

EDITORIALE / EDITORIAL

OLIVIERO MAZZA

La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli) / <i>The Court of Cassation under assault and the need of an urgent reform which can combine</i> <i>efficiency with the guarantees of rights (Considerations regarding the "Carta di Napoli")</i>	1
---	---

SCENARI / OVERVIEWS

Novità legislative interne / <i>National legislative news</i> (ROBERTO PUGLISI)	11
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> (ANDREA CABIALE)	15
<i>De jure condendo</i> (ORIENTA BRUNO).....	19
Corti europee / <i>European courts</i> (ANTONIO BALSAMO).....	24
Corte costituzionale (ROBERTO DE ROSSI)	28
Sezioni Unite (PAOLA MAGGIO).....	31

AVANGUARDIE IN GIURISPRUDENZA /
CUTTING EDGE CASE LAW

Escluso il conflitto "analogo" di competenza tra pubblico ministero e giudice: spetta al pubblico ministero liquidare i compensi del consulente tecnico che ha nominato	41
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 27 febbraio, n. 9605 Conflitti analoghi, abnormità, competenza in materia di liquidazione dei compensi del consulente tecnico del pubblico ministero: il punto fermo delle Sezioni Unite / <i>Conflicts</i> <i>regarding the power to determine the fees of the expert witness called upon by the public</i> <i>prosecutor: the ruling of the supreme court</i> (PAOLA CORVI).....	46
Nei confronti della persona giuridica è consentita la confisca diretta, e non per equivalente, del profitto dei reati tributari	53
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 5 marzo 2014, sentenza, n. 10561 La confisca sui beni della persona giuridica per reati tributari commessi dai vertici so- ciali: diretta o per equivalente? / <i>The confiscation of corporation property for tax crimes</i> <i>committed by organs: direct or equivalent?</i> (LORENA PUC CETTI)	60
La necessità di indicazioni puntuali nel divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa	68
Corte di Cassazione, Sez. VI, sentenza 28 marzo 2014, n. 14766 La "distanza minima di sicurezza" a vantaggio della persona offesa deve essere rigoro- samente determinata dal giudice / <i>The "minimum safe distance" of the offender by the</i> <i>victim should always be strictly determined by the court</i> (FRANCESCA ROMANA MITTICA).....	70
La Corte e.d.u. condanna l'Italia per violazione del <i>ne bis in idem</i> in tema di manipolazione del mercato	78
Corte e.d.u., sez. II, 4 marzo 2014 – Ricorsi n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10 – Grande Stevens e altri c. Italia Abusi di mercato (ma non solo) e <i>ne bis in idem</i> : scelte sanzionatorie da ripensare? / <i>Market</i> <i>abuses and double jeopardy in the judgment of the European Court of Human Rights: is it necessary</i> <i>to rethink the punishment system?</i> (ANDREA FRANCESCO TRIPODI)	102

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

DONATELLA CURTOTTI

La normativa in tema di assistenza linguistica tra direttiva europea e nuove prassi applicative / *The linguistic guarantees between the European Directive, national law and standardised procedures* 115

FILIPPO GIUNCHEDI

Captazioni "anomale" di comunicazioni: prova incostituzionale o mera attività di indagine? / *"Abnormal" abstraction of communication: unconstitutional evidence or mere investigations?* 133**ANALISI E PROSPETTIVE /
ANALYSIS AND PROSPECTS**

ADOLFO SCALFATI

La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014 / *The questionable solutions brought by the law n. 64/2014* 141**INDICI / INDEX**Autori / *Authors* 147Provvedimenti / *Measures* 148Materie / *Topics* 148

OLIVIERO MAZZA

Ordinario di Procedura penale – Università di Milano Bicocca

La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)

*The Court of Cassation under assault
and the need of an urgent reform which
can combine efficiency with the guarantees of rights
(Considerations regarding the “Carta di Napoli”)*

La Cassazione non regge più l'urto di un numero abnorme di ricorsi: prendendo le mosse dalla diagnosi condivisa della patologia che incide negativamente sulla qualità del lavoro della Suprema Corte e sull'effettività delle garanzie dei ricorrenti, gli studiosi del processo penale hanno stilato un decalogo di possibili rimedi compendati nella Carta di Napoli. Le possibili soluzioni, tuttavia, sono ancora oggetto di ampia discussione, a partire dalla necessità di una revisione costituzionale dell'art. 111 comma 7 Cost. L'obiettivo è comunque quello di assicurare un garantismo efficiente per la tutela dei diritti dell'imputato anche nel giudizio di cassazione.

The Court of Cassation is choking under too many appeals. A broad debate among Academics members of the scientific Association “Gian Domenico Pisapia” is ongoing in order to find a solution for this grave problem.

The “Carta di Napoli” synthetizes the agreement achieved until now, pointing out some potential remedies. Nevertheless further work and research still has to be done, starting with the amending of Article 111, co. 7 Cost. which must not sacrifice the defendant's rights.

L'INTERVENTO DEGLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE SUL TERRENO DELLE POLITICHE LEGISLATIVE EMERGENZIALI

Se si volesse individuare il tratto qualificante della politica legislativa seguita negli ultimi decenni dal nostro Paese in tema di giustizia penale, la definizione più appropriata sarebbe certamente quella di riformismo emergenziale permanente. Sono passati ormai venticinque anni dall'ultima grande stagione di riforme che ha dato alla luce il codice di procedura penale, il primo, e finora unico, codice della sto-

ria della Repubblica, e da allora il legislatore è sempre rimasto imprigionato nell'affannosa rincorsa di emergenze vecchie (insolite) e nuove (sopravvenute), senza mai riuscire ad alzare lo sguardo verso un più ampio orizzonte sistematico, ispirato a modelli politico-culturali di riferimento.

Si può affermare, senza timore di smentita, che oggi non esista più una proposta di modifica legislativa che non sia dettata da situazioni emergenziali, vere o presunte, da affrontare con interventi urgenti e straordinari: l'ultima, solo in ordine di tempo, è stata quella del sovraffollamento carcerario, dram-

maticamente messa a nudo dalla netta presa di posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo¹, alla quale si è tentato di rispondere con interventi rapsodici e mal coordinati, culminati nel recentissimo d.l. 26 giugno 2014 n. 92.

In un sistema penale da tempo sull'orlo del collasso, ci sarebbe solo l'imbarazzo della scelta delle criticità da affrontare in via prioritaria. Probabilmente la vera priorità sarebbe quella di tornare a pensare seriamente e coraggiosamente a una grande riforma di sistema (penale, processuale, penitenziario, di prevenzione, di ordinamento giudiziario) che dia finalmente razionalità alla giustizia penale intesa, una volta tanto, in senso complessivo, come un'unica entità costituita da inscindibili interrelazioni.

Al contrario, con una scelta in sé discutibile, la dottrina processualpenalistica, o meglio l'Associazione che unisce gli studiosi del processo penale, sembra aver ravvisato nell'incapacità della Cassazione di reggere l'urto di un numero abnorme di ricorsi lo specifico aspetto su cui concentrare i propri sforzi in cerca di soluzioni che risultino, al tempo stesso, efficaci e immediatamente praticabili. Ne è testimonianza eloquente la scelta di svolgere, negli ultimi due anni, ben tre convegni dedicati al tema, assai evocativo, della "Corte assediata"².

Come detto, di fronte a una giustizia penale afflitta da patologie gravi e diffuse, potrebbe risultare opinabile la scelta di un tema, o meglio di un problema, a preferenza di altri. Senza che la metafora suoni irriverente, si potrebbe pensare a un singolare architetto che, dovendo ristrutturare un edificio pericolante, decida di cominciare dal tetto, magari non considerando adeguatamente che se l'ultimo piano del processo penale (il giudizio in Cassazione) scricchiola è perché i muri portanti (l'appello) e le fondamenta (il giudizio di primo grado, ma ancor prima le fasi preliminari) sono cedevoli. Va peraltro ricordato come il sistema delle impugnazioni, oltre a essere quello meno interessato dalla riforma del 1988, che sul punto non ha apportato coraggiose innovazioni pari a quelle che hanno invece investito il giudizio di primo grado, è costituito da un complesso di vasi comunicanti: appello, cassazione e anche impugnazioni straordinarie sono fra loro perfettamente integrati e destinati a interagire³. Mo-

dificarne solo uno significa inevitabilmente portare squilibri nel funzionamento degli altri. Se, dunque, si ritenesse che il giudizio in Cassazione rappresenti il terreno prioritario di riforma, bisognerebbe avere almeno l'accortezza di allargare l'angolo visuale all'intero sistema delle impugnazioni⁴.

LA "CARTA DI NAPOLI" FRA EFFICIENZA E GARANZIE

Dai lavori del Convegno preparatorio del 18 maggio 2012 è scaturita la "Carta di Napoli"⁵, un decalogo di proposte di riforma finalizzate a ridurre il carico di lavoro della Cassazione nella auspicabile prospettiva di consentire alla Corte più elevati standard qualitativi della sua attività. Il testo della proposta è passato attraverso il serrato confronto del Convegno tenutosi proprio in Cassazione fra il 27 e il 29 settembre 2012⁶ per poi approdare all'ultimo incontro svoltosi presso l'Università Parthenope di Napoli il 13 giugno 2014. In questa "navetta" fra Napoli-Roma-Napoli, la "Carta" non si è ancora consolidata su un testo largamente condiviso dalla comunità scientifica dei processualpenalisti⁷. Ciò nondimeno, il dibattito è risultato certamente proficuo, quanto meno nel far emergere le oggettive difficoltà in cui attualmente si trova costretta a svolgere il proprio compito la Suprema Corte.

Le maggiori resistenze che la Carta di Napoli continua a incontrare sono probabilmente dovute a una errata interpretazione della sua filosofia di fondo: da una prima e superficiale lettura, le proposte in essa contenute sembrano infatti ispirarsi a una riduzione delle garanzie in favore dell'efficienza del lavoro della Cassazione. Se così fosse, avrebbe ragione chi propone di lasciare tutto com'è, evitando ricette sbagliate che non risolvono o addirittura peggiorano il male⁸. Il tema è molto delicato e finisce per investire il ruolo stesso dei giuristi, determinando quasi una crisi di identità in chi ha speso la propria esistenza in favore del garantismo. Come

dei giudizi penali di legittimità, Atti del Convegno svoltosi a Roma, 27-29 settembre 2012, Milano, 2014, 161 ss.

⁴ Scalfati, "Considerazioni inattuali" sulla Suprema Corte, *questa Rivista*, 2013, 5

⁵ Il cui testo, nella sua prima versione, si può leggere in appendice a Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 289 ss.

⁶ Cfr. Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., *passim*.

⁷ La difficoltà, di metodo, è che le tesi espone nella Carta non sono state sottoposte alla votazione da parte di un vero e proprio congresso, non essendo previsto dallo Statuto che l'Associazione fra gli studiosi del processo penale organizzi congressi con relative deliberazioni a maggioranza dei suoi componenti.

⁸ Coppi, Intervento, in Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 243.

¹ Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

² Si tratta del Convegno di Napoli del 18 maggio 2012, che ha dato origine alla omonima Carta; del Convegno di Roma del 27-29 settembre 2012; del secondo Convegno di Napoli, svoltosi il 13 giugno 2014 presso l'Università Parthenope.

³ Spangher, *Cassazione e appello. Le funzioni complementari del controllo*, Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione*

potrebbero gli studiosi del processo penale patrocinare addirittura una revisione costituzionale diretta a escludere la generalizzata ricorribilità per cassazione delle sentenze o dei provvedimenti restrittivi della libertà personale?

In realtà, i termini della questione sono significativamente diversi: a causa di un numero "logicamente insostenibile" di ricorsi, la garanzia rappresentata dal giudizio della Cassazione finisce per essere in molti casi solo apparente: è inutile ricordare la prassi dei "cameroni", il tempo medio dedicato alla decisione di ogni ricorso, la draconiana riduzione degli spazi dedicati alla discussione. Di fronte a una garanzia apparente, a un simulacro di garanzia, lasciare le cose come stanno significa semplicemente arrendersi a una situazione inefficiente nel fornire garanzie effettive. Dunque, la contrapposizione non è fra efficienza e garanzie, alternativa rispetto alla quale nessuno potrebbe dubitare che l'efficienza sia un valore recessivo di fronte al diritto di difesa che è espressamente definito dalla Costituzione inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 24, comma 2, Cost.). I reali termini del confronto sono fra un garantismo apparente e un garantismo efficiente.

Occorre però ammettere, in tutta onestà, che il vero punto di contatto, il minimo comun denominatore delle analisi fin qui condotte dalla comunità scientifica dei processualpenalisti risiede solo nella diagnosi della patologia, rappresenta dall'attuale incapacità della Cassazione di assicurare tanto le funzioni di nomofilachia quanto quelle, non meno rilevanti, di garanzia dei diritti dei ricorrenti.

Partendo dalla patologia, va precisato che sulle sue cause incide non poco l'anomalia del nostro Paese, per cui forse non ha torto chi ritiene che 50.000 ricorsi a fronte di 2.500.000 notizie di reato iscritte ogni anno siano un dato percentuale assolutamente ragionevole⁹. Non dobbiamo infatti dimenticare, a costo di banalizzare il discorso, che l'inflazione dei ricorsi è il portato dell'elefantiasi dell'intero sistema penale, dal numero eccessivo delle fattispecie di reato all'obbligatorietà dell'azione penale per finire con l'incapacità/impossibilità di operare una ragionevole selezione delle notizie di reato¹⁰. Un serio sfolgimento dei ricorsi dovrebbe necessariamente iniziare a monte della Cassazione, ma qui il discorso torna alla necessità di una riforma complessiva e organica che avrebbe indubbiamente effetti positivi

anche sul giudizio di cassazione. È scontato dirlo, ma consolidando i muri maestri anche il tetto smetterà di scricchiolare.

Se la patologia è chiara, le indicazioni terapeutiche rimangono, invece, oggetto di profonde divisioni.

Per rompere l'assedio alla Corte si potrebbe pensare, anzitutto, a rinforzare le fila degli assediati: un ampliamento del numero delle sezioni, una maggior frequenza delle udienze, un incremento dell'organico della Cassazione non necessariamente determinerebbero un serio pregiudizio per la nomofilachia, valore che non sembra essere seriamente messo in discussione dalle sezioni semplici, soprattutto a fronte delle prese di posizione delle sezioni unite¹¹. Al contrario, aprire la Cassazione a nuovi innesti di qualità potrebbe essere solo un fattore positivo. Perché, ad esempio, non proporre un reclutamento straordinario fra i professori universitari di materie penalistiche, consentendo loro di svolgere il doppio ruolo di professori e magistrati di cassazione (anziché, come spesso avviene oggi, di avvocati cassazionisti)? Aprire la Cassazione alle forze migliori della società potrebbe avere anche benefiche ricadute sul diverso versante dell'autoreferenzialità della magistratura.

Ad ogni modo, si potrebbe anche essere orgogliosi dell'unicità della nostra Cassazione che garantisce un controllo diffuso di legittimità spalmato su 50.000 ricorsi all'anno. Non si comprende infatti la ragione per cui la comparazione debba sempre essere fatta a detrimento delle nostre istituzioni. Non potremmo essere noi il modello di un garantismo diffuso e democratico da imitare? Se così fosse, non resterebbe che rafforzare seriamente l'istituzione, in modo tale da consentire alla Corte di coniugare quantità a qualità del lavoro.

Lo spirito della Carta di Napoli è però diverso, l'idea è quella di togliere l'assedio riducendo le forze degli assediati, rendendo più difficile l'accesso alla "fortezza", per proseguire nella metafora. Pur trattandosi di una prospettiva che non convince fino in fondo, soprattutto se raffrontata con l'alternativa del possibile irrobustimento della Corte, si possono nondimeno formulare alcune considerazioni costruttive nell'ottica di una possibile deflazione che non pesi sulle reali garanzie dei ricorrenti.

Il grosso del sovraccarico di lavoro è rappresentato dai ricorsi inammissibili, il 60% dei circa 50.000 proposti ogni anno. Il ricorso inammissibile non va tutelato, rappresenta una garanzia apparente, a

⁹ Spangher, *Cassazione e appello. Le funzioni complementari del controllo*, cit., 160-161.

¹⁰ Dominioni, *Discussant*, in Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 73-74.

¹¹ Cfr. G. Conti, *Intervento*, in Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 137.

meno di non voler contestare la fondatezza delle decisioni assunte dalla Cassazione. Ed è su questo aspetto che occorre concentrare ogni sforzo. Se, in ipotesi, non venissero più presentati ricorsi inammissibili, il carico di lavoro della Corte scenderebbe drasticamente dagli attuali 50.000 procedimenti a soli 20.000 (soglia ritenuta da tutti ottimale).

Non sfugge che l'inammissibilità va dichiarata e quindi impegna comunque la Cassazione in una attività decisoria, sia pure contratta nelle forme e nei tempi¹².

Il dato numerico rende però evidente come il problema non risieda nei limiti oggettivi e soggettivi di ricorribilità: se anche fossero più stringenti, potrebbero comunque non essere osservati e generare, di conseguenza, ricorsi inammissibili, come tali pur sempre oggetto di un giudizio da parte della Corte.

Non sfugge nemmeno che l'inammissibilità è stata impiegata dalla giurisprudenza come categoria atta a scongiurare l'abuso delle impugnazioni a fini prescrizionali. L'arma messa a disposizione dei giudici è però troppo affilata: la declaratoria di estinzione del reato è impedita dall'inammissibilità del ricorso, ormai da qualunque causa di inammissibilità, compresa la manifesta infondatezza. Il discrimine fra rigetto e inammissibilità, fra infondatezza e manifesta infondatezza, rappresenta la sottile linea che separa un proscioglimento da una conferma della condanna. Questo è certamente un punto critico che merita una revisione in chiave di recupero delle garanzie del ricorrente, per evitare margini di eccessiva discrezionalità nella declaratoria di inammissibilità.

Altrettanto preoccupante è la proposta di una inammissibilità per contrarietà agli orientamenti consolidati della giurisprudenza di legittimità. Non va infatti dimenticato che, da un lato, l'interpretazione giuridica è in costante divenire e sarebbe difficile per il ricorrente pronosticare *ex ante* l'immodificabilità o meno dell'indirizzo che intende contestare; dall'altro, non si può impedire, sotto minaccia dell'inammissibilità del ricorso, che il proponente fornisca una interpretazione innovativa, contraria agli indirizzi consolidati, ma adeguatamente argomentata. Il dissenso ermeneutico deve essere oggetto di valutazione nel merito e, quindi, magari di una pronuncia di rigetto, ma non certo di inammissibilità. Ragionando diversamente si introdurrebbe surret-

tamente un vincolo del precedente, riferito non al caso (*stare decisis*) ma al principio di diritto (*stare dictis*) che avrebbe l'effetto di stroncare sul nascere interpretazioni dissenzienti non solo dei ricorrenti, ma anche della stessa Cassazione che si vedrebbe privata del potere/dovere di pronunciarsi sul ricorso eterodosso. È invece importante garantire anche il confronto dialettico fra le singole sezioni, fino a giungere, eventualmente, alla sintesi rappresentata dalla pronuncia delle sezioni unite. Dobbiamo salvaguardare non solo la nomofilachia, ma anche l'evoluzione del diritto. E non dimentichiamo nemmeno la necessità di rendere permeabile la giurisprudenza alle tesi dottrinali: se non fosse consentito fondare un ricorso ammissibile su un orientamento dottrinale contrario alla giurisprudenza prevalente, non si potrebbe mai sollecitare un ripensamento della stessa Corte.

È vero che la Carta di Napoli, al punto 2.7, lega l'inammissibilità a motivi che non offrano elementi per confermare o mutare l'orientamento giurisprudenziale di legittimità sulla questione risolta dal giudice di merito in modo conforme alla giurisprudenza della Cassazione, lasciando così spazio a una critica argomentata; tuttavia, è facile prevedere che nella prassi ciò si trasformerebbe in un'inammissibilità appiattita sulla semplice presa d'atto di una impostazione difforme dai *dicta* della Cassazione.

Precisato che l'inammissibilità non può essere in alcun modo rapportata alla fondatezza del ricorso e che semmai sarebbe da abrogare l'attuale previsione correlata alla manifesta infondatezza, per i troppi ampi spazi di discrezionalità lasciati ai giudici, la vera questione da affrontare sembra quella della qualità dei ricorsi: se fosse assicurata, renderebbe marginali i casi di inammissibilità, con conseguente drastica riduzione del carico di lavoro (dando sempre per scontato che i ricorsi dichiarati inammissibili siano effettivamente tali e che se fossero stati oggetto di maggiore e più qualificata ponderazione da parte del proponente non sarebbero stati presentati).

Il primo, deciso, passo in tal senso va compiuto attraverso l'abolizione del ricorso proposto personalmente dall'imputato, molto spesso redatto da un difensore non abilitato al patrocinio dinanzi alla Cassazione. Si tratta di prassi abusive, che mortificano la classe forense e che aggirano il preciso dovere di competenza professionale proprio nel momento più rilevante rappresentato dalla confezione dell'atto introduttivo. Per ovviare ai dubbi sollevati dalla proposta¹³, sarebbe sufficiente stabilire che, con-

¹² Appare invece rischiosa la proposta di consegnare al giudice che ha emesso il provvedimento impugnato la declaratoria di inammissibilità del ricorso, ancorché limitata ad alcune cause. Il diritto d'accesso al giudizio di legittimità verrebbe infatti condizionato a una decisione insindacabile del giudice direttamente "interessato" dalle censure contenute nel ricorso.

¹³ Scalfati, Intervento, Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 199.

testualmente alla sentenza di condanna, il giudice designi un difensore d'ufficio abilitato al patrocinio in Cassazione ogni qual volta l'imputato non risulti già assistito da un cassazionista.

Un secondo passo, altrettanto deciso, dovrebbe riguardare la revisione dell'Albo speciale dei cassazionisti. Anche la nuova legge forense, che pur abolisce la stravagante figura del cassazionista per anzianità, non fornisce adeguate garanzie di effettiva specializzazione del penalista abilitato al patrocinio in Cassazione. Bisognerebbe pensare a nuovi criteri di preparazione (ma sarebbe meglio parlare di addestramento) e di selezione. La proposta di introdurre una netta, rigorosa ed effettiva incompatibilità fra il ruolo di avvocato cassazionista e quello di avvocato patrocinante dinanzi ai giudici di merito è certamente affascinante, ma difficilmente attuabile, soprattutto in un Paese, come il nostro, dove l'elusione normativa è la regola. Ma questo, ovviamente, non è l'argomento decisivo per abbandonare la proposta. Un conto è pretendere un'adeguata preparazione professionale per la difesa dinanzi alle giurisdizioni superiori, altro è imporre una scelta che finirebbe per prescindere dalla dimostrazione di una adeguata professionalità. Senza trascurare la considerazione che una ristretta *elite* di cassazionisti determinerebbe un incremento esponenziale dei costi per gli imputati, anche per la banalissima ragione che il "cassazionista puro" dovrebbe studiare *ex novo* tutti gli atti del procedimento seguito da altri nei gradi di merito¹⁴.

Sul versante oggettivo, il ricorso ideale, capace di rendere effettivamente utile il controllo in cassazione, dovrebbe essere connotato da una elevata specificità, da una comprovata rilevanza delle questioni, dalla decisività dei singoli motivi, dall'interesse al ricorso. E su questi aspetti, ancorché già disciplinati, potrebbe proficuamente muoversi un'accurata attività di revisione normativa che, a fianco dei motivi di ricorso, delinei in modo altrettanto tassativo, i caratteri indefettibili del ricorso ammissibile.

La qualità dei ricorsi servirebbe, dunque, a recuperare non tanto l'efficienza, quanto l'efficacia del controllo di legittimità. È questo l'obiettivo da perseguire¹⁵: mantenere le garanzie e renderle realmente efficaci.

L'obiettivo, tuttavia, non può essere raggiunto se prima non si interviene sulla qualità delle sentenze di merito: una migliore definizione dei capi e dei

punti, un nuovo modello legale di motivazione, una più sobria e razionale argomentazione, sono tutti aspetti che inevitabilmente finirebbero per innalzare la qualità dei ricorsi. Volendo esemplificare, è inutile postulare che il ricorso ideale debba essere specifico e contenuto in una ventina di pagine quando la motivazione criticata risulta pletorica, disorganica, carica, in definitiva inafferrabile, per di più composta dal difficile assemblaggio di ben due motivazioni (primo grado e appello). Queste difficoltà generano ricorsi altrettanto complessi, aspecifici e poco efficaci.

Ma se la qualità del ricorso è direttamente dipendente dalla qualità della sentenza censurata, se il vero oggetto su cui incidere è rappresentato dallo stile e dalla qualità logico-razionale delle sentenze di merito, tutto ciò dimostra l'impossibilità di parcellizzare l'intervento sulla sola Cassazione, senza tener conto degli inscindibili nessi di collegamento con il resto del processo.

LA PORTATA DELL'ART. 111, COMMA 7, COST. E LE SENTENZE DI PATTEGGIAMENTO

Pur non patrocinando *expressis verbis* tagli lineari delle garanzie in nome dell'efficienza del giudizio in cassazione, valore, quest'ultimo, privo di autonomo rilievo costituzionale e comunque insuscettibile di bilanciamento con la previsione dell'art. 111 comma 7 Cost., la Carta di Napoli affronta il tema di una nuova perimetrazione della portata applicativa della previsione costituzionale in modo da ridurre la piena ricorribilità oggettiva delle sentenze e dei provvedimenti *de liberate*.

Al di là delle opzioni politiche che si vogliono accogliere, l'art. 111, comma 7, Cost. appare difficilmente modificabile, come ha realisticamente ricordato anche il Presidente della Cassazione¹⁶. Oltre che velleitaria nella sua concreta praticabilità parlamentare, la riforma non sarebbe nemmeno opportuna: consentire, mediante l'introduzione di una riserva di legge, al legislatore ordinario di stabilire, di volta in volta, i provvedimenti suscettibili di ricorso per cassazione significherebbe svuotare la garanzia dall'interno, renderla un simulacro di garanzia costituzionale¹⁷.

D'altronde, la sostanziale inutilità della proposta di riforma si coglie considerando come già oggi, a Costituzione invariata, vi siano ampi spazi per ra-

¹⁴ Per queste condivisibili considerazioni critiche, v. Tarzia, *Le ricette sbagliate*, *Rivista del Consiglio*, 2014, 7.

¹⁵ Indicato anche da Canzio, Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 234.

¹⁶ Lupo, Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 13.

¹⁷ Spangher, *Cassazione e appello. Le funzioni complementari del controllo*, cit., 174.

gionare sulla portata della disposizione costituzionale che forse non è mai stata letta con la dovuta attenzione.

A dispetto delle apparenze, la violazione di legge è un concetto elastico: si può interpretare restrittivamente, come motivo di ricorso limitato alle violazioni della legge penale e processuale penale compendiate nelle lett. b) e c) dell'art. 606 c.p.p. ovvero lo si può intendere in modo estensivo, al punto di comprendervi anche il vizio di motivazione, proprio sotto forma di inosservanza del modello legale di motivazione: la legge processuale, segnatamente gli art. 125, comma 3, 192, 546, 533 c.p.p., dettano, infatti, uno schema legale di motivazione effettiva (non apparente), completa, argomentata, logica, non contraddittoria, in caso di condanna persuasiva al di là di ogni ragionevole dubbio.

In definitiva, spetta all'interprete scegliere la chiave ermeneutica sulla base di scelte eminentemente politiche.

Se per una certa tipologia di sentenze si volesse restringere la portata della previsione costituzionale, si potrebbe ammettere il ricorso solo per le strette violazioni di legge penale e processuale penale enunciate nelle lett. b) e c) dell'art. 606 c.p.p., sulla scorta di quanto affermato dalla giurisprudenza in relazione alla dizione "violazione di legge" riportata in alcune disposizioni codicistiche (ad esempio, art. 311, comma 2, 325, commi 1 e 2, 569, comma 3, c.p.p.)¹⁸, o addirittura solo per la violazione della legge penale ovvero, in modo ancor più selettivo, per alcune violazioni della legge penale sostanziale.

La Costituzione lascia spazi di manovra al legislatore nello stabilire cosa debba intendersi per violazione di legge censurabile in Cassazione. Non è costituzionalmente imposto che qualsiasi violazione di legge debba legittimare il ricorso per cassazione, come dimostra, del resto, la scelta legislativa di non consentire la denuncia di ogni inosservanza di legge processuale, ma solo delle norme processuali il cui rispetto è imposto a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza [art. 606, lett. c), c.p.p.], senza che tale opzione sia mai stata sospettata di contrastare con il disposto dell'art. 111, comma 7, Cost.

Dunque, il legislatore ordinario è vincolato solo a prevedere il ricorso in cassazione avverso le sentenze (e i provvedimenti sulla libertà personale) per violazioni di legge individuate dalla legge stessa.

Queste conclusioni non dovrebbero però autorizzare un prosciugamento della garanzia per via interpretativa, ma solo consentire una diversa rimodulazione della ricorribilità oggettiva con riferimento a sentenze, come, ad esempio, quelle di patteggiamento, che, essendo state emesse su base consensuale, non richiedono per loro natura un ampio sindacato della Cassazione e, ciò nondimeno, oggi rappresentano incredibilmente ben il 18% della materia dei ricorsi presentati.

Per arginare letture troppo disinvolute si potrebbe adeguatamente valorizzare il collegamento imposto dallo stesso art. 111, comma 7, Cost. fra violazione di legge e provvedimenti *de libertate*. Quando anche la sentenza incide direttamente sul valore primario della libertà personale, il concetto di violazione di legge deve essere inteso nella sua massima espansione; al contrario, se la decisione impugnata non irroga pene detentive eseguibili, è consentita una interpretazione restrittiva della violazione di legge strettamente aderente a quanto oggi previsto dalle lett. b) e c) dell'art. 606 c.p.p. o eventualmente ancor più riduttiva.

Il ricorso per cassazione avverso la sentenza che applica su richiesta delle parti una pena pecuniaria o una pena sospesa potrebbe perciò essere ammesso solo per specifiche violazioni della legge penale sostanziale, come nel caso di irrogazione di una pena *contra legem*, e al limite per la violazione dell'accordo processuale, qualora il giudice applichi una pena o conseguenze penali diverse da quelle concordate.

Volendo poi escludere del tutto la ricorribilità in cassazione, sempre limitatamente ai patteggiamenti che non incidono concretamente sulla libertà personale, basterebbe non definire sentenza il provvedimento giurisdizionale conclusivo del rito, sulla falsariga di quanto avviene per il decreto penale di condanna, sebbene si registrino sconcertanti pronunce che ammettono il ricorso per cassazione del pubblico ministero avverso il decreto penale non opposto¹⁹.

Del resto, si può dire che il legislatore abbia intuito il problema, affermando che la sentenza di patteggiamento è solo equiparata a quella di condanna. E forse già *de iure condito*, sulla base dell'art. 445 comma 1-bis c.p.p., si potrebbe giungere alla conclusione di non consentire il ricorso per cassazione avverso un provvedimento che non è una sentenza di condanna, nel caso in cui non applichi concretamente pene detentive²⁰.

¹⁸ Per una completa ricognizione dei casi in cui il ricorso per cassazione è limitato al solo motivo della violazione di legge, v. Filippi, *Il ricorso per cassazione per "violazione di legge"*, *Arch. pen.*, 2014, 246-247.

¹⁹ Cass., sez. IV, 13 febbraio 2008, n. 11358, *CED Cass.*, 238939.

²⁰ Cfr. Amodio, *Intervento*, Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 82.

L'interpretazione restrittiva dei concetti di violazione di legge o di sentenza non sarebbe sorretta solo da una scelta ermeneutica costituzionalmente plausibile, ma troverebbe spiegazione nel disegno politico di assicurare garanzie che siano effettivamente tali e non, invece, ricorsi meramente dilatori, finalizzati a procrastinare la formazione del giudicato più che il conseguimento di una improbabile prescrizione del reato, comunque in aperta contraddizione con lo spirito del concordato che regge il patteggiamento. Detto in altri termini, o le parti e il giudice sono incorsi in una palese illegittimità, circoscritta al *quantum*, alla tipologia della pena e al rispetto dell'accordo, oppure il ricorso per cassazione finisce per essere un classico esempio di garanzia abusiva.

Meno convincente appare, invece, l'interpretazione che ritiene già ricompresa nella richiesta concordata di applicazione della pena la rinuncia alle impugnazioni, potendo la rinuncia essere riferita solo all'impugnazione di un provvedimento già venuto in essere, mentre al momento dell'accordo la sentenza non sarebbe stata ancora pronunciata.

IL VIZIO DI MOTIVAZIONE, IL GIUDIZIO DI FATTO E L'ACCESSO AGLI ATTI

Inutile nascondersi che il tema centrale della Carta di Napoli, non a caso il più ampiamente dibattuto, è quello dei limiti del controllo sul vizio di motivazione. La proposta di riforma, nella sua ultima versione, sembra convergere sull'ipotesi di ricondurre il controllo della motivazione negli angusti limiti del mero esame del testo del provvedimento impugnato. Tale ritorno al passato suscita, tuttavia, non poche perplessità²¹: è ormai da considerarsi un'irrinunciabile conquista di civiltà giuridica aver consentito alla Corte di cassazione un esame più o meno approfondito del fatto, anche attraverso l'accesso agli atti processuali. E ciò per diverse ragioni.

Anzitutto, perché anche quando, nella originaria versione dell'art. 606 c.p.p., il controllo sulla motivazione era ristretto al testo del provvedimento, secondo l'impostazione definita rigorista²², la Suprema Corte, nei casi in cui lo ha ritenuto opportuno, si è concessa il riesame delle carte processuali. Nel corso del convegno romano lo hanno ricordato gli

stessi giudici della Corte²³. C'è una insopprimibile vocazione, una tendenza naturale alla giustizia del caso singolo che spinge la Cassazione a rompere gli argini del suo sindacato quando ritiene che si debba rimediare a un erroneo giudizio di fatto. È un dato di comune esperienza che ha avuto anche la sua formale enunciazione da parte della stessa magistratura nella "teoria delle mani libere"²⁴.

In secondo luogo, la verifica della *quaestio facti* non è sufficientemente assicurata dal giudizio d'appello che versa in una gravissima crisi di identità²⁵. Se l'efficacia dell'appello fosse rafforzata, nel già ricordato gioco dei vasi comunicanti, si potrebbe forse pensare a una riduzione del sindacato sul fatto da parte della Cassazione. Ma oltre a riformare il giudizio d'appello, bisognerebbe anche escogitare il modo per garantire che le corti territoriali offrano gli stessi standard qualitativi oggi assicurati dalla Cassazione, e forse tale risultato potrebbe richiedere alcune non secondarie modifiche all'ordinamento giudiziario.

In terzo luogo, i dati statistici confermano che la "riforma Pecorella" non ha incrementato il numero dei ricorsi²⁶. Dunque, il ritorno ai limiti imposti alla rilevazione del vizio di motivazione prima del 2006 non sarebbe giustificato da una concreta esigenza deflativa, con la conseguenza che la proposta limitazione delle garanzie non risponderebbe nemmeno alla pur contestabile pretesa di economia del giudizio di legittimità.

Si potrebbe obiettare che tutti questi inconvenienti non sono propriamente argomenti, e forse sarebbe una osservazione corretta. Infatti, la considerazione dirimente è che la difformità fra gli atti processuali e le premesse probatorie della decisione risulta essere un tipico vizio della motivazione e un altrettanto tipico caso di controllo di legittimità della Cassazione²⁷. Tale forma di controllo non può prescindere dalla conoscenza diretta degli atti processuali, non può realizzarsi senza verificare il legame sussistente fra gli argomenti esposti in motivazione e i contenuti probatori. Per arginare ingiustificati

²¹ In tal senso, v., di recente, Dominici, ... *per colpa di qualcuno non si fa credito a nessuno* (a proposito della c.d. Carta di Napoli), *www.archiviopenale.it*.

²² dallo stesso Amodio, *Ridurre il superlavoro della Corte. Le proposte dell'Aspp*, Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 20.

²³ Canzio, Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 233-234.

²⁴ F. M. Iacoviello, Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 258.

²⁵ Ciani, Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 147-148.

²⁶ Cfr. Canzio, in Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 233; Dominici, ... *per colpa di qualcuno non si fa credito a nessuno* (a proposito della c.d. Carta di Napoli), cit.

²⁷ Così Ferrua, *Per il nuovo sistema delle impugnazioni in materia di provvedimenti cautelari*, in Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 98-99.

sconfinamenti nel merito appare più che adeguato il principio di autosufficienza del ricorso che andrebbe opportunamente consacrato in un'apposita disposizione di legge²⁸.

Senza una plausibile spiegazione, è rimasto ai margini del dibattito, per non dire che è stato del tutto pretermesso, il tema delle invalidità. La giurisprudenza ha progressivamente eroso la mera rilevanza formale del vizio dell'atto processuale, in particolare delle nullità, per attribuirvi rilievo solo in caso di incidenza sostanziale, di pregiudizio effettivo o di lesività in concreto²⁹. Così facendo, tuttavia, la Cassazione ha abdicato al suo ruolo di giudice di legittimità per occuparsi sistematicamente del fatto, e non solo di quello processuale, come dimostra la prova di resistenza elaborata in tema di inutilizzabilità.

La lesività in concreto delle invalidità è indubbiamente una prospettiva suggerita dalla Corte di Strasburgo e, in genere, dalle fonti europee, ma per le garanzie dell'imputato risulta a dir poco esiziale. Le ragioni della aperta contrarietà a questa impostazione non sono infatti legate solo alla paradossale trasfigurazione del sindacato della Cassazione, dato di per sé neutro, se non nell'ottica di un ulteriore aggravio del carico di lavoro che la Corte si autoimpo-

ne, ma risiedono nella presa d'atto che la rilevazione dell'invalidità è oggi consegnata al discrezionale apprezzamento del giudice, e in ultima istanza della Cassazione, alla quale sono consegnate le chiavi della legalità processuale. Forme e legalità sono però gli unici strumenti che può invocare l'accusato per una efficace difesa dall'arbitrio dell'autorità precedente. Se l'osservanza delle regole di procedura, ancorché imposta dalla previsione di una invalidità, è rimessa alla discrezionalità del giudice, il codice di procedura penale finisce per essere un libro dei buoni consigli che lascia l'imputato privo di tutela di fronte all'autorità.

Incarna una non trascurabile contraddizione sistematica la circostanza che un tipico vizio di legittimità, come quello radicato sull'invalidità dell'atto processuale, trasmodi in un incontrollabile giudizio di fatto, per di più basato sull'onere della prova imposto a chi denuncia il vizio. Senza dimenticare che al ridimensionamento delle cause di invalidità corrisponde una fisiologica espansione del vizio di motivazione. Se al ricorrente si chiude la porta principale e ortodossa della denuncia dell'invalidità dell'atto, la doglianza viene recuperata sotto altre forme meno appropriate.

Ma il *vulnus* più grave rimane quello inferto al principio costituzionale di legalità processuale (art. 111 comma 1 Cost.). Su questo tema, centrale non solo per le sorti della Cassazione, anche i processualpenalisti dovranno, prima o poi, fare sentire la loro voce.

²⁸ Caprioli, Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, cit., 100-101.

²⁹ Sul punto, si rinvia all'approfondita analisi di Caianiello, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, 33 ss.

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE / NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Roberto Puglisi

SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO

(D. l. 26 giugno 2014, n. 92 conv. con modif. il 2 agosto 2014)

La preoccupazione del legislatore per il sovraffollamento carcerario ha assunto, ormai già da tempo, un carattere permanente. Ancora una volta, si interviene su singoli aspetti specifici e non con una riforma organica e complessiva del sistema; permane, così, il rischio di offrire semplici palliativi a un malato cronico.

Con il d. l. 26 giugno 2014, n. 92 (in *Gazz. Uff.* n. 147 del 26 giugno 2014), si dettano *“Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell’articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all’ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all’ordinamento penitenziario, anche minorile”*. Il 2 agosto 2014 è stato approvato in via definitiva il testo della legge di conversione che ridimensiona la portata innovativa del d.l. n. 92/2014. L’esigenza di adeguamento ai canoni europei entra, dunque, direttamente nei titoli dell’azione legislativa e si fa sentire in maniera ancora più incisiva nel preambolo del d. l. n. 92/2014, ove si dà conto della *«straordinaria necessità e urgenza di ottemperare a quanto disposto dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella sentenza dell’8 gennaio 2013 (caso Torreggiani e altri contro Italia)»*. Senza ripercorrere i passaggi della decisione appena richiamata, basti rilevare che il Giudice di Strasburgo ha condannato l’Italia a istituire mezzi di tutela effettivi e idonei a offrire – conformemente ai principi della Cedu – una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario.

