anche nella fase delle indagini preliminari²¹.

Come prevede espressamente l'art. 92 c.p.p., il consenso inizialmente prestato ad uno solo degli enti rappresentativi (con conseguente inefficacia di quello eventualmente espresso a favore di più enti) può essere successivamente revocato.

Sotto questo profilo, si deve osservare che la revoca, per espressa disposizione del codice, va effettuata con le medesime forme e con i modi già descritti per la sua prestazione.

Proprio allo scopo di evitare eventuali possibili strumentalizzazioni della revoca del consenso, che potrebbe volta per volta risultare funzionale alla esigenza della p.o. di rivolgersi ad un diverso ente più in sintonia con i propri *desiderata*, ovvero a quella – meno nobile – di aprire trattative con l'ente per i più diversi scopi, il codice stabilisce espressamente che, intervenuta la revoca, non potrà essere prestato più alcun consenso né all'ente precedentemente intervenuto né ad altri.

Ciò, tuttavia, senza che l'ente possa accampare alcuna pretesa risarcitoria atteso che la manifestazione del consenso e la sua revoca sono senz'altro inquadrabili tra i diritti c.d. "potestativi", ai quali, com'è noto, non è posta alcuna limitazione al loro esercizio (rimesso, quindi, al mero arbitrio del loro titolare)²².

Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, cit., 208.

¹⁸ Con riguardo all'ipotesi del concorso formale e materiale di reati sarà sufficiente che venga espresso il consenso da parte dell'offeso dal singolo reato compreso nel concorso per consentire l'intervento dell'ente. In tal senso, Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, cit., 143.

¹⁹ V., sul punto, Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, cit., 207; Novarese, *Gli enti esponenziali di interessi diffusi nel nuovo codice di procedura penale*, *Giur. di Merito*, 1991, 933. V. anche Spagnolo, sub art. 92 c.p.p., Canzio – Tranchina, *Codice di procedura penale*, Milano, 2012, 959 ss. Esiste, tuttavia, un indirizzo dottrinale del tutto opposto a quella appena riportato, fondato sul rilievo secondo cui dovrebbe escludersi che ogni persona offesa possa avvalersi dell'ausilio degli enti, oltre ad esercitare in proprio i suoi diritti, sicché il consenso andrebbe prestato, in presenza di una pluralità di offesi, da tutti nei confronti del medesimo ente. In questo senso, Barone, *Enti collettivi e processo penale*, cit., 222; Di Chiara, *Interessi collettivi e diffusi e tecniche di tutela nell'orizzonte del codice del 1988*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 442.

²⁰ Si segnala un orientamento giurisprudenziale ad avviso del quale la costituzione di parte civile della persona offesa che sia anche danneggiata dal reato non preclude l'intervento dell'ente. Questo, a sua volta, non dovrà chiedere il consenso della persona offesa laddove intenda costituirsi parte civile a sua volta (Cass., sez. III, 14 novembre 2006, *CED Cass.*, 235867). Nello stesso senso, v. anche Cass., sez. V, 3 giugno 2004, n. 2245, *Guida dir.*, 2005, dossier 2, 70.

²¹ V., al riguardo, Nosengo, *Persona offesa dal reato*, Chiavario (a cura di) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1989, 437.

²² V., sul punto, Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, cit., 80. Sulla qualificazione della persona offesa come "arbitro" della presenza dell'ente esponenziale nel processo, v. anche Pennisi, *Persona offesa dal reato*, *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 793.

INDICI / INDEX

AUTORI / AUTHORS

Simona Arasi

Quale *status* per il dichiarante "concorrente", "connesso" o "collegato" nei cui confronti è stata disposta l'archiviazione? / *The witness and the status of "concurrent", "connected" or "linked" accused on which a provision of dismissal has been disposed* 81

Giuseppe Biscardi

Profili critici del sequestro "per equivalente" nel procedimento penale tributario / *Critical profiles of confiscation "for equivalent" into the tributary criminal procedure* 38

Orietta Bruno

Un passo avanti: il confronto delle impronte digitali postula il rigore dell'art. 360 c.p.p. se il reperto va incontro a deterioramento o cancellazione / *A step forward: fingerprint comparison calls into question the rigor of art. 360 of the Code of Criminal Procedure, if evidence undergoes deterioration or cancellation* 48