Le plurime innovazioni introdotte con il d.l. n. 92/2014 si pongono in questo solco, nel tentativo di allinearsi agli standard minimi europei. Come rilevato, sono diversi i piani di intervento. A testi-

moniare tale varietà, sta l’innalzamento al venticinquesimo anno di età del limite indicato nell’art. 24, d. lgs. 28 luglio 1989, n. 272, per l’estensione ai maggiorenni delle modalità esecutive delle restrizioni personali per i minorenni (art. 5, d.l. n. 92/2014, che, nel testo definitivo, riporta il limite operativo delle «particolari ragioni di sicurezza valutate dal giudice competente») ovvero la disciplina (artt. 6 e 7) sull’impiego del personale di polizia penitenziaria nelle mansioni di competenza – bloccando il distacco presso altre pubbliche amministrazioni –, sulla maggiore flessibilità nell’assegnazione alle strutture penitenziarie, oltre che sul più rapido impiego in mansioni operative dei nuovi assunti.

RISARCIMENTO IN FAVORE DEI DETENUTI PER VIOLAZIONE DELL’ART. 3 CEDU

L’art. 1 del d.l. n. 92/2014 apporta delle modifiche alla l. 26 luglio 1975, n. 354, con l’introduzione dell’art. 35 *ter ord. pen.* *“Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell’articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati”*. Si tratta di una norma di completamento della disciplina già introdotta dall’art. 3, comma 1, lett. i), d.l. n. 143/2013 (convertito con mod. dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10); con tale precedente legislativo, si è assegnato alla competenza del magistrato di sorveglianza (art. 69 ord. pen.) la decisione su *«l’inosservanza da parte dell’amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all’internato un attuale e grave pregiudizio all’esercizio dei diritti»*. A tal proposito, si rammenta come, alla base della sentenza Torreggiani, vi fosse anche la negazione della competenza del magistrato di sorveglianza a decidere sul risarcimento dovuto dall’amministrazione nei confronti dei detenuti.

Adesso, qualora il citato pregiudizio consista in una detenzione protrattasi per almeno 15 giorni in

violazione dell'art. 3 Cedu ("come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo"), è previsto direttamente il *quantum debeat*: «una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio».

Qualora, tale forma di "pagamento in libertà" non sia possibile (se l'interessato ha già scontato tutta la sua pena ovvero il residuo di pena da scontare è inferiore rispetto al risarcimento dovuto), è riconosciuta una somma di Euro 8,00, per ogni giorno di pregiudizio.

In caso di domanda di risarcimento relativa a pena già espiata ovvero un periodo di custodia cautelare in carcere non detraibile, si verifica uno spostamento della competenza in favore del Tribunale (civile) monocratico del capoluogo del distretto di residenza del richiedente; la domanda va presentata entro il termine di sei mesi e la decisione è adottata all'esito di procedimento in camera di consiglio ai sensi degli artt. 737 ss. c.p.c con decreto non reclamabile.

L'art. 2, d.l. n. 92/2014, prevede una disciplina transitoria per coloro che, alla data di entrata in vigore del d.l. stesso, abbiano già scontato la pena o abbiano presentato ricorso alla Corte e.d.u. senza che sia intervenuta una decisione sulla ricevibilità, stabilendo il termine di decadenza di sei mesi dall'entrata in vigore del decreto legge (28 giugno 2014) per la presentazione del ricorso.

Si prevede, infine, l'introduzione di una specifica figura di ausiliario del magistrato di sorveglianza in conseguenza del progressivo ampliamento delle sue competenze (art. 1, comma 2, d.l. n. 92/2014).

LIMITI ALLA CUSTODIA CAUTELARE IN CARCERE

Il notevole impatto della modifica introdotta con l'art. 8, d.l. n. 92/2014 che sostituisce il comma 2 bis dell'art. 275 c.p.p. viene attenuato con la legge di conversione. Il testo originario viene, infatti, interpolato mediante l'aggiunta di due clausole (in grassetto nel testo): «Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. **Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-ter, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale, nonché**

all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, del presente codice».

Si può notare un duplice effetto. Innanzitutto, l'esclusione applicativa di una misura cautelare derivante dalla possibile sospensione condizionale della pena non riguarda più solo il carcere, ma anche gli arresti domiciliari. L'intento legislativo, in questo caso, sembra potersi cogliere guardando a tutti quei casi in cui il soggetto non aveva la disponibilità di un luogo idoneo all'esecuzione della misura meno afflittiva e il giudice "era costretto" a ripiegare sul carcere. Ma la portata dirompente consegue all'aggiunta del secondo periodo del comma 2 bis, che pone un vero e proprio divieto di applicazione della custodia carceraria laddove il giudice preveda che non può sopraggiungere una condanna superiore ai tre anni; da parte di alcuni uffici giudiziari si paventava, addirittura, un rischio svuotamento, ribattezzando la novità come "indulto mascherato". Lo stesso Ministro della Giustizia è dovuto intervenire con un comunicato del 2 luglio 2014 per rassicurare: «il Governo è intervenuto per correggere una norma già approvata in modo conforme dalla Camera e dal Senato, con la quale si stabiliva il divieto di qualunque misura cautelare detentiva nel caso della previsione di una pena non superiore a tre anni». Nello stesso comunicato, si ribadisce come non sia previsto alcun automatismo dovendo, del resto, essere il giudice a effettuare in concreto una prognosi sulla pena applicabile.

La *ratio* della novella è quella di evitare la massiccia restrizione personale a coloro che, in caso di condanna, non vi sarebbero destinati grazie alla detenzione domiciliare, all'esecuzione della pena presso il domicilio o all'affidamento in prova. È garantita, altresì, una maggiore operatività della sospensione dell'esecuzione ex art. 656 c.p.p. considerato il limite operativo posto di fatto al suo comma 9, lett. b) (divieto di sospensione in caso di custodia cautelare in carcere in atto).

Il legislatore si è interessato, così, del cuore del problema rappresentato dai detenuti in attesa di giudizio (quasi la metà della popolazione carceraria). Nel caso Torreggiani, la Corte e.d.u. rammentava che, il 30 settembre 1999, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adottò la Raccomandazione Rec(99)22 riguardante il sovraffollamento delle carceri e l'inflazione carceraria; nell'allegato alla predetta Raccomandazione, si prescriveva la riduzione del ricorso alla custodia cautelare "al minimo compatibile con l'interesse della giustizia".

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

La modifica, in origine, non prevedeva eccezioni, potendovi essere incluso chiunque, anche chi poco probabilmente avrebbe potuto accedere ai menzionati benefici esecutivi. In sede di conversione, come visto, si è voluto evitare il rischio di svuotare, per reati di grave allarme sociale, la possibilità di neutralizzare efficacemente i *pericula* di cui all'art. 274, comma 1, lett. c), c.p.p. fissando l'inapplicabilità della novella per alcune fattispecie di reato.

Il nuovo testo ha, altresì, sciolto il dubbio riguardo all'applicabilità dell'art. 276, comma 1 *ter*, c.p.p. (sostituzione degli arresti con il carcere in caso di trasgressione) anche in caso di condanna probabilmente inferiore ai tre anni (art. 275, comma 2 *bis*, c.p.p.). L'originaria assenza di norma analoga all'art. 280, comma 3, c.p.p. (deroga ai limiti applicativi della custodia in carcere) e la perentorietà del nuovo divieto sembravano non lasciare spazio a interpretazioni *contra reum* in grado di fare scattare la carcerazione preventiva in caso di trasgressione alle prescrizioni degli arresti domiciliari. Non solo. Si consideri il dilemma in cui si sarebbe trovato il giudice chiamato a decidere in via cautelare nei confronti di chi (magari imputato per evasione dagli arresti domiciliari) rientrava contemporaneamente nel divieto di custodia cautelare *ex art.* 275, comma 2 *bis*, c.p.p. e nel divieto di arresti domiciliari *ex art.* 284, comma 5 *bis*, c.p.p. Il Parlamento ha eliminato tale aporia ribadendo l'operatività delle regole operative in caso di trasgressione (artt. 276, comma 1 *ter*, e 280, comma 3, c.p.p.) oltre che dell'art. 275, comma 3, c.p.p.

MODALITÀ ESECUTIVE DEGLI ARRESTI DOMICILIARI

L'art. 1, comma 1, lett. a), d. l. 23 dicembre 2013, n. 146, (convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10), modificando l'articolo 275 *bis* c.p.p. ha introdotto, come regola esecutiva degli arresti domiciliari, la predisposizione di modalità elettroniche di controllo (braccialetto). Anche in questo caso, il legislatore interviene per completare l'opera già intrapresa al fine di adeguarsi alle indicazioni europee. L'Allegato alla Raccomandazione Rec(99)22 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 30 settembre 1999, prescrive la riduzione del ricorso alla custodia cautelare facendo «*un uso più ampio possibile delle alternative alla custodia cautelare... valutando attentamente la possibilità di controllare tramite sistemi di sorveglianza elettronici l'obbligo di dimorare nel luogo precisato*».

La novità del braccialetto elettronico generalizzato ha già lasciato perplessi quanti hanno sin da subito sottolineato come l'innovazione sia lodevole

per l'intento, ma rischi di scontrarsi con le difficoltà pratiche (indisponibilità dello strumento tecnico da parte della polizia giudiziaria). L'art. 4, d. l. n. 92/2014 si occupava direttamente di tale aspetto prevedendo (art. 97 *bis*, comma 3, disp. att. c.p.p.) che, in caso di sostituzione del carcere con gli arresti domiciliari con braccialetto elettronico, il direttore della struttura potesse rappresentare «*l'impossibilità di dare esecuzione immediata alla scarcerazione in considerazione di specifiche esigenze di carattere tecnico*»; in sede di conversione, è stato soppresso l'art. 97 *bis*, comma 3, disp. att. c.p.p.

ESECUZIONE DELLE PENE DELLE CORTI PENALI INTERNAZIONALI

Un ultimo ambito interessato dal d. l. n. 92/2014 riguarda l'esecuzione delle pene nei confronti di soggetti condannati dalle Corti penali internazionali per crimini contro l'umanità. All'art. 678 c.p.p. viene aggiunto il comma 3 *bis* ai sensi del quale la magistratura di sorveglianza, allorché si occupa di richieste relative a misure incidenti sulla libertà personale dei predetti condannati, deve attivare una procedura informativa che – tramite il Ministero della giustizia e, poi, degli affari esteri – faccia pervenire la comunicazione della data d'udienza con la relativa documentazione all'organismo internazionale che ha pronunciato la condanna. L'obbligo di comunicazione nei confronti dell'autorità emittente scatta solo se previsto dai relativi accordi internazionali (si rammenta, a titolo di esempio, che la legge n. 237 del 2012, sulla Corte penale internazionale, prescrive, all'art. 19, al Ministro della giustizia di comunicare tempestivamente alla Corte internazionale «*i procedimenti penali e ogni altra circostanza rilevante che concerne il condannato*»; v., Zanetti, *Scenari. Novità sovranazionali*, in *questa Rivista*, 2013, n. 2, 9). Come si legge dalla stessa relazione illustrativa, la novità si giustifica in forza di «*alcune doglianze rappresentate da Tribunali e Corti penali internazionali e riguardanti la mancata comunicazione della pendenza di procedimenti incidenti sullo stato di libertà personale di soggetti condannati da questi organismi e detenuti in Italia*».

* * *

PROCESSO IN ASSENZA

(L. 11 agosto 2014, n. 118)

La mancanza di una disciplina transitoria nell'ambito della riforma del processo in assenza è stata colmata con l'aggiunta dell'art 15 *bis* alla legge 28

aprile 2014, n. 67, che, per i procedimenti in corso alla data di entrata in vigore dello stesso provvedimento (17 maggio 2014), prevede l'applicazione della normativa precedente qualora sia già intervenuto il dispositivo della sentenza di primo grado ovvero l'imputato sia stato già dichiarato contumace ma non irreperibile.

* * *

SUPERAMENTO DEGLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI

(D.l. 31 marzo 2014, n. 52 – L. 30 maggio 2014, n. 81)

È stato convertito con modificazioni il d. l. n. 52/2014 con la l. n. 81/2014 (in *Gazz. Uff.*, 31 maggio 2014, n. 125, entrata in vigore il 31 maggio 2014) recante "Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari".

Le modifiche rispetto al testo del d. l. n. 52/2014 riguardano, innanzitutto, l'art. 3 *ter*, comma 4, d.l. n. 211/2011 (convertito con mod. dalla l. n. 9/2012), laddove si precisa la natura provvisoria della misura di sicurezza diversa dal ricovero in o.p.g. e l'estensione applicativa della stessa norma anche nei confronti del seminfermo di mente; inoltre, viene espressamente indicato che l'accertamento dell'inedoneità della misura diversa deve essere «effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale». Le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo non possono, dunque, giustificare la permanenza in o.p.g.; così come si ribadisce che non «costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici».

A tale ultimo proposito, per garantire una maggiore efficienza delle strutture terapeutiche, all'art. 3 *ter*, comma 6, d.l. n. 211/2011, è aggiunto l'obbligo per le

Regioni di organizzare corsi di formazione per gli operatori del settore finalizzati alla progettazione di percorsi terapeutico-riabilitativi e alle esigenze di mediazione culturale; gli stessi enti locali devono «provvedere alla riqualificazione dei dipartimenti di salute mentale... contenere il numero complessivo di posti letto da realizzare nelle strutture sanitarie di cui al comma 2 [o.p.g. e case di cura e custodia]... destinare le risorse alla realizzazione o riqualificazione delle sole strutture pubbliche». Il legislatore si mostra, dunque, preoccupato di garantire un'effettiva ed efficace alternativa per coloro che devono progressivamente uscire definitivamente dagli o.p.g.

L'art. 1, comma 1 *ter*, d.l. n. 52/2014, prevede l'obbligo di invio al Ministero della salute e alla competente autorità giudiziaria, entro il 15 agosto 2014, dei "percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione di ciascuna delle persone ricoverate negli ospedali psichiatrici giudiziari". I programmi sono predisposti dal SSN (Regioni-ASL) «in accordo e con il concorso delle direzioni degli ospedali psichiatrici giudiziari». Ai fini della permanenza del ricovero per coloro con persistente pericolosità sociale, «il programma documenta in modo puntuale le ragioni che sostengono l'eccezionalità e la transitorietà del prosieguo del ricovero».

L'art. 1, comma 1 *quater*, introduce un principio che scardina il precedente assetto della commisurazione della permanenza in o.p.g. sulla pericolosità del soggetto (in quanto misura di sicurezza): «Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima». Dunque, viene introdotto un principio di uguaglianza con chi è capace di intendere e di volere; si prende atto della portata sanzionatoria delle misure di sicurezza e si calibra, dunque, la risposta "rieducativa" non solo sulla personalità del reo, ma soprattutto sul fatto di reato.

NOVITÀ SOVRANAZIONALI / SUPRANATIONAL NEWS

di *Andrea Cabiale*

PUBBLICATA LA DIRETTIVA 2014/41/UE SULL'ORDINE EUROPEO D'INDAGINE PENALE: SEMPLIFICAZIONI, (S)FIDUCIA RECIPROCA E COMPROMESSI, PER TENTARE DI SUPERARE LE ROGATORIE

Nel novembre del 2009, la Commissione europea, presentando il "Libro verde" sulla ricerca delle prove e sulla garanzia della loro ammissibilità, metteva sul tavolo due fondamentali questioni: innanzitutto, si domandava agli Stati membri se fosse opportuno elaborare un sistema generale di acquisizione probatoria basato sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie; inoltre, veniva chiesta un'opinione sulla possibilità di introdurre, a livello europeo, «norme comuni per la raccolta delle prove».

Gli Stati risposero – in genere – favorevolmente alla prima proposta.

Fino ad allora, infatti, sebbene l'Unione europea avesse già tentato di creare strumenti alternativi al complesso sistema delle rogatorie, i risultati ottenuti erano stati piuttosto deludenti: la decisione quadro 2003/577/GAI permetteva di dare rapida esecuzione, in ogni Stato membro, ai provvedimenti giudiziari di sequestro probatorio; tuttavia, il successivo trasferimento del materiale sequestrato avveniva ancora secondo le tradizionali procedure di assistenza giudiziaria. La decisione quadro 2008/978/GAI aveva invece delineato il mandato europeo di ricerca della prova, la cui operatività era però limitata all'acquisizione di oggetti, documenti e dati, ossia alle sole prove precostituite.

Era stato quindi accolto con favore il progetto di creare un nuovo istituto di cooperazione giudiziaria fruibile per qualsiasi tipo di prova.

Tutt'altro discorso per il secondo quesito: la maggior parte degli Stati membri riteneva ancora prematura l'idea di imporre regole probatorie comuni; d'altra parte, si affermava, il principio del mutuo riconoscimento era stato teorizzato proprio per garantire la conservazione delle diversità esistenti fra

i vari ordinamenti e non per promuoverne il superamento.

La direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, istitutiva dell'ordine europeo di indagine penale (OEI), sembra lo sbocco naturale delle indicazioni provenienti da quella consultazione: come si vedrà, invocando la fiducia reciproca, è stato semplificato e velocizzato l'*iter* che conduce al riconoscimento, all'interno dell'Unione europea, dei provvedimenti giudiziari in tema di prova; d'altro canto, però, la formazione di una disciplina probatoria minima, condivisa da tutti i Paesi membri, sembra restare ancora un approdo decisamente lontano.

L'OEI è una «decisione giudiziaria» emessa dall'autorità competente di uno Stato membro («Stato di emissione») «per compiere uno o più atti di indagine specifici» in un altro Stato membro («Stato di esecuzione») «ai fini di acquisire prove»; può avere a oggetto anche «prove già in possesso» dello Stato richiesto e la sua emissione può essere domandata all'autorità designata, anche dall'indagato, dall'imputato e dai rispettivi difensori (art. 1). L'organo emittente può essere un giudice, un pubblico ministero, o qualsiasi altra «autorità inquirente» che, nell'ambito di un procedimento penale, è «competente a disporre l'acquisizione di prove»; qualora, però, non si tratti di un'autorità giudiziaria, quest'ultima deve comunque intervenire per convalidare l'emissione dell'ordine (art. 2).

In breve, dunque, questo nuovo strumento di cooperazione giudiziaria consiste in un provvedimento di acquisizione probatoria transnazionale, che può riguardare «qualsiasi atto d'indagine» (art. 3), dall'audizione di un possibile testimone, all'intercettazione, dall'apprensione di un documento, alla perquisizione; sono quindi inclusi sia i mezzi di prova, sia i mezzi di ricerca della prova, tanto le prove precostituite, quanto quelle costituende.

Peraltro, come già accaduto per il mandato europeo di ricerca della prova, non è stata inserita alcuna precisazione, tesa a distinguere gli atti proba-

tori formati durante la fase investigativa da quelli dibattimentali: infatti, l'art. 1 tratta di «atti di indagine» compiuti al fine di acquisire – indistintamente – «prove».

Ciò dipende dal fatto che, come è noto, nel variegato panorama giuridico eurounitario, coesistono discipline processuali che separano nettamente la fase preliminare da quella del giudizio vero e proprio (ad esempio, Inghilterra e Italia) e altre, basate sul sistema misto, in cui la “prova” utilizzabile per emettere sentenza può tendenzialmente formarsi già durante la fase istruttoria predibattimentale (Francia e Germania).

La generica formula usata nella direttiva permette allora di rappresentare qualsiasi tipo di ordinamento processuale e spetterà poi alle singole legislazioni nazionali precisare eventuali limiti all'utilizzo delle “prove” ottenute.

Nel contesto italiano, dovrebbe essere il pubblico ministero l'autorità competente a emettere l'OEI e il risultato dell'attività investigativa realizzata all'estero – al termine delle indagini – seguirà presumibilmente un regime simile a quello previsto dall'art. 431, comma 1, lett. d) e f), per gli atti compiuti per mezzo di rogatoria.

Siccome, fra i soggetti competenti per l'emissione, è stata indicata qualsiasi «autorità inquirente», anche non giudiziaria, «competente a disporre l'acquisizione di prove in conformità del diritto nazionale», ci si può domandare se la polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero al compimento di attività di indagine (art. 370 c.p.p.) possa eventualmente dirsi legittimata a emettere l'ordine, naturalmente seguito da convalida.

Merita di essere segnalata la possibilità che siano oggetto di OEI anche le «prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione»: tale espressione sembra indicare non soltanto le prove precostituite, ma anche i verbali di prove costituende acquisite nel corso di un procedimento penale, come un interrogatorio, l'audizione di una persona informata sui fatti, o una testimonianza. In tali casi, non dovrebbe tuttavia trovare applicazione l'art. 78 disp. att. c.p.p., che – al primo comma – lega l'acquisizione degli atti di un procedimento penale straniero al rispetto del regime previsto dall'art. 238 c.p.p.: la giurisprudenza maggioritaria ritiene infatti che queste disposizioni non operino in fase investigativa, ma soltanto con riferimento all'acquisizione dibattimentale.

Particolarmente apprezzabile pare poi l'opportunità attribuita all'indagato, all'imputato e ai difensori di chiedere l'emissione di un OEI: bisognerà tuttavia stabilire a quali condizioni e con quali mo-

tivazioni la richiesta difensiva possa essere rigettata e se, avverso tale decisione, sia configurabile una qualche impugnazione oppure opposizione. Può comunque destare perplessità l'esclusione della vittima fra i soggetti legittimati alla richiesta.

La procedura di emissione si concretizza materialmente nella compilazione di un modulo uniforme prestampato, in cui devono essere indicati – fra l'altro – l'oggetto dell'indagine, le disposizioni di diritto penale applicabili, l'atto da compiere e gli elementi di prova da ottenere (art. 5). Successivamente, l'OEI viene trasmesso direttamente all'autorità competente per il riconoscimento e l'esecuzione (art. 7), la quale, peraltro, è stata individuata in modo assai più vago rispetto a quella di emissione (art. 2, lett. d).

Così come accaduto per il mandato di arresto europeo e quello di ricerca della prova, è comunque venuto meno il filtro del controllo politico, che generalmente contraddistingue le forme di assistenza giudiziaria in tema di rogatoria: quale primario effetto dell'applicazione del mutuo riconoscimento, le «autorità centrali» sono state relegate al ruolo di supporto tecnico-amministrativo, potendo essere designate soltanto per la trasmissione e la ricezione degli ordini di indagine penale e la relativa corrispondenza ufficiale (art. 7, par. 3).

Ogni valutazione sul merito spetta infatti alle autorità di emissione e di esecuzione.

Alla prima, è affidato un duplice vaglio (art. 6, par. 1): in primo luogo, l'emissione deve essere «necessaria e proporzionata rispetto ai fini del procedimento», tenuto conto anche dei diritti dell'indagato o dell'imputato: sembra quindi che il compimento dell'atto investigativo richiesto debba essere determinante per la prosecuzione delle indagini o, comunque, per orientare la decisione del pubblico ministero in merito all'esercizio dell'azione penale; inoltre, non devono esistere strumenti meno gravosi per ottenere il risultato probatorio cui mira l'autorità inquirente.

In secondo luogo, l'attività investigativa oggetto dell'ordine deve poter essere esperita «alle stesse condizioni in un caso interno analogo»; in altre parole, l'autorità di emissione non può aggirare le proprie regole processuali nazionali, chiedendo ad altri di compiere un atto che, all'interno del proprio ordinamento, le è vietato.

Queste valutazioni sono pressoché insindacabili da parte dell'autorità di esecuzione, che può soltanto avviare una sorta di consultazione in merito all'«importanza di eseguire l'OEI» (art. 6, par. 2).

Quest'ultima gode tuttavia di ben altri poteri, di indubbia incisività sulla fase di esecuzione.

NOVITÀ SOVRANAZIONALI

Innanzitutto, secondo quanto previsto dall'art. 9, par. 1, l'esecuzione dell'ordine di indagine avviene «nello stesso modo e secondo le stesse modalità» che verrebbero seguite, se l'atto fosse disposto da un'autorità interna: la «prova» viene dunque formata secondo le regole e le procedure dello Stato di esecuzione.

Tuttavia, posto che – come ben noto – le regole probatorie possono differire notevolmente fra gli Stati membri, sono stati previsti due correttivi già sperimentati per le tradizionali rogatorie.

Innanzitutto – così come stabilito pure dall'art. 4 della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 2000 – l'autorità di esecuzione deve attenersi «alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione», salvo che confliggano con i principi fondamentali del proprio diritto interno (art. 9, par. 2): ad esempio, il pubblico ministero italiano potrà chiedere che un interrogatorio sia preceduto dai tre avvisi *ex* art. 64, comma 2, c.p.p., o che i prossimi congiunti dell'indagato siano avvertiti della possibilità di astenersi dal rendere dichiarazioni (art. 199, comma 2, c.p.p.).

Inoltre, similmente a quanto previsto dall'art. 4 della Convenzione di Strasburgo del 1959, il quale disciplina una sorta di «concelebrazione» delle rogatorie, uno o più rappresentanti dello Stato di emissione possono partecipare all'esecuzione dell'OEI «a sostegno» delle autorità competenti (art. 9, par. 4); questa espressione lascia immaginare più una sorta di supervisione, che un effettivo compimento congiunto dell'atto.

In sostanza, sebbene il diritto applicabile resti la *lex loci*, si è comunque tentato di favorire l'utilizzabilità della prova nel procedimento instaurato presso lo Stato di emissione.

L'autorità di esecuzione ha però ancora due fondamentali poteri.

In primo luogo, può ricorrere a un atto d'indagine «alternativo»: ciò non solo quando l'atto richiesto non è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione, o comunque non è esperibile in un caso interno analogo, ma anche qualora il medesimo risultato possa essere realizzato «con mezzi meno intrusivi» (art. 10); in altri termini, una richiesta di perquisizione, finalizzata al reperimento di un documento, potrebbe essere discrezionalmente sostituita da un semplice ordine di esibizione. È comunque prevista una serie di atti, «che devono sempre essere disponibili», fra cui compaiono gli atti non coercitivi, l'audizione di testimoni, esperti, vittime, indagati e imputati e l'acquisizione di alcuni tipi di informazioni (art. 10, par. 2).

Al di fuori delle predette ipotesi, l'autorità di emissione è del tutto inerme di fronte alle scelte di «surrogazione» del suo omologo dello Stato di esecuzione e potrà solo decidere di ritirare l'OEI.

Sono inoltre svariati i motivi (tutti facoltativi) di non riconoscimento o di non esecuzione, molto più numerosi nel testo definitivo della direttiva che nella proposta iniziale.

Nell'art. 11, si fa anzitutto riferimento a cause di rifiuto piuttosto vaghe, quali la lesione di «interessi essenziali di sicurezza nazionale», la sussistenza di «informazioni classificate riguardanti attività di intelligence specifiche», ed eventuali violazioni dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta di Nizza.

Così come per il mandato d'arresto europeo e per quello di ricerca della prova, è presente anche il requisito della doppia incriminazione, escluso, però, in relazione a una serie di reati elencati in allegato; inoltre, l'esecuzione dell'OEI può essere rifiutata se, nello Stato di esecuzione, il potere di compiere l'atto di indagine richiesto è circoscritto a determinate ipotesi delittuose, o a specifiche soglie di punibilità, e il reato indicato dall'autorità di emissione non rientra in tali parametri.

C'è poi ancora spazio – fra l'altro – per una clausola di territorialità (sebbene dall'ambito piuttosto ristretto), per la tutela del *ne bis in idem* e delle immunità stabilite dal diritto interno.

Infine, qualora l'attività investigativa oggetto dell'ordine implichi «l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un periodo di tempo determinato» (si pensi, ad esempio, alle intercettazioni), deve essere prevista anche dal diritto dello Stato di esecuzione, in un caso interno analogo (art. 28).

Insomma, per evitare di eseguire un OEI, paiono percorribili molte strade: alcuni motivi sono caratterizzati da una eccessiva genericità tanto da poter essere oggetto di facili abusi; altri sembrano invece inappropriati in un sistema che dovrebbe basarsi sulla fiducia reciproca fra gli ordinamenti degli Stati membri.

La Direttiva prevede poi stringenti termini per il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI, fissati rispettivamente in trenta giorni dalla ricezione dell'ordine stesso e in novanta dal suo riconoscimento. Si può però immaginare che, difficilmente, eventuali ritardi potranno trovare sanzione.

Fra gli obblighi degli Stati membri emerge anche la predisposizione di «mezzi di impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo», con la precisazione che – in linea di massima – eventuali ragioni di merito riguardanti l'emissione

dell'ordine possono essere fatte valere soltanto nello Stato di emissione (art. 14). Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, è difficile trovare per questa disposizione un effettivo campo di applicazione: non sono infatti generalmente previste impugnazioni dirette avverso i provvedimenti in materia di prove, salva – ad esempio – la facoltà di chiedere il riesame del decreto di sequestro probatorio (art. 257 c.p.p.).

Pare ancora opportuno segnalare una particolare disposizione, contenuta nell'ultimo paragrafo dell'art. 14, secondo cui «gli Stati membri assicurano che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI».

È stato quindi inserito all'interno della direttiva un inedito criterio di valutazione: il giudice o il pubblico ministero, nel soppesare il valore dimostrativo delle prove ottenute mediante OEI, dovrà sempre verificare che siano state rispettate le prerogative difensive e i dettami del “giusto processo”. L'importanza di questa indicazione non deve essere sottovalutata: si tratta infatti del primo tentativo di imporre agli Stati membri l'uso di un criterio uniforme di valutazione probatoria.

L'ultima parte della Direttiva prevede infine alcune disposizioni riguardanti determinate attività investigative.

In pratica, è stata adeguata, a questa nuova forma di cooperazione giudiziaria, la disciplina rogatoria dettata dalle Convenzioni di Strasburgo e Bruxelles in tema – ad esempio – di intercettazioni, audizioni mediante video o teleconferenza, operazioni di infiltrazione, acquisizione di informazioni su conti correnti e operazioni bancarie.

La Direttiva 2014/41/UE ha quindi l'indubbio pregio di aver riunito, in un'unica fonte, regole che finora erano disseminate fra Convenzioni, Protocolli e decisioni quadro, tanto da rappresentare una sorta di “testo unico” dell'acquisizione probatoria europea.

Bisogna però sempre ricordare che la disciplina in esame riguarda solamente lo svolgimento di attività investigative.

Per alcuni ordinamenti, questa limitazione potrebbe non avere particolari conseguenze: si è già accennato, infatti, che nei sistemi misti non esiste una cesura netta tra le fasi procedurali per quanto riguarda la formazione della “prova”.

All'opposto, nell'ordinamento processuale italiano, il limitato campo di operatività dell'OEI potrebbe generare difficoltà di coordinamento fra strumenti di assistenza e cooperazione giudiziaria: si immagini, ad esempio, che, durante la fase delle

indagini preliminari, il pubblico ministero utilizzi l'OEI per ottenere l'audizione tramite videoconferenza di una persona informata sui fatti (art. 24). Nel successivo dibattimento, di regola, quella persona dovrà essere nuovamente sentita in qualità di testimone; tuttavia, questa volta, si dovrà ricorrere allo strumento rogatorio previsto dall'art. 10 della Convenzione di Bruxelles del 2000, che – al contrario dell'OEI – non conosce limitazioni di fase.

Per evitare inconvenienti di questo genere, sarebbe forse opportuno – ove possibile – anticipare, in sede di esecuzione dell'OEI, l'applicazione delle regole dibattimentali, in modo da poter poi utilizzare la prova così acquisita, anche durante la fase del giudizio.

Insomma, se verrà compiuta un'accurata opera di adeguamento della nostra legislazione, l'ordine europeo di indagine penale potrebbe rivelarsi uno strumento piuttosto utile per snellire l'acquisizione transnazionale delle prove all'interno dello spazio giuridico europeo.

Per altri versi, invece, la direttiva appena illustrata pare il frutto di un approccio molto prudente, che testimonia in definitiva una scarsa fiducia reciproca.

Vero è che il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie è stato finalmente applicato a ogni provvedimento riguardante le prove; tuttavia, gli svariati motivi di rifiuto dell'assistenza, l'ampia discrezionalità attribuita alle autorità dello Stato di esecuzione e l'applicazione (seppur temperata) della *lex loci* potrebbero compromettere seriamente l'efficacia del nuovo istituto.

La fiducia reciproca, infatti, non può essere imposta come un dogma, ma deve poggiare su fondamenta solide, che possono essere costruite unicamente attraverso il ravvicinamento delle legislazioni nazionali. Tuttavia, in materia probatoria non sono ancora stati compiuti sforzi significativi verso l'armonizzazione; pur di poter continuare a mantenere intatte le diversità, ci si è affidati esclusivamente al metodo del mutuo riconoscimento. Il problema, però, sta nel fatto che sono proprio quelle diversità a generare diffidenza fra gli Stati membri e a impedire un'effettiva libera circolazione delle decisioni giudiziarie.

In breve, la cooperazione giudiziaria in materia di prova penale sembra imprigionata in un vero e proprio circolo vizioso. L'unico modo per romperlo sarebbe riuscire a incrinare la tradizionale gelosia con cui ogni ordinamento guarda alle peculiarità della propria disciplina probatoria, ma, purtroppo, in questa direttiva, non sembra di poter ancora scorgere sostanziali passi avanti in quella direzione.

DE JURE CONDENDO

di Orietta Bruno

CRIMINI IN MATERIA AMBIENTALE: PROSPETTIVE D'INNOVAZIONE

Tra i progetti di legge in campo spicca il n. S. 1283 («*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nonché altre disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente*»). A firma del sen. De Poli, in data 5 marzo 2014 è stato assegnato alle Commissioni riunite Giustizia e Territorio, ambiente, beni ambientali.

Sullo sfondo, si colloca l'esperienza (sociale, politica e processuale) degli ultimi decenni, la quale ha dimostrato l'inefficacia degli strumenti preventivi e di repressione congegnati per combattere i fenomeni delinquenziali in materia ambientale (soprattutto con riferimento al settore della gestione illecita dei rifiuti). Essi, manifestatisi sempre più su base organizzata e associata, sono da tempo oggetto di inchieste del Parlamento, i cui esiti mostrano l'incapacità di uscire dalla crisi nel governo della problematica. Del resto, è emersa, con chiarezza, l'assenza di meccanismi per combatterla, specie di fronte alla ramificazione delle organizzazioni mafiose (qualunque ne sia la denominazione), che vedono nell'ambiente e nello smaltimento dei rifiuti la fonte di notevoli risorse.

Ecco l'esigenza – che s'apprende dalla Relazione di accompagnamento al d.d.l. – di migliorare e ampliare il quadro dei congegni a disposizione degli operatori del sistema, soprattutto in campo penale. D'altro canto, le discariche abusive, il commercio, il trasporto di rifiuti (pur tossici e radioattivi) rappresentano un mercato florido per le associazioni criminali, finendo per essere sotto l'attenzione di indagini nelle Regioni a maggior insediamento mafioso.

Proprio le investigazioni condotte dalle Procure investite mostrano le lacune di un apparato dove i reati – eccezion fatta per quello di cui al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 che punisce il traffico illecito di rifiuti – sono, fondamentalmente contravvenzioni e, per questo, punite con sanzioni esigue, di facile

prescrizione e, dunque, estinguibili (salvo riuscire a contestare l'art. 416 *bis* c.p.). Con un panorama di questo genere, sul fronte processuale, non è possibile ricorrere a rilevanti atti d'indagine, come le intercettazioni, o applicare le misure cautelari personali.

Dovrebbero, allora, essere inserite nuove ipotesi delittuose contro l'ambiente nel *corpus* del codice penale, facendosi guidare, semmai, da fonti europee che se ne sono già occupate. L'innovazione dovrebbe essere compiuta secondo alcune direttrici: a) stabilire un concetto di ambiente ampio e, quanto più possibile, comprensivo di beni giuridici passibili di protezione; b) prevedere norme penali "in bianco" da riempire attraverso il rinvio alle disposizioni di legge, essenzialmente amministrative, che, prestandosi al tecnicismo, si porrebbero come accessorie alle prime (peraltro, la staticità del codice penale non riuscirebbe ad inseguire il progresso che connota l'argomento "ambiente"); c) rendere il precetto penale «efficace e dissuasivo», «strutturando le nuove fattispecie delittuose in funzione della progressività dell'aggressione al [valore] tutelato, anticipando la soglia della punibilità e prevedendo, in crescendo, ipotesi di pericolo presunto, (...) concreto e (...) di danno, con correlativo aumento dell'impianto delle sanzioni edittali»; d) inserire norme processuali che consentano attività captative e vincoli cautelari personali; e) allargare alla materia ambientale le regole di aggressione dei patrimoni illeciti realizzati attraverso la commissione di tali ipotesi delittuose, con la previsione della confisca, anche per equivalente (del valore dell'illecito arricchimento), e la possibilità di azionare il sequestro preventivo [(*ex art. 12 sexsies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv., con modif., dalla l. 7 agosto 1992, n. 356, che rappresenta un formidabile dispositivo nella prospettiva immaginata)].

Stanti tali indirizzi, dovrebbe essere, come anticipato, introdotto un reticolato di norme in sede penale avendo a mente un'ampia nozione di ambiente e, quanto ai possibili reati, una duplice ipotesi, «l'inquinamento ambientale» e il «traffico di rifiuti

e di sostanze pericolose per l'ambiente», con differenti stadi di "attacco" agli interessi salvaguardati e correlativo aumento delle pene. Senza distogliere lo sguardo dalle configurabili forme associative, la cui attività si dirige proprio sulla sfera ambientale.

Poi, aderendo alle disamine condotte a livello nazionale e internazionale, si dovrebbero statuire incentivi premiali per chi, ravvedendosi, ponga rimedio al pericolo o al danno causato. Infine, bisognerebbe dare particolare enfasi alle connivenze e collusioni tra dipendenti pubblici e criminali "ambientali" e la responsabilità delle persone giuridiche nella branca di cui si discute. Si parla, altresì, di un intervento sul d.lgs. n. 231 del 2001, con l'applicazione all'ente delle sanzioni previste dall'art. 9 del medesimo decreto legislativo, finora esclusa.

Precisato che l'innovazione vorrebbe abrogare alcune disposizioni del d.lgs. n. 152 del 2006 (c.d. "testo unico ambientale"), contenenti ipotesi contravvenzionali coincidenti, in tutto o in parte, con le nuove, delittuose, da immettere nell'ordinamento, a chiudere il cerchio, soprattutto per quanto di interesse, servirebbero delle regole processuali che sanciscano la competenza delle direzioni distrettuali antimafia per i casi di reato associativo (dato anche il tendenziale collegamento esistente tra crimini ambientali e associazioni di tipo mafioso), nonché delle norme che prevedano, come già rilevato, un rafforzamento del sistema di cautela, personale e reale. A questo dovrebbe mirare l'art. 3 del d.d.l. in esame che, appunto, aspira a confezionare dettami in materia di confisca (anche per equivalente), di sequestro preventivo (anche estendendo il campo di applicazione del citato articolo 12 *sexies* del d.l. n. 306 del 1992) e di obbligatorietà dell'arresto in flagranza.

Per essere più precisi, tracciata l'introduzione di un Titolo VI *bis* («dei delitti contro l'ambiente»), contenente gli artt. da 452 *bis* a 452 *decies* (art. 1 d.d.l.), aggiunto, in fine, all'art. 319 *bis* c.p. un nuovo comma e sanzioni per le persone giuridiche (dopo l'art. 25 *quinqüies* del d.lgs. n. 231/2001 dovrebbe essere collocato l'art. 25 *quinqüies*. 1), l'art. 3 del progetto di legge si propone di stabilire che il giudice, con la sentenza di condanna per taluno dei reati previsti dagli artt. 452 *ter*, 452 *quater* e 452 *septies* c.p., o con la decisione emessa in relazione alle medesime fattispecie ai sensi dell'art. 444 c.p.p., ordina l'immediato ripristino dello stato ambientale con procedura da eseguire, in caso di inosservanza, a cura del pubblico ministero tramite l'ausilio della forza pubblica e a spese del condannato, e può subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena all'eliminazione del danno e del pericolo

per l'ambiente. In caso di condanna per i reati indicati nel comma 1, o con la decisione emessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p. il giudice può disporre la confisca delle aree di proprietà dell'autore o del complice al reato, ove l'ordine di rimessione in pristino non sia possibile o non venga eseguito dal condannato nei termini indicati nella sentenza di condanna. Si prevede pure che al comma 3 *bis* dell'art. 51 c.p.p. le parole «416 *bis* e» andrebbero sostituite da «416 *bis*, 452 *quinqües* e».

Dopo il comma 2 *bis* dell'art. 321 del codice di procedura penale si dovrebbe accludere il comma 2 *ter* per cui, «nel corso del procedimento penale relativo a delitti previsti dal titolo VI *bis* del libro secondo del codice penale, ovvero da specifiche disposizioni di legge a tutela dell'ambiente, è sempre disposto il sequestro dell'area interessata, dei mezzi e dei beni utilizzati per l'esecuzione del reato, nonché delle altre cose di cui è consentita la confisca».

Si amplierebbero le ipotesi di arresto in flagranza aggiungendo, dopo la lett. c) dell'art. 380 c.p.p., la *c-bis*: delitto di inquinamento ambientale previsto dall'articolo 452-*ter*, di traffico di rifiuti e di sostanze pericolose per l'ambiente *ex* art. 452-*quater* e delitto di associazione per delinquere contro l'ambiente di cui all'articolo 452-*quinqües* del codice penale.

Mentre al comma 1 dell'art. 12 *sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modif. dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, e successive modificazioni, dopo le parole «416-*bis*» si vorrebbero porre le seguenti «452-*ter*, 452-*quater*, 452-*quinqües*».

* * *

PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO DEL SORDO E DEL MUTO

Sul terreno delle auspiccate novità legislative si fa strada, con la delicatezza della questione affrontata, il d.d.l. C. 1967, d'iniziativa dell'on. Gullo («*Modifica dell'art. 119 del codice di procedura penale, concernente la partecipazione del sordo e del muto ad atti del procedimento*»). È stato avanzato il 20 gennaio 2014 e assegnato alla Commissione Giustizia il successivo 1° aprile.

Si intenderebbe sostituire l'art. 119 c.p.p. come segue: dopo la rubrica «*Partecipazione del sordo e del muto ad atti del procedimento*» dovrebbe stabilire che «1. Se al procedimento partecipa un sordo il giudice nomina un interprete. Si applicano le disposizioni degli artt. da 143 a 147. Se il sordo è in grado di esprimersi attraverso la lingua parlata può scegliere di rispondere verbalmente a quesiti scritti od orali,

salvo il diniego del giudice nel caso in cui ritenga che la capacità di espressione della persona non sia tale da essere adeguatamente comprensibile. 2. Se al procedimento partecipa un muto, le domande, gli avvertimenti e le ammonizioni dell'autorità procedente e le risposte del muto possono essere fatte per iscritto».

Alla base del progetto si pone la considerazione che la presenza dei sordi agli atti del procedimento penale richiede una particolare attenzione, che consideri minuziosamente le diversità dei singoli individui che soffrono di tali *handicap* sensoriali. Vale a dire: attualmente, il giudice sente dette persone mediante l'interrogazione scritta; ma tale procedura, corretta in astratto, discende dalla scarsa conoscenza della variegata complessità degli individui affetti da sordità. Così, l'odierno meccanismo si rivela insufficiente e finisce per fuorviare dalla verità, poiché, ad esempio, equipara coloro che non sentono e che sappiano leggere e scrivere a tutti i soggetti che, dopo aver appreso correttamente la lingua parlata, subiscono una minorazione sensoriale. Essi, secondo la legge 26 maggio 1970, n. 381 non rientrano nella categoria dei sordi, i quali sono soltanto coloro che hanno perso l'udito o la parola prima di apprendere la lingua italiana. Proprio tale ultima condizione determina una serie di difficoltà sia nelle persone in grado di esprimersi attraverso la lingua italiana dei segni (LIS), sia tra coloro i quali siano in grado di leggere le labbra. Quel che si vuol significare è che la LIS ha una costruzione grammaticale differente rispetto alla lingua italiana; il che provoca sia fraintendimenti che errori nella lettura o nella comprensione del testo scritto. Errori e fraintendimenti non consentiti al momento dell'accertamento dei fatti e, per questo, occorrerebbe una normativa più adeguata in merito, che consenta una maggiore certezza circa quanto è oggetto di comunicazione da parte del sordo.

È il motivo per il quale dovrebbe essere obbligatoria la presenza di un interprete che conosca le modalità di comunicazione del soggetto: tale soggetto ausiliario non è chiamato a compiere una mera traduzione, ma a verificare che l'interessato abbia compreso le domande e i quesiti posti dal giudice.

Non bisogna trascurare, poi, le persone che, pur sorde, conoscono molto bene la lingua parlata e sono in grado di esprimersi attraverso essa. A costoro deve essere consentito di rispondere verbalmente a domande scritte od orali, prevedendo, in tal caso, che l'organo giurisdizionale possa negare tale possibilità solo quando ritenga che la capacità di espressione della persona non sia tale da essere adeguatamente comprensibile.

* * *

OMICIDIO E LESIONI PERSONALI COMMESSI A CAUSA DELLA GUIDA IN STATO DI EBBREZZA O DI ALTERAZIONE PSICO-FISICA PER L'USO DI SOSTANZE STUPEFACENTI O PSICOTROPE

Si tratta di uno degli argomenti sui quali ricade, da tempo, l'attenzione del legislatore; molti, infatti, sono i disegni di legge presentati per affrontare un problema particolarmente avvertito dall'opinione pubblica. Tra detti progetti si segnala il recente C. 2068, d'iniziativa dell'on. Palmizio e rubricato «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, in materia di omicidio e di lesioni personali commessi a causa della guida in stato di ebbrezza o di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti o psicotrope*». La proposta, presentata l'11 febbraio 2014, è stata assegnata alle Commissioni Giustizia e Trasporti, poste e telecomunicazioni il 28 aprile 2014.

L'obiettivo che si vuole raggiungere, attraverso l'introduzione del reato di omicidio stradale, è, oltre che quello di prevedere una fattispecie *ad hoc*, con condanne e sanzioni accessorie più rigorose per chi provoca incidenti mortali, consentire un processo rapido, in maniera tale che le vittime ottengano giustizia e siano risarcite nel più breve tempo possibile. Gli strumenti dissuasivi adottati a livello amministrativo, pur utili, non sono sufficienti; c'è bisogno di un comparto sanzionatorio autonomo e rigoroso che si basi su una nuova fattispecie di reato - omicidio e lesioni personali stradali - caratterizzata dalla colpa, per lo più specifica in quanto correlata alla violazione delle norme del codice della strada.

Al contempo, non bisogna contrastare solo la pirateria stradale, ma anche inasprire le pene per gli automobilisti che non si fermano per prestare soccorso dopo un incidente. Poi, s'immagina il c.d. "ergastolo della patente": si vorrebbe congelare, a vita, la licenza di guida; il che dovrebbe rappresentare un utile deterrente sanzionatorio per far fronte ad un fenomeno che ha raggiunto dimensioni preoccupanti nel nostro Paese. Questa misura dovrebbe essere configurata se si è assolutamente certi della preterintenzionalità dell'omicidio ovvero nel caso in cui chi si pone alla guida non è minimamente in condizione di guidare e ci si riferisce a tutti quelli che fruiscono della strada: dal pedone, al ciclista e al patentato, che non fanno alcunché per accrescere i livelli della propria sicurezza. Spinte in questo senso vengono dalle numerose associazioni nate per

lottare affinché si ponga fine alle continue tragedie sulle nostre strade con l'introduzione del reato di omicidio stradale.

Ne dovrebbe, per conseguenza, derivare la modifica degli artt. 219, 222, 223 del codice della strada, rispettivamente in materia di revoca della patente di guida, di sanzioni amministrative accessorie all'accertamento dei reati, di ritiro della patente di guida in conseguenza di ipotesi di reato. Poi, l'introduzione, dopo l'art. 575 del c.p., dell'art. 575 bis intitolato «omicidio stradale»; seguirebbe un cambiamento dell'art. 576 in punto di circostanze aggravanti; l'introduzione dell'art. 582 bis in materia di lesioni personali stradali; la modifica dell'art. 589 c.p. in materia di omicidio colposo e dell'art. 590 c.p. in materia di lesioni personali colpose.

Quanto agli aspetti procedurali, si vorrebbe modificare l'art. 380 c.p.p. in materia di arresto obbligatorio; più esattamente, al comma 2 dell'art. 380 del c.p.p. si prevede di aggiungere, in fine, la seguente lettera: «m-bis) delitto di omicidio stradale previsto dall'articolo 575-bis del codice penale».

NORME TRANSITORIE PER L'APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DELLA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO PENALE NEI CONFRONTI DEGLI IRREPERIBILI

Il 10 giugno 2014 è stato approvato dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il d.d.l. C. 2344 («Introduzione dell'articolo 15-bis della legge 28 aprile 2014, n. 67, concernente norme transitorie per l'applicazione della disciplina della sospensione del procedimento penale nei confronti degli irreperibili»), d'iniziativa degli onn. Ermini, Ferranti. Esso è stato trasmesso dal Presidente della Camera alla Presidenza del Senato il 12 giugno 2014, dove ha assunto la numerazione S. 1517 mantenendo la stessa rubrica e, al momento, è in attesa di assegnazione.

Il progetto consta di due articoli. Il primo stabilisce che nel Capo III della legge 28 aprile 2014, n. 67 dopo l'art. 15 andrebbe aggiunto, sul profilo transitorio, l'art. 15 bis dal seguente tenore «1. Le disposizioni di cui al presente capo si applicano ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della (...) legge (in analisi: *n.d.r.*), a condizione che nei medesimi procedimenti non sia stato pronunciato il dispositivo della sentenza di primo grado. 2. In deroga a quanto previsto dal comma 1, le disposizioni vigenti prima della data di entrata in vigore della presente legge continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge quando l'imputato è stato di-

chiarato contumace e non è stato emesso il decreto di irreperibilità».

L'art. 2, invece, si limita a statuire che la legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Il fine che si intende perseguire è di impedire che il recente ed organico provvedimento sul giudizio in caso di irreperibilità dell'imputato (l. n. 67 del 2014), che ha sostituito *in toto* il precedente rito contumaciale, comporti dubbi connessi, principalmente, al regime delle impugnazioni avverso le sentenze emesse, in passato, nel corso di processi celebrati *in absentia*.

Le nuove norme possono operare anche nei giudizi in corso, comportando, per il giudice, l'obbligo di verificare se la dichiarazione di contumacia, nel caso sottoposto alla sua cognizione, abbia avuto riguardo ad un'assenza consapevole dell'imputato o, piuttosto, ad una situazione di irreperibilità da cui sia conseguita la mancanza di conoscenza del procedimento. Le cose non stanno in questa maniera, si dice nella Relazione che affianca il d.d.l., quando sia stata emessa la sentenza conclusiva del processo in primo grado: qui non v'è più possibilità di adeguare la declaratoria di contumacia ai nuovi criteri dell'accertamento nei confronti dell'irreperibile e la disciplina delle impugnazioni deve necessariamente restare legata a quel requisito.

Le previsioni preesistenti si applicano anche ai procedimenti che non si siano ancora conclusi in primo grado, sussistendo una duplice condizione: i) che alla data di entrata in vigore della nuova legge l'organo decidente abbia già dichiarato la contumacia dell'imputato; ii) che nell'ambito del procedimento non sia stato emesso il decreto di irreperibilità. In tal caso, mentre per gli imputati irreperibili la nuova disciplina – più garantista e rispettosa dei principi del giusto processo – verrà applicata a tutti i procedimenti non ancora definiti in primo grado, per gli imputati “contumaci” – nei cui confronti la notificazione è avvenuta in forme che rispettano la necessaria conoscenza del processo – continueranno ad applicarsi le regole previgenti che, peraltro, nei loro confronti, risultano per certi aspetti più favorevoli delle nuove.

La legge n. 67 del 2014 ha mutato sensibilmente il sistema di controllo della decisione di proseguire il giudizio nonostante la fisica assenza dell'imputato, costruendo anche un rimedio straordinario di competenza della Corte di cassazione, la cosiddetta rescissione del giudicato di condanna, analogo al giudizio di revisione oggi affidato alla corte d'appello quale giudice di merito. Tali istituti, in realtà, si in-

nestano nel nuovo procedimento e non sono agevolmente esperibili se il giudizio di primo grado si è conformato ad una disciplina affatto diversa. Per questo motivo, è opportuno che il nuovo apparato di controllo trovi applicazione soltanto per i proce-

dimenti che già in primo grado si siano interamente svolti secondo le nuove disposizioni.

Di fronte a queste considerazioni diventa, quindi, fondamentale tratteggiare dei principi per disciplinare le questioni di diritto intertemporale.

CORTI EUROPEE / EUROPEAN COURTS

di Antonio Balsamo

DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI, MISURA DELLE SANZIONI E PRESCRIZIONE
(*Corte e.d.u.*, 1° luglio 2014, *Saba c. Italia*)

Due recentissime pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno posto in risalto gli aspetti critici che si riscontrano, sul piano del funzionamento effettivo del nostro sistema penale, nell'attuazione del disposto dell'art. 3 della Convenzione, che tutela uno dei valori fondamentali delle società democratiche, stabilendo il divieto della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti.

Com'è noto, la suddetta norma, la cui natura di *jus cogens* è stata riconosciuta da significative pronunce di corti internazionali, introduce un divieto con carattere assoluto ed inderogabile, che non è soggetto a bilanciamento con altri valori, come quelli riguardanti la prevenzione dei reati, la lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata (*Corte e.d.u.*, 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*), e persino l'intento di salvare la vita di altri individui (*Corte e.d.u.*, 1° giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*).

In mancanza di specifiche indicazioni normative sulle nozioni di tortura e trattamenti e pene inumani o degradanti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha utilizzato il metodo dell'interpretazione evolutiva, sulla base del presupposto che l'innalzamento del livello generale di protezione dei diritti umani richiede una maggiore fermezza nell'accertamento della violazione dei valori fondamentali delle società democratiche e quindi anche del divieto posto dall'art. 3 (*Corte e.d.u.*, 28 luglio 1999, *Selmouni, cit.*).

Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo emerge una valutazione descrittiva della gravità del comportamento lesivo effettuata secondo una progressione discendente, che va dalla tortura ai trattamenti inumani ed a quelli degradanti. Si è infatti ritenuto che i trattamenti inumani e degradanti consistono nella inflizione di sofferenze le quali non presentano l'intensità che caratterizza la tortura

(*Corte e.d.u.*, 18 gennaio 1978, *Repubblica d'Irlanda c. Regno Unito*).

Nel definire la nozione di pena o trattamento inumano e degradante, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha precisato che, sul piano oggettivo, deve trattarsi di comportamenti idonei a provocare una sofferenza e un'umiliazione che eccedano le conseguenze naturali che derivano dalla sottoposizione di un individuo a una pena o a un trattamento legittimi (*Corte e.d.u.*, 17 giugno 2008, *Savitchi c. Moldavia*). Sul piano soggettivo, occorre poi verificare se la pena o il trattamento incidono sulla posizione della vittima in misura incompatibile con l'art. 3 della Convenzione. In proposito si è attribuita rilevanza sia al metodo prescelto in astratto, sia alle modalità concrete di applicazione di una pena o un trattamento legittimi, i cui effetti complessivi non devono pregiudicare la dignità umana del destinatario (*Corte e.d.u.*, 26 ottobre 2000, *Kudla c. Polonia*). La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha inoltre chiarito che, per rientrare nell'ambito di applicazione del divieto stabilito dall'art. 3 della Convenzione, i comportamenti posti in essere devono presentare un livello minimo di gravità, da determinare in concreto sulla base della durata del trattamento, delle sue conseguenze fisiche e mentali, dell'età, del sesso e dello stato di salute della vittima (*Corte e.d.u.*, 18 gennaio 1978, *Repubblica d'Irlanda, cit.*). Nel relativo accertamento sono stati valorizzati fattori come la natura particolarmente violenta degli atti compiuti, la sistematicità dei trattamenti inflitti nel corso di un determinato periodo, la particolare vulnerabilità della vittima e il carattere arbitrario del comportamento.

La distinzione tra i trattamenti inumani e quelli degradanti non sempre è apparsa netta nell'interpretazione giurisprudenziale. Si è comunque qualificato come inumano un trattamento premeditato, applicato per ore e produttivo di lesioni corporali o sofferenze interne sotto il profilo fisico o mentale, mentre si è ritenuto degradante un trattamento tale

CORTI EUROPEE

da creare nella vittima un senso di paura, angoscia ed inferiorità tale da umiliarla o piegare la sua resistenza fisica o morale così da indurla ad agire contro la sua volontà o coscienza (*Corte e.d.u.*, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*).

Di particolare rilievo è l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo a proposito delle condizioni di detenzione e dell'uso della forza in occasione dell'arresto di individui sospettati di avere commesso reati: in quest'ultimo settore sono state emesse sentenze che dichiarano l'esistenza di una violazione dell'art. 3 quando l'uso della forza non risulti indispensabile o comunque assuma carattere sproporzionato avuto riguardo alla condotta tenuta dal soggetto privato della libertà personale (*Corte e.d.u.*, 5 aprile 2011, *Sarigiannis c. Italia*).

Dal divieto sancito dall'art. 3 della Convenzione la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto discendere, per lo Stato, non solo l'obbligo negativo di non attuare torture né trattamenti e pene inumani o degradanti, ma anche una serie di obblighi positivi di tutela che coinvolgono, al tempo stesso, il potere legislativo, quello esecutivo e quello giudiziario, allo scopo di prevenire e reprimere le violazioni della norma convenzionale.

Si è quindi pervenuti al riconoscimento dell'esistenza di obblighi procedurali, la cui violazione può essere del tutto autonoma rispetto a quella degli obblighi sostanziali. Si tratta essenzialmente di obblighi gravanti sulle autorità giurisdizionali e sulle autorità inquirenti e investigative, che devono garantire l'effettiva punizione dei comportamenti lesivi, attraverso la corretta interpretazione e applicazione delle previsioni incriminatrici, lo svolgimento di indagini ufficiali, efficaci e imparziali, l'identificazione dei responsabili ed il corretto esercizio dell'azione penale.

In relazione al disposto dell'art. 3 e ad altri diritti fondamentali di particolare rilevanza, come il diritto alla vita sancito dall'art. 2 della Convenzione, la Corte di Strasburgo è giunta ad includere la prescrizione del reato nella categoria delle misure considerate inammissibili in quanto produttive dell'effetto di impedire una condanna nonostante l'accertamento della responsabilità penale dell'accusato. Precisamente, la Corte ha affermato che «quando un agente dello Stato è accusato di atti contrari agli articoli 2 o 3, la procedura o la condanna non può essere caducata dalla prescrizione e non può essere autorizzata l'applicazione di misure quali l'amnistia o la grazia» (*Corte e.d.u.*, 29 marzo 2011, *Alikaj c. Italia*).

Questo rigoroso orientamento è stato condotto ad ulteriori sviluppi dalla sentenza emessa il 1° luglio 2014 nel caso *Saba c. Italia*.

Il ricorrente, detenuto nel carcere di Sassari nel 2000, aveva denunciato di essere stato costretto dal personale di polizia penitenziaria a denudarsi, a rimanere davanti alla propria cella con la testa contro il muro, a passare con la testa abbassata tra due file di agenti, e a subire perquisizioni ingiustificate, accompagnate da ingiurie e minacce.

Al termine del dibattimento, svoltosi davanti al Tribunale di Sassari, e conclusosi con sentenza del 29 settembre 2009, due imputati erano stati assolti per mancanza di prove, mentre altri sette erano stati prosciolti per sopravvenuta prescrizione del reato di abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.), nel quale erano state sussunte le loro condotte. Tale pronuncia aveva comunque accertato il verificarsi di episodi di "violenza inumana", con la realizzazione di un "tunnel degli orrori", per cui il carcere di Sassari aveva conosciuto uno scatenamento di rappresaglie incompatibile con le regole di uno Stato di diritto.

Altri imputati avevano optato per il rito abbreviato. All'esito del relativo giudizio, la Corte di Cassazione, con sentenza del 5 giugno 2007, aveva confermato la condanna di nove di essi per il reato di abuso di autorità contro arrestati o detenuti ovvero per quello di omissione di denuncia, a pene che variavano da un massimo di un anno e otto mesi di reclusione ad un minimo di 100 euro di multa. I condannati erano stati poi destinatari di sanzioni disciplinari, consistenti nella sospensione temporanea dal servizio e nella sospensione o riduzione dello stipendio per uno o più mesi.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ravvisato, anzitutto, una violazione dell'art. 3 della Convenzione sotto il profilo sostanziale, qualificando come degradante il trattamento subito dal ricorrente: pur non essendo stata inferta alcuna lesione corporale, si trattava, infatti, di un trattamento finalizzato ad avvilirlo e umiliarlo, in un contesto di forte tensione emotiva, sicché il soggetto aveva provato sentimenti di paura, angoscia e inferiorità.

La Corte ha altresì riscontrato una violazione dell'art. 3 della Convenzione sotto il profilo procedurale, muovendo da un duplice principio: quello secondo cui la celerità con cui l'indagine viene aperta e viene condotta costituisce un importante fattore per stabilire se l'inchiesta sia effettiva e se le autorità abbiano la volontà di identificare e punire i responsabili; e quello che richiede, nell'ipotesi di agenti dello Stato incolpati di reati implicanti maltrattamenti, che l'azione penale non venga interrotta dalla prescrizione e che i sospetti autori siano sospesi dalle loro funzioni per la durata del processo, e destituiti in caso di condanna.

Applicando i suddetti principi al caso di specie, la Corte ha osservato che la lunghezza del procedimento ha condotto ad una pronuncia di non doversi procedere per prescrizione contro sette imputati, la quale risulta incompatibile con l'obbligo delle autorità di condurre l'inchiesta con celerità. È stata, inoltre, sottolineata l'insufficienza sia delle sanzioni penali, manifestamente sproporzionate alla gravità dei fatti ed alla qualità di funzionari dello Stato rivestita dagli imputati, sia delle sanzioni disciplinari, non tradottesi nella sospensione dal servizio durante il procedimento né nella definitiva destituzione di alcuno degli autori delle violazioni.

Per questa via, la Corte di Strasburgo ha ribadito l'orientamento volto ad affermare l'inammissibilità della prescrizione in rapporto a violazioni di diritti umani di particolare rilevanza, ed ha enunciato un rigoroso criterio di proporzione tra misura della sanzione (penale e disciplinare) e gravità della condotta lesiva dell'art. 3 della Convenzione.

Si tratta di indicazioni dotate di pregnante significato anche in una prospettiva di riforma del nostro sistema penale, nel quale alla insoddisfacente disciplina della prescrizione si accompagnano vistose lacune di tutela con riguardo agli atti di tortura e alle ulteriori condotte vietate dall'art. 3. Non meno importanti sono le conseguenze che ne scaturiscono sul piano dei criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti penali.

DIVIETO DI TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI ED EFFETTIVITÀ DELLE INDAGINI
(Corte e.d.u., 24 giugno 2014, *Alberti c. Italia*)

Di notevole interesse sono pure le implicazioni insite nella sentenza emessa il 24 giugno 2014 dalla Corte di Strasburgo nel caso *Alberti c. Italia*.

Si tratta di una fattispecie contrassegnata – come non di rado accade nella pratica – da una netta divergenza tra la documentazione redatta dalle forze dell'ordine e le dichiarazioni dell'indagato sulle vicende immediatamente successive all'arresto.

In particolare, il ricorrente era stato tratto in arresto in data 11 marzo 2011 a seguito di un diverbio con la proprietaria di un bar. Secondo il verbale redatto dalle forze dell'ordine, egli aveva rifiutato di esibire i propri documenti agli agenti, e, a fronte dell'invito a seguirli presso la stazione dei Carabinieri, aveva minacciato e tentato di colpire uno di essi; gli operanti, dopo avere ammanettato il ricorrente – che continuava a dibattersi e a mantenere un atteggiamento aggressivo – lo avevano condotto presso la stazione dei carabinieri, dove egli era sta-

to rinchiuso in una camera di sicurezza, nella quale si sarebbe provocato alcune ferite e avrebbe colpito con la testa la porta della cella.

All'udienza fissata per il 12 marzo davanti al Tribunale ai fini della convalida dell'arresto e del contestuale giudizio direttissimo, l'arrestato ammetteva parte degli addebiti, ma negava di aver posto in essere alcuna violenza, sosteneva di essere stato ripetutamente aggredito e picchiato dagli agenti che lo avevano ammanettato, e precisava di avere le costole rotte. Il Tribunale, alla luce di tali dichiarazioni, trasmetteva gli atti al pubblico ministero, convalidava l'arresto ed applicava la misura della custodia cautelare in carcere.

Nella mattina del 13 marzo, il ricorrente avvertiva forti dolori all'inguine ed al torace, e veniva, quindi, inviato dal medico del carcere presso un ospedale, dove venivano refertati un trauma al testicolo sinistro e la rottura di tre costole: si trattava di lesioni compatibili con un'origine traumatica. Ritornato presso la casa circondariale, il ricorrente riferiva alla polizia penitenziaria che i suddetti traumi erano stati cagionati dai Carabinieri mentre egli era nelle loro mani.

Veniva quindi aperto un procedimento per percosse e lesioni, al termine del quale il pubblico ministero richiedeva l'archiviazione, poiché gli elementi raccolti non erano idonei a sostenere l'accusa in giudizio, osservando che le lesioni erano compatibili con l'intervento compiuto dai Carabinieri al fine di sedare la violenza posta in essere dal ricorrente e per difendere loro stessi nel momento in cui lo ammanettavano, e che le dichiarazioni dell'offeso apparivano poco credibili anche a causa dei trascorsi giudiziari e personali del soggetto.

Tale richiesta veniva accolta dal Giudice per le indagini preliminari, che, utilizzando un formulario standard, reputava infondate le allegazioni del ricorrente e non pertinenti i supplementi istruttori da lui richiesti.

La Corte di Strasburgo, adita dal ricorrente, ha in primo luogo riscontrato una violazione dell'art. 3 della Convenzione sotto il profilo sostanziale, muovendo dal principio per cui lo Stato è responsabile di ogni persona arrestata, trovandosi quest'ultima nelle mani dei funzionari di polizia; quando i fatti di causa sono, in larga misura, conosciuti esclusivamente dalle autorità, come nel caso delle persone sottoposte al loro controllo, ogni lesione sopravvenuta durante il periodo di detenzione dà luogo a forti presunzioni di fatto, e l'onere di fornire una giustificazione plausibile della sua origine grava sulle autorità.

Nel caso di specie, la Corte ha riconosciuto che le lesioni riportate del ricorrente eccedevano il li-

CORTI EUROPEE

mite cui è subordinata l'operatività dell'art. 3 della Convenzione, ed ha escluso che le stesse potessero conseguire alla forza adoperata dagli agenti durante l'arresto, essendo inverosimile che una semplice manovra d'immobilizzazione, posta in essere da professionisti, provochi la frattura di tre costole ed una lesione ad un testicolo. Conseguentemente si è ritenuto che la violenza ai danni del ricorrente fosse stata esercitata nel periodo – pari a circa quattro ore – in cui egli era stato sottoposto all'autorità delle forze dell'ordine, cioè tra il momento dell'uscita dal bar fino all'arrivo presso la Casa circondariale. Si è, poi, ritenuto poco persuasivo l'assunto secondo cui il ricorrente si sarebbe autoinflitto le lesioni.

La Corte di Strasburgo ha quindi affermato che, a prescindere dalla causa specifica dei traumi, le modalità d'intervento degli agenti rivelano un uso ingiustificato della forza: essendosi verificate le lesioni mentre l'arrestato era sotto il controllo delle forze di polizia, la mancanza di una spiegazione plausibile da parte del Governo circa la causa di esse è stata considerata sufficiente a fondare la responsabilità dello Stato.

È stata, inoltre, ravvisata una violazione dell'art. 3 della Convenzione sotto il profilo procedurale, muovendo dal principio secondo cui dal combinato disposto di tale norma e dell'art. 1 discende - qualora un individuo affermi in modo credibile di essere stato vittima, ad opera delle forze di polizia, di un trattamento contrario all'art. 3 - un obbligo per le autorità statali di condurre un'indagine ufficiale ed effettiva, finalizzata all'identificazione ed alla punizione dei responsabili. In caso contrario il divieto sancito dalla norma in esame sarebbe inefficace nella pratica, poiché, in determinate situazioni, alcuni

agenti dello Stato potrebbero giovare di una sorta di quasi impunità nel calpestare i diritti delle persone sottoposte al loro controllo.

Da tale premessa la Corte ha desunto un obbligo delle autorità di adottare tutte le misure ragionevolmente disponibili per ottenere le prove relative all'episodio lesivo, ed ha precisato che la vittima deve essere in condizione di partecipare effettivamente all'inchiesta.

Applicando gli anzidetti principi al caso di specie, la Corte ha evidenziato la superficialità delle indagini espletate, nel corso delle quali la vittima non era neppure stata ascoltata e, nonostante la gravità delle lesioni riscontrate, l'autorità giudiziaria aveva focalizzato la propria attenzione soltanto sugli accadimenti verificatisi al bar, ritenendo che i traumi fossero stati causati dall'immobilizzazione del ricorrente, senza cercare di fare luce su quanto accaduto successivamente all'arresto. La Corte ha altresì censurato il metodo utilizzato per qualificare *a priori* come poco credibili le allegazioni della vittima, sulla base della grande importanza attribuita dall'autorità giudiziaria ai suoi precedenti ed alla sua personalità.

Da ciò si è tratta la conclusione che l'inchiesta non era stata condotta con la diligenza necessaria. Il principio che può desumersi *a contrario* dalla pronuncia è quello della necessaria raccolta di tutti gli elementi di prova rilevanti per una ricostruzione completa degli episodi di violazione dell'art. 3, con l'effettiva audizione della vittima, il cui contributo probatorio non può essere aprioristicamente svalutato sulla base di considerazioni di natura soggettiva impiegate sulla sua personalità e sui suoi precedenti penali o giudiziari.

CORTE COSTITUZIONALE

di Roberto de Rossi

PATTEGGIAMENTO POSSIBILE ANCHE PER L'AGGRAVANTE TARDIVA

(C. cost., sent. 25 giugno 2014, n. 184)

La Corte costituzionale (sent. 25 giugno 2014, n. 184) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena, a norma dell'art. 444 c.p.p., in seguito alla contestazione nel dibattimento di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

Il Tribunale di Roma ha sollevato la questione di legittimità sulla lesione del diritto di difesa da parte di una norma, l'art. 517 c.p.p., che impediva la restituzione in termini dell'imputato per la richiesta di applicazione della pena a fronte di circostanze aggravanti, fatte valere per la prima volta in dibattimento dal pubblico ministero, ma già note nella fase delle indagini preliminari.

Nel giudizio *a quo* – procedimento penale in tema di reati stradali – si procedeva nei confronti di un soggetto imputato del reato di cui all'art. 186, c. 2, lett. b), del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (nuovo C.d.S.). Nel dettaglio, dopo l'apertura del dibattimento e l'ammissione delle prove richieste dalle parti, il pubblico ministero aveva contestato le circostanze aggravanti previste dai co. 2-bis e 2-sexies dell'art. 186 C.d.S., le quali, come noto, comportano un radicale cambiamento sanzionatorio in danno dell'imputato.

Ad avviso del Tribunale rimettente, si tratterebbe di una contestazione dibattimentale "tardiva", frutto di errore sulla compiuta individuazione del fatto e del titolo di reato in cui è incorso il pubblico ministero, che ha determinato una patologica carenza dell'accusa, tale da convincere l'imputato ad affrontare all'origine il dibattimento e, solo all'esito del postumo recupero dell'errore originario, a chiedere l'ammissione al rito alternativo dell'applicazione della pena.

In termini più specifici, secondo il rimettente, si è in presenza di una contestazione di aggravanti non determinata da nuovi elementi emersi in fase dibattimentale, ma da una diversa e migliore rilettura degli atti della parte pubblica.

La norma censurata, pertanto, nella formulazione attuale, violerebbe:

a) *in primis*, l'art. 24 Cost., secondo comma, Cost., perché contrasterebbe con il diritto di difesa «un sistema che osta alla restituzione in termini dell'imputato per la richiesta di applicazione della pena a fronte della contestazione tardiva, in qualche modo necessitata per il pubblico ministero, di circostanze aggravanti»;

b) *in secundis*, l'art. 3 Cost., perché nell'accesso al rito speciale l'imputato sarebbe discriminato «in ragione della maggiore o minore completezza ed esaustività dell'imputazione a fronte della diversa valutazione dei risultati delle indagini preliminari effettuata nel momento di esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero».

La Consulta ha ritenuto fondata la questione.

La sentenza parte dalla considerazione per cui la giurisprudenza della Corte di cassazione, con una lettura estensiva delle norme, ha previsto che le nuove contestazioni, disciplinate dagli artt. 516 e 517 c.p.p., possono essere basate anche sui soli elementi già acquisiti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari. Una soluzione per porre rimedio ad eventuali errori commessi dalla parte pubblica nella formulazione dell'imputazione.

A fronte di questa posizione, però, avverte la Corte costituzionale, vanno tenute presenti le esigenze di tutela del diritto di difesa; se è vero che il codice ammette la concessione di termini a difesa, esclude però i riti alternativi premiali, come il patteggiamento.

La Consulta nel 1994 aveva affrontato un tema analogo a quello ora sollevato, stabilendo l'illegittimità degli artt. 516 e 517 c.p.p. nella parte in cui non permettevano all'imputato di chiedere il pat-

CORTE COSTITUZIONALE

teggimento per il fatto diverso o il reato concorrente, per fatti che risultavano dagli atti di indagine e che venivano fatti valere dal pubblico ministero in dibattimento. Ad avviso della Corte, sostanzialmente, l'inizio del dibattimento non doveva impedire all'imputato di essere rimesso nelle condizioni di valutare una scelta che, invece, gli era stata preclusa dall'errore del pubblico ministero.

Vero che la pronuncia di 20 anni fa riguardava i soli casi del fatto diverso e del reato concorrente, ma la logica che ora dovrebbe applicare la Corte davanti all'aggravante "tardiva" non è molto diversa. Per la sentenza in commento infatti «anche la trasformazione dell'originaria imputazione in un'ipotesi circostanziata (o pluricircostanziata) determina un significativo mutamento del quadro processuale.

Le circostanze *de quibus* possono modificare complessivamente l'eventuale sanzione, laddove il legislatore contempla la previsione di pene di specie diversa o di pene della stessa specie, ma con limiti edittali indipendenti da quelli stabiliti per il reato base, o, talvolta, sullo stesso regime di procedibilità del reato o, ancora, sull'applicabilità di alcune sanzioni sostitutive».

Non vale poi sostenere che il giudice potrebbe bilanciare l'aggravante con un'attenuante. L'attenuante, infatti, dovrebbe esistere e poi essere anche prevalente. Quindi, se è l'impostazione data dal pubblico ministero al processo a dover essere corretta, allora l'imputato deve comunque avere una *chance* di accesso al patteggiamento attraverso la restituzione in termini, tenuto conto, tra l'altro, che un effetto di economia processuale è evidente.

Rileva soprattutto la violazione dell'art. 3 Cost., venendo l'imputato irragionevolmente discriminato, ai fini dell'accesso ai procedimenti speciali, in dipendenza della maggiore o minore esattezza o completezza della valutazione delle risultanze delle indagini preliminari da parte del pubblico ministero alla chiusura delle indagini stesse (sent. n. 265 del 1994).

In conclusione, il Giudice delle leggi sostiene che poiché «le valutazioni dell'imputato circa la convenienza del rito speciale vengono a dipendere anzitutto dalla concreta impostazione data al processo dal pubblico ministero», non vi è dubbio che, in seguito al suo errore e al conseguente ritardo nella contestazione dell'aggravante, l'imputazione subisce una variazione sostanziale, sì che «risulta lesivo del diritto di difesa precludere all'imputato l'accesso ai riti speciali» (sentenza n. 265 del 1994).

Rileva infine la Corte che «il patteggiamento è una forma di definizione pattizia del contenuto della sentenza che non richiede particolari procedure e

che pertanto, proprio per tali sue caratteristiche, si presta ad essere adottata in qualsiasi fase del procedimento, compreso il dibattimento» (sent. n. 265 del 1994; ord. n. 486 del 2002). L'adozione del rito speciale risulta comunque idonea a produrre un effetto, sia pure attenuato, di economia processuale.

* * *

PROCEDIMENTO *DE LIBERTATE*: SUI POTERI DELL'INDAGATO DI ATTIVARE IL RICORSO STRAORDINARIO PER ERRORE MATERIALE O DI FATTO
(C. cost., ord. 11 giugno 2014, n. 183)

La Corte costituzionale (ord. 11 giugno 2014, n. 183) dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 625-bis c.p.p., nella parte in cui non consente alla persona indagata di attivare la procedura di correzione dell'errore materiale o di fatto commesso dalla Corte di cassazione decidendo nel procedimento *de libertate*, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 Cedu, dalla Corte di cassazione, terza sezione penale, con l'ord. n. 273 del 2013.

Ad avviso della Corte rimettente, l'omessa previsione di rimedi processuali per ovviare all'errore di fatto commesso dalla Corte di cassazione nel procedimento *de libertate* determinerebbe *in primis* la violazione dell'art. 111 Cost., per l'ineffettività delle garanzie apprestate dai commi secondo e settimo di tale articolo.

La norma censurata violerebbe, altresì, l'art. 24, comma 2, Cost., in considerazione della non giustificata compressione del diritto "dell'indagato e del suo difensore di essere informati della celebrazione del giudizio di cassazione e di essere posti in condizione di parteciparvi utilmente".

La norma denunciata si porrebbe, altresì, in contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost., in relazione ai principi del giusto processo contenuti nell'art. 6, comma 3, Cedu.

Sarebbe violato, infine, l'art. 3 Cost., posto che la eventuale impossibilità di correggere l'errore in cui la Corte di cassazione sia incorsa condurrebbe alla ingiustificata differenza di trattamento "nel regime attinente la libertà tra persone che, trovandosi in situazione analoga, hanno sollecitato il controllo del giudice di legittimità e partecipato a giudizi svoltosi, in un caso, nel rispetto del contraddittorio e, nell'altro, senza che la persona e il suo difensore siano stati posti in condizione di partecipare all'udienza camerale".

Il Giudice delle leggi dichiara la questione manifestamente inammissibile, rilevando *in primis* che l'ordinanza di rimessione presenta carenze di descrizione dei fatti e dei motivi di ricorso sui quali si sarebbe formato il giudicato cautelare, non indicando pertanto l'eventuale attualità del provvedimento cautelare oggetto del ricorso per cassazione oppure, come è ben possibile, se lo stesso sia stato, nelle more, sostituito o revocato. La sostituzione o la revoca, prosegue la Corte costituzionale, avrebbero potuto far venir meno l'interesse al ricorso straordinario e quindi la rilevanza della questione; infatti, l'interesse a coltivare l'impugnazione nei confronti di una misura cautelare revocata permane solo ai fini della richiesta di riparazione dell'ingiusta detenzione.

Infine, la Corte rileva che un precedente analogo ricorso straordinario sia stato dichiarato inammissibile dalla Corte di cassazione (ord. n. 20931 del 26

aprile 2013) e che, pertanto, secondo la giurisprudenza della stessa Corte di cassazione, debba ritenersi inammissibile il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto riproposto per i medesimi motivi dopo una precedente decisione di inammissibilità.

L'ordinanza di rimessione persegue l'obiettivo di tutelare le garanzie dell'indagato nel procedimento "de libertate" ai fini dell'attivazione della procedura di correzione dell'errore materiale o di fatto commesso dalla Corte di cassazione.

Ma non va trascurato, come rileva l'Avvocatura generale dello Stato, che le norme invocate quali parametri di costituzionalità dalla Corte rimettente attingono al merito del processo e non anche alla fase incidentale del giudizio di legittimità e, soprattutto, la posizione giuridica di una persona soggetta a misura cautelare non può in alcun modo essere considerata come definitiva, a differenza di quella di un condannato.