Lucio Camaldo

Novità sovranazionali / *Supranational news* 11

Sonia Campailla

Corti europee / *European Courts* 20

Roberto de Rossi

Corte costituzionale 23

Ada Famiglietti

Novità legislative interne / *National legislative news* 9

Paolo Grillo

Forme, tempi e modi di manifestazione del consenso dell'offeso dal reato per l'intervento nel processo degli "enti esponenziali" / *Forms, time and manner in which the victim may permit institutions to attend in criminal trials* 122

Paola Maggio

Sezioni Unite 28

Francesca Romana Mittica

Operatività della prescrizione "postuma" nei confronti dell'imputato non appellante / *The enforcement of the limitation period "subsequent" towards the not appellant co-defendant* 73

Carla Pansini

La "revocazione" della confisca di prevenzione: un quadro di sintesi / *The "revocazione" of the prevention seizure: syntetic valuations* 113

Mario Pisani

La lotta contro la tratta degli esseri umani: per una strategia europea / *The Struggle against Trafficking in Human Beings: The Route for a European Strategy* 1

Gianrico Ranaldi

L'esecuzione delle pene detentive brevi: tra successione di leggi ed orientamenti applicativi / *The enforcement of short lasting sentences: between succession of laws and application guidelines* 105

Gioia Sambuco	
<i>De jure condendo</i>	15

Francesco Trapella	
Sovraffollamento carcerario: tante domande, nessuna risposta / <i>Prison overcrowding: a lot of questions, no answer</i>	92

PROVVEDIMENTI/MEASURES

<i>Corte costituzionale</i>	
sentenza 20 giugno 2013, n. 143	24
sentenza 5 luglio 2013, n. 179	23
sentenza 9 luglio 2013, n. 183	26

<i>Corte di cassazione – Sezioni Unite penali</i>	
sentenza 17 giugno 2013, n. 26268	31
sentenza 19 giugno 2013, n. 26710	30
sentenza 19 giugno 2013, n. 26711	30
sentenza 21 giugno 2013, n. 27343	28

<i>Corte di cassazione – Sezioni semplici</i>	
Sezione III, 23 gennaio 2013, n. 7078	36
Sezione III, 24 gennaio 2013, n. 10223	71
Sezione VI, 6 marzo 2013, n. 10350	46

<i>Consiglio d'Europa</i>	
decisione 10 giugno 2013	21

<i>Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	
11 giugno 2013, <i>Vasilescu c. Romania</i>	22
9 luglio 2013, <i>Vinter e altri c. Regno Unito</i>	21

<i>Corte di giustizia dell'Unione Europea</i>	
21 marzo 2013, Causa C-522/2011	20

<i>Atti sovranazionali</i>	
Risoluzione del Parlamento europeo sulla criminalità organizzata nell'Unione europea (25 ottobre 2011)	11

<i>Norme interne</i>	
Legge 23 maggio 2013, n. 57 «Disposizioni urgenti in materia sanitaria»	9

<i>De jure condendo</i>	
Disegno di legge S. 116 «Disposizioni in materia di ricollocamento dei magistrati candidati, eletti o nominati ad una carica politica e riordino delle disposizioni in materia di eleggibilità dei magistrati alle elezioni amministrative»	18
Disegno di legge S. 724 «Disposizioni per la promozione della soggettività femminile e per il contrasto al femminicidio»	15

MATERIE/TOPICS

Competenza	
• La connessione opera anche per procedimenti pendenti in diverso grado (<i>Cass., sez. un., 21 giugno 2013, n. 27343</i>)	28

INDICI / INDEX

Cooperazione tra Stati

- Decisione del Consiglio relativamente a una Convenzione internazionale del Consiglio d'Europa contro la manipolazione dei risultati sportivi (*Consiglio d'Europa 10 giugno 2013*) 21
- La lotta contro la tratta degli esseri umani: per una strategia europea / *The Struggle against Trafficking in Human Beings: The Route for a European Strategy*, di Mario Pisani 1

Difesa e difensori

- L'astensione dalle udienze per protesta dei difensori non costituisce legittimo impedimento nelle impugnazioni *de libertate* (*Cass., sez. un., 19 giugno 2013, n. 26710; Cass., sez. un., 19 giugno 2013, n. 26711*)..... 30

Diritti fondamentali (tutela dei)