Escluso il conflitto “analogo” di competenza tra pubblico ministero e giudice: spetta al pubblico ministero liquidare i compensi del consulente tecnico che ha nominato

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 27 febbraio n. 9605 – Pres. Santacroce; Rel. Bianchi

Il conflitto di competenza è configurabile solo tra organi giurisdizionali e, pertanto, una situazione di conflittualità tra il pubblico ministero, che è una parte anche se pubblica del processo e il giudice, non è inquadrabile neppure sotto il profilo dei “casi analoghi” previsti dall’art. 28 cod. proc. pen. (Fattispecie in cui, per l’inammissibilità del conflitto, la Corte ha trasmesso gli atti per la liquidazione degli onorari professionali al P.M. che aveva nominato il consulente tecnico e non al giudice procedente).

[Omissis]

1. Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma in data 4 ottobre 2012 disponeva consulenza tecnica tossicologica nel procedimento instaurato a carico di Brahim Seghaier, lo stesso giorno arrestato con l'accusa di detenzione illecita di sostanza stupefacente.

Esperito l'incarico, il giorno successivo il consulente presentava la richiesta di liquidazione del compenso che il Procuratore della Repubblica trasmetteva per competenza al Tribunale di Roma perché provvedesse ex art. 168 d.P.R. n.115 del 2002, a norma del quale la competenza appartiene al “magistrato che procede”, da individuare, secondo il Pubblico Ministero, nel Tribunale, essendosi lo stesso giorno 4 ottobre incardinato il procedimento con rito direttissimo.

Il Tribunale restituiva gli atti al P.M. invitandolo a riconsiderare la questione alla luce del più recente orientamento della Corte di cassazione (Sez. 1, n. 46673 del 10/10/2012, Bacchio, Rv.254022) secondo il quale, sulla base dell'art. 73 disp. att. cod. proc. pen., la competenza è del pubblico ministero che ha effettuato la nomina.

Il P.M. rifiutava tuttavia di provvedere e ritrasmetteva gli atti al Tribunale, che, con ordinanza resa il 17 dicembre 2012, sollevava conflitto di competenza.

Nell'ordinanza il Tribunale sosteneva che, a norma dell'art. 73 disp. att. cod. proc. pen., la liquidazione dei compensi al consulente tecnico del p.m. va effettuata in base alle disposizioni vevolevoli per il perito, in particolare di quella dell'art. 232 cod. proc. pen. richiamato dal predetto art. 73 disp. att. cod. proc. pen., conclusione non contraddetta dall'art. 168 d.P.R. n. 115 del 2002, dal momento che nel caso in esame il consulente aveva svolto funzioni di ausiliario del pubblico ministero e non del giudice del dibattimento e che la nozione di magistrato chiamato, secondo la norma citata, ad emettere il provvedimento di liquidazione, si riferisce tanto al giudice quanto al pubblico ministero.

2. Il ricorso veniva assegnato alla Prima Sezione penale della Corte di cassazione, la quale riteneva ammissibile il conflitto tra giudice e pubblico ministero sotto specie di caso analogo, pur dando atto di divergenti pronunce giurisprudenziali al riguardo; e, ravvisata l'esistenza di un contrasto di giurisprudenza sulla questione della competenza a provvedere sulla liquidazione dei compensi dovuti al consulente tecnico del pubblico ministero, rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen.

Rilevava in particolare la Sezione rimettente che secondo la costante giurisprudenza della Quarta Sezione penale la competenza alla liquidazione dei compensi

dovuti al consulente tecnico nominato dal pubblico ministero spetta al "magistrato che procede" (e quindi nel giudizio di cognizione al giudice che ha la disponibilità del procedimento) in applicazione dell'art. 168 d.P.R. n. 115 del 2002, che disciplina specificamente la competenza alla liquidazione delle spettanze degli ausiliari del magistrato; pertanto dovendosi qualificare abnorme il provvedimento con cui il tribunale, investito dal pubblico ministero in ordine alla liquidazione dei compensi dovuti al consulente tecnico nominato dallo stesso p.m., dichiara la propria incompetenza a provvedere e disponga la restituzione degli atti al p.m., determinando così una situazione di stallo, non altrimenti eliminabile (Sez. 4, n. 10744 del 06/12/2011, Favoni, Rv. 252657; Sez. 4, n. 15147 del 29/01/2008, Ignoti, Rv. 239732; Sez. 4, n. 9498 del 10/01/2012, n.m.).

In senso contrario, in sede di risoluzione di un conflitto di competenza, era stato invece affermato dalla Prima Sezione penale che la liquidazione dell'onorario del consulente tecnico del p.m. compete, ai sensi dell'art. 73 disp. att. cod. proc. pen., al pubblico ministero, in quanto organo giudiziario che lo ha nominato, e non al giudice procedente (Sez. 1, n. 46673 del 10/10/2012, Bacaio, Rv. 254023).

Con successiva decisione n. 2819 del 30/11/2012, Drigo, Rv. 254333, la Quarta Sezione aveva però ribadito la tesi della competenza del giudice che procede a norma dell'art. 168 d.P.R. n. 115 del 2002, con espressa confutazione della decisione emessa dalla Prima Sezione.

La Sezione rimettente richiamava inoltre la ordinanza della Terza Sezione n. 28181 del 29/02/2012, Alemanni, Rv. 254327, che ha ritenuto non autonomamente impugnabile da parte del p.m. il provvedimento del giudice di restituzione al medesimo p.m. della richiesta di liquidazione del compenso presentata dal consulente tecnico, in quanto la previsione di uno speciale procedimento di opposizione per le controversie riguardanti la liquidazione degli onorari agli ausiliari fa venir meno l'irreversibilità della stasi procedimentale costituente presupposto necessario dell'abnormità. L'accoglimento della tesi, sostenuta dalla Terza Sezione, della «estraneità del sub-procedimento di liquidazione dei compensi degli ausiliari al procedimento penale principale», in quanto mera attività amministrativa di liquidazione delle parcelle disciplinata dagli artt. 170 d.P.R. n. 115 del 2002 e 15 d.lgs. n. 150 del 2011 con la previsione della speciale procedura di opposizione al decreto di pagamento delle spese di giustizia, estensibile al decreto di rigetto della richiesta di pagamento, produrrebbe - rileva ancora l'ordinanza di rimessione - effetti non solo ai fini della non configurabilità del "provvedimento abnorme" per insussistenza dell'elemento essenziale della stasi processuale, ma anche ai fini della mancanza dei presupposti per la configurabilità del conflitto di competenza, che deve necessariamente intervenire sulla materia giurisdizionale e non su una collaterale attività amministrativa di per sé estranea al procedimento penale.

3. Il Primo Presidente, con decreto del 18 giugno 2013, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione in camera di consiglio l'odierna udienza.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione su cui si è sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite attiene alla individuazione dell'autorità giudiziaria competente ad effettuare la liquidazione dei compensi al consulente tecnico del pubblico ministero.

2. Preliminare all'esame del merito della questione è il tema dell'ammissibilità di un conflitto di competenza tra pubblico ministero e giudice, relativamente al quale nella sua ordinanza di rimessione la Prima Sezione, dato atto dell'esistenza di contrastanti orientamenti giurisprudenziali, ha espresso posizione per la tesi positiva.

2.1. Tale presa di posizione trova il suo precedente in un orientamento solo di recente espresso dalla medesima Prima Sezione, nel senso che il concorrente rifiuto del p.m. e del giudice di pronunciarsi sulla richiesta di liquidazione dei compensi avanzata dal consulente tecnico del p.m. integra una situazione di conflitto negativo di competenza, *sub specie* del caso analogo di cui all'art. 28, comma 2, cod. proc. pen., perché determina una situazione di stallo eliminabile solo con una decisione della Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 32 cod. proc. pen. (Sez. 1, n. 46673 del 10/10/2012, Bacaio, Rv. 254022; conf. nn. 46674 e 46675 del 2012, n.m.). A tale soluzione si è giunti ricordando la giurisprudenza (Sez. 1, n. 778, del 26/03/1994, Buonocore, Rv. 196870; Sez. 1, n. 874 del 19/04/1995, Milazzo, Rv. 200931) che ha ritenuto ammissibili i contrasti tra magistrati di sorveglianza pur trattandosi di provvedimenti di natura amministrativa; quella che ammette il contrasto tra giudice del procedimento principale e giudice del procedimento incidentale (cautelare) in ordine alla liquidazione dei compensi del difensore o consulente tecnico di persona ammessa al patrocinio a spese dello Stato; quella (Sez. 1, n. 629 del 25/01/1999, Di Maggio, Rv. 213283; Sez. 1, n. 61 del 26/10/2010, Piccinno, Rv. 249284) che ravvisa un caso analogo nel conflitto tra pubblico ministero e magistrato di sorveglianza.

2.2. Il Collegio non condivide tale posizione, che si pone in contrasto con il testuale contenuto dell'art. 28, comma 1, cod. proc. pen., secondo cui il conflitto, di giurisdizione o di competenza, è possibile solo tra giudici che prendono o ricusano di prendere cognizione del medesimo fatto attribuito alla stessa persona; sicché, secondo il chiaro tenore di tale disposizione, il conflitto è configurabile solo tra organi giurisdizionali.

È vero che il comma 2 dell'art. 28 prevede che le norme sui conflitti si applicano anche nei "casi analoghi", ma al riguardo è stato già osservato (Sez. 1, n. 451 del 21/01/2000, Carbonara, Rv. 215378) che l'analogia va comunque circoscritta ai contrasti tra organi giurisdizionali, come emerge dalla lettera dell'accennata disposizione, che, usando la congiunzione "tuttavia" per ricordare il primo al secondo periodo, quest'ultimo specificamente riferito al contrasto tra giudice dell'u-

ESCLUSO IL CONFLITTO "ANALOGO" DI COMPETENZA TRA PUBBLICO MINISTERO E GIUDICE

dienza preliminare e giudice del dibattimento, rende evidente che lo spazio di operatività dei conflitti è limitato comunque ai giudici.

Chiarissima in proposito è la *Relazione Preliminare* al codice di procedura penale, secondo cui «si è volutamente evitato qualsiasi riferimento a casi di contrasto tra pubblico ministero e giudice proprio per sottolineare che eventuali casi di contrasto non sono riconducibili alla categoria dei conflitti e ciò anche in considerazione della qualità di parte, sia pure pubblica, che il pubblico ministero ha nel contesto del nuovo codice di procedura penale».

E proprio a tale qualità di "parte" ha fatto riferimento la giurisprudenza assolutamente prevalente che ha escluso l'ammissibilità del conflitto tra p.m. e giudice (Sez. 1, n. 1405 del 21/05/1990, Paci, Rv. 184589; Sez. 1, n. 4964 del 17/12/1991, Rubagotti, Rv. 189428; Sez. 1, n. 3256 del 06/07/1992, Loreti, Rv. 191593; Sez. 1, n. 3254 del 06/07/1992, Piersigilli, Rv. 191385; Sez. 1, n. 3880 del 06/10/1992, Panetta, Rv. 192181; Sez. 1, n. 714 del 19/02/1993, Egizio, Rv. 193396; Sez. 1, n. 1555 del 06/04/1994, Di Mattina, Rv. 197658; Sez. 1, n. 451 del 21/01/2000, Carbonara, cit.; Sez. 1, n. 17357 del 09/04/2009, Carletti, Rv. 243568; Sez. 1, n. 26733 del 05/05/2009, Buccella, Rv. 244649).

Quanto ai precedenti richiamati dalla ordinanza di rimessione, gli stessi non assumono rilevanza ai fini di cui si discute, almeno nei limiti in cui gli stessi riguardano casi in cui è stata riconosciuta l'ammissibilità di conflitto tra diversi magistrati di sorveglianza ovvero tra giudici del procedimento principale e incidentale, trattandosi di situazioni che non involgono la posizione del pubblico ministero.

È ancora il caso di ricordare che la tesi qui accolta risulta confermata dall'affermazione di questa Corte, a Sezioni Unite, di indubbia valenza generale pur essendo stata espressa con riferimento ad una situazione diversa da quella qui considerata, secondo cui i provvedimenti del p.m., in quanto atti di parte, non hanno natura giurisdizionale e, come tali, non sono né qualificabili come abnormi (caratteristica esclusiva degli atti di giurisdizione), né impugnabili, quantunque illegittimi (Sez. U, n. 34536 del 11/07/2001, Chirico, Rv. 219598).

2.3. La possibilità di insorgenza di conflitti è dunque prevista unicamente tra giudici ordinari o tra giudici ordinari e giudici speciali, ed i casi analoghi vanno ricondotti sempre nell'ambito di valutazioni che interessano organi della giurisdizione, per fronteggiare situazioni che patologicamente alterino i criteri di ordinaria ripartizione della potestà di giudicare, con conseguente possibile violazione dei principi costituzionali della naturalità e della precostituzione del "giudice".

Consegue che il p.m. non può che prendere atto della decisione del giudice ed adeguarvisi, a meno che il provvedimento del giudice non sia abnorme, e come tale impugnabile con ricorso per cassazione. (Sez. 1, n. 3256 del 06/07/1992, Loreti, Rv. 191593).

Questa linea interpretativa è stata seguita anche da Sez. U, n. 19289 del 25/02/2004, Lustrì, Rv. 227355, che, chiamata a pronunciarsi relativamente alla questione della competenza a decidere sulla domanda di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, hanno ritenuto abnorme, e pertanto ricorribile per cassazione, il provvedimento con cui il g.i.p. aveva disposto la trasmissione, per competenza, al p.m. di una tale domanda; e in motivazione si è escluso, da un lato, che la situazione di stallo processuale determinatasi in conseguenza della declinatoria di competenza del giudice possa risolversi mediante la procedura di conflitto, non essendo quest'ultimo configurabile tra p.m. e giudice, e, dall'altro, che la decisione di natura meramente processuale del g.i.p. possa essere equiparata a un provvedimento sostanzialmente reiettivo dell'istanza nel merito e, come tale, impugnabile a norma dell'art. 99 d.P.R. n. 115 del 2002 (affermazione quest'ultima su cui si tornerà in seguito).

Come in altre occasioni, la categoria dell'abnormità è stata utilizzata per consentire l'impugnazione, anche da parte del p.m., di provvedimenti giurisdizionali (esclusi dunque quelli del pubblico ministero che tale natura non hanno) per i quali non è prevista alcuna forma di impugnazione, secondo le linee di un istituto frutto di una lunga elaborazione giurisprudenziale tesa a mitigare gli effetti del principio di tassatività sia delle nullità (art. 177 cod. proc. pen.) che dei mezzi d'impugnazione (art. 568 cod. proc. pen.) e che ha portato ad affermare che è affetto da tale vizio il provvedimento che, per la singolarità e stranezza del suo contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ovvero quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite; che l'abnormità dell'atto può riguardare sia il profilo strutturale, allorché l'atto si ponga al di fuori del sistema organico della legge processuale, sia il profilo funzionale, quando esso, pur non estraneo al sistema normativo, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo, potendosene ravvisare un sintomo nel fenomeno della c.d. regressione anomala del procedimento ad una fase anteriore (da ultimo, fra molte, Sez. U, n. 5307 del 20/12/2007, Battistella, Rv. 238240).

Facendo applicazione di tali concetti la giurisprudenza assolutamente prevalente delle singole sezioni si è espressa nel senso della abnormità, sotto il profilo della idoneità a determinare la stasi del procedimento e l'impossibilità di proseguirlo, del provvedimento di restituzione al pubblico ministero da parte del giudice della richiesta di liquidazione del compenso del consulente tecnico (da ultimo Sez. 4, n. 21319 del 11/12/2012, Pinetti, Rv. 255281).

Una opinione difforme è stata espressa di recente da Sez. 3, n. 28181 del 29/02/2012, Alemanni, Rv. 254327, che ha ritenuto non autonomamente impugnabile da parte del p.m. il provvedimento del giudice di restituzione della richiesta di liquidazione del compenso

presentata dal consulente tecnico, sul rilievo che per le controversie riguardanti la liquidazione degli onorari agli ausiliari è previsto uno speciale procedimento di opposizione attraverso il quale è possibile far venir meno l'irreversibilità della stasi procedimentale.

Vale però in contrario quanto già osservato dalle Sezioni Unite con la sentenza in proc. Lustri, già sopra anche a questo proposito richiamata, che ha escluso che la decisione di natura meramente processuale con la quale il g.i.p. si limita a trasmettere gli atti per competenza al pubblico ministero possa essere equiparata a un provvedimento sostanzialmente reiettivo dell'istanza nel merito e, come tale, impugnabile (in quel caso a norma dell'art. 99 d.P.R. n. 115 del 2002). Nello stesso senso si è espressa altresì Sez. 4, n. 26993 del 05/05/2004, Demo, Rv. 229660.

3. Deve pertanto affermarsi il principio per cui *"non è configurabile neppure sotto il profilo dei 'casi analoghi' un conflitto di competenza tra il pubblico ministero, che è una parte, anche se pubblica, del processo, e il giudice"*.

4. La ritenuta inammissibilità del conflitto porterebbe di per sé alla restituzione degli atti al Tribunale di Roma, che, a sua volta, dovrebbe, secondo il suo punto di vista, restituirli al P.M. perché provveda alla liquidazione di cui in atti.

Quanto tuttavia osservato in ordine all'indirizzo che considera abnorme il provvedimento di restituzione al pubblico ministero, da parte del giudice, della richiesta di liquidazione del compenso del consulente tecnico, induce il Collegio, per elementari ragioni di economia processuale, a individuare direttamente l'organo cui trasmettere gli atti per l'evasione di tale richiesta. Esigenza, questa, la cui soddisfazione impone, all'evidenza, di esaminare e risolvere nel merito la questione proposta nella ordinanza di rimessione.

4.1. La materia delle spese di giustizia e quella del patrocinio a spese dello Stato hanno dato vita ad un ricco e variegato panorama giurisprudenziale, non sopito, ma forse addirittura rivitalizzato, a seguito dell'entrata in vigore del Testo Unico di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, sulle spese di giustizia, deliberatamente adottato al fine di un complessivo riordino e razionalizzazione della intera materia.

4.2. Tale fonte ha recepito e sistematizzato tutte le norme, legislative e regolamentari, sulle spese, dettando disposizioni comuni per il processo penale, civile, amministrativo, contabile e tributario e intervenendo, secondo quanto risulta dalla stessa relazione illustrativa allo schema di decreto poi approvato, su una stratificazione di norme formatasi nel corso di ben centocinquanta anni, a decorrere, per quanto riguarda il processo civile e penale, dall'emanazione dei regi-decreti n. 2700 e 2702 del 1865 (c.d. campioni civile e penale). Secondo la logica che è propria alla redazione dei testi unici, si è voluto riunire in un unico corpo normativo la materia delle spese giudiziali, cioè degli esborsi originati da uno specifico processo, cui è stata assimilata quella del patrocinio; si tratta in realtà di una materia non sempre omogenea e comunque assai

complessa e frammentata, trattandosi di tutte le spese, di tutti i procedimenti giurisdizionali, dal loro sorgere al loro recupero, con differenze collegate alle peculiarità delle singole attività o situazioni da cui le spese stesse derivano; differenze recepite dalle varie discipline settoriali già contenute nei codici e nelle leggi speciali succedutisi nel tempo senza una complessiva visione organica.

L'intervento di "riordino normativo" è stato effettuato sulla base dell'art. 7 della legge 8 marzo 1999, n. 50, modificato dall'art. 1 della legge n. 340 del 2000, che ha conferito al Governo la delega per la emanazione di testi unici e di regolamenti di delegificazione (art. 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59) anche per le spese di giustizia, con riferimento alle materie indicate ai numeri 9, 10 e 11 dell'allegato n. 1 della medesima legge n. 50 del 1999, attinenti: al procedimento di gestione e alienazione dei beni sequestrati e confiscati; al procedimento relativo alle spese di giustizia (campione civile e penale e leggi successive); ai procedimenti per l'iscrizione a ruolo e il rilascio di copie di atti in materia tributaria e in sede giurisdizionale, compresi i procedimenti in camera di consiglio; agli affari non contenziosi e le esecuzioni civili mobiliari e immobiliari.

I principi e criteri direttivi sono stati fissati dal comma 2 dell'art. 7 della legge-delega, nel senso che al riordino delle norme si doveva procedere mediante l'emanazione di testi unici riguardanti materie e settori omogenei, comprendenti in un unico contesto e con le opportune evidenziazioni, le disposizioni legislative e regolamentari; a tale fine, ciascun testo unico doveva comprendere le disposizioni contenute in un decreto legislativo e un regolamento che il Governo doveva emanare attenendosi ai seguenti criteri e principi direttivi: a) delegificazione delle norme di legge concernenti gli aspetti organizzativi e procedurali; b) puntuale individuazione del testo vigente delle norme; c) esplicita indicazione delle norme abrogate, anche implicitamente, da successive disposizioni; d) coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti, apportandosi, nei limiti di detto coordinamento, le modifiche necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo; e) esplicita indicazione delle disposizioni, non inserite nel testo unico, che restavano comunque in vigore; f) esplicita abrogazione di tutte le rimanenti disposizioni, non richiamate, che regolavano la materia oggetto di delegificazione con espressa indicazione delle stesse in apposito allegato al testo unico.

Come è detto testualmente nella relazione illustrativa, si tratta di un testo unico di armonizzazione, da compiersi alla luce dei criteri e principi direttivi espressamente menzionati; il riordino per l'armonizzazione consentiva un intervento sulle norme preesistenti per rendere la disciplina più coerente nel suo complesso, in sintonia con l'evolversi dei principi generali, con il diritto vivente creato dalla giurisprudenza costituzio-

ESCLUSO IL CONFLITTO "ANALOGO" DI COMPETENZA TRA PUBBLICO MINISTERO E GIUDICE

nale e di legittimità, con l'evolversi dei valori complessivi dell'ordinamento.

Dal complessivo quadro sopra sinteticamente richiamato si evincono chiaramente i limiti della delega, nel senso che la stessa conferisce alle disposizioni del testo unico un contenuto sicuramente innovativo che però non può spingersi ad operare modifiche sostanziali della disciplina che non siano state rese necessarie dalla stessa opera di coordinamento e armonizzazione espressamente delegata. Resta esclusa, in assenza di delega e dei relativi principi e criteri direttivi, la possibilità di modificare sostanzialmente la disciplina sulla quale è avvenuto l'intervento ed in particolare, per quanto qui rileva, di modificare le norme di competenza contenute nel codice di procedura penale sia pure attinenti procedimenti incidentali.

In tal senso si è già espressa la giurisprudenza di legittimità che, con riguardo alla ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ha ribadito la natura "compilativa" del predetto T.U. (Sez. U, LUSTRI, già citata, in motivazione; Sez. U, n.36168 del 14/07/2004, Pangallo, Rv. 228667).

4.3. Nel presente giudizio viene in rilievo la previsione, recata dall'art. 168 del citato T.U., secondo la quale «la liquidazione delle spettanze agli ausiliari del magistrato e dell'indennità di custodia è effettuata con decreto di pagamento, motivato, del magistrato che procede».

In primo luogo, va ricordato che l'art. 3 dello stesso T.U., nel fornire le definizioni da valere ai fini della lettura dello stesso, se non diversamente stabilito, alla lett. a) ha definito come "magistrato" «il giudice o il pubblico ministero, anche onorario, preposto alla funzione giurisdizionale sulla base di norme di legge e delle disposizioni dei codici di procedura penale e civile». Ciò ha fatto sorgere non pochi dubbi in ordine alle rispettive attribuzioni dei due organi stante la riferibilità del termine "magistrato" sia al pubblico ministero che al giudice.

Circa poi il significato della locuzione "che procede", nella giurisprudenza di questa Corte domina la tesi secondo cui "magistrato che procede" è quello che dispone materialmente degli atti al momento in cui sorge la necessità di provvedere, cioè al momento della presentazione della richiesta di liquidazione.

Un diverso criterio di lettura, che pone l'accento sul legame fiduciario che caratterizza il conferimento dell'incarico, e privilegia, quindi, ai fini della competenza per la liquidazione dei compensi, l'organo che vi presiede, si rinviene però — proprio in tema di liquidazione del compenso al consulente del P.M. — nell'art. 73 disp. att. cod. proc. pen., che rinvia all'osservanza delle disposizioni previste per il perito e, quindi, all'art. 232 cod. proc. pen., il quale stabilisce espressamente che il compenso al perito è liquidato dal giudice che ha disposto la perizia, e ciò a prescindere dalla fase in cui

si trova il procedimento nel momento della richiesta di liquidazione.

4.4. Ad avviso del Collegio, pur nella condivisibile lettura della norma generale dell'art. 168 del T.U. n. 115, come riferibile al magistrato che ha la disponibilità degli atti al momento della richiesta di liquidazione, per la liquidazione del compenso al consulente tecnico nominato dal pubblico ministero non può che farsi riferimento al coordinato disposto degli artt. 73 disp. att. cod. proc. pen. e 232 cod. proc. pen.

È, invero, decisiva al riguardo la considerazione che il citato art. 73 è espressamente dedicato al consulente del pubblico ministero, alla sua nomina e alla sua scelta (che di regola deve avvenire tra gli iscritti nell'albo dei periti); il rinvio, contenuto nella seconda parte della disposizione, per la liquidazione del compenso, alla disciplina codicistica sul perito non può che intendersi, atteso il tenore letterale della norma e l'assenza di ogni segno indicativo di una diversa volontà limitativa, in senso generale, comprensivo, quindi, anche della procedura e della competenza a provvedere sulla liquidazione dei compensi, secondo il criterio (riferito al giudice) di cui all'art. 232 cod. proc. pen. A giustificare la applicazione della medesima regola concorre la sussistenza della medesima *ratio*, in considerazione dello stretto vincolo fiduciario che intercorre tra autorità che designa e soggetto designato quale perito o consulente e delle responsabilità che derivano al "magistrato" dalle liquidazioni dal medesimo ordinate (art. 172 T.U.).

Non può in contrario ipotizzarsi una novazione legislativa derivante dalla disciplina dettata dal T.U. in materia di spese di giustizia, atteso che, come sopra si è detto, il legislatore del testo unico aveva uno specifico e limitato mandato, quello di coordinare e armonizzare la legislazione previgente, con un puntuale vincolo per le innovazioni da apportare: la coerenza logica sistematica della normativa da coordinare ed il rispetto della precedente normativa di settore.

Con la conseguenza che le singole norme del testo unico non possono essere interpretate nel senso volto a determinare modifiche incidenti su diritti sostanziali o procedurali rispetto alla situazione normativa precedente propria delle diverse sotto-materie.

Resta da ribadire che la regola di competenza sopra delineata per il perito e il consulente del P.M. deriva da una speciale disposizione normativa, e non incide sulla regola fissata in via generale dall'art. 168 T.U. per il custode e gli altri ausiliari ivi menzionati.

5. In conclusione, per le ragioni sopra espresse, deve dichiararsi inammissibile il sollevato conflitto di competenza.

Gli atti dovranno essere trasmessi al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma, che dovrà provvedere sulla liquidazione dei compensi del consulente tecnico dallo stesso nominato.

[Omissis]

PAOLA CORVI*

Professore associato di Procedura penale – Università Cattolica del S.C., Piacenza

Conflitti analoghi, abnormità, competenza in materia di liquidazione dei compensi del consulente tecnico del pubblico ministero: il punto fermo delle Sezioni Unite

Conflicts regarding the power to determine the fees of the expert witness called upon by the public prosecutor: the ruling of the Supreme Court

La pronuncia in commento attiene all'ammissibilità di un conflitto "analogo" di competenza tra pubblico ministero e giudice, in caso di disaccordo sulla competenza a liquidare i compensi del consulente tecnico nominato dal pubblico ministero. La Suprema Corte nega la possibilità che in tal caso si configuri un conflitto "analogo" e individua nel pubblico ministero l'organo competente a decidere sull'istanza di liquidazione proposta dal consulente tecnico.

The Italian Supreme Court decision commented here concerns the issue on whom, between the judge and the public prosecutor, is entitled to determine the fees of the expert witness called upon by the public prosecutor, in case of a disagreement. The Supreme Court rejects that a conflict of powers is admissible in such a case, and identifies the prosecutor as the one entitled to decide upon the instance of settlement of fees proposed by the expert witness.

I TEMI AFFRONTATI DALLE SEZIONI UNITE

La sentenza in commento affronta e risolve alcune questioni eterogenee, tra loro collegate, derivanti da una situazione di contrasto sorta tra pubblico ministero e giudice in ordine alla competenza ad effettuare la liquidazione dei compensi richiesti dal consulente tecnico del pubblico ministero.

In seguito all'arresto dell'indagato con l'accusa di detenzione di sostanze stupefacenti, il procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma disponeva la consulenza tecnica tossicologica e procedeva al giudizio direttissimo. Una volta assolto l'incarico, il consulente presentava la richiesta di liquidazione del compenso al pubblico ministero che la trasmetteva al Tribunale di Roma davanti al quale pendeva il procedimento, sulla base di quanto disposto dall'art. 168 d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia). Il tribunale, affermando ai sensi dell'art. 73 norme att. c.p.p. la competenza del pubblico ministero, gli restituiva gli

atti e, vedendosi trasmettere nuovamente la richiesta di liquidazione dal pubblico ministero, sollevava conflitto di competenza.

Assegnato il ricorso alla prima sezione della Corte di cassazione e rilevata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sulla questione relativa alla competenza a provvedere sulla liquidazione del compenso del consulente tecnico nominato dal pubblico ministero, il ricorso veniva rimesso alle Sezioni Unite.

Il quesito centrale su cui è stato sollecitato l'intervento del Supremo Collegio riguarda dunque l'individuazione dell'organo competente a decidere sulla liquidazione dei compensi dovuti al consulente tecnico designato dal pubblico ministero; tuttavia la Corte non si limita a risolvere tale questione apparentemente marginale, eppur di grande rilevanza pratica, ma affronta anche alcuni temi di più ampio respiro sui quali, prima di esaminare nel merito la questione rimessa alla sua valutazione, si impone una riflessione preliminare. Al di là dunque della regola di competenza fissata per individuare l'auto-

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

ESCLUSO IL CONFLITTO "ANALOGO" DI COMPETENZA TRA PUBBLICO MINISTERO E GIUDICE

rità giudiziaria cui è demandata la liquidazione dei compensi del consulente tecnico del pubblico ministero, la pronuncia si segnala per i principi fissati in tema di ammissibilità del conflitto di competenza tra giudice e organo dell'accusa e di abnormità dell'atto con cui il giudice restituisce al pubblico ministero la richiesta di liquidazione avanzata dal consulente¹.

LA CONTRAPPOSIZIONE TRA GIUDICE E PUBBLICO MINISTERO COME IPOTESI DI CONFLITTO ANALOGO DI COMPETENZA

La questione su cui è richiesto l'intervento delle Sezioni Unite – quale sia l'organo competente a liquidare i compensi del consulente tecnico dell'accusa – vede su posizioni divergenti il tribunale e la Procura della Repubblica e provoca una contrapposizione tra i due uffici che il Tribunale di Roma, in prima battuta, e la Prima Sezione della Cassazione, successivamente, configurano come conflitto negativo di competenza, riconducibile ai casi analoghi previsti dall'art. 28, comma 2, c.p.p.

Prima ancora di comporre il contrasto e individuare l'autorità giudiziaria competente a liquidare il consulente tecnico del pubblico ministero, le Sezioni Unite si trovano a dover affrontare la questione da tempo dibattuta e diversamente risolta in giurisprudenza, come in dottrina, della ammissibilità del conflitto di competenza tra pubblico ministero e giudice.

Secondo un orientamento consolidato, seguito anche dalla dottrina prevalente, il conflitto in caso analogo, come avviene per i conflitti "propri", può delinearsi solo in presenza di un contrasto tra organi giurisdizionali e conseguentemente deve escludersi che possa dar luogo a un conflitto di competenza ex art. 28, comma 2, c.p.p., la contrapposizione tra pubblico ministero e giudice².

¹ Per un primo commento alla sentenza delle Sezioni Unite, cfr. Amato, *Nell'ipotesi di stallo sulla liquidazione dei costi è possibile evocare l'abnormità della decisione*, Guida dir., 2014, 17, 80.

² Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. I, 19 febbraio 1990, n. 406, CED Cass., 183664; Cass., sez. I, 10 maggio 1991, n. 2204, CED Cass., 187396; Cass. sez. I, 14 ottobre 1991, n. 3751, CED Cass., 188614; Cass., sez. I, 6 luglio 1992, n. 3256, CED Cass., 191593; Cass., sez. un., 25 febbraio 2004, n. 19289, Giust. pen., 2004, III, 574. In dottrina Macchia, *Sub art. 28 c.p.p.*, Amodio-Dominioni (diretto da), *Comm. del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano 1989, 187 ss.; Bargi, *Conflitti e contrasti sulla competenza del nuovo codice di procedura penale*, Cass. pen., 1991, 1492 s.; Peroni, *Sul dissenso tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari come fattispecie di conflitto analogo*, Cass. pen., 1991, 156; Seghetti, *Sul dissenso tra P.M. e G.I.P. sulla competenza e conflitto analogo*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1991, 304; Trevisson-Lupacchini, *Brevi considerazioni in tema di conflitti analoghi secondo il nuovo codice*, Giur. it., 1991, II, 16; Dalia-Della Monica, *Conflitti di competenza II) diritto processuale penale*, Enc. giur., VIII, Roma,

Non mancano tuttavia pronunce che ammettono la possibilità di applicare la disciplina dei conflitti "analoghi" anche ai casi in cui il contrasto maturi tra magistrati non investiti entrambi di giurisdizione.

Prendendo le mosse dalla giurisprudenza che ha ravvisato una situazione di conflitto per caso analogo sia nell'ipotesi di contrasto tra giudici in ordine all'adozione di provvedimenti non aventi natura giurisdizionale³, sia in presenza di un dissenso tra Procura generale e magistrato di sorveglianza⁴, recentemente si è fatta strada l'opinione che, anche nel caso di concomitante rifiuto di provvedere sulla richiesta di liquidazione dei compensi presentata dal consulente tecnico del pubblico ministero, si configuri un conflitto negativo di competenza analogo⁵.

In questo panorama contrassegnato dall'incertezza in assenza di dati normativi univoci, si inserisce la pronuncia delle Sezioni Unite che aderiscono all'orientamento restrittivo sostenuto da una giurisprudenza costante, sulla base di due ordini di argomentazioni tradizionalmente portate a sostegno della tesi restrittiva: il dato letterale della norma che disciplina i conflitti e la qualità di parte del processo riconosciuta al pubblico ministero⁶.

Innanzitutto in base al dato testuale dell'art. 28 c.p.p., l'analogia opera con riferimento ai conflitti

2002, 1s; Marvulli, *Conflitti di giurisdizione e competenza*, Enc. dir., Agg. V, Milano, 2001, 261.

³ In relazione al conflitto tra magistrati di sorveglianza con riferimento all'adozione di provvedimenti di concessione di permessi premi e autorizzazione ai colloqui telefonici, cfr. Cass., sez. I, 26 marzo 1994, n. 778, CED Cass., 196870; Cass., sez. I, 19 aprile 1995, n. 874, CED Cass., 200931. Con riguardo al contrasto tra giudici in ordine alla liquidazione di compensi al difensore o al consulente tecnico di imputato ammesso al patrocinio a spese dello Stato v. Cass., sez. IV, 16 giugno 1999, n. 1859, CED Cass., 213804.

⁴ In relazione al contrasto tra pubblico ministero e magistrato di sorveglianza in ordine alla sospensione dell'esecuzione della pena in pendenza di istanza per l'applicazione della misura alternativa alla detenzione v. Cass., sez. I, 26 ottobre 2010, n. 61, CED Cass., 249284; Cass., sez. I, 25 gennaio 1999, CED Cass., 213283.

⁵ Cass., sez. I, 10 ottobre 2012, n. 46673, CED Cass., 254022. Anche parte della dottrina include tra i conflitti analoghi, il dissenso tra pubblico ministero e giudice: v. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, 170; v. Tranchina, *I soggetti*, Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2001, 115 s.; Patanè, *Aboliti dal nuovo codice di procedura penale i «casi analoghi» di conflitti interessanti il pubblico ministero*, Giust. pen., 1991, III, 303 s.

⁶ Un ulteriore argomento non utilizzato dalle Sezioni Unite, ma adottato per escludere il conflitto tra pubblico ministero e giudice, è costituito dalla collocazione sistematica della norma che regola i conflitti nel titolo I del codice dedicato al giudice e nell'autonoma disciplina concernente i contrasti tra i diversi uffici del pubblico ministero contenuta nell'art. 54 c.p.p.: in proposito v. Peroni, *Sul dissenso tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari come fattispecie di conflitto analogo*, cit. 156; Trevisson-Lupacchini, *Brevi considerazioni in tema di conflitti analoghi secondo il nuovo codice*, cit., 18.

ti tra giudici che prendono o ricusano di prendere cognizione del medesimo fatto attribuito alla stessa persona e va quindi circoscritta ai soli organi giurisdizionali; l'assunto è confermato da un ulteriore spunto letterale presente nel secondo comma dell'art. 28 c.p.p., laddove il legislatore utilizzando il termine "tuttavia" per collegare il primo al secondo periodo fissa la regola della prevalenza del giudice del dibattimento sul giudice dell'udienza preliminare, in caso di contrasto, confermando così come lo spazio di operatività dei conflitti sia limitato comunque ai giudici⁷.

A favore dell'interpretazione restrittiva le Sezioni Unite richiamano inoltre la Relazione preliminare al codice di procedura penale in cui è chiara la volontà del legislatore di evitare «qualsiasi riferimento a casi di contrasto tra pubblico ministero e giudice proprio per sottolineare che eventuali casi di contrasto non sono riconducibili alla categoria dei conflitti», anche in considerazione della qualità di parte, sia pure pubblica, ricoperta ora dal pubblico ministero⁸.

L'iter argomentativo della Corte pare persuasivo: la lettera dell'art. 28 c.p.p. fa riferimento solo ai giudici e poco importa che nel secondo comma della norma non figurino tra le eccezioni l'ipotesi di contrasti tra pubblico ministero e giudice, ma solo quella del conflitto tra giudice del dibattimento e giudice dell'udienza preliminare: la normativa concerne solo gli organi giurisdizionali e non stupisce dunque che anche le deroghe espresse alla disciplina riguardino solo i giudici.

Anche la natura ordinamentale, giudiziaria e pubblica dell'ufficio del pubblico ministero⁹ non incide sulla sua qualifica di parte del processo, tenuta ad osservare le statuizioni del giudice.

Allo stesso modo non paiono determinanti, come la stessa Corte sottolinea, i precedenti giurisprudenziali indicati a sostegno della tesi estensiva, riguardando tali pronunce prevalentemente casi in cui è stato riconosciuto un conflitto tra giudici - tra magistrati di sorveglianza o tra giudici del procedimento principale e giudici del procedimento incidentale -

senza che fosse coinvolto anche il pubblico ministero.

La pronuncia delle Sezioni Unite contribuisce a fissare i contorni, non sempre nitidi, del conflitto di competenza per caso analogo, quanto meno sotto il profilo soggettivo: la normativa sui conflitti di competenza si applica nelle ipotesi in cui il contrasto sorga tra organi dotati di potere giurisdizionale penale al fine di porre rimedio a situazioni patologiche che modifichino i criteri di competenza e mettano in pericolo i principi della imparzialità e della precostituzione del giudice. Il pubblico ministero non è organo di giurisdizione e i suoi provvedimenti, in quanto atti di parte, non hanno natura giurisdizionale, come le Sezioni Unite in altra sede hanno avuto modo di affermare¹⁰, dunque non può configurarsi, neppure come caso analogo, un conflitto di competenza tra giudice e pubblico ministero. Qualora le loro posizioni divergano, il pubblico ministero deve prendere atto delle statuizioni del giudice e adeguarsi alla sua decisione; l'unico rimedio esperibile sarà il ricorso per cassazione nel caso in cui il provvedimento del giudice possa essere considerato abnorme.

Le Sezioni Unite ignorano invece il profilo oggettivo del conflitto analogo. Dalla lettura dell'art. 28 c.p.p. si ricava che mentre i conflitti propri di competenza sorgono su questioni di ripartizione della competenza, riguardando il fatto oggetto dell'imputazione, le situazioni di conflittualità cui si estende in via analogica la disciplina dei conflitti propri di competenza riguardano non questioni di competenza in senso stretto, ma il compimento di un determinato atto processuale riconducibile all'ambito delle funzioni di uno dei due organi contrapposti. Non è chiaro se si debba trattare solo di atti propriamente giurisdizionali o se si possa ammettere il conflitto anche con riferimento all'adozione di provvedimenti di natura amministrativa: in tal senso si è espressa la giurisprudenza nel caso di divergenza sulla concessione dei permessi premio o dell'autorizzazione ai detenuti ai colloqui telefonici o ancora proprio con riguardo all'adozione di provvedimenti in ordine alla liquidazione dei compensi del difensore o del consulente tecnico¹¹.

Le Sezioni Unite sottolineano la natura non giurisdizionale dei provvedimenti del pubblico ministero, ma non si spingono ad affermare che, come

⁷ Cfr. Cass., sez. I, 29 gennaio 1990, n. 211, CED Cass., 183322; in dottrina, Macchia, *Sub art. 28 c.p.p.*, cit., 187; Peroni, *Sul dissenso tra pubblico ministero e giudice*, cit., 156.

⁸ Costantemente la giurisprudenza di legittimità ha escluso il conflitto tra pubblico ministero e giudice in ragione della qualità di parte dell'organo dell'accusa: v. tra le altre, Cass., sez. I, 21 gennaio 2000, n. 451, CED Cass., 215378; Cass., sez. I, 9 aprile 2009 n. 17357, CED Cass., 243568; Cass., sez. I, 5 maggio 2009, n. 26733, CED Cass., 244649.

⁹ Sui profili pubblicistici della figura del pubblico ministero si fonda la contestazione dell'argomento portato a sostegno della tesi restrittiva imperniato sul ruolo del pubblico ministero, parte processuale: v. Tranchina, *I soggetti*, cit., 116.

¹⁰ Cfr. Cass., sez. un., 11 luglio 2001, n. 34536, CED Cass., 219598 secondo le quali i provvedimenti del pubblico ministero in quanto privi di natura giurisdizionale non sono qualificabili come abnormi, né impugnabili anche se illegittimi.

¹¹ V. *supra*, nota 3.

ESCLUSO IL CONFLITTO "ANALOGO" DI COMPETENZA TRA PUBBLICO MINISTERO E GIUDICE

sul piano soggettivo l'analogia con i casi di conflitto proprio riguarda solo gli organi di giurisdizione, così sul piano oggettivo l'applicazione analogica della disciplina dei conflitti ha come oggetto i soli atti propriamente giurisdizionali.

LA RESTITUZIONE AL PUBBLICO MINISTERO DELL'ISTANZA DI LIQUIDAZIONE DEL CONSULENTE TECNICO: UN PROVVEDIMENTO ABNORME?

A fronte dell'impossibilità di far confluire le situazioni di contrasto tra pubblico ministero e giudice nella categoria dei conflitti analoghi, la giurisprudenza ha fatto ricorso alla declaratoria di abnormità¹². Escluso che la situazione di stallo possa essere superata mediante la procedura del conflitto, le Sezioni Unite, dunque, sono chiamate a valutare se possa farsi ricorso alla categoria dell'abnormità, come avviene sovente nell'ipotesi in cui una parte intenda sottrarsi al dovere di dare esecuzione al provvedimento del giudice, ritenendolo illegittimo.

Nel caso di specie, scartata l'eventualità di una abnormità strutturale - che si profila quando il provvedimento risulta avulso dall'intero ordinamento processuale per singolarità e stranezza del suo contenuto -, potrebbe configurarsi una ipotesi di abnormità funzionale, che ricorre quando il provvedimento, pur non essendo estraneo al sistema normativo è posto in essere al di fuori dei casi consentiti, in assenza dei presupposti giuridici o di fatto richiesti, e conseguentemente determina l'impossibilità di proseguire regolarmente il procedimento o addirittura la regressione ad una fase anteriore¹³. L'assunto non è pacifico.

Se infatti proprio facendo leva sull'idoneità a determinare la stasi del procedimento, è stato ritenuto affetto da abnormità il provvedimento con cui il tribunale dispone la restituzione al pubblico ministero dell'istanza di liquidazione del compenso del consulente tecnico¹⁴, l'abnormità e quindi l'impu-

gnabilità di tale atto è stata esclusa in una recente pronuncia della cassazione sulla base di due ordini di argomentazioni¹⁵: innanzi tutto si è sottolineato come la deroga che l'abnormità comporta al principio di tassatività delle impugnazioni, così come la stasi processuale che questa determina, siano riferibili al solo procedimento penale in senso stretto e non anche ai sub procedimenti che si innestano su questo, come il procedimento di liquidazione dei compensi degli ausiliari; in secondo luogo si è sottolineato come manchi nel caso di specie il presupposto necessario per il configurarsi dell'abnormità, vale a dire l'irreversibilità della stasi procedimentale: la situazione di stallo infatti può essere superata mediante l'opposizione prevista dall'art. 170 del d.p.r. 115 del 2002 nei confronti del decreto di pagamento emesso a favore dell'ausiliario del magistrato ma anche, secondo la giurisprudenza, avverso il decreto di rigetto sulla richiesta di liquidazione.

Nella pronuncia in commento le Sezioni Unite, ricordando questi opposti orientamenti, mettono l'accento sulla circostanza, già evidenziata in un precedente arresto giurisprudenziale¹⁶, per cui le decisioni nel merito della richiesta di liquidazione dei compensi non possano essere equiparate a decisioni di natura meramente processuale o formale, con la conseguenza che il provvedimento di restituzione dell'istanza di liquidazione dei compensi al pubblico ministero, proprio per il principio di tassatività delle impugnazioni, non può essere impugnato ex art. 170 del d.p.r. 115 del 2002.

Nel caso di specie, in assenza di una chiara regola di competenza, sembrerebbe ammissibile il ricorso per cassazione per abnormità funzionale dell'atto, essendo impraticabile la proposizione di un conflitto "analogo" di competenza e non essendo l'atto altrimenti impugnabile, stante il principio di tassatività delle impugnazioni. Tuttavia le Sezioni Unite non prendono posizione al riguardo e non chiariscono in maniera esplicita se la restituzione al pubblico ministero dal parte del giudice dell'istanza di liquidazione proposta dal consulente tecnico debba o meno considerarsi provvedimento abnorme. Il silenzio del Supremo Collegio è peraltro comprensibile. Se infatti l'abnormità attiene ad atti

¹² Cfr. Bellocchi, *L'atto abnorme nel processo penale*, Torino, 2012, 98 ss., in cui si sottolinea come l'abnormità svolga la stessa funzione della disciplina dei conflitti prevista nel codice di rito, intervenendo in una situazione di stallo del processo, non altrimenti superabile.

¹³ Per questa distinzione elaborata dalla giurisprudenza, v., tra le altre, Cass., sez. un., 12 febbraio 1998, n. 17, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 324; Cass., sez. un., 26 gennaio 2000, n. 26, *CED Cass.*, 215094. In dottrina si è distinto il caso in cui il provvedimento non rientri tra gli atti tipici previsti dall'ordinamento processuale da quello in cui il provvedimento, pur essendo riconducibile in astratto all'ordinamento processuale, non rientra tra quelli previsti in un determinato segmento processuale: in proposito v. Capone, *L'invalidità nel processo penale tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, 232.

¹⁴ In questi termini Cass., sez. IV, 17 maggio 2013, n. 21319,

CED Cass., 255281 e, con riferimento al provvedimento con cui il gip aveva disposto per competenza la restituzione al pubblico ministero della domanda di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, Cass., sez. un., 23 aprile 2004, n. 19289, *Giust. pen.*, 2004, 10, III, 572.

¹⁵ Si veda Cass., sez. III, 13 luglio 2012, n. 28181, *CED Cass.*, 254327.

¹⁶ V. Cass., sez. un., 23 aprile 2004, n. 19289, *Giust. pen.*, 2004, 10, III, 575.

giurisdizionali a contenuto decisorio emessi da un giudice di merito e consiste in un difetto di potere in capo al giudice che lo ha emesso¹⁷, il provvedimento di restituzione degli atti alla Procura avrebbe potuto essere considerato abnorme solo ritenendo competente a decidere sull'istanza di liquidazione avanzata dal consulente tecnico il Tribunale di Roma, in quanto giudice procedente. Non è questo tuttavia il convincimento delle Sezioni Unite, che al contrario, come si vedrà, attribuiscono al pubblico ministero il compito di stabilire i compensi dovuti al suo consulente.

LA REGOLA DI COMPETENZA IN TEMA DI LIQUIDAZIONE DEI COMPENSI DEL CONSULENTE TECNICO NOMINATO DAL PUBBLICO MINISTERO

La dichiarata inammissibilità del conflitto di competenza tra giudice e pubblico ministero avrebbe dovuto determinare la restituzione degli atti all'organo che aveva sollevato il conflitto, il Tribunale di Roma, senza affrontare il profilo controverso della competenza ad effettuare la liquidazione dei compensi dovuti al consulente tecnico nominato dal pubblico ministero, rimesso alla decisione delle Sezioni Unite. Ragioni di economia processuale hanno indotto la Corte ad esaminare e risolvere nel merito la questione: il tribunale avrebbe verosimilmente restituito gli atti al pubblico ministero e questi presumibilmente avrebbe ritenuto abnorme e quindi impugnato con ricorso per cassazione il provvedimento del tribunale.

È noto come sulla questione in giurisprudenza si siano sviluppati orientamenti contrastanti, che riflettono un diverso convincimento circa le norme da applicare al caso di specie: l'art. 168 del d.p.r. n. 115 del 2002 secondo cui «la liquidazione delle spettanze agli ausiliari del magistrato e dell'indennità di custodia è effettuata con decreto di pagamento, motivato, del magistrato che procede» oppure il combinato disposto dell'art. 73 norme att. c.p.p. e dell'art. 232 c.p.p. secondo il quale, osservandosi per la liquidazione del compenso al consulente tecnico le disposizioni previste per il perito, la liquidazione spetta all'organo che lo ha nominato.

Prendendo le mosse da un orientamento consolidato formatosi con riguardo alla richiesta di anticipazione o liquidazione finale del compenso presentata dal custode di cose sequestrate¹⁸, come

delle spese per intercettazioni telefoniche¹⁹, la giurisprudenza inizialmente ha individuato l'autorità competente a liquidare i compensi dovuti al consulente tecnico nel giudice che nel momento della proposizione dell'istanza ha la disponibilità del procedimento: costantemente la quarta sezione della Cassazione ha ritenuto applicabile al caso di specie l'art. 168 del d.p.r. n. 115 del 2002 che attribuisce la liquidazione delle spettanze degli ausiliari del magistrato e dell'indennità di custodia al «magistrato che procede»²⁰, vale a dire al giudice o pubblico ministero, anche onorario, preposto alla funzione giurisdizionale che dispone materialmente degli atti al momento della presentazione dell'istanza²¹.

Ad opposte conclusioni è giunta invece la prima sezione della Cassazione che al contrario ha ritenuto applicabili le disposizioni contenute nel corpo codicistico²². L'art. 73 disp. att., infatti, a proposito della liquidazione del compenso al consulente tecnico nominato dal pubblico ministero stabilisce l'applicabilità delle «disposizioni previste per il perito», rinviando quindi all'art. 232 c.p.p., secondo il quale il compenso del perito è liquidato con decreto del giudice che ha disposto la perizia, secondo le norme delle leggi speciali.

Il contrasto è risolto dalle Sezioni Unite partendo dall'analisi delle due diverse regole di competenza e del rapporto tra loro esistente, nello sforzo di coordinarle.

L'art. 168 del d.p.r. n. 115 del 2002 riguarda la liquidazione dei compensi degli ausiliari del magistrato e l'indennità di custodia e individua l'organo competente nel magistrato - giudice o pubblico ministero - che ha la disponibilità materiale degli atti nel momento in cui viene presentata la richiesta di liquidazione.

L'art. 73 norme att. c.p.p. ha un ambito di operatività più circoscritto: concerne solo la liquidazione del compenso del consulente tecnico del pubblico

¹⁹ Cass., sez. IV, 4 febbraio 2009, n. 19650, *CED Cass.*, 243444; Cass., sez. IV, 5 aprile 2012, n. 20264, *CED Cass.*, 252687.

²⁰ Cfr. Cass., sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 15147, *CED Cass.*, 239732; Cass., sez. IV, 6 dicembre 2011, n. 1644, *CED Cass.*, 252657; Cass., sez. IV, 30 novembre 2012, n. 2819, *CED Cass.*, 254333; Cass., sez. IV, 11 dicembre 2012, n. 21319, *CED Cass.*, 255281.

²¹ Con riguardo alla anticipazione o liquidazione finale del compenso presentata dal custode di cose sequestrate nell'ambito di procedimento penale, competente è il giudice dell'esecuzione nella fase successiva alla sentenza irrevocabile, il pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, il giudice che ha la disponibilità del procedimento nel corso del giudizio di cognizione: così Cass., sez. un., 24 febbraio 2002, n. 25161, *CED Cass.*, 221660.

²² Cfr. Cass., sez. I, 10 ottobre 2010, n. 46673, *CED Cass.*, 254023.

¹⁷ In questi termini v. Santalucia, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003, 113 ss.

¹⁸ Cass., sez. un., 24 febbraio 2002, n. 25161, *CED Cass.*, 221660; Cass., sez. IV, 5 novembre 2008, n. 4458, *CED Cass.*, 242003.

ministero. L'organo competente non è individuato direttamente ma attraverso un rinvio alla disciplina prevista per il perito, l'art. 232 c.p.p., che, a prescindere dalla fase in cui si trova il procedimento, affida il compito di liquidare il compenso del perito all'autorità giudiziaria che lo ha nominato, in ragione del legame fiduciario che segna il conferimento dell'incarico.

Tra le due diverse regole di competenza le Sezioni Unite optano per il criterio fissato dall'art. 73 norme att. c.p.p., specificamente riferito al consulente tecnico del pubblico ministero. La regola fissata in via generale per gli ausiliari del giudice e il custode dall'art. 168 del d.p.r. n. 115 del 2002, che raccoglie tutte le disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, non modifica infatti le norme di competenza contenute nel codice di rito, posto che il testo unico del 2002 non ha carattere innovativo, ma meramente compilativo, essendo finalizzato a riordinare e armonizzare la legislazione non sempre omogenea, anzi complessa e frammentata, relativa a tutte le spese di tutti i procedimenti giurisdizionali. Se dunque le singole norme del testo unico non possono essere interpretate come finalizzate ad apportare modifiche sostanziali a istituti processuali preesistenti, si deve concludere che l'art. 168 del d.p.r. n. 115 del 2002 non è applicabile alla liquidazione del compenso del consulente tecnico che rimane regolata da una disposizione normativa speciale.

La decisione delle Sezioni Unite persuade sotto tutti i profili.

L'analisi delle norme proposta pare corretta, in particolare con riguardo alla portata da attribuire al rinvio contenuto nell'art. 73 norme att. c.p.p. alla disciplina prevista per la liquidazione del compenso del perito. Si è affermato che tale rinvio debba essere inteso non come richiamo integrale alla disciplina della perizia, quanto come rinvio parziale riferito solo al modulo provvedimentale e ai criteri di liquidazioni da adottare²³. Il tenore letterale della norma e l'assenza di segnali da cui emerge la volontà del legislatore di circoscrivere la portata del rinvio, inducono a ritenere il rinvio non limitato all'adozione della forma del decreto e all'obbligo di rispettare le apposite tabelle nella determinazione dell'ammontare dei compensi dovuti, ma comprensivo della procedura e della competenza a provvedere sulla liquidazione dei compensi.

²³ Per questa lettura dell'art. 73 disp. att. v. Cass., sez. IV, 30 novembre 2012, n. 2819, cit.; Cass., sez. IV, 11 dicembre 2012, n. 21319, cit., nelle quali si sostiene che non vi è ragione per escludere che tra le due alternative - rinvio integrale e rinvio parziale - sia la seconda ipotesi quella più plausibile.

Ugualmente convincente pare l'analisi dei rapporti tra le due disposizioni, l'una - l'art. 168 del d.p.r. n. 115 del 2002 - di carattere generale introdotta per la liquidazione delle spettanze degli ausiliari del giudice e dei custodi giudiziari, l'altra - l'art. 73 norme att. c.p.p. - specificamente riferita al consulente tecnico incaricato dal pubblico ministero.

Non si può infatti concordare con l'interpretazione che nega la specialità del combinato disposto degli artt. 73 norme att. c.p.p. e 232 c.p.p. rispetto al d.p.r. n. 115 del 2002, poiché il testo unico, pur occupandosi propriamente di spese giudiziali, rimane un provvedimento di carattere generale che raccoglie sistematicamente le disposizioni sulle spese, comuni a tutti i processi giurisdizionali, e che, di conseguenza, mette in conto l'esistenza di situazioni peculiari regolate dalle discipline di settore. Né si può attribuire un contenuto innovativo all'art. 168 del d.p.r. n. 115 del 2002, facendo leva sul fatto che la legge delega per l'emanazione del testo unico consentiva al legislatore delegato l'introduzione di modifiche necessarie per «*garantire la coerenza logica e sistematica della normativa anche al fine di adeguare e semplificare il linguaggio normativo*»²⁴. Le innovazioni che possono essere introdotte con il nuovo corpo normativo in realtà sono solo quelle rese necessarie dall'opera di coordinamento e riordino sistematico delle disposizioni previgenti, restando escluse modifiche sostanziali della disciplina, come le regole di competenza dettate dal codice di rito, sia pure con riferimento a procedimenti incidentali. Peraltro, non figurando tra le norme espressamente abrogate dal t.u. in materia di spese di giustizia, l'art. 73 norme att. c.p.p. deve ritenersi ancora vigente e, in ragione del rapporto di specialità, prevalente rispetto alla successiva normativa di carattere generale contenuta nel t.u. sulle spese giudiziali.

L'art. 168 del d.p.r. n. 115 del 2002 regola in generale la liquidazione dei compensi ai custodi giudiziari e agli ausiliari del giudice ma non si riferisce anche al consulente tecnico nominato dal pubblico ministero, cui continua ad applicarsi la normativa mutuata dalla disciplina per la perizia, secondo cui la competenza a provvedere alla liquidazione dei compensi del consulente tecnico spetta all'organo che lo ha nominato. Tale disciplina speciale si spiega in ragione dello stretto vincolo fiduciario che lega il magistrato al perito o al consulente tecnico: in particolare il rapporto tra pubblico ministero e consulente tecnico permane anche nel corso del processo e non ammette interferenze nel corso del giudizio da

²⁴ Così art. 7, comma 2, lett. d) della l. 8 marzo 1999, n. 50, così come modificata dalla l. 24 novembre 2000.

parte del giudice del dibattimento. Come la nomina, l'affidamento di altri incarichi, la scelta di esaminare o meno il proprio consulente nell'istruzione dibattimentale sono rimessi alla discrezionalità del pubblico ministero, così anche la valutazione dell'opera ai fini della liquidazione del compenso non può che spettare al pubblico ministero.

Diversamente il giudice del dibattimento, cui fosse attribuita, in quanto giudice precedente, la competenza ad emettere il decreto di pagamento del consulente tecnico del pubblico ministero, potrebbe

trovarsi nell'impossibilità di conoscere e valutare l'attività svolta dal consulente ai fini di liquidarne i compensi, qualora l'accusa decidesse di non chiedere l'esame del proprio consulente. In tal caso l'*impasse* determinata dall'applicazione dell'art. 168 del d.p.r. n. 115 del 2002 non potrebbe essere superata, se non violando il principio di separazione delle fasi del procedimento.

Anche questa ragione di ordine pratico conferma la fondatezza della ricostruzione ermeneutica proposta dalle Sezioni Unite.

Nei confronti della persona giuridica è consentita la confisca diretta, e non per equivalente, del profitto dei reati tributari

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 5 marzo 2014, sentenza, n. 10561 – Pres. Santacroce; Rel. Davigo

È consentito nei confronti della persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta di denaro o altri beni fungibili direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica; quando non sia stato reperito il profitto del reato tributario compiuto dagli organi, non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trento, in data 18 gennaio 2013, richiese il sequestro preventivo di un immobile abitativo avente un valore di euro 486.000 di proprietà di persona sottoposta ad indagini per il reato previsto dall'art. 10-ter d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, in quanto, nella qualità di legale rappresentante della (omissis) s.r.l, aveva omesso di versare per i periodi di Imposta 2009 e 2010 l'imposta sul valore aggiunto per complessivi euro 455.827,27. Il debito di imposta, al netto delle rate versate, in conseguenza di un accordo con l'Agenzia delle entrate per il rientro dei debiti tributari, ammontava ad euro 332.228,52.

2. Con ordinanza del 22 gennaio 2013 il Giudice per le Indagini preliminari del Tribunale di Trento rigettò la richiesta: dei P.M. assumendo che non era stata evidenziata alcuna ragione di *periculum*.

3. Avverso tale provvedimento il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trento interpose appello deducendo la sussistenza del *fumus commissi delicti* (in ragione degli omessi versamenti di imposta nei termini) e del *periculum* (implicito nella confiscabilità di beni per equivalente, posto che nei casi di cui all'art. 10-ter d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, si applica l'art. 322-ter cod. pen. In forza del rinvio operato dall'art. 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244).

4. Nel corso del procedimento cautelare d'appello l'indagato (il quale, sentito dalla polizia giudiziaria, aveva

ammesso il fatto contestato sostenendo che: la società si era trovata in gravi difficoltà economiche dal luglio del 2008 a causa della perdita di un cliente importante; ciò aveva prodotto una mancanza di liquidità; aveva usato le risorse per pagare i fornitori e i dipendenti, piuttosto che adempiere le obbligazioni verso l'erario), assumeva: a) di non aver personalmente conseguito alcun profitto del reato, confluito alla società; b) che, perciò, nessuna confisca avrebbe potuto essere disposta nei suoi confronti; c) che il pagamento rateale concordato tra la società e l'Agenzia delle Entrate aveva fatto venir meno le ragioni del sequestro; d) che il patrimonio della società, soggetto beneficiario del profitto del reato, poteva, per la sua consistenza, essere sottoposto a sequestro; e) che mancava l'elemento soggettivo del reato in considerazione delle cause che avevano portato al mancato versamento delle imposte e all'accordo successivo con l'erario.

5. Il Tribunale di Trento, con ordinanza del 12 febbraio 2013, accoglieva l'appello proposto dal Pubblico Ministero e disponeva il sequestro preventivo per equivalente dell'immobile di proprietà di G. fino a concorrenza della somma di euro 332.228,52.

Il Tribunale riteneva che;

a) Il piano di rientro del debito concordato dalla società con l'Agenzia delle Entrate non comportava né l'estinzione del reato, né l'impossibilità del sequestro, atteso che fino a quando il versamento non fosse stato completo il destinatario del provvedimento di sequestro avrebbe continuato ad avere la disponibilità ancorché parziale del profitto del

reato, potendosi al più procedere ad una riduzione dell'oggetto del sequestro in conseguenza dei versamenti effettuati;

b) quanto alle questioni relative alla «co-obbligata società, sotto il profilo della dedotta capienza del patrimonio sociale, degli utili dell'ultimo esercizio, della eventuale scelta di non sottoporre a pignoramento i beni sociali», il sequestro per equivalente funzionale alla confisca, avendo natura provvisoria, può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, anche se poi il provvedimento definitivo di confisca, rivestendo invece natura sanzionatoria, non può essere duplicato o comunque eccedere nel *quantum l'ammontare complessivo dello stesso profitto*;

c) nessun rilievo aveva il fatto che l'immobile sequestrato fosse stato acquistato da (*omissis*) nel 1987, cioè prima della commissione dei reati contestati, perché il sequestro era finalizzato alla confisca per equivalente;

d) Il profitto derivante dai reati contestati doveva essere identificato «con l'importo dell'iva evasa» e che, non risultando «agli atti beni confiscabili in capo al prevenuto che costituiscono il profitto della condotta», si poteva procedere al sequestro per equivalente dagli altri beni nella disponibilità dell'indagato;

e) Infondato doveva considerarsi l'assunto difensivo basato sulla prospettata assenza di dolo, atteso che questo non poteva «dirsi escluso in presenza di ulteriori finalità dell'azione o di ulteriori profitti», costituiti dalla prospettata esigenza di far fronte alle necessità della impresa;

f) Il *periculum* coincideva con la confiscabilità del bene per equivalente.

6. Ha presentato ricorso per cassazione la persona sottoposta ad indagini personalmente deducendo quattro motivi.

6.1. Con il primo motivo l'indagato sostiene che il Pubblico Ministero, nella sua originaria domanda indirizzata al Giudice per le indagini preliminari, si era limitato a chiedere il sequestro preventivo e che, invece, solo con l'atto di appello aveva fatto riferimento al sequestro per equivalente «con ciò modificando di fatto l'originaria domanda in corso di procedura e privando così la difesa di un grado di giudizio».

Si osserva che il mutamento della domanda non poteva considerarsi irrilevante nella specie, atteso che, ove si fosse proceduto in appello facendo riferimento al sequestro preventivo funzionale alla confisca diretta del profitto del reato, come il Pubblico Ministero aveva inteso fare nella domanda originaria, il Tribunale non avrebbe potuto poi sequestrare l'abitazione da lui acquistata nel 1987, cioè un bene del tutto privo di pertinenzialità con il reato.

Secondo il ricorrente, il Pubblico Ministero non avrebbe potuto mutare la originaria richiesta di sequestro preventivo, a rigetto ottenuto, veicolando altra e diversa richiesta di sequestro per equivalente a mezzo di appello contro l'ordinanza di rigetto. Sulla base di tali presupposti ha chiesto l'annullamento dell'ordinanza impugnata per l'inammissibilità (o l'invalidità) della richiesta formulata con l'appello, non formulata in precedenza.

6.2. Il secondo motivo di ricorso è proposto ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b), c) ed e) cod. proc. pen.

Sotto un primo profilo, il ricorrente deduce che non si sarebbe potuto procedere al sequestro per equivalente nei suoi confronti, in quanto il pubblico Ministero e, successivamente il Tribunale avrebbe dovuto prima verificare la possibilità di procedere al sequestro diretto del reato nei confronti della società.

Il Tribunale, avendo ommesso tale verifica, aveva violato l'art. 322-ter cod. pen. nella parte in cui tale norma richiede, per procedere al sequestro per equivalente, che sia accertata la impossibilità di procedere in via diretta sui cespiti della società; e in caso di impossibilità di confisca diretta si sarebbe dovuto procedere al sequestro per equivalente nei confronti della società.

In ogni caso il Tribunale avrebbe dovuto spiegare perché doveva ritenersi impossibile la confisca diretta presso la società della somma corrispondente all'imposta evasa, non potendo detta impossibilità essere costituita dal fatto che il Pubblico Ministero non avesse chiesto alcunchè.

Viene precisato che: a) il ricorrente non aveva conseguito materialmente alcun profitto dal reato contestatogli; b) la somma non corrisposta all'erario era stata utilizzata dalla società per pagare i dipendenti; c) nel caso di reato tributario commesso dall'amministratore di una società, questa non può essere considerata terza estranea, quando, come nel caso di specie, il profitto rimane nelle casse sociali, e ciò pur se non è prevista una sua responsabilità amministrativa.

Il ricorrente sostiene di essere stato attinto da una misura cautelare, in forza di un profitto *ictu oculi* percepito esclusivamente da un terzo, nei cui confronti avrebbe potuto essere disposta la confisca diretta del profitto del reato che, a suo dire, si troverebbe ancora interamente nel patrimonio della società.

6.3. Con il terzo motivo viene dedotta la violazione dell'art. 322-ter cod. pen. per essere l'ordinanza impugnata fondata su motivazione meramente apparente; si deduce, in particolare, il vizio del provvedimento impugnato nella parte relativa al *periculum* che, secondo il ricorrente, non poteva essere considerato coincidente con la mera confiscabilità del bene.

Il Tribunale non aveva considerato in motivazione, al fine di eludere la sussistenza del requisito del *periculum*, una serie di elementi concreti, e cioè: a) la società aveva concordato un piano di rientro volto a garantire il pagamento delle imposte evase; b) la società aveva in corso pagamenti rateali per il rientro del debito; c) l'intervenuta ammissione dell'addebito da parte dell'indagato; d) i motivi che avevano indotto la società a non corrispondere l'imposta, cioè la situazione di crisi economica e il mancato conseguimento personale di alcun profitto da parte del ricorrente.

6.4. Con il quarto motivo viene dedotto il vizio di motivazione del provvedimento impugnato in relazione al *fumus commissi delicti*, nella parte relativa al dolo del reato contestato, con particolare riguardo alla volontarietà della omissione, essendosi trovato il ricorrente nella sostanziale impossibilità di compiere la azione doverosa.

NEI CONFRONTI DELLA PERSONA GIURIDICA È CONSENTITA LA CONFISCA DIRETTA

7. La Terza Sezione della Corte di Cassazione, cui il ricorso era stato assegnato con ordinanza n. 46726 del 30 ottobre 2013, depositata il 22 novembre 2013, lo ha rimesso alle Sezioni Unite, sul presupposto dell'esistenza di un contrasto di giurisprudenza sulla questione così indicata: *“se sia possibile o meno aggredire direttamente i beni di una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante della stessa”*

La Terza Sezione ha evidenziato come, in tema di reati tributari, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente possa essere disposto non solo per il prezzo, ma anche per il profitto del reato, «in ragione dell'integrale rinvio alle “disposizioni di cui all'art. 322-ter del codice penale, contenuto nell'art. 1, comma 143, della legge n. 204 del 2007 e come tale indirizzo giurisprudenziale sia stato confermato dalla modifica apportata all'art. 322-ter cod. pen. dell'art. 1, comma 75, lett o) della legge 6 novembre 2012, n. 190» che ha espressamente esteso l'ambito della confisca per i delitti previsti dagli articoli da 314 a 320 cod. pen. anche al profitto.

Per l'ordinanza di remissione, il secondo motivo di ricorso implicherebbe la soluzione della questione di diritto indicata, sulla quale si registrerebbe un contrasto di giurisprudenza.

Secondo alcune pronunce, infatti, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente potrebbe avere ad oggetto i beni di una persona giuridica anche al di fuori dei casi in cui la sua creazione sia finalizzata a farvi confluire i profitti degli illeciti fiscali quale società-schermo.

A fondamento dell'indirizzo in questione vi sarebbe il dato obiettivo per cui, sebbene il reato tributario sia addebitabile all'indagato, le conseguenze patrimoniali ricadono sul patrimonio della persona giuridica a favore della quale l'autore del reato ha agito, salvo che non vi sia la prova della rottura del rapporto di immedesimazione organica tra la persona fisica e la società.

Proprio tale considerazione, secondo la Sezione rimettente, rende necessario, ai fini del sequestro per equivalente dei beni della persona giuridica, che questa sia responsabile ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Secondo l'impostazione in esame, la società, ancorché non sia possibile configurare una sua responsabilità per il reato commesso dall'amministratore, non potrebbe comunque essere considerata terza estranea al reato, partecipando invece essa alla utilizzazione degli incrementi che ne sono derivati, per il fatto di essere rimasto il profitto nelle casse dell'ente medesimo.

Si valorizza inoltre il dato per cui, in generale, la legge consente la confisca diretta dei beni, che costituiscono il profitto del reato, anche nel caso in cui si trovino nel patrimonio di terzi soggetti, indipendentemente dal fatto che il terzo sia un concorrente nel reato, e, nel caso si tratti di società, prescindendo dalla previsione o meno di responsabilità amministrativa per il reato medesimo. In tale contesto, l'orientamento richiamato precisa peraltro come, per procedere al sequestro funzionale alla confisca per equivalente, sia necessario verificare, motivando adeguatamente sul punto, la impossibilità di una confisca diretta dei beni costituenti il profitto del reato.

Secondo altro e contrastante indirizzo giurisprudenziale, prosegue l'ordinanza di remissione, il sequestro preventivo, finalizzato alla confisca per equivalente dei beni appartenenti alla persona giuridica, non sarebbe ammissibile nel caso in cui si proceda per violazioni finanziarie commesse dal legale rappresentante della società, e ciò perché gli artt. 24 e seguenti del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, non prevedono i reati tributari tra le fattispecie che giustificano l'adozione del provvedimento di confisca (e quindi di quello di sequestro alla confisca finalizzato).

Tale principio sarebbe superabile solo nel caso in cui la struttura aziendale costituisca un apparato fittizio utilizzato dal reo per commettere gli illeciti, dato che ogni cosa fittiziamente intestata alla società è immediatamente riconducibile alla disponibilità dell'autore del reato.

Tale soluzione sarebbe inevitabile anche se la normativa vigente sarebbe scevra da profili di irragionevolezza, poiché, mentre nei casi di reati tributari compiuti nell'ambito di fenomeni associativi a carattere transnazionale, sarebbe possibile disporre, ai sensi dell'art. 10 della legge 16 marzo 2006, n. 146, la confisca per equivalente dei beni della società coinvolta, diversamente avverrebbe in assenza del carattere della transnazionalità dell'illecito, anche a fronte di un ammontare maggiore della imposta evasa.

8. Il Primo Presidente, con decreto del 2 novembre 2013, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione dello stesso l'odierna udienza camerale.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il primo motivo di ricorso, secondo il quale nella sua originaria domanda il Pubblico Ministero si era limitato a chiedere genericamente il sequestro preventivo e che solo con l'atto di appello aveva fatto riferimento al sequestro per equivalente, così mutando l'originaria domanda, è manifestamente infondato.

Nella richiesta di sequestro preventivo avanzata dal Pubblico Ministero al Giudice per le indagini preliminari era precisato che l'I.V.A. sottratta al fisco costituiva il profitto del reato, «in ordine al quale è possibile la confisca per equivalente» (p. 2 richiesta del 18 gennaio 2013).

Non vi è stato quindi alcun mutamento della domanda cautelare da parte del Pubblico Ministero nel successivo appello, rispetto a quella contenuta nella iniziale richiesta di sequestro.

2. Il secondo motivo di ricorso è manifestamente infondato, ma nell'esaminarlo per dar conto di tale manifesta infondatezza è necessario chiarire la questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite che può così riassumersi:

«Se sia possibile o meno disporre il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta o per equivalente nei confronti di beni di una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante o da altro organo della stessa».

2.1. La risoluzione di tale questione presuppone una disamina della disciplina della confisca del profitto di reato (e del sequestro preventivo finalizzato alla confisca stessa) nei reati tributari.

2.2. Va ricordato che il reato di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto (art. 10-ter d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), che si consuma con il mancato pagamento

dell'imposta dovuta in base alla dichiarazione annuale, per un ammontare superiore ad euro cinquantamila, entro la scadenza del termine per il pagamento dell'acconto relativo al periodo di imposta dell'anno successivo, non si pone in rapporto di specialità ma di progressione illecita con l'art. 13, comma primo, d.lgs. n. 471 del 1997, che punisce con la sanzione amministrativa l'omesso versamento periodico dell'imposta entro il mese successivo a quello di maturazione del debito mensile I.V.A., con la conseguenza che al trasgressore devono essere applicate entrambe le sanzioni (Sez. U, n. 37424 del 28/03/2013, Romano, Rv. 255757).

2.3. L'art. 1, comma 143, legge 24 dicembre 2007, n. 244 prevede: «Nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater e 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'art. 322-ter del codice penale».

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che, in tema di reati tributari, il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, può essere disposto non soltanto per il prezzo, ma anche per il profitto del reato. (Sez. 3, n. 35807 del 07/07/2010, Bellonzi, Rv. 248618. In motivazione la Corte ha precisato che l'integrale rinvio alle disposizioni di cui all'articolo 322-ter cod. pen., contenuto nell'art. 1, comma 143, legge n. 244 del 2007, consente di affermare che, con riferimento ai reati tributari, trova applicazione non solo il primo ma anche il secondo comma della norma codicistica).

La stessa Terza Sezione ha successivamente precisato che il principio rimane valido anche dopo le modifiche apportate all'art. 322-ter cod. pen. dalla legge n. 190 del 2012 (Sez. 3, n. 23108 del 23/04/2013, Nacci, Rv. 255446).

Stante l'espresso richiamo, contenuto nell'art. 322-ter cod. pen. alla confisca diretta, è all'evidenza applicabile altresì la confisca di cui all'art. 240 cod. pen. al profitto di reato.

2.4. Quanto alla determinazione del profitto in tema di reati tributari, il profitto, confiscabile anche nella forma per equivalente, è costituito da qualsivoglia vantaggio patrimoniale direttamente conseguito alla consumazione del reato e può, dunque, consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento del tributo, interessi, sanzioni dovuti a seguito dell'accertamento del debito tributario. (Sez. U, n. 18374 del 31/01/2013, Adami, Rv. 255036 in tema di reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, di cui all'art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000).

Nello stesso senso è stato chiarito che, in tema di reati tributari, il profitto, confiscabile anche nelle forme per equivalente, del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, di cui all'art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000 va individuato nella riduzione simulata o fraudolenta del patrimonio su cui il fisco ha diritto di soddisfarsi e, quindi, nella somma di denaro la cui sottrazione all'erario viene perseguita, non importa se con esito favorevole o meno, attesa la struttura di pericolo del reato. (Sez. 3, n. 33184 del 12/06/2013, Abrusci, Rv. 256850; conf. nn. 33185, 33186, 33187, 33188 del 2013 non massimate).

2.5. Va anzitutto sottolineato che la confisca diretta del profitto di reato è istituto ben distinto dalla confisca per equivalente.

Deve essere tenuto ben presente che la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta.

La giurisprudenza di legittimità ha infatti affermato che, nel caso in cui il profitto del reato di concussione sia costituito da denaro, è legittimamente operato in base alla prima parte dell'art. 322-ter, comma primo, cod. pen. il sequestro preventivo di disponibilità di conto corrente dell'imputato. (Sez. 6, n. 35966 del 14/06/2007, Puliga, Rv. 236984)

Qualora il profitto tratto da taluno dei reati per i quali è prevista la confisca per equivalente sia costituito da denaro, l'adozione del sequestro preventivo non è subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell'indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato e il bene da confiscare, (Sez. 3, n. 1261 del 25/09/2012, dep. 2013, Marseglia, Rv. 254175. Fattispecie in tema di reati tributari).

È pertanto ammissibile il sequestro preventivo, ex art. 321 cod. proc. pen., qualora sussistano indizi per i quali il denaro di provenienza illecita sia stato depositato in banca ovvero investito in titoli, trattandosi di assicurare ciò che proviene dal reato e che si è cercato di nascondere con il più semplice degli artifici. (Sez. 6, n. 23773 del 25/03/2003, Madaffari, Rv. 225757)

Infatti, in tema di sequestro preventivo, nella nozione di profitto funzionale alla confisca rientrano non soltanto i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell'attività criminosa. (Sez. 2, n. 45389 del 06/11/2008, Perino, Rv. 241973).

La trasformazione che il denaro, profitto del reato, abbia subito in beni di natura, fungibili o infungibili, non è quindi di ostacolo al sequestro preventivo il quale ben può avere ad oggetto il bene di investimento così acquisito. Infatti il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca e quindi nelle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 321, comma 2, cod. proc. pen., il suddetto sequestro, deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa. (Sez. 6, n. 4114 del 21/10/1994, dep. 1995, Giacalone, Rv. 200855. Affermando siffatto principio la Cassazione ha ritenuto che legittimamente fosse stato disposto dal g.i.p. il sequestro preventivo di un appartamento che, in base ad elementi allo stato apprezzabili, era risultato acquistato con i proventi del reato di concussione).

Le Sezioni Unite avevano, del resto, ritenuto che, in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca prevista dall'art. 322-ter cod. pen., costituisce "profitto" del reato anche il bene immobile acquistato con somme

NEI CONFRONTI DELLA PERSONA GIURIDICA È CONSENTITA LA CONFISCA DIRETTA

di danaro illecitamente conseguite, quando l'impiego del denaro sia causalmente collegabile al reato e sia soggettivamente attribuibile all'autore di quest'ultimo. (Sez. U, n. 10280 del 25/10/2007, dep. 2008, Miragliotta, Rv. 238700: fattispecie in tema di concussione nella quale il danaro era stato richiesto da un ufficiale di p.g. per l'acquisto di un immobile).

In tutte le ipotesi sopra richiamate non si è in presenza di confisca per equivalente ma di confisca diretta del profitto di reato, possibile ai sensi dell'art. 240 cod. pen. ed imposta dall'art. 322-ter cod. pen., prima di procedere alla confisca per equivalente del profitto di reato.

2.6. La confisca del profitto di reato è possibile anche nei confronti di una persona giuridica per i reati commessi dal legale rappresentante o da altro organo della persona giuridica, quando il profitto sia rimasto nella disponibilità della stessa.