- Contrasto alle violenze contro le donne (D.d.l. S. 724 «*Disposizioni per la promozione della soggettività femminile e per il contrasto al femminicidio*») 15
- Proibizione della tortura, divieto di pene degradanti e inumane. Ergastolo, prospettive di rilascio e possibilità di riesame (*Corte e.d.u., 9 luglio 2013, Vinter e altri c. Regno Unito*) 21

Esecuzione penale

- Il locus di svolgimento dei lavori di pubblica utilità: possibile anche fuori provincia (*C. cost., sent. 5 luglio 2013, n. 179*) 23
- L'esecuzione delle pene detentive brevi: tra successione di leggi ed orientamenti applicativi / *The enforcement of short lasting sentences: between succession of laws and application guidelines*, di Gianrico Ranaldi 105

Giudice

- In tema di incompatibilità "verticale": in caso di rinvio, incompatibile il g.i.p. che si è già pronunciato (*C. cost., sent. 9 luglio 2013, n. 183*) 26

Immigrazione

- Rimpatrio e ammenda nei confronti di cittadini di Paesi Terzi irregolarmente soggiornanti nell'Unione Europea (*C. giust. UE, 21 marzo 2013, Causa C-522/2011*) 20

Impugnazioni

- L'estensione del proscioglimento estintivo si produce anche se la prescrizione interviene dopo la mancata impugnazione dell'imputato (*Cass., sez. III, 24 gennaio 2013, n. 10223*), con nota di Francesca Romana Mittica 71

Indagini preliminari

- L'esaltazione di un'impronta digitale non configura un'ipotesi di accertamento tecnico irripetibile (*Cass., sez. VI, 6 marzo 2013, n. 10350*), con nota di Orietta Bruno 46

Mandato di arresto europeo

- Detenzione in corso di procedura passiva di consegna (M.A.E.). Divieto di torture e trattamenti inumani o degradanti (*Corte e.d.u., 11 giugno 2013, Vasilescu c. Romania*) 22

Misure cautelari personali

- L'astensione dalle udienze per protesta dei difensori non costituisce legittimo impedimento nelle impugnazioni *de libertate* (*Cass., sez. un., 19 giugno 2013, n. 26710; Cass., sez. un., 19 giugno 2013, n. 26711*) 30

Misure cautelari reali

- Il termine di trasmissione degli atti al tribunale del riesame per le misure cautelari reali ha natura ordinatoria (*Cass., sez. un., 17 giugno 2013, n. 26268*) 31
- Utilizzabili le presunzioni tributarie al fine di disporre sequestro "per equivalente" (*Cass., sez. III, 23 gennaio 2013, n. 7078*), con nota di Giuseppe Biscardi 36

Misure di prevenzione

- La "revocazione" della confisca di prevenzione: un quadro di sintesi / *The "revocazione" of the prevention seizure: syntetic valuations*, di Carla Pansini 113

Misure di sicurezza

- Verso il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (*Legge 23 maggio 2013, n. 57*) 9

Ordinamento giudiziario

- Ineleggibilità ed incompatibilità dei magistrati. Magistrati cessati da cariche politiche (*D.d.l. S. 116 «Disposizioni in materia di ricollocamento dei magistrati candidati, eletti o nominati ad una carica politica e riordino delle disposizioni in materia di eleggibilità dei magistrati alle elezioni amministrative»*) 18

Ordinamento penitenziario

- Diritto penitenziario: illegittimo il numero ridotto di colloqui con il difensore per i detenuti sottoposti al 41-bis (*C. cost., sent. 20 giugno 2013, n. 143*) 24
- Sovraffollamento carcerario: tante domande, nessuna risposta / *Prison overcrowding: a lot of questions, no answer*, di Francesco Trapella 92
- Verso il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (*Legge 23 maggio 2013, n. 57*) 9

Prova

- Quale *status* per il dichiarante “concorrente”, “connesso” o “collegato” nei cui confronti è stata disposta l’archiviazione? / *The witness and the status of “concurrent”, “connected” or “linked” accused on which a provision of dismissal has been disposed*, di Simona Arasi 81

Sicurezza pubblica

- Criminalità organizzata nell’Unione Europea [Risoluzione del Parlamento europeo sulla criminalità organizzata nell’Unione europea (25 ottobre 2011)] 11

Soggetti (del processo penale)

- Forme, tempi e modi di manifestazione del consenso dell’offeso dal reato per l’intervento nel processo degli “enti esponenziali” / *Forms, time and manner in which the victim may permit institutions to attend in criminal trials*, di Paolo Grillo 122