A tale riguardo va infatti rammentato che, a norma dell'art. 6, comma 5, d. lgs. n. 231 del 2001, anche nei confronti degli enti per i quali non sia applicabile la confisca-sanzione di cui all'art. 19 dello stesso decreto per essere stati efficacemente attuati i modelli organizzativi per impedire la commissione di reati da parte dei rappresentanti dell'ente, è «comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente». Si tratta, come è evidente, di una previsione di carattere generale che impone la confisca, diretta o per equivalente, del profitto derivante da reato, secondo una prospettiva non di tipo sanzionatorio, essendo fuori discussione la "irresponsabilità" dell'ente, ma di ripristino dell'ordine economico perturbato dal reato, che comunque ha determinato una illegittima locupletazione per l'ente, ad "obiettivo" vantaggio del quale il reato è stato commesso dal suo rappresentante. Nel rimarcare la peculiarità di tale figura di confisca, infatti, questa Corte non ha mancato di sottolineare che «in questo specifico caso, dovendosi - di norma - escludere un necessario profilo di intrinseca pericolosità della *res* oggetto di espropriazione, la confisca assume più semplicemente la fisionomia di uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo, che finirebbe, in caso contrario, per conseguire (sia pure incolpevolmente) un profitto geneticamente illecito» (cfr. Sez. U, n. 26654 del 27/03/2008 Fisia Italimpianti s.p.a., Rv. 239925).

2.7. Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente è legittimo solo quando il reperimento dei beni costituenti il profitto del reato sia impossibile, sia pure transitoriamente, ovvero quando gli stessi non siano aggredibili per qualsiasi ragione. (Sez. 3, n. 30930 del 05/05/2009, Piero, Rv. 244934).

Sotto questo profilo è necessario tuttavia chiarire che, versandosi in materia di misura cautelare reale, non è possibile pretendere la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto di reato, giacché, durante il tempo necessario per l'espletamento di tale ricerca, potrebbero essere occultati gli altri beni suscettibili di confisca per equivalente, così vanificando ogni esigenza di cautela.

Infatti, quando il sequestro interviene in una fase iniziale del procedimento, non è, di solito, ancora possibile stabilire se sia possibile o meno la confisca dei beni che costituiscono il prezzo od il profitto di reato, previa loro certa individuazione.

È perciò legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di beni costituenti profitto illecito anche quando l'impossibilità del loro reperimento sia anche soltanto transitoria e reversibile, purché sussistente al momento della richiesta e dell'adozione della misura, (Sez. 2 n. 2823 del 10/12/2008, dep. 2009, Schiattarella, Rv. 242653).

Del resto il sequestro preventivo finalizzato alla confisca, *ex art. 322-ter* cod. pen., del profitto del reato può essere disposto anche solo parzialmente nella forma per equivalente, qualora non tutti i beni costituenti l'utilità economica tratta dall'attività illecita risultino individuabili. (Sez. 2, n. 11590 del 09/02/2011, Sciammetta, Rv. 249883).

2.8. Si deve invece ritenere che non sia possibile la confisca per equivalente di beni della persona giuridica per reati tributari commessi da suoi organi, salva l'ipotesi in cui la persona giuridica stessa sia in concreto priva di autonomia e rappresenti solo uno schermo attraverso cui l'amministratore agisca come effettivo titolare, come affermato in numerose pronunzie (Sez. 3, n. 42476 del 20/09/2013, Salvatori, Rv. 257353; Sez. 3, n. 42638 del 26/09/2013, Preziosi; Sez. 3, n. 42350 del 10/07/2013, Stigelbauer, Rv. 257129; Sez. 3, n. 33182 del 14/05/2013, De Salvia, Rv. 2558710 già citata; Sez. 3, n. 15349 del 23/10/2012, dep. 2013, Gimeli, Rv. 254739; Sez. 3, n. 1256 del 19/09/2012, dep. 2013, Unicredit s.p.a., Rv. 254796; Sez. 3, n. 33371 del 04/07/2012, Failli; Sez. 3, n. 25774 del 14/06/2012, Amoddio, Rv. 253062; Sez. 6, n. 42703 del 12/10/2010, Giani). In una simile ipotesi, infatti, la trasmigrazione del profitto del reato in capo all'ente non si attegga alla stregua di trasferimento effettivo di valori, ma quale espediente fraudolento non dissimile dalla figura della interposizione fittizia; con la conseguenza che il denaro o il valore trasferito devono ritenersi ancora pertinenti, sul piano sostanziale, alla disponibilità del soggetto che ha commesso il reato, in apparente vantaggio dell'ente ma, nella sostanza, e favore proprio.

Le Sezioni Unite non ritengono fondato il diverso orientamento espresso in talune pronunzie.

La tesi della possibilità di procedere alla confisca per equivalente in capo alla persona giuridica per reati tributari attribuiti al legale rappresentante è stata sostenuta sull'assunto che tale possibilità deriva proprio dal rapporto organico esistente tra il soggetto indagato [...] e detta società» (così Sez. 3, n. 26389 del 09/06/2011, Occhipinti, Rv. 250679), ovvero sull'assunto che «nei rapporti tra...la persona fisica, alla quale è addebitato il reato, e la persona giuridica, chiamata a risponderne, non può che valere lo stesso principio applicabile a più concorrenti nel reato stesso, secondo il quale a ciascun concorrente devono imputarsi le conseguenze di esso» (così Sez. 3, n. 17485 del 11/04/2012, Maione, n.m.).

Inoltre è stato affermato che è possibile la confisca per equivalente dei beni della società, allorché l'autore del rea-

to ne abbia la disponibilità (Sez. 3, n. 28731 del 07/06/2011, Società cooperativa Burlando, n.m.).

Il primo argomento trascura che il rapporto fra ente ed un suo organo, di per sé, non è suscettibile di fondare l'estensione della confisca per equivalente, che si basa su specifiche disposizioni di legge, tanto più che è persino possibile che la persona giuridica, attraverso altri organi, promuova azione di responsabilità verso il suo amministratore che l'ha esposta a responsabilità (civile) conseguente a reato.

Il secondo argomento dà per presupposto quello che dovrebbe essere dimostrato e cioè che la società sia concorrente nel reato.

Nel vigente ordinamento, è prevista solo una responsabilità amministrativa e non una responsabilità penale degli enti (ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), sicché comunque la società non è mai autore del reato e concorrente nello stesso.

In ogni caso il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che ha introdotto la responsabilità amministrativa degli enti conseguente a reato, non contempla i reati tributari fra quelli per cui è prevista tale responsabilità amministrativa della persona giuridica.

La confisca per equivalente sui beni della società non può fondarsi neppure sull'assunto che l'autore del reato ne abbia la disponibilità in quanto amministratore (salva sempre l'ipotesi in cui la società sia un mero schermo fittizio), essendo tale disponibilità nell'interesse dell'ente e non dell'amministratore.

Sul punto è sufficiente rilevare che l'eventuale appropriazione indebita di beni della persona giuridica da parte di un amministratore può integrare il reato di cui all'art. 646 cod. pen. aggravato ai sensi dell'art. 61, n. 11, cod. pen. e quindi perseguibile d'ufficio, stante la distinzione fra il patrimonio della persona giuridica e quello dei suoi amministratori.

Una volta esclusa la fondatezza di tali argomenti, è necessario verificare se vi sia una base normativa per la confisca per equivalente in capo alla persona giuridica per i reati tributari commessi dai suoi organi. Anzitutto, come già notato, tale confisca (ed il sequestro alla stessa finalizzato) non può avvenire ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, ove si proceda per le violazioni finanziarie commesse dal legale rappresentante della società, atteso che gli artt. 24 e ss., del citato d. lgs. non prevedono i reati fiscali tra le fattispecie in grado di giustificare l'adozione del provvedimento, con esclusione dell'ipotesi in cui la struttura aziendale costituisca un apparato fittizio utilizzato dal reo per commettere gli illeciti. (Sez. 3, n. 1256 del 19/09/2012, dep. 2013, Unicredit, Rv. 254796).

L'art. 1, comma 143, legge 24 dicembre 2007, n. 244, non contiene una previsione autonoma di confisca per equivalente, ma si limita a richiamare l'art. 322-ter cod. pen.

La confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica non può fondarsi neppure sull'art. 322-ter cod. pen., dal momento che la citata disposizione si applica all'autore del reato e, come si detto, la persona giuridica non può essere considerata tale.

L'art. 11 della legge 16 marzo 2006, n. 146 che prevede la confisca obbligatoria, anche per equivalente, per i reati di cui all'art. 3 della stessa legge, cioè i reati transnazionali, non riguarda l'ipotesi della quale ci si occupa nel presente procedimento.

Si deve altresì escludere che sia possibile una interpretazione analogica delle citate disposizioni.

L'analogia sarebbe in *malam partem* e come tale non consentita in sede penale.

Infatti le Sezioni Unite hanno già chiarito che la confisca per equivalente, introdotta per i reati tributari dall'art. 1, comma 143, legge 27 dicembre 2007, n. 244, ha natura eminentemente sanzionatoria (Sez. U, n. 10374 del 31/01/2013, Adami, Rv. 255037).

2.9. Le Sezioni Unite sono consapevoli che la situazione normativa delineata presenta evidenti profili di irrazionalità, oltre che per gli aspetti già segnalati nell'ordinanza di rimessione, anche perché il mancato inserimento dei reati tributari fra quelli previsti dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, rischia di vanificare le esigenze di tutela delle entrate tributarie, a difesa delle quali è stato introdotto l'art. 1, comma 143, legge n. 244 del 2007.

Infatti è possibile, attraverso l'intestazione alla persona giuridica di beni non direttamente riconducibili al profitto di reato, sottrarre tali beni alla confisca per equivalente, vanificando o rendendo più difficile la possibilità di recupero di beni pari all'ammontare del profitto di reato, ove lo stesso sia stato occultato e non vi sia disponibilità di beni in capo agli autori del reato. Dovendosi anche sottolineare come la stessa logica che ha mosso il legislatore nell'introdurre la disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti finisca per risultare non poco compromessa proprio dalla mancata previsione dei reati tributari tra i reati presupposti nel d.lgs. n. 231 del 2001, considerato che, nel caso degli enti, il rappresentante che ponga in essere la condotta materiale riconducibile a quei reati non può che aver operato proprio nell'interesse ed a vantaggio dell'ente medesimo.

Tale irrazionalità non è peraltro suscettibile di essere rimossa sollevando una questione di legittimità costituzionale, alla luce della costante giurisprudenza costituzionale secondo la quale il secondo comma dell'art. 25 Cost. deve ritenersi ostativo all'adozione di una pronuncia additiva che comporti effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità penale, trattandosi di interventi riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore. (Sez. U, n. 38691 del 25/06/2009, Caruso, Rv. 244189).

Le Sezioni Unite non possono quindi che segnalare tali irrazionalità ed auspicare un intervento del legislatore, volto ad inserire i reati tributari fra quelli per i quali è configurabile responsabilità amministrativa dell'ente ai sensi del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

2.10. Devono pertanto essere affermati i seguenti principi di diritto:

«È consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni diret-

NEI CONFRONTI DELLA PERSONA GIURIDICA È CONSENTITA LA CONFISCA DIRETTA

tamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica».

«Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio».

«Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti degli organi della persona giuridica per reati tributari da costoro commessi, quando sia possibile il sequestro finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa in capo a costoro o a persona (compresa quella giuridica) non estranea al reato».

«La impossibilità del sequestro del profitto di reato può essere anche solo transitoria senza che sia necessaria la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto di reato».

2.11. Tutto ciò premesso, si deve rilevare che, nel caso in esame, è lo stesso ricorrente ed evidenziare che il profitto del reato fu utilizzato dalla s.r.l. per il pagamento dei dipendenti e per mantenere l'impresa in vita (p. 8, 9, 17 e 19 del ricorso) e l'assenza del profitto o comunque di adeguate disponibilità finanziarie in capo alla predetta società è confermata dalla ulteriore affermazione, contenuta nel ricorso, dell'essere intervenuto un accordo con l'Agenzia delle Entrate per un rientro rateale delle somme ancora dovute (p. 1, 2, 15 e 16 del ricorso).

Appare pertanto priva del presupposto di fatto, sulla scorta delle stesse deduzioni del ricorrente, la doglianza relativa alla mancata ricerca del profitto presso la società.

Anche a prescindere dalla considerazione che, in materia di misure cautelari reali, il ricorso per cassazione è consentito solo per violazione di legge e non per vizio di motivazione (rilevando soltanto la assoluta mancanza o apparenza della motivazione ai sensi dell'art. 125, comma 3, cod. proc. pen.) la motivazione da parte del Tribunale, sul punto della impossibilità della confisca diretta, è implicita, posto che la impossibilità non era controversa ed anzi dedotta dallo stesso ricorrente nella memoria presentata in sede di giudizio di appello il cui contenuto richiamato nell'ordinanza impugnata anche in punto di sottoscrizione di un piano di rientro (p. 2 ordinanza impugnata),

Nessuna rilevanza ha il fatto che il Tribunale non abbia motivato in punto di non applicabilità della confisca per equivalente su altri beni della società perché il vizio di motivazione denunciabile nel giudizio di legittimità è solo quello attinente alle questioni di fatto e non anche di diritto, giacché ove queste ultime, anche se in maniera immotivata o contraddittoriamente od illogicamente motivata, siano comunque esattamente risolte, non può sussistere ragione alcuna di doglianza. (Sez. 2, n. 19696 del 20/05/2010, Maugeri, Rv. 247123).

Non sussiste alcuna violazione di legge nel caso in esame, per le considerazioni esposte sulla non applicabilità della confisca per equivalente ai beni della persona giu-

ridica in materia di reati tributari commessi dagli organi dalla stessa.

3. Il terzo motivo di ricorso è manifestamente infondato e proposto al di fuori dei casi consentiti.

Il sequestro disposto ai sensi dell'art. 322-ter cod. pen. a differenza del sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma 2, cod. proc. pen., ha ad oggetto l'equivalente del profitto del reato, e quindi anche cose che non hanno rapporti con la pericolosità individuale del soggetto, e non sono collegate con il singolo reato; in tal caso il *periculum* coincide con la confiscabilità del bene. (Sez. 2, n. 1454 del 11/12/2007, dep. 2008, Battaglia, Rv. 239433).

Le doglianze svolte nel terzo motivo di ricorso riguardano circostanze diverse dalla necessità di prevenire il rischio di sottrazione del bene sequestrato alla confisca e non sono idonee ad inficiare l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato.

Nella richiesta di sequestro preventivo il Procuratore della Repubblica ha decurtato dall'ammontare del profitto individuato le somme già corrisposte all'Agenzia delle Entrate, secondo il piano di rientro, determinandolo non nell'intera imposta non versata, ma in quella minore di euro 332.228,52 e per tale ammontare il Tribunale ha disposto il sequestro preventivo, sicché neppure sotto tale profilo può ritenersi che l'intervenuto accordo tra la società Trento Pack e l'erario per un piano di rientro rateale impedisca la confisca del bene ed il sequestro alla stessa finalizzato.

Ha correttamente osservato il Tribunale che le ragioni del sequestro possono venire meno solo con il completamento del pagamento rateale concordato (p. 2 ordinanza impugnata).

4. Il quarto motivo di ricorso è manifestamente infondato.

La destinazione ad altro impiego di somme incassate, a titolo di I.V.A., per conto dell'erario ed a questo spettanti, è avvenuta consapevolmente, per stessa ammissione del ricorrente.

Del resto la giurisprudenza di legittimità ha osservato, quanto al reato di omesso versamento, da parte del sostituto d'imposta, delle ritenute operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti che esso si consuma alla scadenza del termine per la presentazione della dichiarazione annuale anche per i versamenti emessi, antecedentemente all'entrata in vigore dell'art. 1, comma 414, della legge n. 311 del 2004, introduttiva dell'art. 10-bis d.lgs. n. 74 del 2000, nel periodo di imposta 2004 e per i quali le scadenze periodiche mensili siano già maturate, senza con ciò venirsi a violare il principio di irretroattività della norma penale. (v. Sez. U, n. 37425 del 28/03/2013, Favellato, Rv. 255760).

Il Tribunale ha anche correttamente segnalato che la crisi economica o l'inadempimento di terzi non sono elementi idonei ad integrare lo stato di necessità (p. 4 ordinanza impugnata).

5. Il ricorso deve pertanto essere dichiarato inammissibile.

[Omissis]

LORENA PUCETTI*

Avvocato – Foro di Vicenza

La confisca sui beni della persona giuridica per reati tributari commessi dai vertici sociali: diretta o per equivalente?

The confiscation of corporation property for tax crimes committed by organs: direct or equivalent?

Le Sezioni Unite hanno stabilito che nei confronti della persona giuridica è possibile la confisca diretta di denaro o altri beni fungibili riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica mentre, quando il profitto del reato tributario non sia rimasto nella disponibilità dell'ente, non è consentita la confisca per equivalente di altri beni della persona giuridica. La pronuncia risolve il contrasto giurisprudenziale stabilendo il principio che la confisca per equivalente non è consentita nei confronti della persona giuridica per i reati tributari, non essendo questi contemplati nel novero dei reati-presupposto di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Inoltre, viene enunciato il principio secondo cui deve ritenersi possibile la confisca diretta del profitto reperibile presso la persona giuridica, sebbene l'attuale quadro normativo non legittimi per i reati tributari alcuna forma di confisca nei confronti dell'ente.

United Sections have established that is allowed against the corporation the direct confiscation of money or other fungible goods ascribable to the profit of the tax offence committed by the organs of the corporation, whereas the confiscation for an equivalent of other goods or property belonging to the corporation is not allowed when the profit of the tax offence has not remained at the disposal of the corporation. The judgment solves the jurisprudential contrast by establishing the principle that the confiscation due to tax offences for equivalent against the corporation is not allowed since tax offences are not provided for in the category of the offences-assumptions according to the Act No 231 of 8 June 2001. Moreover it is enunciated the principle according to which it is possible the direct confiscation of the profit available by the corporation, although the Act does not legitimate any form of confiscation against the corporation as regards tax offences.

LA VICENDA

Con la pronuncia in esame la Corte di Cassazione ha fatto chiarezza sulla controversa questione se, in tema di reati tributari, sia consentito procedere nei confronti della persona giuridica al sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente. Nel caso specifico, il Tribunale di Trento aveva disposto il sequestro preventivo per equivalente di un immobile di proprietà della persona fisica indagata per il reato di cui all'art. 10-ter d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, cui si contestava di aver omesso, in qualità di legale rappresentante di una società, il versamento di imposta.

Detto provvedimento era stato emesso a seguito di appello proposto dalla Procura avverso l'ordinanza di rigetto del Giudice per le indagini preliminari. La persona indagata aveva proposto ricorso per cassazione deducendo vari motivi fra i quali, in particolare, che il sequestro per equivalente nei suoi confronti non avrebbe potuto essere disposto se non previa verifica della impossibilità di procedere alla confisca diretta del profitto del reato nei confronti della società. Secondo il ricorrente, mancando la motivazione relativa a tale impossibilità di confiscare i cespiti della società, il Tribunale avrebbe violato l'art. 322-ter c.p. nella parte in cui tale norma stabilisce che la confisca

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

NEI CONFRONTI DELLA PERSONA GIURIDICA È CONSENTITA LA CONFISCA DIRETTA

nella forma per equivalente può essere disposta soltanto in via residuale, e cioè qualora non sia possibile procedere alla confisca in forma diretta del profitto del reato. La Terza Sezione della Corte di Cassazione, cui il ricorso era stato assegnato, ha ritenuto che la doglianza del ricorrente volta ad invocare la preventiva escussione del patrimonio societario, imponesse preliminarmente la soluzione della questione sottesa e cioè quella relativa alla possibilità di confiscare i beni della società per i reati tributari¹. Tuttavia, con riguardo al sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, l'ordinanza ha ricordato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sulla applicabilità o meno di tale misura nei confronti della persona giuridica. Quanto alla confisca diretta dei beni dell'ente, la medesima ordinanza ha dato atto dell'esistenza di pronunce le quali hanno recentemente ammesso detto provvedimento ablativo². Pertanto, il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite, sul presupposto dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sulla questione così indicata: «se sia possibile o meno aggredire direttamente i beni di una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante della stessa». Dunque, l'ordinanza di rimessione ha sollecitato la pronuncia delle Sezioni Unite non solo con riferimento alla controversa ammissibilità della confisca per equivalente, ma anche in relazione alla confisca diretta dei beni dell'ente. La Corte di Cassazione rilevando che, sulla scorta delle stesse deduzioni del ricorrente, risultava agli atti l'impossibilità della confisca diretta del profitto del reato presso la società, ha dichiarato inammissibile il ricorso. Peraltro, nell'esaminare la questione demandata alle Sezioni Unite, la pronuncia ha colto l'occasione per affermare alcuni principi generali in ordine alla confisca, sia diretta che per equivalente, nei confronti della persona giuridica in tema di reati tributari.

LA CONFISCA DIRETTA O PER EQUIVALENTE: BREVI CENNI

Prima di esaminare le argomentazioni espone, appare opportuno richiamare brevemente le diverse figure di confisca contemplate nel vigente ordinamento. La confisca di cui all'originaria previsione codicistica è quella disciplinata dall'art. 240 c.p., ed è una misura attraverso la quale si procede alla diretta apprensione di tutto ciò che costituisce il prez-

zo, il prodotto o il profitto del reato. La confisca per equivalente, invece, è uno strumento alternativo che, nell'impossibilità di aggredire i beni che rappresentano lo specifico profitto del reato, consente che il provvedimento di sequestro si rivolga a somme di denaro, beni o altre utilità per un valore pari ai proventi illeciti. Ipotesi di confisca per equivalente sono state introdotte all'interno del codice penale, dapprima in materia di usura, poi di delitti contro la pubblica amministrazione, di truffa aggravata, di riciclaggio e di reati contro la personalità individuale³. Anche nella legislazione speciale è stata inserita la confisca per equivalente in molti settori ed in particolare nell'ambito dei reati societari, in tema di c.d. "market abuse" ed in alcuni reati tributari⁴. A ciò si aggiunga che l'art. 19, comma 2, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità amministrativa della persona giuridica, ha previsto la confisca per equivalente del profitto del reato nei confronti dell'ente. Si deve sottolineare che il progressivo aumento di previsioni normative di confisca per equivalente, e la maggior facilità di realizzazione a fronte della fungibilità dei beni aggredibili, ha reso questa forma di provvedimento ablativo molto più diffusa nell'applicazione pratica rispetto alla confisca di cui all'art. 240 c.p. Va peraltro rilevato che, in base alla tradizionale classificazione, la confisca di cui all'art. 240 c.p. e la confisca per equivalente sono istituti caratterizzati da una differente natura giuridica. La prima costituisce una misura di sicurezza patrimoniale la cui finalità ha fundamentalmente carattere cautelare, mentre la confisca per equivalente ha una funzione prettamente sanzionatoria. E' evidente, infatti, che quest'ultima non ha nulla a che fare con il perseguimento di esigenze special-preventive, legate ad una qualche pericolosità oggettiva del bene confiscato, quanto piuttosto con la finalità di privare il reo di ogni possibile guadagno o utilità derivante dall'illecito commesso⁵. In tal senso, anche il pacifico

³ Si vedano la l. 7 marzo 1996, n. 108 che ha modificato l'art. 644 c.p.; la l. 29 settembre 2000 n. 300 che ha introdotto l'art. 322-ter c.p. e 640-quater c.p.; il d.lgs. 21 novembre 2007 n. 231 che ha introdotto l'art. 648-quater c.p. e la l. 11 agosto 2003 n. 228 che ha inserito l'art. 600-septies c.p.

⁴ Rispettivamente, si vedano l'art. 2641, comma 2, c.c., come sostituito dal d.lgs. 11 aprile 2002 n. 61, l'art. 187, d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 588 (t.u.f. per come modificato dalla l. 18 aprile 2005 n. 62) in relazione ai reati di cui agli artt. 184 «abuso di informazioni privilegiate» e 185 «manipolazione del mercato» ed infine l'art. 1, comma 143, l. 24 dicembre 2007 n. 244 il quale prevede che in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater, 11 d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74, «si osservano in quanto applicabili le disposizioni di cui all'art. 322-ter c.p.».

⁵ In questi termini Di Amato, *L'invito a ridisegnare le ipotesi della misura conferma la contraddittorietà della disciplina*, Guida dir., 2009, 48, 73.

¹ Cass., sez. III, ord. 22 novembre 2013, *Dir. pen. proc.*, 2014, 413.

² Sono Cass., sez. III, 4 ottobre 2012, n. 38740, in questa Rivista, 2013, 2, 60 e Cass., sez. III, 10 maggio 2012, n. 17485, *Guida dir.*, 2012, 33, 80.

orientamento della giurisprudenza attribuisce alla confisca per equivalente carattere preminentemente sanzionatorio, come del resto confermato anche nella pronuncia in esame⁶. Ciò premesso, occorre altresì tenere presente che la confisca, presupponendo la commissione di un reato, rappresenta una misura destinata a colpire i beni della persona fisica autore dell'illecito. Si pone peraltro il problema se, nelle ipotesi in cui la persona fisica abbia agito in nome e per conto o comunque a vantaggio di una persona giuridica, quest'ultima rimanga immune dalle conseguenze patrimoniali di una confisca. O se invece anche i beni che appartengono alla persona giuridica possano essere colpiti dalla misura della confisca, sia in forma diretta che per equivalente. Al riguardo si osserva che, proprio perché tale misura è precipuamente rivolta al soggetto attivo del reato, la confisca può essere estesa alla persona giuridica nel cui interesse ha agito l'organo soltanto in forza di uno specifico riferimento normativo che lo consenta. Ed al riguardo, l'introduzione del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, che prevede per determinati reati la responsabilità amministrativa dell'ente e la conseguente possibilità della confisca, rappresenta quel raccordo normativo in base al quale è possibile applicare la confisca ai beni della persona giuridica. Peraltro, dal novero dei reati presupposto elencati nel decreto citato, sono esclusi i reati tributari. Pertanto, la dottrina dominante ritiene che, per il principio di legalità, in materia di reati tributari sia esclusa la possibilità della confisca dei beni della persona giuridica⁷. Invece, la giurisprudenza di legittimità, come si andrà approfondendo, si mostra incline a ricorrere a interpretazioni giuridiche volte a superare l'assenza di una norma che autorizzi esplicitamente la confisca dei beni dell'ente per i reati tributari⁸. Si osserva, tuttavia, che l'elaborazione giurisprudenziale si è sviluppata in relazione alla possibilità o meno di ammettere, nei confronti dell'ente, la confisca per equivalente. Mentre, l'applicabilità della confisca diretta è emersa solo di recente, e precisamente nelle pronunce citate nell'ordinanza di rimessione.

⁶ In tal senso, più di recente, Cass., sez. III, 19 giugno 2012, n. 33587, *Guida dir.*, 2012, 41, 83; Cass., sez. I, 28 febbraio 2012, n. 11768. Con riferimento ai reati tributari, nella motivazione della pronuncia in esame si ricorda che «le Sezioni Unite hanno già chiarito che la confisca per equivalente, introdotta per i reati tributari, dall'art. 1, comma 143, l. 27 dicembre 2007 n. 244, ha natura eminentemente sanzionatoria»: Cfr. Cass., sez. un., 31 gennaio 2013 n. 18374.

⁷ Sul punto, per tutti, Ambrosetti-Mezzetti-Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna 2012, 54 ss.

⁸ Per un'analisi dell'orientamento della giurisprudenza si veda Carboni, *I reati tributari commessi dal legale rappresentante e la (im)possibilità di applicare il sequestro per equivalente nei confronti dell'ente*, *Dir. pen. proc.*, 2014, 414.

Questione dunque, in tema di reati tributari, nuova e non meno problematica rispetto a quella relativa alla confisca per equivalente. Nell'esaminare tutti questi aspetti, la pronuncia delle Sezioni Unite, ha affermato alcuni principi generali in materia di confisca dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi dagli organi della persona giuridica stessa.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO DELLE SEZIONI UNITE

Al fine di una migliore comprensione dei punti salienti della pronuncia in esame, appare utile riportare, sia pure schematicamente, il percorso logico seguito nella motivazione. L'argomentazione prende le mosse da considerazioni di ordine generale in tema di confisca, e dunque non esclusivamente con riferimento ai reati tributari. La soluzione della questione parte dalla premessa che in generale «la confisca diretta del profitto del reato è istituito ben diverso dalla confisca per equivalente». Ed in tal senso, viene ricordato che «la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta». Ciò premesso, la Corte sottolinea che la confisca diretta del profitto del reato è possibile anche nei confronti di una persona giuridica per i reati commessi dal legale rappresentante o da altro organo della persona giuridica, quando il profitto sia rimasto nella disponibilità della stessa. Al riguardo, si osserva che non rappresenta una novità l'affermazione della possibilità di procedere alla confisca diretta dei beni dell'ente, posto che, come già sottolineato in precedenza, la stessa ordinanza di rimessione ha richiamato due recenti sentenze che si sono pronunciate in questo senso. Del tutto inedito, invece, appare il riferimento normativo che legittimerebbe tale misura. Infatti, le citate pronunce hanno affermato l'applicabilità della confisca diretta dei beni appartenenti all'ente in base all'impostazione già seguita dalla giurisprudenza di legittimità, per la quale la società che abbia tratto profitto dal reato non può essere considerata persona estranea al reato⁹. Le Sezioni

⁹ Il riferimento alla persona estranea al reato è contenuto nell'art. 240, comma 4, c.p. ed è richiamato anche in altre disposizioni, come l'art. 322-ter c.p., nonché l'art. 2641, comma 3, c.c. Nell'interpretazione giurisprudenziale si è chiarito che persona estranea al reato è quella che, si tratti di persona fisica o giuridica, dalla commissione dell'illecito non ha tratto alcun vantaggio o utilità. In tal senso, si è più volte affermato che la confisca del profitto non è possibile quando esso appartenga a persona estranea al reato, tuttavia, nel caso in cui alla società derivino incrementi economici dalla commissione del reato, essa non può considerarsi persona estranea al reato. Sul concetto di persona estranea al reato in generale si veda Cass., sez. un., 28 aprile

NEI CONFRONTI DELLA PERSONA GIURIDICA È CONSENTITA LA CONFISCA DIRETTA

Unite, invece, fondano la possibilità di applicare la confisca diretta del profitto anche in relazione a beni che appartengono alla persona giuridica sulla norma di cui all'art. 6, comma 5, d.lgs. n. 231 del 2001 la quale stabilisce che anche nei confronti degli enti per i quali non sia applicabile la confisca-sanzione di cui all'art. 19 dello stesso decreto, essendo stati efficacemente attuati i modelli organizzativi, è «comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente». Da questo riferimento normativo la pronuncia trae il principio generale per il quale, la necessità del ripristino dell'ordine economico perturbato dal reato, impone la confisca, diretta o per equivalente, anche laddove all'ente non sia imputabile alcuna responsabilità. In una prospettiva, dunque, non di tipo sanzionatorio, bensì semplicemente recuperatoria dell'ingiusto vantaggio comunque confluente nelle casse dell'ente¹⁰. Sulla base di tali considerazioni, la Corte afferma il primo dei principi di diritto enucleati ovvero che *anche* in tema di reati tributari, è consentita la confisca diretta del profitto del reato nei confronti della persona giuridica. E dunque, nei reati tributari, la confisca diretta dei beni che costituiscono il profitto del reato può riguardare non solo i beni della persona fisica ma anche quelli della persona giuridica che abbia tratto vantaggio dalla commissione dell'illecito. Risolto il problema con riferimento alla confisca diretta, di seguito la sentenza chiarisce che, invece, la confisca per equivalente non può che riguardare esclusivamente la persona fisica posto che tale forma ablativa non deve ritenersi possibile sui beni della persona giuridica per reati tributari commessi dai suoi organi. Ed eccoci alla precipua questione che di recente è stata oggetto di un acceso contrasto giurisprudenziale. Con la pronuncia in esame le Sezioni Unite escludono che in tema di reati tributari sia consentito procedere alla confisca per equivalente di beni appartenenti alla persona giuridica, salvi i casi in cui quest'ultima rappresenti soltanto uno schermo fittizio attraverso

il quale opera la persona fisica. Tale affermazione muove dalla considerazione di fondo che la confisca per equivalente «si basa su specifiche disposizioni di legge». Tuttavia, prosegue la motivazione, non esiste una base normativa che legittimi la confisca per equivalente in capo alla persona giuridica per i reati tributari commessi dai suoi organi. In particolare, si rileva che tale confisca non può avvenire ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001, posto che gli artt. 24 e ss. del citato decreto non prevedono i reati tributari tra le fattispecie idonee a giustificare l'adozione del provvedimento¹¹. Trascurando di riferire gli altri dati normativi presi in considerazione, si osserva che la pronuncia ha affermato che la confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica non può fondarsi neppure sull'art. 322-ter c.p., richiamato dall'art. 1, comma 143, l. n. 244 del 2007, atteso che la disposizione «si applica all'autore del reato». In tal senso, come si è esposto in precedenza, l'impianto della motivazione poggia proprio sulla considerazione che la confisca di cui agli artt. 240 e 322-ter c.p. è precipuamente riferita alla persona fisica autore del reato, fatta salva la possibilità di ammettere la confisca diretta sui beni dell'ente in virtù del principio sopra esposto di ripristino dell'ordine economico. Né, in assenza di una disposizione che consenta espressamente la confisca per equivalente nei reati tributari, la Corte ritiene possibile un'interpretazione analogica di altre disposizioni che prevedono tale misura. Infatti, avendo la confisca per equivalente natura sanzionatoria, l'analogia volta ad applicarla nei confronti dell'ente anche per i reati tributari, dovrebbe ritenersi *in malam partem*. In conclusione, pur evidenziando che la situazione normativa attuale presenta evidenti profili di irrazionalità, posto che il mancato inserimento dei reati tributari fra quelli previsti dal d.lgs. 8 giugno n. 231 del 2001 rischia di vanificare le esigenze di tutela delle entrate tributarie a salvaguardia delle quali è stato introdotto l'art. 1, comma 143, l. 24 dicembre n. 244 del 2007, le Sezioni Unite hanno stabilito che in tema di reati tributari non è consentito il sequestro per equivalente nei confronti della persona giuridica. Con il terzo principio di diritto la Corte precisa che, quando sia possibile la confisca diretta del profitto del reato, non è consentita la confisca per equivalente. Con tale affermazione, le Sezioni Uni-

1999, n. 9, *Dir. pen. proc.*, 1999, 961 e *Riv. pen.* 1999, 633; Cass., sez. I, 17 giugno 2011 n. 29197, Cass., sez. I, 7 luglio 2011, n. 34722. In tema di reati tributari, di recente, Cass., sez. III, 7 giugno 2011, n. 28731, *Guida dir.*, 2012, 28, 77, Cass., sez. III, 10 maggio 2012, n. 17485, *ivi*, 2012, 33, 80.

¹⁰ Sul fatto che la confisca prevista dall'art. 6, comma 5 del d.lgs. n. 231 del 2001 sia, a differenza di quella di cui all'art. 19, priva di una connotazione sanzionatoria si veda Bassi, *La determinazione del profitto confiscabile ai sensi dell'art. 19, D.LGS 231/2001: commento alla sentenza della Corte di Cassazione dell'11 novembre 2011 n. 3311*, *Resp. amm. delle società e degli enti*, 2012, 3, 172. Per un esame dei diversi tipi di confisca disciplinati dal d.lgs. n. 231 del 2001, si veda Epidendio, *La confisca nel sistema della responsabilità degli enti*, *Resp. amm. delle società e degli enti*, 2011, 4, 23.

¹¹ Si ricorda che con l'entrata in vigore della l. 15 luglio 2009 n. 94, che ha inserito l'art. 24-ter all'interno del d.lgs. n. 231 del 2001, i delitti di criminalità organizzata di cui agli artt. 416, 416-bis e 416-ter c.p. sono stati previsti fra i reati presupposto della responsabilità dell'ente. Di conseguenza, i reati tributari, qualora rappresentino i delitti-scopo di una associazione per delinquere, possono determinare la responsabilità dell'ente.

te confermano quel principio di sussidiarietà della confisca per equivalente, rispetto a quella diretta, già richiamato da precedenti pronunce sulla base della lettura dell'art. 322-ter c.p.¹². Dunque, in base all'attuale orientamento giurisprudenziale, è soltanto in questa logica che si può risolvere il problema del c.d. *beneficium escussionis* del patrimonio societario, spesso invocato dalle persone fisiche colpite da sequestro, le quali abbiano agito per conto di un ente¹³. Tuttavia, con l'ultimo dei principi espressi, la Corte circoscrive ampiamente la precedenza accordata alla confisca diretta. Infatti, la motivazione ha condiviso quell'orientamento giurisprudenziale in base al quale deve ritenersi consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente anche quando l'impossibilità di procedere alla confisca diretta sia solo transitoria. E ciò perché, versandosi in materia di misura cautelare reale, non è possibile pretendere la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto del reato.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

All'esito delle considerazioni svolte, le Sezioni Unite giungono pertanto a puntualizzare i seguenti principi di diritto. In primo luogo, sul presupposto che l'art. 6, comma 5, d.lgs. n. 231 del 2001 ha portata generale, la Corte chiarisce che nei confronti della persona giuridica è possibile il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta del profitto di reato tributario. Al riguardo, non si può non osservare che tale argomentazione appare opinabile sotto diversi aspetti. In primo luogo, come già sottolineato, la stessa motivazione sottolinea nella premessa che la confisca di cui agli artt. 240 e 322-ter c.p. è precipuamente riferita alla persona fisica autore del reato e non alla persona giuridica. Pertanto, alla luce di tale premessa, l'affermazione della possibilità della confisca diretta dei beni dell'ente avrebbe dovuto

fondarsi sull'esistenza di una disposizione normativa riferibile alla persona giuridica. Ed in tal senso, la motivazione ha cercato di valorizzare il citato art. 6, comma 5, d.lgs. n. 231, che disciplina una forma di confisca la cui natura è meramente recuperatoria a differenza della confisca di cui all'art. 19 che ha invece funzione sanzionatoria. Tuttavia, in primo luogo, appare discutibile aver dedotto un principio destinato ad applicarsi ai reati tributari proprio da una norma inserita in un sistema che non comprende tali reati. Inoltre, la Corte stessa ha giustamente chiarito che il d.lgs. citato riguarda una forma di responsabilità della persona giuridica che è solo amministrativa, «sicché comunque la società non è mai autore del reato e concorrente nello stesso»¹⁴. Pertanto, anche sotto questo profilo appare una forzatura ricavare da tale decreto un principio da applicare nell'ambito del sistema penalistico. Emergono dunque delle difficoltà nel riconoscere l'esistenza, nell'ambito del d.lgs. n. 231/2001, di un principio valido anche in tema di reati tributari. Ma, soprattutto, il ragionamento esposto dalle Sezioni Unite si presta ad un'obiezione insuperabile. Se davvero dalla norma di cui al citato art. 6, comma 5, fosse ricavabile un principio generale, esso dovrebbe valere in relazione sia alla confisca diretta sia a quella per equivalente. Infatti, l'art. 6 stabilisce che «è comunque disposta la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente». Dunque, la confisca di tipo recuperatorio nei confronti della persona giuridica è espressamente prevista non solo nella forma diretta ma anche in quella per equivalente. È allora evidente che, ammettendo la confisca diretta per i reati tributari da un lato ed escludendo quella per equivalente dall'altro, la motivazione cade in un'aporia. E ciò perché se la disposizione normativa di cui al citato art. 6, comma 5 potesse valere anche per i reati tributari, essa consentirebbe non solo la confisca diretta ma anche quella per equivalente. In definitiva, l'interpretazione sistematica del d.lgs. n. 231/2001 porta a dubitare che l'enunciazione del principio della finalità recuperatoria della confisca, che si trarrebbe dall'art. 6, possa superare l'assenza di una norma che preve-

¹² In tal senso, si veda la già citata Cass., sez. III, 4 ottobre 2012, n. 38740.

¹³ L'attuale orientamento giurisprudenziale esclude che di per sé esista un onere di preventiva escussione del patrimonio societario con precedenza rispetto a quello della persona fisica che abbia agito quale organo della società. Sul punto, si veda Cass., sez. III, 11 aprile 2012, n. 17485, *Guida dir.*, 2012, 33, 80. Peraltro, in base all'impostazione che è emersa di recente in tema di confisca diretta dei beni dell'ente, se è possibile la confisca diretta del profitto rimasto presso le casse della società che di tale profitto sia stata l'unica beneficiaria, è in virtù del principio di sussidiarietà della confisca per equivalente che la persona fisica, organo della società, potrà pretendere che la confisca si rivolga prima al patrimonio societario. Sul punto si veda Puccetti, *Prima di procedere alla confisca "per equivalente" bisogna approvvigionarsi in via diretta del profitto del reato accumulato dalla società*, in questa *Rivista*, 2013, 2, 60.

¹⁴ Con tale affermazione le Sezioni Unite mostrano di prendere le distanze da quell'orientamento giurisprudenziale volto ad inquadrare «nell'ottica del concorso» le situazioni in cui convergono le responsabilità di più soggetti, sia persone fisiche che giuridiche. In questi termini si era espressa, nel caso Impregilo, Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1738, con nota di Mongillo, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità. Luci e ombre della recente pronuncia delle sezioni unite*; Cass. pen., 2008, 4544 con nota di Pistorelli, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle sezioni unite*.

NEI CONFRONTI DELLA PERSONA GIURIDICA È CONSENTITA LA CONFISCA DIRETTA

da espressamente la confisca diretta dei beni dell'ente in tema di reati tributari. Con la conseguenza che ammettere la confisca diretta nei confronti della persona giuridica per i reati tributari, rappresenta un'interpretazione analogica *in malam partem* esattamente come lo sarebbe consentire la confisca per equivalente. Vero è che, la ragione di tale prospettiva appare di mera natura politico-criminale e si coglie nel riferimento alla *ratio* che giustificerebbe la confisca diretta dei beni dell'ente, ovvero la necessità di ripristinare l'ordine economico. Per inciso, tale richiamo, sembrerebbe mal conciliarsi con la finalità special-preventiva che, in base alla tradizionale classificazione, connota la misura di sicurezza. D'altro canto, non si può non osservare che tale riferimento appare coerente con quel ripensamento sulla natura della confisca che emerge da un più recente orientamento. Infatti, si è osservato che, al di fuori da schematiche classificazioni, le ipotesi di confisca presenti nell'attuale tessuto normativo, evidenziano una finalità non sempre inquadrabile nel modello della misura di sicurezza¹⁵. In tal senso, è innegabile che l'art. 322-ter c.p., richiamato per i reati tributari dall'art. 1, comma 143, l. n. 244 del 2007, prevedendo un'ipotesi di confisca obbligatoria del profitto, rappresenta fundamentalmente un mezzo per recuperare l'ingiusto arricchimento a prescindere da ogni altra valutazione circa un'eventuale pericolosità dei beni da apprendere. In definitiva, il citato riferimento alla necessità di ripristinare l'ordine economico, appare espressione della reale finalità che viene attribuita alla confisca obbligatoria in materia di reati tributari. Una finalità recuperatoria che verrebbe frustrata ove non fosse possibile apprendere i beni della persona giuridica nel cui interesse l'organo ha agito. Tuttavia, pur motivata da tale comprensibile esigenza, l'affermazione della possibilità della confisca diretta dei beni della persona giuridica in materia di reati tributari non appare af-

¹⁵ La classificazione della confisca fra le misure di sicurezza non è mai stata immune da critiche. Si registra infatti un minoritario orientamento che attribuisce alla confisca funzione repressiva o punitiva in contrasto con l'opinione dominante che ritiene la confisca una vera e propria misura di sicurezza il cui presupposto è la pericolosità della cosa. Sul punto, Manno, *sub art.* 240 c.p.p., Ronco-Romano (a cura di), Codice penale commentato, Torino, 2012, 1235. In ogni caso, è indiscutibile che la finalità preventiva della confisca fondata sulla pericolosità oggettiva della cosa ha subito nel tempo una trasformazione. Si è osservato, infatti, che l'introduzione nella legislazione speciale di frequenti casi di confisca obbligatoria, escludendo ogni possibilità di formulazione di un giudizio di pericolosità, allontana le forme speciali di confisca dal modello della misura di sicurezza. Sul punto si veda Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 232.

fatto sostenibile in base all'attuale sistema normativo e confligge con il principio della alterità della persona giuridica rispetto a quella fisica che la rappresenta. In secondo luogo, le Sezioni Unite, risolvendo un contrasto giurisprudenziale venutosi a formare in precedenza, affermano che nei reati tributari è da escludere la confisca per equivalente dei beni della persona giuridica, mancando un riferimento normativo che lo consenta. Con tale principio, le Sezioni Unite mostrano di accogliere pienamente quel richiamo al principio di legalità che era stato categoricamente affermato in recenti pronunce¹⁶. Dunque, all'esito della pronuncia in esame, nei confronti dell'ente è possibile la confisca diretta ma non quella per equivalente. Ma appare evidente che tale spartiacque ripropone la necessità di una nitida distinzione tra profitto confiscabile in via diretta o per equivalente, la quale nei reati tributari, appare invece problematica. Al riguardo, nell'impostare le premesse argomentative, la pronuncia in esame ha confermato che la confisca del profitto nei reati tributari è consentita, sia nella forma diretta sia in quella equivalente, non solo per il prezzo ma anche per il profitto del reato. Tale profitto, prosegue la Corte, «è costituito da qualsivoglia vantaggio patrimoniale direttamente conseguito alla consumazione del reato e, può dunque, consistere in un risparmio di spesa come quello derivante dal mancato pagamento del tributo»¹⁷. Tuttavia, si osserva che, attra-

¹⁶ In tal senso, Cass., sez. III, 10 gennaio 2013, n. 1256, nel noto caso Unicredit, ha affermato che, non essendo prevista espressamente la responsabilità della persona giuridica per i reati tributari commessi a vantaggio e nell'interesse dell'ente, l'interpretazione tesa a consentire la confisca per equivalente sarebbe *in malam partem* ed in violazione del principio di legalità. Parimenti, Cass., sez. III, 15 ottobre 2013, n. 42350, *Dir. pen. proc.*, 2014, 409, ha sottolineato espressamente che la responsabilità penale è riconducibile alla persona fisica mentre la persona giuridica è una *factio iuris* per sua natura estranea al reato, con la conseguenza che per applicare all'ente sanzioni proprie dell'autore del reato, si è dovuto effettuare quell'adeguamento normativo voluto dal legislatore con il d.lgs. n. 23/2001. Peraltro, la persona giuridica può essere attratta da tale sistema solamente per i reati che rappresentano il presupposto della responsabilità dell'ente.

¹⁷ Al riguardo, in base all'orientamento della giurisprudenza, il profitto nei reati tributari corrisponde all'ammontare dell'imposta evasa. In tal senso, si vedano Cass., sez. III, 14 febbraio 2013, n. 24519, *Guida dir.*, 2013, 32, 60; Cass., sez. III, 6 marzo 2013, n. 19099, *Guida dir.*, 2013, 24, 81 e Cass., sez. III, 19 giugno 2012, n. 33587. Più problematico l'art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000 in ragione della peculiare strutturazione di quest'ultima fattispecie, ove il profitto confiscabile viene individuato nella somma di denaro la cui sottrazione viene perseguita attraverso la riduzione simulata o fraudolenta del patrimonio. Cfr. Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18374; Cass., sez. III, 12 giugno 2013, n. 33184 e Cass., sez. III, 16 maggio 2012, n. 25677). Per una critica all'orientamento giurisprudenziale proteso ormai a configurare un profitto confiscabile anche quando l'imposta non versata non sia stata incassata si veda Biscardi, *Profili critici del sequestro "per equivalente" nel procedimento penale tributario*, in

verso l'art. 322-ter c.p. la confisca per equivalente è stata introdotta nell'ambito dei reati tributari proprio per ovviare al fatto che in tali illeciti, corrispondendo il profitto del reato non ad un provento ma piuttosto ad un risparmio economico, erano emerse difficoltà interpretative sulla possibilità di individuare un arricchimento confiscabile *ex art. 240 c.p.*¹⁸. Dopo tale introduzione legislativa, come del resto ricordato dalla Corte, non vi è dubbio che il profitto confiscabile nei reati tributari può «consistere anche in un risparmio di spesa» come quello derivante dal mancato pagamento di tributi dovuti. Ma ciò non toglie che, ammessa nei confronti della persona giuridica la confisca diretta ma non quella per equivalente, occorre definire esattamente cosa sia confiscabile in forma diretta in quanto profitto specifico del reato tributario. Ed in tal senso, nella pronuncia si cerca di stabilire quale sarebbe l'alveo della confisca diretta, con la precisazione che nei confronti della persona giuridica è consentita la confisca diretta di «denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario». C'è da chiedersi quali beni possano considerarsi direttamente riconducibili al profitto del reato. Si osserva che, con riferimento al caso pratico sottostante la questione risolta dalla Corte, la pronuncia afferma che è applicabile la confisca diretta ove vi sia il profitto «o comunque adeguate disponibilità finanziarie in capo alla società». Espressione che già appare più ampia rispetto al riferimento, presente nelle precedenti pronunce che hanno affermato la possibilità della confisca diretta dei beni dell'ente ove nelle casse sociali si trovi la somma corrispondente all'imposta evasa¹⁹. Ma vi è di più. Come si è già sottolineato, nel precisare nelle premesse della motivazione quale sia la sfera di applicazione della confisca diretta in generale, la pronuncia ha altresì chiarito che in base al consolidato orientamento del-

la giurisprudenza di legittimità, nella nozione di profitto rientrano «non soltanto i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza indiretta o mediata dell'attività criminosa». Con la conseguenza che la confisca diretta ben può avere per oggetto anche i beni acquisiti con le somme di denaro illecitamente conseguite e dunque i beni di investimento. Con tale richiamo, a prescindere dalla rilevanza nel caso pratico in esame, la Corte mostra di condividere l'impostazione per la quale nella nozione di profitto confiscabile *ex art. 240 c.p.* rientra ogni vantaggio patrimoniale che sia causalmente collegato al reato²⁰. Peraltro, trasferendo una simile prospettiva anche al profitto dei reati tributari, va da sé che la sfera di applicazione della confisca diretta rischia di espandersi eccessivamente. Si pone il dubbio, ad esempio, se un bene immobile acquistato dalla persona giuridica grazie al risparmio ottenuto dal mancato versamento del tributo, in base all'impostazione illustrata dalle Sezioni Unite, possa considerarsi confiscabile in via diretta. Ma è evidente che, una eccessiva dilatazione del concetto di profitto (o beni riconducibili al profitto), consentendo comunque la confisca diretta, vanificherebbe gli effetti pratici del principio per il quale è esclusa la confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica nei reati tributari. In conclusione, con la pronuncia in esame, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto giurisprudenziale chiarendo che l'attuale sistema normativo non consente la confisca dei beni della persona giuridica nella forma per equivalente per i reati tributari, non essendo questi contemplati nel novero dei reati-presupposto di cui al d.lgs. n. 231. Hanno invece affermato che, in forza della necessità del ripristino dell'ordine economico perturbato dal reato, è ammissibile la confisca diretta. Nondimeno,

questa *Rivista*, 2013, 44, nota 49. Inoltre, per una rassegna giurisprudenziale sulla confisca per equivalente nei reati tributari in rapporto anche all'eventuale adempimento dell'obbligazione tributaria in sede amministrativa si rimanda a Lanzi, *Rassegna giurisprudenziale in tema di confisca per equivalente nei reati tributari*, *Indice pen.*, 2013, 1, 183.

¹⁸ In tal senso, Cass., sez. III, 16 maggio 2012, n. 25677, ha esplicitamente precisato che l'art. 1, comma 143, l. n. 244 del 2007, nel prevedere che a determinati illeciti tributari si applica l'art. 322-ter c.p., «segnala la necessità che, ai fini del sequestro in oggetto, sia pur sempre individuabile un profitto o un prezzo cui rapportare, per equivalente, il bene oggetto della misura».

¹⁹ In Cass., sez. III, 4 ottobre 2012, n. 38740, già citata, in tema di omesso versamento d'imposta di cui all'art. 10-bis d.lgs. n. 74 del 2000, si è affermato che la confisca diretta dei beni dell'ente era possibile in quanto il profitto del reato, costituito dalle somme corrispondenti alle ritenute di cui era stato omesso il versamento al fisco, si trovava ancora nelle casse della società. Negli stessi termini, anche Cass., sez. III, 10 maggio 2012, n. 17485.

²⁰ La questione se nella nozione di profitto debbano essere ricondotte anche le utilità indirette continua ad occupare la giurisprudenza di legittimità. Nella pronuncia in esame viene richiamata espressamente la pronuncia Cass., sez. un., 25 ottobre 2007, n. 10280, nella quale si fa riferimento ad una definizione di profitto esteso ad ogni utilità comunque derivante dall'impiego del profitto. Tuttavia, sui criteri di individuazione del profitto confiscabile, si registrano orientamenti non uniformi. Per una disamina della giurisprudenza di legittimità su tale tema, si rimanda al commento alla recente pronuncia nel noto caso Ilva, Cass., sez. VI, 21 gennaio 2014, n. 3635, a cura di Silvestri, *Questioni aperte in tema di profitto confiscabile nei confronti degli enti: la confiscabilità dei risparmi di spesa, la individuazione del profitto derivante dal reato associativo*, *Cass. pen.*, 2014, 5, 1538. Nel commento citato, si condivide l'opinione che la pronuncia delle sezioni unite in esame, richiamando la citata sentenza Miragliotta, mostra di recepire, in generale, la nozione di profitto come comprensiva non solo dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto dell'illecito ma altresì di ogni altra utilità anche indiretta o mediata della sua attività criminosa.

NEI CONFRONTI DELLA PERSONA GIURIDICA È CONSENTITA LA CONFISCA DIRETTA

nel precisare quale sia il profitto confiscabile in via diretta, la pronuncia ha richiamato l'orientamento volto a comprendervi ogni utilità anche indiretta o mediata dell'attività criminosa. Tuttavia, l'applicazione di tale nozione del profitto ai reati tributari,

ampliando la possibilità della confisca in via diretta, rischia di fatto di sminuire la portata del principio affermato dalle Sezioni Unite circa l'esclusione della confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica.

La necessità di indicazioni puntuali nel divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa

Corte di Cassazione, Sez. VI, sentenza 28 marzo 2014, n. 14766

Il giudice ha la possibilità di adeguare l'intervento cautelare previsto dall'art. 282 ter c.p.p. alle esigenze di specie attraverso le tre diverse flessioni previste, ma la scelta del divieto di avvicinamento ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa deve rispettare la connotazione legale che lo vuole riferito a "determinati" luoghi, che è compito del giudice indicare a pena di una censurabile indeterminazione.

CONSIDERATO IN FATTO E RITENUTO IN DIRITTO

1. Con ordinanza del 17.12.2013 il Tribunale di Roma ex art. 310 c.p.p. - a seguito di appello del P.M. avverso la ordinanza emessa il 13.11.2013 dal G.I.P. dello stesso Tribunale con la quale è stata rigettata la applicazione della misura cautelare della custodia in carcere nei confronti di F.G. imputato per maltrattamenti ai danni della moglie e dei figli minori - in parziale accoglimento del gravame ha disposto l'applicazione nei confronti del predetto della misura cautelare del divieto di avvicinamento a tutti i luoghi abitualmente frequentati dalle parti offese, prescrivendo al medesimo di non comunicare, con qualsiasi mezzo (compreso quello telematico) con le predette p.o..

2. Avverso la ordinanza propone ricorso per cassazione il difensore dell'indagato che deduce:

2.1. violazione dell'art. 282 ter c.p.p. e vizio di motivazione nell'applicazione della misura cautelare per la mancata determinazione dei luoghi ai quali l'imputato non può avvicinarsi come delle modalità oggettive da osservare per rispettare tale divieto. Tali omissioni - da un lato - violerebbero i confini nell'ambito dei quali la misura deve mantenersi e - dall'altro - comunque non consentirebbero la proporzionata limitazione delle conseguenze della stessa misura.

2.2. violazione dell'art. 273 c.p.p. per assenza di gravi indizi di colpevolezza dovendosi tener conto delle valutazioni espresse dal primo provvedimento reiettivo.

2.3. violazione dell'art. 275 c.p.p. per inadeguatezza ed eccessiva gravità della misura cautelare imposta rispetto alla condizione in cui vive la p.o. ed i figli e l'assenza di ulteriori episodi di minaccia dopo il 27.8.13.

3. Il ricorso è fondato per quanto di ragione.

4. Il secondo e terzo motivo, logicamente precedenti, sono inammissibili per genericità.

5. Il secondo motivo non si confronta con la motivazione resa dal provvedimento impugnato, limitandosi ad evocare quello di prime cure che - in ogni caso e come si evince dal provvedimento impugnato - non aveva affatto negato la sussistenza della gravità indiziaria.

6. Il terzo motivo, limitandosi a considerare la valutazione del primo giudice, non attacca quella che ha presieduto alla giustificazione delle esigenze cautelari ed alla cogente necessità di tutelarle.

7. Il primo motivo è fondato.

8. La ordinanza impugnata ha emesso nei confronti del ricorrente ex art. 282 ter c.p.p. il "divieto di avvicinamento a tutti i luoghi abitualmente frequentati" dalla p.o. con prescrizioni, senza indicare in modo determinato quali essi fossero, giustificando espressamente di non poterlo fare in ragione del fatto che la dimora "protetta" della p.o. doveva essere ignota all'indagato come pure l'ubicazione della scuola frequentata dai figli e considerato che la parte offesa non risultava lavorare.

9. Secondo un orientamento espresso da questa Corte ed al quale si intende aderire, in tema di misure cautelari personali, il provvedimento con cui il giudice dispone, ex art. 282 ter, cod. proc. pen., il divieto di avvicinamento ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa deve necessariamente indicare in maniera specifica e dettagliata i luoghi oggetto del divieto, perché solo in tal modo il provvedimento assume una conformazione completa, che ne consente l'esecuzione ed il controllo delle prescrizioni funzionali al tipo di tutela che si vuole assicurare. (Sez. 6, Sentenza n. 26819 del 07/04/2011 Rv. 250728 Imputato: C.;

LA NECESSITÀ DI INDICAZIONI PUNTUALI NEL DIVIETO DI AVVICINAMENTO

Sez. 5, Sentenza n. 27798 del 04/04/2013 Rv. 257697 Imputato: S.).

10. Con il D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con L. 23 aprile 2009, n. 38, unitamente alla previsione dell'art. 7 che ha introdotto la nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612 *bis* c.p., è stata altresì emanata all'art. 9 la disposizione integrativa della misura del divieto di avvicinamento di cui all'art. 282 *ter* c.p.p., comma 1, per la quale "il giudice prescrive all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa ovvero di mantenere una determinata distanza da tali luoghi o dalla persona offesa".

11. Con tale previsione il legislatore ha quindi previsto una triplice modalità della fattispecie cautelare del divieto di avvicinamento che il giudice potrà considerare al fine di adeguare la tutela alle esigenze ravvisate nel caso di specie: quella del divieto di avvicinamento ai luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa, quella di mantenere una determinata distanza da tali luoghi e, infine, quella di mantenere una determinata distanza dalla persona offesa. Mentre le prime due tipologie hanno come riferimento "determinati luoghi" fissando rispetto ad essi l'ambito nel quale l'inibizione è efficace, la terza, invece, si incentra sulla "determinata distanza" da tenere rispetto alla persona offesa.

12. È opportuno richiamare, al fine di collocare esattamente la questione all'esame del Collegio, l'autorevolissimo arresto delle S.U. che con la sentenza 30 maggio 2006, n. 29907, La Stella (Rv. 234138) secondo il quale l'applicazione cumulativa di misure cautelari personali può essere disposta soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge agli artt. 276, comma primo, e 307, comma primo *bis*, cod. proc. pen. precisandosi che, al di fuori dei casi in cui siano espressamente consentite da singole norme processuali, non sono ammissibili né l'imposizione "aggiuntiva" di ulteriori prescrizioni non previste dalle singole disposizioni regolanti le singole misure, né l'applicazione "congiunta" di due distinte misure, omogenee o eterogenee, che pure siano tra loro astrattamente compatibili. Le S.U. hanno insegnato che "nell'ambito delle disposizioni generali (articoli 272-279) cui il nuovo codice di rito affida la funzione di pilastri fondamentali del sistema cautelare, la prima a venire in rilievo è infatti l'articolo 272 che sancisce il principio di stretta legalità, stabilendo che "le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo". Ma quella espressa dall'articolo 272 non è la mera sottolineatura della necessità di previsione legale, che già scaturisce dalla doppia riserva, di legge e di giurisdizione, dettata dall'articolo 13, comma 2, Costituzione per ogni forma di compressione della libertà personale, riflettendosi in essa piuttosto il proposito di ridurre a un numero chiuso le figure di misure limitative della libertà utilizzabili in funzione cautelare nel corso del procedimento penale, sicché non possono essere applicate misure diverse da quelle espressamente considerate. È soprattutto grazie all'impiego dell'avverbio soltanto che il significato garantistico del principio di legalità si apprezza sotto il profilo della tassatività, in quanto diretto a vincolare rigorosamente alla previsione legislativa l'esercizio della discrezionalità del giudice in materia di limitazioni, di per sé eccezionali, della libertà della

persona (Relazione al Progetto definitivo, p. 183). In base all'articolo 272 tipiche e nominate sono le figure delle misure cautelari personali, così come tipici e nominati sono i casi, le forme e i presupposti secondo i quali le stesse possono essere adottate. Di talché, in ossequio ai richiamati principi di stretta legalità, tassatività e tipicità (per i quali cfr. Cassazione, S.u., 24/2000, Pm in proc. Monforte, in Cassazione pen. 2001, 1158), deve concludersi che, al di fuori dei casi in cui non siano espressamente consentite da singole norme processuali, non sono ammissibili tanto l'imposizione aggiuntiva di ulteriori prescrizioni non previste dalle singole disposizioni regolanti le singole misure, quanto l'applicazione congiunta di due distinte misure, omogenee o eterogenee, che pure siano tra loro astrattamente compatibili (come, ad esempio, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria e il divieto o l'obbligo di dimora). Siffatta applicazione potrebbe infatti determinare la creazione, in un *mixtum compositum*, di una nuova misura non corrispondente al paradigma normativo tipico".

13. Sicché, anche alla luce di questo autorevolissimo insegnamento secondo questo Collegio, non può ridefinirsi per via interpretativa aggravandosi la posizione del soggetto destinatario della misura il contenuto del "modo" cautelare applicato nella specie, obliterandone la connotazione tipica della determinatezza dei luoghi e correlandone l'individuazione ai movimenti della persona offesa, sulla base di "una scelta di priorità dell'esigenza di consentire alla persona offesa il completo svolgimento della propria vita sociale in condizioni di sicurezza da aggressioni alla propria incolumità anche laddove la condotta dell'autore del reato assuma connotazioni di persistenza persecutoria tale da non essere legata a particolari ambiti locali" (così Sez. 5, Sentenza n. 19552 del 26/03/2013 Rv. 255512 Imputato: D. R., richiamata dalla ordinanza impugnata), in tal modo, oltretutto, sovrapponendo le modalità di misura cautelare diversamente connotate.

14. In conclusione, il giudice ha la possibilità di adeguare l'intervento cautelare previsto dall'art. 282 *ter* c.p.p. alle esigenze di specie attraverso le tre diverse flessioni previste, ma la scelta del divieto di avvicinamento ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa deve rispettare la connotazione legale che lo vuole riferito a "determinati" luoghi, che è compito del giudice indicare a pena di una censurabile indeterminatezza.

15. La omissione da parte della ordinanza impugnata della specifica indicazione di luoghi rispetto ai quali era inibito l'avvicinamento, infligge - paradossalmente, in relazione al domicilio ed alla scuola "ignoti" al destinatario - un generico, imprevedibile e, pertanto, incontrollabile obbligo di "non fare" in capo allo stesso destinatario e viola la connotazione tipica della misura astrattamente adottata, non considerando il diverso "modo" cautelare incentrato sulla persona offesa.

16. La rilevata violazione ed omessa considerazione comportano l'annullamento della ordinanza ed il rinvio al Tribunale di Roma per nuova deliberazione.

P.Q.M.

Annulla la ordinanza impugnata e rinvia per nuova deliberazione al Tribunale di Roma.

FRANCESCA ROMANA MITTICA*

Dottoranda in Procedura penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

La “distanza minima di sicurezza” a vantaggio della persona offesa deve essere rigorosamente determinata dal giudice

The “minimum safe distance” of the offender by the victim should always be strictly determined by the court

La Suprema Corte di cassazione è tornata a pronunciarsi sulla necessità di indicare in modo specifico i luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa per i quali vige il divieto di avvicinamento fornendo delle importanti indicazioni. Il Giudice nei casi più gravi può estendere la tutela alla vittima applicando, nel rispetto del principio di tassatività in materia cautelare, in luogo della prima, altra misura quale quella dell'obbligo di mantenere una certa distanza dalla persona offesa ovvero ancora l'obbligo di mantenere una certa distanza dai luoghi abitualmente frequentati dalla stessa, senza così dover definire un preciso ambito spaziale.

In ogni caso, nella determinazione dei limiti della cautela, il giudice non può compiere operazioni combinatorie dei vari tipi o delle singole misure.

The [Italian] Supreme Court once again emphasized the need to indicate specifically the places usually frequented by victims to be included in restraining orders by providing important tips.

However, should the abuser become more aggressive, the court may well extend the order of protection by taking other precautionary measures like ordering to maintain a certain distance not from the victim only but from the places usually frequented by the same, without having to define a specific spatial context.

In any case, when determining the limits of caution, the court can not make combination of the various types or of individual measures.

RILIEVI INTRODUTTIVI

Il caso sottoposto all'attenzione nasce dalla problematica relativa alle modalità di intervento a tutela della parte “debole” e all'efficacia delle misure adottate per tutelarne l'incolumità fisica e psichica.

Tanto per lo *stalking* quanto per i maltrattamenti in famiglia, nel caso di aggressioni alla vita di relazione, il giudice della cautela deve operare una valutazione attenta del caso concreto al fine di scongiurare il pericolo per la vittima.

Occorre applicare strumenti adeguati ponderando, però, le esigenze di protezione con le libertà della persona sottoposta alle indagini. Nell'applicare il divieto di avvicinamento ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa, non si può, altresì, prescindere dal rispetto dei principi di tassatività e determinatezza sicché, nell'ordinanza applicativa

della misura, i luoghi preclusi vanno individuati in modo chiaro e preciso.

Diversamente, nel caso in cui apparisse più opportuno inibire al prevenuto la conoscenza degli spazi abitualmente frequentati dalla persona offesa, al fine di evitare condotte persecutorie “in progressione”, può essere ordinato l'obbligo di mantenere una determinata distanza dalla vittima.

Sorge a tal punto però il problema della “distanza minima di sicurezza”.

Al fine di propugnare una soluzione che tenga conto anche delle osservazioni offerte dalla dottrina e dalla giurisprudenza si ritiene doveroso, preliminarmente, scandagliare la *ratio* della introduzione dell'art. 282 *ter* cpp e i risultati della sua applicazione sia da una prospettiva di effettività che di benefici. Per, poi, passare alle modalità esecutive e vagliare la ammissibilità di una combinazione del divieto

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

LA NECESSITÀ DI INDICAZIONI PUNTUALI NEL DIVIETO DI AVVICINAMENTO

generico di avvicinamento alla persona offesa con l'obbligo di mantenere una determinata distanza o con ulteriori prescrizioni, verificando l'esistenza di riferimenti normativi che consentano o impediscano l'irrogazione contestuale di più misure cautelari personali.

LA RATIO SOTTESA AL MICROSISTEMA DELLE CAUTELE PERSONALI APPLICABILI AGLI STALKERS

Contestualmente alla previsione del delitto di atti persecutori, c.d. *stalking*, il legislatore è intervenuto sul sistema delle cautele personali inserendo nel codice di procedura penale l'art. 282 *ter* rubricato "divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa del reato"¹.

Detto intervento, inserito nell'ambito dell'allora chiamato "Pacchetto sicurezza"², decreto legge 13 febbraio 2009 n. 11 convertito nella legge 23 aprile 2009 n. 38, seppure preveda una misura cautelare strumentale alla difesa delle vittime di *stalking*, introduce una misura destinata non esclusivamente a tale reato prestandosi a tutelare anche tutte le vittime di reati sessuali ovvero di minacce ovvero ancora di maltrattamenti in famiglia (in quest'ultimo caso così andando ad aggiungersi all'ulteriore strumento cautelare, anch'esso recente ma avente come presupposto la convivenza con la persona offesa, dell'allontanamento dalla casa familiare, di cui all'art. 282-*bis* cpp³).

La previsione normativa di ultimo conio in realtà enuclea tre misure cautelari personali coercitive: il

divieto di avvicinarsi a luoghi determinati frequentati abitualmente dalla persona offesa; l'obbligo di mantenere una determinata distanza da tali luoghi; l'obbligo di mantenere una determinata distanza dalla persona offesa.

Inoltre, per garantire un'apprezzabile tutela alla persona offesa è consentito estendere dette misure anche ai prossimi congiunti della vittima o alle persone conviventi o comunque ad essa legate da relazione affettiva.

Con l'art. 282-*quater* cpp, sempre introdotto dal d.l. n. 11 del 2009, poi, è stato prescritto l'obbligo di comunicare i provvedimenti coercitivi ex artt. 282-*bis* e 282-*ter* cpp alla competente autorità di pubblica sicurezza, ai fini dell'adozione di eventuali provvedimenti in materia di armi e munizioni, ovvero ai servizi socio-assistenziali del territorio e alla stessa persona offesa.

Orbene, a differenza del divieto di avvicinamento alle persone, che proibisce al molestatore di accedere a (tutti) i luoghi nei quali la vittima venga a trovarsi limitatamente al tempo in cui essa vi soggiorni o vi rimanga, un divieto di avvicinamento riferito ad un luogo o ad una serie (più o meno dettagliata) di luoghi frequentati dall'offeso o dal congiunto, impedisce al prevenuto l'accesso e la frequentazione degli spazi interdetti "a prescindere" dall'attuale presenza della persona protetta, così da rendere questi luoghi completamente e permanentemente inaccessibili⁴.

Si può quindi notare, sin da subito, che l'art. 282 *ter* nasce come contromisura allo *stalker*⁵, il quale spesso non si limita a perseguire la persona offesa (anche se con essa non ha avuto in precedenza rapporti o ha cessato i rapporti) ma estende la sua azione anche nei confronti delle persone vicine alla vittima, per vincoli di sangue o affettivi.

Di fatti, trattasi di protezioni molto ampie ed estese, giustificate, da un lato dall'esigenza di prevenire in maniera più efficace atti di violenza su soggetti vulnerabili in un momento di allarme sociale, ma dall'altro anche per rispondere alla particolare attenzione che i mezzi di informazione hanno dato a casi, sempre più frequenti, di violenza sulle donne⁶.

¹ De Amicis, *sub art. 282-ter cpp, Codice di procedura penale*, Lattanzi-Lupo (a cura di), *Misure Cautelari*, IV, Milano, 2013, 580 ss.; Grevi, *Compendio di procedura penale*, Conso-Grevi-Bargis (a cura di), VI, Padova, 2012, 418 ss.; Valentini, *sub art. 282-ter cpp, Codice di procedura penale commentato*, Giarda - Spangher (a cura di), IV, Milano, 2010, 3001 ss.; Di Paola, *Una nuova misura cautelare per un nuovo reato*, *Il Corriere del Merito*, 2009, 10, 1008; Dalia-Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, VIII, 2013, Padova, 222 ss.

² Per un commento alla normativa in questione cfr. AA.VV., *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 13 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Mazza - Viganó (a cura di), Torino, 2009; AA.VV., *Commento articolo per articolo al D.l. 23.2.2009, n. 11, conv. con modif., in l. 23.4.2009 n. 38 - Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, *Legislazione pen.*, 3, 2009, 415 ss.; Resta, *Il decreto legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale*, *Giur. di Merito*, 2009, 891 ss.; Maffeo, *Il nuovo delitto di atti persecutori (stalking): un primo commento al d.l. n. 11 del 2009 (conv. con modif. dalla l. n. 38 del 2009)*, *Cass. Pen.*, 2009, 2727; AA.VV., *Violenza sessuale e Stalking. Commento al D. L. 23.3.2009, n. 11 convertito con modifiche in L. 23.4.2009 n. 38*, Forlì, 2009.

³ Minnella, *L'allontanamento dalla casa familiare ex art. 282-bis c.p.p.: problemi e prospettive*, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1, II, 2006, 385 ss.

⁴ Bronzo, *Profili critici delle misure cautelari "a tutela dell'offeso"*, *Cass. Pen.*, 2012, 3471.

⁵ Bricchetti-Pistorelli, *Possibile vietare l'avvicinamento alla "vittima"*, *Guida dir.*, 2009, n. 10, 72.

⁶ Nel senso che «ancorché occasionata dalla nuova disciplina in tema di atti persecutori, la mancanza di ogni riferimento all'art. 612-*bis* c.p. consente di affermare la generale applicabilità della misura» Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, *Dir. pen. proc.*, 2009, 967.

A determinare la presa di posizione del Governo è stato, infatti, il sentimento di inquietudine suscitato dai numerosi casi di cronaca degli ultimi anni⁷, a tal punto avvertito dall'opinione pubblica da rendere addirittura necessario un intervento con la decretazione d'urgenza⁸. Tuttavia dai dati statistici⁹, in particolare da quelli riguardanti la violenza sulle donne, la scelta seguita non si è rivelata concretamente deterrente tanto che il legislatore, a distanza di poco tempo, è nuovamente intervenuto con l'obiettivo di rendere più incisivi gli strumenti della repressione penale dei fenomeni dei maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale e di atti persecutori¹⁰. In primis la legge 1 ottobre 2012 n. 172, ha inserito nel decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (cd Codice antimafia¹¹), all'art. 8, comma 5, la nuova misura di prevenzione del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati abitualmente da minori. Ai sensi dell'art. 1 della citata legge, a «coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono debiti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o a tranquillità pubblica», può essere irrogato il «divieto di avvicinarsi a determinati luoghi, frequentati abitualmente da minori»¹².

Successivamente il decreto legge 14 agosto 2013 n. 93, convertito nella legge 15 ottobre 2013 n. 119, recante nuove norme per il contrasto della violenza di genere, ha introdotto l'art. 384 bis cpp con il quale si prevede che, in presenza di gravi indizi di colpevolezza di violenza sulle persone o minaccia grave e di serio pericolo di reiterazione di tali condotte con gra-

vi rischi per le persone, la polizia giudiziaria, su autorizzazione del Pubblico Ministero, possa irrogare un provvedimento inibitorio urgente, vietando all'indiziato la presenza nella casa familiare e di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla vittima¹³.

Nell'ambito delle misure a protezione delle vittime della violenza di genere, alcune importanti novità riguardano oltre che la revoca della misura cautelare di cui all'art. 282 bis cpp anche il procedimento di cui all'art. 282 ter cpp.

All'art. 299 cpp, nel quale è stato inserito il comma 2 bis, è prescritto, altresì, che i provvedimenti di revoca o di sostituzione delle misure cautelari dell'allontanamento dalla casa familiare, del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, del divieto od obbligo di dimora, degli arresti domiciliari e della custodia in carcere o in luogo di cura siano comunicati, oltre che alla persona offesa o al suo difensore, anche ai servizi socio assistenziali territoriali. Lo scopo di tale disposizione è quello di consentire un controllo sulla possibile reiterazione dei comportamenti violenti dell'indagato.

Così, distinti gli intenti e le esigenze che hanno dettato le nuove previsioni legislative, è possibile concentrare l'attenzione sulla misura cautelare di cui all'art. 282 ter cpp, che nella sua applicazione pratica ha dato luogo a talune problematiche concernenti la indicazione dei presupposti e dei limiti.

NECESSITÀ DI ATTUARE IL PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ IN MATERIA CAUTELARE

Il contenuto della misura introdotta all'art. 282 ter cpp, come già anticipato, è abbastanza ampio: non necessariamente attiene alla tutela dell'incolumità della vittima ma può prendere in considerazione anche l'esigenza di prevenire turbamenti della serenità del vivere.

La stessa, poi, oltre che per finalità special-preventive¹⁴, funge da strumento per perseguire scopi cautelari volti ad evitare l'alterazione o la distruzione degli elementi di prova e a proteggere la fonte di prova da condizionamenti in grado di incidere sulla libertà di autodeterminarsi, «creando uno schermo di protezione attorno al "soggetto debole", ispirato all'esperienza ricavabile dall'order of protection della legislazione angloamericana»¹⁵.

¹³ Per una trattazione completa della misura dell'allontanamento domiciliare adottata d'urgenza dalla polizia v. Diddi, Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere, *Proc. Pen. Giust.*, 2, 2014, 102 ss.

¹⁴ Cass., sez. V, 16 gennaio 2012, n. 13568, *CED Cass.*, 253296.

¹⁵ De Amicis, *sub art. 282-ter cpp, Codice di procedura penale*, Lattanzi-Lupo (a cura di), *cit.*, 583.

⁷ Relazione del Ministero dell'Interno al Parlamento sull'andamento della criminalità in Italia in *www.interno.gov.it*.

⁸ Sul punto, Marzaduri, *Il ricorso alla decretazione d'urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale*, *Guida dir.*, 2009, 10, 39. Si rammenta, a tal riguardo, che recentemente la Corte costituzionale ha censurato la pratica dei c.d. decreti legge *omnibus*. Cfr. C. Cost. 16 febbraio 2012, n. 22, *Giur. Cost.*, 2012, 283, con nota di R. Zaccaria, *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il parlamento o anche per il governo?*, *Giur. Cost.*, 2013, 283.

⁹ Cfr. indagine ISTAT condotta nel 2006 sulla base di una convenzione con il Dipartimento per i Diritti e le Pari opportunità e con il finanziamento del Fondo Sociale Europeo PON Sicurezza, in *www.ista.it/archivio/5348*.

¹⁰ Cfr. sul tema anche le indicazioni provenienti dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sottoscritta l'11 maggio 2011 ad Istanbul e ratificata dal Parlamento Europeo il 19 giugno 2013, concernente la violenza contro le donne e in ambito domestico.

¹¹ «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136, Gazz. Uff. (Suppl. ord. N. 214) del 28 settembre 2011, n. 226».

¹² Nel senso che anche con riferimento alla misura di prevenzione si impone specifica e dettagliata indicazione dei luoghi v. Mari, *Le principali novità introdotte dalla legge attuativa della Convenzione di Lanzarote*, *Cass. Pen.*, 2012, 3964.

LA NECESSITÀ DI INDICAZIONI PUNTUALI NEL DIVIETO DI AVVICINAMENTO

La genericità dello spazio entro cui può essere attuato il divieto in esame ha creato alcune incertezze applicative in quanto talvolta i provvedimenti che lo hanno disposto, sono risultati caratterizzati da prescrizioni eccessivamente indeterminate così aprendo la strada ad obiezioni e critiche¹⁶. A ben vedere, tuttavia, tale *vulnus* non può essere attribuito alla indeterminatezza del precetto normativo, visto che l'art. 282 *ter* cpp parla di "luoghi determinati", come rilevato nella corretta esegesi della disposizione¹⁷.

Sul punto è intervenuta la giurisprudenza della Corte di cassazione, da ultimo con la sentenza annotata ma, ancor prima, con numerose pronunce¹⁸, che hanno stabilito l'obbligo di indicare in modo determinato i luoghi oggetto del divieto onde poter consentire l'esecuzione ed il controllo delle prescrizioni funzionali al tipo di tutela che si vuole assicurare.

È ovvio che, ove l'ordinanza applicativa della misura cautelare si limitasse a far riferimento genericamente "a tutti i luoghi frequentati" dalla vittima, si finirebbe con l'imporre «una condotta di non *fare* indeterminata rispetto ai luoghi, la cui individuazione finirebbe per essere, di fatto, rimessa alla persona offesa»¹⁹.

Non bisogna, infatti, dimenticare che, sebbene in misura attenuata, la cautela *de qua* incide sulla libertà personale e che dunque sia ineludibile, per il rispetto del principio costituzionale, considerare anche le esigenze del minor sacrificio del soggetto che lo subisce²⁰. E, d'altro canto, non si possono vietare incontri occasionali, in quanto imprevedibili e assolutamente non voluti dall'indagato, atteso che, imponendo un divieto dal contenuto del tutto indeterminato, si oltrepassano i limiti consentiti dall'ordinamento in materia cautelare.

¹⁶ Collini, *Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa tra principio di legalità e discrezionalità giudiziale*, www.penalecontemporaneo.it, 24 gennaio 2012.

¹⁷ Sul punto v. Canzio, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 988, che ritiene il precetto normativo in esame in linea con i presupposti e con le condizioni di applicabilità nonché in conformità ai principi generali di legalità e di tassatività della fattispecie cautelare.

¹⁸ Si segnala *ex plurimis* Cass., sez. VI, 7 aprile 2011, n. 26819, *CED Cass.*, 250728: nel caso di specie la Suprema Corte ha annullato senza rinvio l'ordinanza impugnata, che poneva a carico dell'imputato il generico divieto di avvicinarsi a tutti i luoghi frequentati dalla persona offesa stabilendo che il Giudice avrebbe dovuto necessariamente indicare in maniera specifica e dettagliata i luoghi oggetto del divieto. Conforme: Cass., Sez. V, 4 aprile 2013, n. 27798, *CED Cass.*, 257697.

¹⁹ Cass., sez. VI, 7 aprile 2011, n. 26819, *cit.*

²⁰ De Caro, *Presupposti e criteri applicativi, Trattato di procedura penale*, Spangher (diretto da), II, *Prove e misure cautelari*, II, Scalfati (a cura di), Torino, 2008, 5 ss..

Solo nel caso di condotte intimidatorie caratterizzate da ripetitività come, ad esempio, il costante pedinamento della vittima, a tutela di quest'ultima, appare più opportuno disporre l'obbligo di mantenere una certa distanza dalla stessa. Infatti, l'originaria indicazione dei luoghi determinati frequentati dalla persona offesa rimane significativa nel caso in cui le modalità della condotta criminosa non manifestino un campo d'azione che esuli dagli ambiti nei quali la vittima trascorra una parte apprezzabile del proprio tempo o che costituiscano punti di riferimento della propria quotidianità di vita, quali il posto di lavoro o il domicilio.

È per tale ragione che, con riferimento alla misura di mantenere una certa distanza non si pone un problema di determinazione *ex ante* degli spazi in cui si ordina l'inibizione atteso che essa è destinata ad operare in qualsiasi punto il soggetto protetto si trovi. Tuttavia, anche in tale ipotesi, occorre stabilire entro quale determinata distanza si possa parlare di avvicinamento e, all'uopo, bisogna stabilire se sussista una "distanza minima di sicurezza".

Sulla questione, in realtà, la giurisprudenza sinora non ha seguito linee omogenee.

Secondo un primo orientamento «le prescrizioni, anche nel generico riferimento al divieto di avvicinarsi alla persona offesa ed ai luoghi in cui la stessa in concreto si trovi, mantengono invero un contenuto coercitivo sufficientemente definito nell'essenziale imposizione di evitare contatti ravvicinati con la vittima, la presenza della quale in un certo luogo è sufficiente ad indicare il medesimo come precluso all'accesso dell'indagato»²¹.

Secondo tali posizioni non si ritengono fondate le preoccupazioni espresse dall'orientamento giurisprudenziale di segno contrario²² in ordine alla soggezione dell'indagato a limitazioni della propria libertà personale di carattere indefinito, estranee alle proprie intenzioni persecutorie e di fatto dipendenti dalla volontà della persona offesa. E - sempre secondo tale linea interpretativa - non si rileva neppure necessaria una specifica predeterminazione dei luoghi frequentati dalla vittima ed interdetti all'indagato, essendo sufficiente il richiamo ai luoghi "abitualmente" frequentati.

²¹ Cass., sez. V, 7 maggio 2013 n. 19552, *Dir. pen. proc.*, 11, 2013, 1283 ss.; conforme Cass., sez. V, 9 settembre 2013, n. 36887, *CED Cass.*, 257184 (che peraltro non ha ritenuto di aderire alla richiesta avanzata dal Sost. Procuratore Generale di rimettere la specifica questione alle Sezioni unite della Corte); Cass., sez. V, 26 marzo 2013, n. 19552, *CED Cass.*, 255512; Cass., sez. V, 11 aprile 2012, n. 13568, *Cass. Pen.*, 2012, 3466.

²² Diforme alla Giurisprudenza *sub* nota 17 v. Cass., sez. VI, 8 luglio 2011, *Giur. It.*, 2012, 417; Cass., sez. VI, 7 aprile 2011, n. 26819, *CED Cass.*, 250728.

Dunque, secondo tale orientamento il contenuto concreto della misura cautelare va distinto avendo esclusivamente di mira la specifica esigenza di tutela della persona offesa²³.

Un altro filone, invece, muove dalla considerazione che proprio la scelta di rimettere esclusivamente alla persona offesa l'individuazione dei luoghi in cui opera il divieto appare inaccettabile in quanto non contempera la sicurezza della vittima con il minor sacrificio delle libertà dell'indagato.

Sulla stesso tracciato posto da quest'ultimo orientamento si colloca la sentenza annotata, la quale in un procedimento per maltrattamenti ai danni dei figli e della moglie, nell'ambito del quale era stata applicata genericamente la misura del "divieto di avvicinamento a tutti i luoghi abitualmente frequentati" dalla persona offesa senza alcuna indicazione che consentisse di determinare quali essi fossero, ha annullato l'ordinanza applicativa della cautela.

È interessante come nel caso di specie il giudice, nel disporre la misura, avesse affrontato il problema e avesse ritenuto di non poter meglio specificare l'ambito spaziale dell'inibizione in ragione del fatto che la persona offesa dal reato non lavorava e che, comunque, la dimora "protetta" della medesima e l'ubicazione della scuola frequentata dai figli, per ragioni di sicurezza, dovessero rimanere sconosciute all'indagato.

Nell'impugnare l'ordinanza anzidetta per violazione dell'art. 282 *ter* cpp e vizio di motivazione in ordine alla mancata determinazione dei luoghi ai quali l'imputato non può avvicinarsi come delle modalità oggettive da osservare per rispettare tale divieto, si era rilevato come «tali omissioni - da un lato - violerebbero i confini nell'ambito nei quali la misura deve mantenersi e - dall'altro - comunque non consentirebbero la proporzionata limitazione delle conseguenze della stessa misura».

La Corte di cassazione, a sua volta, si è espressa nel senso di ritenere censurabile la mancanza di indicazione specifica e dettagliata dei luoghi oggetto del divieto, e ha annullato con rinvio l'ordinanza anzidetta.

Giova rilevare che detta conclusione non costituisce un isolato precedente. In altre occasioni, infatti, come accennato, la Corte già aveva affermato che il

provvedimento con cui il giudice dispone il divieto di avvicinamento ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa deve necessariamente indicare in maniera specifica e dettagliata i luoghi oggetto del divieto, perché solo in tal modo il provvedimento assume una conformazione completa, che ne consenta l'esecuzione ed il controllo delle prescrizioni funzionali al tipo di tutela che si vuole assicurare²⁴.

La completezza e la specificità del provvedimento, inoltre, non solo costituiscono una garanzia ed un giusto temperamento tra le esigenze di sicurezza, incentrate sulla tutela della vittima e il minor sacrificio della libertà di movimento della persona sottoposta ad indagini, ma consentono di evitare che le limitazioni della libertà personale dipendano da circostanze estranee alle intenzioni persecutorie dell'indagato e finiscano per essere condizionate dalla volontà della persona offesa.

È interessante notare come in motivazione, la sentenza annotata richiami l'attenzione sul necessario rispetto del principio di legalità nell'applicazione delle misure cautelari, non essendo tollerata «la creazione, in un *mixtum compositum*, di una nuova misura non corrispondente al paradigma normativo tipico» attraverso una sovrapposizione delle modalità di misura cautelare diversamente connotate.

DIVIETO DI OPERAZIONI CREATIVE SULLE MODALITÀ ESECUTIVE DELLE MISURE

Nel caso esaminato, la Corte di cassazione non si è soffermata solo sul problema della esigenza di determinatezza dei luoghi frequentati dalla persona offesa.

Non pare affatto marginale il riferimento, contenuto nella sentenza, al diniego di applicazione di più misure cautelari cumulativamente, siano esse o meno eterogenee, ed alla conseguente inapplicabilità del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati insieme all'obbligo di mantenere una certa distanza dalla persona offesa.

Nella situazione affrontata, ove fosse stato indispensabile non far conoscere, per ragioni di riservatezza e di sicurezza dei minori e della persona offesa, le abitudini e le frequentazioni degli stessi, considerato che con il divieto di avvicinamento si sarebbe resa necessaria l'indicazione di luoghi precisi, sarebbe stato sufficiente disporre con l'ordinanza impugnata solo l'obbligo generico di mantenere una certa distanza da detti soggetti.

Il principio enucleato costituisce un approdo cui

²³ Cfr. Cass., sez. V, 27 febbraio 2013 n. 14297, *Cass. Pen.*, 7, 2013, 2717 ss., secondo cui la norma in esame esprime una precisa scelta normativa di privilegio della libertà di circolazione del soggetto passivo atteso che la mera interdizione all'indagato del luogo di abitazione della persona offesa, e cioè una tutela statica dell'incolumità della vittima, resta insufficiente rispetto al pericolo di un'aggressione nel corso della vita di relazione.

²⁴ Cass., sez. VI, 7 aprile 2011, n. 26819, *cit.*.

LA NECESSITÀ DI INDICAZIONI PUNTUALI NEL DIVIETO DI AVVICINAMENTO

è pervenuta la giurisprudenza anche in un arresto delle sezioni unite²⁵, le quali hanno sostenuto, in ossequio al principio di legalità e tassatività delle misure cautelari personali, che, al di fuori dei casi in cui sia espressamente previsto dalle singole norme processuali di cui agli artt. 276, comma 1 (provvedimenti in caso di trasgressione alle prescrizioni imposte²⁶) e 307, comma 1 *bis* (provvedimenti in caso di scarcerazione per decorrenza dei termini) cpp, non è ammessa l'applicazione simultanea, in un *mixtum compositum*, di due diverse misure cautelari tipiche, omogenee o eterogenee, che pure siano tra loro astrattamente compatibili, quali ad esempio il divieto di espatrio, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria e il divieto o l'obbligo di dimora²⁷.

Infatti, non solo non è dato rinvenire alcuna disposizione che, almeno nella fase genetica di applicazione delle misure cautelari personali, autorizzi la cumulabilità ma in una sola ipotesi il legislatore ha previsto la possibilità di una contaminazione tra differenti tipi: la misura degli arresti domiciliari di cui all'art. 283, comma 4, cpp, quale prescrizione "minore ed accessoria" dell'obbligo di dimora. La natura certamente eccezionale di tale previsione, però, non permette un'applicazione estensiva della stessa.

Del resto, le disposizioni di cui ai commi 2 e 4 dell'art. 299 cpp, in caso di attenuazione o di aggravamento delle esigenze cautelari, attribuiscono, rispettivamente, al giudice il potere-dovere di sostituire la misura applicata "con un'altra meno grave", ovvero, "fermo quanto previsto dall'art. 276 (...), con un'altra più grave"; esse, però, non consentono la cumulabilità fra misure diverse.

Insuperabile è, poi, l'argomento testuale di cui all'art. 272 cpp il quale, nello stabilire che "le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo", riduce a un *numerus clausus* le figure di misure limitative della libertà utilizzabili in funzione cautelare nel corso del procedimento penale.

²⁵ In merito all'applicazione cumulativa di misure cautelari personali che può essere disposta dal giudice soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge (artt. 276, comma 1, e 307, comma 1-bis, c.p.p.) cfr. Cass., sez. un., 30 maggio 2006, n. 29907, CED Cass., 234138.

²⁶ Nel senso che la possibilità del cumulo fra le misure viene a trovare normativamente la propria ragion d'essere esclusivamente nel presupposto dell'aggravamento delle esigenze cautelari, del quale quella specifica trasgressione - in rapporto a tutte le circostanze del caso concreto - assume rilievo sintomatico v. Macchia, *Provvedimenti de libertate, no al cumulo ma il nodo è l'equilibrio del sistema*, Dir. e giustizia, 36, 2006, 48.

²⁷ Cfr. Cass., sez IV, 23 febbraio 2005, n. 32944, Dir. pen. proc., 2005, 1358 nonché Foro It., 2005, II, 658.

È ovvio, poi, come diversamente opinando non si riuscirebbe a comprendere neanche quali conseguenze e quali sanzioni andrebbero adottate per la violazione di una misura, in ipotesi, commessa in costanza del rispetto dell'altra, qualora appunto si consentisse al giudice di scegliere le modalità attuative della cautela.

In definitiva, l'applicazione congiunta delle misure si appalesa del tutto illegittima poiché, al di fuori dei casi in cui non siano espressamente consentite da singole norme processuali, non sono ammissibili tanto l'imposizione aggiuntiva di ulteriori prescrizioni non previste dalle singole disposizioni, quanto l'applicazione congiunta di due distinte misure.

PROFILI APPLICATIVI E SPUNTI DI RIFLESSIONE

La conclusione secondo cui la mancata predeterminazione di luoghi oggetto del divieto rende viziata l'ordinanza impositiva della misura appare condivisibile soprattutto laddove si tenga conto delle problematiche connesse all'applicabilità, nei casi di specie, della norma di cui all'art. 276 cpp (Provvedimenti in caso di trasgressione alle prescrizioni imposte).

È da chiedersi, infatti, come la persona sottoposta alla misura possa in concreto rispettare un divieto indeterminato e come, di conseguenza, possa mai operarsi un effettivo controllo sulla trasgressione alle prescrizioni imposte.

L'eccessiva gravosità della misura, poi, non terrebbe conto degli eventuali incontri occasionali che renderebbero l'imposizione assolutamente inesigibile, in quanto il soggetto sottoposto non potrebbe prevedere in anticipo la presenza della persona protetta²⁸.

Oltre al principio contenuto nell'art. 277 cpp, secondo cui «le modalità di esecuzione delle misure devono salvaguardare i diritti della persona ad esse sottoposta, il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto²⁹», poi, una

²⁸ Di contro Cass., sez. V, 27 febbraio 2013 n. 14297, Cass. Pen., 7, 2013, 2717 ss., cit. sostiene che di per sé «la norma tende ad evitare determinati comportamenti nei confronti di persone che l'indagato sa essere legate da particolari rapporti alla persona offesa, restando invece esclusi dall'obbligo imposto con la misura gli eventuali, occasionali e non prevedibili incontri (ad esempio camminando per strada, purché in luoghi diversi da quelli che l'indagato sa essere abitualmente frequentati per motivi di lavoro, di vita o affettivi della p.o.) che non si traducono in alcun tipo di contatto molesto. Non bisogna dimenticare, infatti, che ai fini della valutazione del rispetto della misura si deve tener conto anche dell'elemento soggettivo».

²⁹ Cfr. Corte cost., ord. 18 dicembre 2002, n. 532, Cass. Pen., 2003,

differente soluzione si porrebbe in contrasto con le garanzie costituzionali.

Non può dimenticarsi, infatti, come, da un lato, l'art. 13, affermando l'inviolabilità della libertà personale, prescrive al comma 2 che le sue limitazioni possano avvenire solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, e, dall'altro lato, l'art. 16, comma 1, al fine di tutelare la proiezione spaziale della persona, garantisce al cittadino la libertà di circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio dello Stato³⁰.

Il principio ineludibile, da rispettare, è dunque quello secondo cui la libertà *ante iudicium* costituisce la regola e la misura restrittiva l'eccezione. Inoltre, l'inviolabilità sancita dall'art. 13, comma 1, Cost. va coniugata anche con le disposizioni di principio dettate dalle fonti europee, ed in particolare con quanto viene stabilito dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla normativa dell'Unione Europea.

La disposizione di cui all'art. 272 cpp, che traduce sul piano codicistico il principio di tassatività sancito dall'art. 13, comma 2, Cost., deve, pertanto, costituire un *prius* il cui valore non può mai essere derogato attraverso interpretazioni riduttive³¹.

Sul piano pratico, laddove la misura coercitiva del divieto di avvicinamento, già di per sé afflittiva, venisse adottata con un provvedimento riferito ad obblighi indeterminati, essa stessa si tradurrebbe, sostanzialmente in una misura in "bianco" che limiterebbe oltremodo la libertà personale e, senza dubbio alcuno, quella di circolazione e di movimento dell'intimato. A voler seguire un percorso diverso, verrebbero travalicate le finalità proprie della fase cautelare e verrebbero compressi gli stessi principi di adeguatezza e di proporzionalità che regolano la materia (art. 275 cpp)³².

174, dove i giudici delle leggi affermano che l'ordinamento persegue un equilibrato bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti dal provvedimento coercitivo e consente all'organo della giurisdizione la scelta di modalità attuative del regime cautelare atte a sacrificare il minimo indispensabile i diritti fondamentali della persona. A riguardo in dottrina: Spangher, *Evoluzione e involuzione del sistema cautelare*, AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, I, Corso e Peroni (a cura di), Piacenza, 2010, 795 ss.; Bonetti, *Riservatezza e processo penale*, Milano 2003, 162; Corso, *Il carcere senza rieducazione (l'imputato detenuto)*, AA.VV., *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Corso (a cura di), V, Milano, 2013, 339 ss.; Di Chiara, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, Fiandaca-Di Chiara, *Un'introduzione al sistema penale. Per una lettera costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 303.

³⁰ Sui valori costituzionali in ambito cautelare in genere, Cordero, *Procedura penale*, IX, Milano, 2012, 471 ss.

³¹ Pisani, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Bartole-Conforti-Raimondi (a cura di), Padova, 2001, 115 ss.

³² Cfr. Cass., sez. un., 22 aprile 2011, *Cass. Pen.*, 2011, 3713,

Le misure di cui si tratta, infatti, non possono presentare un grado di afflittività così variabile tanto da rischiare finanche un sovradimensionamento rispetto al bisogno preventivo.

L'intensità della limitazione deve essere collegata alla identificazione, per quantità e qualità, dei luoghi eventualmente interdetti, anche in rapporto al contesto territoriale nel quale vivono offeso ed indagato; alla scelta tra il divieto di accesso e l'obbligo di distanza dagli stessi luoghi; alla scelta di imporre un obbligo di distanza da una o più persone, e così via.

Tali caratteristiche impongono all'autorità giudiziaria un'attenta valutazione della condizioni di applicabilità delle misure, in modo da assicurare il rispetto del fondamentale principio di adeguatezza – minor sacrificio necessario al soddisfacimento del bisogno preventivo – anche in termini concreti.

In prospettiva, poi, *de jure condendo*, si considera auspicabile, nel dovuto ossequio alla matrice garantistica del principio di legalità, la fissazione di margini non superabili di proporzionalità, ad esempio, attraverso la predeterminazione *ex lege* della distanza massima dei luoghi inaccessibili all'indagato³³.

E ciò risulta ancor più pregnante dal momento che il divieto di avvicinamento viene imposto nella maggior parte di casi a soggetti che, a volte, non solo risultano assolutamente estranei agli ambienti delinquenziali, ma che spesso si rivelano perfino del tutto incensurati.

Si impone, così, l'imprescindibile esigenza di realizzare un giusto equilibrio tra la primaria necessità di privilegiare una doverosa e congrua tutela della persona offesa dal reato e il bisogno di attuare detto obiettivo senza necessariamente comprimere in maniera spropositata la libertà dell'indagato, mediante l'imposizione di prescrizioni dal contenuto esorbitante rispetto alle effettive esigenze cautelari, non chiare e dal senso equivoco.

Sul piano strettamente operativo, il rispetto dei predetti limiti richiede una esatta indicazione dei luoghi oggetto del divieto di avvicinamento di cui all'art. 282 *ter* cpp, mediante l'utilizzo di precisi dati validi a contrassegnarli in modo da non lasciare spazi di incertezza³⁴.

che, peraltro, opera un richiamo alla sentenza della Corte Cost. 21 luglio 2010, n. 265, *Foro it.*, 2012, 692. In dottrina: De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, cit., 5 ss.

³³ Ad esempio, in Canada è prevista l'adozione di ordini preventivi (divieti di avvicinamento e di contatto con la persona offesa) dalla durata massima di un anno (v. più diffusamente Mugerì, *Lo stalking, fra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, 2010, 63 ss.), mentre in Austria si sancisce l'estensione massima temporale in dodici mesi, promulgabili in ipotesi di violazione (cfr. ancora Mugerì, op. cit., 81).

³⁴ "Determinare" significa, infatti, «indicare con precisione i

LA NECESSITÀ DI INDICAZIONI PUNTUALI NEL DIVIETO DI AVVICINAMENTO

Il giudice, quindi, a seconda del caso concreto, avrà la possibilità di contemperare l'esigenza di tutela della persona offesa con i diritti riconosciuti all'indagato, attraverso due strumenti efficaci.

Da un lato, con l'indicazione di luoghi «determinati» di frequentazione abituale della persona offesa, ai quali l'indagato non potrà affatto avvicinarsi o dai quali egli dovrà mantenere una «determinata» distanza, si appresta una tutela, per così dire di tipo «statico» a favore dell'individuo protetto, quando si trovi in tali luoghi.

Dall'altro lato, di contro, la previsione di una «determinata» distanza che l'indagato dovrà costantemente osservare comporterà una tutela, per così dire, di tipo «dinamico» a favore della vittima, che sarà, in tal modo, garantita in qualunque suo spostamento o movimento e in qualunque luogo essa possa venirsi a concretamente trovare.

All'atto dell'applicazione in concreto della misura cautelare sarà quindi necessario preliminarmente operare un duplice ordine di valutazioni. *In primis* si dovrà ricostruire un preciso quadro che rappresen-

ti, in funzione del tipo di vita condotta dal soggetto da difendere, tutti i luoghi specifici inerenti al suo centro di interessi e alle sue abitudini (lavorative, affettive, culturali, di svago etc.). E, in secondo luogo, però, occorrerà anche tenere conto delle zone oggetto di frequentazione abituale dell'indagato, onde poter così operare una sorta di pianificazione atta ad evitare qualsivoglia occasione di incontro con la persona offesa. Così, ad esempio, se i luoghi oggetto della misura dovessero essere quelli lavorativi in comune, oltre che imporre all'uno di mantenere una determinata distanza dall'altra, potrebbe anche apparire opportuno impedire comunque qualsiasi contatto non «giustificabile» da ragioni professionali, prescrivendo modalità e limitazioni ulteriormente opportune a norma dell'art. 282 *ter*, comma 4.

Senonché per un effettivo bilanciamento delle diverse esigenze risulterà di notevole importanza anche la valutazione del *fumus* del delitto e, soprattutto, l'indagine, richiesta dall'art. 274, lett. c) cpp, sulle «specifiche modalità e circostanze del fatto» e sui «comportamenti e atti concreti» dell'indagato al fine di scongiurare il rischio di un abuso e di una discrezionalità che superi i limiti definiti per l'applicazione della cautela.

termini di qualcosa»: cfr. voce determinare o diterminare, Zingarelli, *Vocabolario della lingua italiana*, XII, Bologna, 2009, 653.

La Corte e.d.u. condanna l'Italia per violazione del *ne bis in idem* in tema di manipolazione del mercato

Corte e.d.u., sez. II, 4 marzo 2014 – Ricorsi n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10 – Grande Stevens e altri c. Italia

Le sanzioni derivanti dalla violazione dell'art. 187 ter, comma 1, t.u.fin., hanno natura penale.

Il procedimento svoltosi davanti la Consob non è conforme alle esigenze di equità e imparzialità sancite dall'art. 6 §1 Cedu.

*Il procedimento diretto all'accertamento dell'illecito penale di cui all'art. 185 t.u.fin., stante la condanna definitiva per lo stesso fatto ai sensi dell'art. 187 ter, t.u.fin., ha determinato la violazione del divieto di *ne bis in idem* stabilito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 Cedu.*

[Omissis]

PROCEDURA

1. All'origine della causa vi sono cinque ricorsi (nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10) proposti contro la Repubblica italiana con i quali tre cittadini e due società di tale Stato, i sigg. Franzo Grande Stevens, Gianluigi Gabetti e Virgilio Marrone, nonché Exor S.p.a. e Giovanni Agnelli & C. S.a.s. («i ricorrenti»), hanno adito la Corte il 27 marzo 2010 in virtù dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali («la Convenzione»).

2. I ricorrenti sono stati rappresentati dagli Avv. A. e G. Bozzi, dei fori rispettivamente di Milano e Roma. Il sig. Grande Stevens è stato rappresentato anche dall'Avv. N. Irti, del foro di Milano. Il governo italiano («il Governo») è stato rappresentato dalla sua agente, E. Spatafora, e dalla sua co-agente, P. Accardo.

3. I ricorrenti lamentano in particolare che i procedimenti giudiziari di cui hanno formato oggetto non sono stati equi e non hanno avuto luogo davanti ad un «tribunale» indipendente ed imparziale, che è stato leso il loro diritto al rispetto dei loro beni e che sono stati vittime di una violazione del principio *ne bis in idem*.

4. Il 15 gennaio 2013, i ricorsi sono stati dichiarati parzialmente irricevibili e le doglianze relative all'articolo 6 della Convenzione, nonché agli articoli 1 del Protocollo n. 1 e 4 del Protocollo n. 7 sono state comunicate al Governo. Come consentito dall'articolo 29 § 1 della Convenzione, è stato inoltre deciso che la camera si sarebbe pronunciata contestualmente sulla ricevibilità e sul merito.

IN FATTO

I. LE CIRCOSTANZE DEL CASO DI SPECIE

5. L'elenco delle parti ricorrenti figura in allegato.

A. Il contesto della causa

6. All'epoca dei fatti, il sig. Gianluigi Gabetti era il presidente delle due società ricorrenti e il sig. Virgilio Marrone era il procuratore della società Giovanni Agnelli & C. s.a.p.a.

7. Il 26 luglio 2002, la società anonima FIAT (Fabbrica Italiana Automobili Torino) sottoscrisse un prestito convertendo con otto banche. Il contratto scadeva il 20 settembre 2005 e prevedeva che, in caso di mancato rimborso del prestito da parte della FIAT, le banche avrebbero potuto compensare il loro credito sottoscrivendo un aumento del capitale societario. Così, le banche avrebbero acquisito il 28% del capitale sociale della FIAT, mentre la partecipazione della società anonima IFIL Investments (divenuta poi, il 20 febbraio 2009, Exor s.p.a., come sarà di seguito denominata) sarebbe passata dal 30,06% al 22% circa.

8. Il sig. Gabetti, desideroso di ottenere una consulenza legale per trovare il modo di permettere alla Exor di rimanere l'azionista di maggioranza della FIAT, si rivolse in quell'ottica ad un avvocato specializzato in diritto societario, l'Avv. Grande Stevens. Secondo quest'ultimo, una delle possibilità era rinegoziare un contratto di equity swap (ossia un contratto che consente di scambiare la performance di un'azione contro un tasso di interesse, senza dovere anticipare denaro) del 26 aprile 2005 riguardante circa 90 milioni di azioni FIAT che la Exor aveva concluso con una banca d'affari inglese, la Merrill Lynch International Ltd, e la cui scadenza era fissata al 26 dicembre 2006. A parere dell'Avv. Grande Stevens, quella era una delle strade per evitare il lancio di un'offerta pubblica di acquisto («OPA») sulle azioni FIAT.

9. Senza menzionare la Merrill Lynch International Ltd per timore di violare i suoi doveri di riservatezza, il 12 agosto 2005 l'Avv. Grande Stevens chiese alla Commissione

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM*

nazionale per le società e la Borsa (la «CONSOB», che nel sistema giuridico italiano ha, tra i suoi fini, quello di garantire la tutela degli investitori e l'efficacia, la trasparenza e lo sviluppo dei mercati borsistici), se, nell'ipotesi da lui prospettata, si sarebbe potuto evitare un'OPA. Al tempo stesso, l'Avv. Grande Stevens cominciò ad informarsi presso la Merrill Lynch International Ltd in merito alla possibilità di modificare il contratto di equity swap.

10. Il 23 agosto 2005, la CONSOB chiese alle società Exor e Giovanni Agnelli di diffondere un comunicato stampa che indicasse le iniziative assunte in vista della scadenza del prestito convertendo con le banche, i fatti nuovi riguardanti la società FIAT e i fatti utili a spiegare le fluttuazioni delle azioni FIAT sul mercato.

11. Il sig. Marrone spiega che quel giorno era in ferie. Aveva informato l'Avv. Grande Stevens della richiesta della CONSOB e gliene aveva trasmesso una copia. Il sig. Marrone sostiene di non avere partecipato alla redazione dei comunicati stampa descritti nei successivi paragrafi 13 e 14.

12. Il sig. Gabetti spiega che il 23 agosto 2005 era ricoverato negli Stati Uniti. Aveva ricevuto una bozza di comunicato stampa e aveva contattato telefonicamente l'Avv. Grande Stevens. Questi gli aveva confermato che, poiché numerosi elementi rimanevano da chiarire, l'ipotesi di una rinegoziazione del contratto di equity swap non poteva considerarsi un'opzione concreta e attuale. In tali circostanze, il sig. Gabetti approvò la bozza di comunicato.

13. Il comunicato stampa emesso in risposta, approvato dall'Avv. Grande Stevens, si limitava a indicare che la Exor non aveva «né avviato né studiato iniziative riguardanti la scadenza del prestito convertendo» e che auspicava «di rimanere l'azionista di riferimento della FIAT». Non fu fatta menzione dell'eventuale rinegoziazione del contratto di equity swap con la Merrill Lynch International Ltd, considerata dai ricorrenti una mera ipotesi futura per mancanza di un fondamento fattuale e giuridico chiaro.

14. La società Giovanni Agnelli confermò il comunicato stampa della Exor.

15. Dal 30 agosto al 15 settembre 2005, l'Avv. Grande Stevens proseguì le trattative con la Merrill Lynch International Ltd per verificare la possibilità di modificare il contratto di equity swap.

16. Il 14 settembre 2005, nel corso di una riunione della famiglia Agnelli, fu deciso che il piano studiato dall'Avv. Grande Stevens dovesse essere sottoposto all'approvazione del consiglio di amministrazione della Exor. Lo stesso giorno, la CONSOB ricevette una copia del contratto di equity swap e fu informata delle trattative in corso al fine di utilizzarlo per consentire alla Exor di acquisire azioni FIAT.

17. Il 15 settembre 2005, in esecuzione di deliberazioni dei rispettivi consigli di amministrazione, la Exor e la Merrill Lynch International Ltd conclusero l'accordo che modificava il contratto di equity swap.

18. Il 17 settembre 2005, rispondendo alla domanda rivoltale dall'Avv. Grande Stevens il 12 agosto 2005 (paragrafo 9 supra), la CONSOB comunicò che, nell'ipotesi prospettata, non vi era l'obbligo di lanciare un'OPA.

19. Il 20 settembre 2005 la FIAT aumentò il suo capitale; le nuove azioni emesse furono acquisite dalle otto banche a compensazione dei loro crediti. Lo stesso giorno, entrò in vigore l'accordo che modificava il contratto di equity swap. Di conseguenza, la Exor conservò la sua partecipazione del 30% nel capitale FIAT.

B. Il procedimento dinanzi alla CONSOB

20. Il 20 febbraio 2006, la Divisione mercati e consulenza economica – ufficio Insider Trading – di seguito l'«ufficio IT») della CONSOB contestò ai ricorrenti la violazione dell'articolo 187 ter punto 1 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Ai sensi di tale disposizione, intitolata «manipolazione del mercato»,

«Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 20.000 a euro 5.000.000 chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari.»^[1]

21. Secondo la tesi dell'ufficio IT, l'accordo che modificava l'equity swap era stato concluso o era in procinto di esserlo prima della diffusione dei comunicati stampa del 24 agosto 2005, quindi non era normale che questi non ne facessero menzione. I ricorrenti furono invitati a presentare la loro difesa.

22. L'ufficio IT trasmise poi il fascicolo all'ufficio sanzioni amministrative (di seguito «l'ufficio sanzioni») della CONSOB, corredandolo di una relazione istruttoria datata 13 settembre 2006, che menzionava gli elementi a carico e le argomentazioni degli accusati. Stando a tale relazione, le difese avanzate dai ricorrenti non erano tali da consentire di archiviare il fascicolo.

23. L'ufficio sanzioni comunicò la relazione ai ricorrenti e li invitò a presentare per iscritto, entro il termine di trenta giorni che scadeva il 23 ottobre 2006, le argomentazioni che ritenevano necessarie per la loro difesa. Nel frattempo, l'ufficio IT continuò a esaminare la causa dei ricorrenti, acquisendo informazioni orali e analizzando i documenti ricevuti il 7 luglio 2006 dalla Merrill Lynch International Ltd. Il 19 ottobre 2006, detto ufficio trasmise all'ufficio sanzioni una «nota complementare» in cui affermava che i nuovi documenti esaminati non consentivano di giungere a conclusioni diverse. Il 26 ottobre 2006, i ricorrenti ricevettero una copia della nota complementare del 19 ottobre 2006 e dei suoi allegati; fu concesso loro un nuovo termine di trenta giorni per presentare eventuali osservazioni.

24. Senza comunicarla ai ricorrenti, l'ufficio sanzioni presentò la sua relazione (datata 19 gennaio 2007 e contenente le sue conclusioni) alla commissione - la CONSOB propriamente detta -, vale a dire all'organo incaricato di adottare l'eventuale provvedimento di applicazione di sanzioni. Questa si componeva, all'epoca dei fatti, di un presidente e di quattro membri, nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri. Il loro mandato durava cinque anni ed era rinnovabile una sola volta.

25. Con provvedimento n. 15760 del 9 febbraio 2007, la CONSOB comminò ai ricorrenti le seguenti sanzioni amministrative pecuniarie:

- 5.000.000 EUR al sig. Gabetti,
- 3.000.000 EUR al sig. Grande Stevens,
- 500.000 EUR al sig. Marrone,
- 4.500.000 EUR alla società Exor,
- 3.000.000 EUR alla società Giovanni Agnelli.

26. Ai sigg. Gabetti, Grande Stevens e Marrone fu applicato il divieto di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società quotate in borsa, rispettivamente per sei, quattro e due mesi.

27. In particolare, secondo la CONSOB, dal fascicolo emergeva che il 24 agosto 2005, data dei comunicati stampa in questione, il piano volto a conservare una partecipazione del 30% nel capitale della FIAT sulla base di una rinegoziazione del contratto di equity swap sottoscritto con la Merrill Lynch International Ltd era già stato studiato e in corso di esecuzione. Ne conseguiva che i comunicati stampa davano una rappresentazione falsa della situazione dell'epoca. La CONSOB sottolineò anche la posizione occupata dalle persone interessate, la «gravità oggettiva» dell'illecito e l'esistenza del dolo.

C. Il ricorso in opposizione dinanzi alla corte d'appello

28. I ricorrenti proposero ricorso in opposizione avverso tale sanzione dinanzi alla corte d'appello di Torino. Denunciarono, tra l'altro, che il regolamento della CONSOB era illegale in quanto, contrariamente a quanto richiesto dall'articolo 187 septies del decreto legislativo n. 58 del 1998 (paragrafo 57 infra), non rispettava il principio del contraddittorio.

29. Il sig. Grande Stevens osservò inoltre che la CONSOB lo aveva accusato e punito per avere preso parte alla pubblicazione del comunicato stampa del 24 agosto 2005 in qualità di amministratore della Exor. Davanti alla CONSOB l'interessato aveva eccepito invano di non possedere tale qualità e di essere semplicemente l'avvocato e il consulente del gruppo Agnelli. Dinanzi alla corte d'appello il sig. Grande Stevens confermò che, non essendo amministratore, non poteva avere partecipato alla decisione di pubblicare il comunicato stampa in questione. In una memoria del 25 settembre 2007, il sig. Grande Stevens comunicò che, nel caso in cui la corte d'appello avesse ritenuto insufficienti o inutilizzabili i documenti acquisiti agli atti, egli chiedeva di convocare ed esaminare i testimoni «sui fatti riferiti nei documenti succitati». Nella memoria egli non indicò chiaramente né i nomi di tali testimoni né le circostanze sulle quali essi avrebbero dovuto testimoniare. In una memoria in pari data, il sig. Marrone citò due testimoni, le cui dichiarazioni avrebbero provato che egli non aveva partecipato alla redazione dei comunicati stampa, e precisò che la corte d'appello avrebbe potuto, ove occorresse, procedere alla loro audizione.

30. Con sentenze depositate in cancelleria il 23 gennaio 2008, la corte d'appello di Torino ridusse come segue, per alcuni dei ricorrenti, l'importo delle sanzioni amministrative pecuniarie comminate dalla CONSOB:

- 600.000 EUR per la società Giovanni Agnelli s.a.p.a.;
- 1.000.000 EUR per la Exor s.p.a.;

- 1.200.000 EUR per il sig. Gabetti.

Nell'intestazione delle sentenze emesse nei confronti dei sigg. Gabetti e Marrone e della Exor S.p.a. era indicato che la corte d'appello si era riunita in camera di consiglio. La parte «procedura» delle sentenze pronunciate contro il sig. Grande Stevens e Giovanni Agnelli & C. S.a.s. menzionava che era stata disposta la comparizione delle parti in camera di consiglio.

31. La durata del divieto di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società quotate in borsa pronunciato nei confronti del sig. Gabetti fu ridotta da sei a quattro mesi.

32. La corte d'appello rigettò tutte le altre doglianze degli interessati. Essa notò tra l'altro che, anche dopo la trasmissione del fascicolo all'ufficio sanzioni, l'ufficio IT conservava il diritto di proseguire la sua attività di indagine, non essendo vincolante il termine di 210 giorni previsto per i provvedimenti della CONSOB. Peraltro, il principio del contraddittorio era rispettato dato che, come nel caso di specie, gli accusati erano stati informati dei nuovi elementi raccolti dall'ufficio IT e avevano avuto la possibilità di presentare le loro repliche.

33. La corte d'appello osservò anche che corrispondeva a verità che la CONSOB aveva da un lato comminato le sanzioni previste dall'articolo 187 ter del decreto legislativo n. 58 del 1998 e dall'altro denunciato alla procura la commissione del reato di cui all'articolo 185 punto 1 dello stesso decreto. Ai sensi di tale disposizione,

«Chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 20.000 a euro 5.000.000.»

34. Secondo la corte d'appello, queste due disposizioni avevano ad oggetto la stessa condotta (la «diffusione di informazioni false») e perseguivano lo stesso scopo (evitare manipolazioni del mercato), ma differivano quanto alla situazione di pericolo che si presumeva fosse stata generata da tale condotta: per l'articolo 187 ter, era sufficiente di per sé avere fornito indicazioni false o fuorvianti in merito agli strumenti finanziari, mentre l'articolo 185 richiedeva inoltre che tali informazioni fossero state tali da provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti in questione. Come indicato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 409 del 12 novembre 1991, al legislatore era consentito di sanzionare un comportamento illecito al tempo stesso con una sanzione amministrativa pecuniaria e con una sanzione penale. Inoltre, l'articolo 14 della direttiva 2003/6/CE (paragrafo 60 infra), che invitava gli Stati membri dell'Unione europea ad applicare sanzioni amministrative nei confronti delle persone responsabili di una manipolazione del mercato, conteneva anch'esso la menzione «fatto salvo il loro diritto di imporre sanzioni penali».

35. Sul merito, la corte d'appello osservò che dal fascicolo risultava che, all'epoca in questione, la rinegoziazione dell'equity swap era stata analizzata nei minimi dettagli e le conclusioni cui era giunta la CONSOB (vale a dire che il piano esisteva già un mese prima del 24 agosto 2005) erano

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL NE BIS IN IDEM

ragionevoli alla luce dei fatti accertati e della condotta delle persone interessate.

36. Quanto al sig. Grande Stevens, era vero che egli non era amministratore della Exor s.p.a.. Tuttavia, l'illecito amministrativo punito dall'articolo 187 ter del decreto legislativo n. 58 del 1998 poteva essere commesso da «chiunque», quindi in una qualsiasi qualità; ora, di certo il sig. Grande Stevens aveva partecipato al processo decisionale che aveva portato alla pubblicazione del comunicato stampa nella sua qualità di avvocato consultato dalle società ricorrenti.

D. Il ricorso per cassazione

37. I ricorrenti proposero ricorso per cassazione. Nel terzo e nel quarto motivo del ricorso, dedussero in particolare una violazione dei principi del giusto processo, sanciti dall'articolo 111 della Costituzione, a causa soprattutto: dell'assenza di contraddittorio nella fase istruttoria dinanzi alla CONSOB; della mancata trasmissione agli imputati della relazione istruttoria dell'ufficio sanzioni; dell'impossibilità, secondo loro, di depositare memorie e documenti e di essere sentiti personalmente dalla commissione; del fatto che l'ufficio IT aveva proseguito l'inchiesta e trasmesso una nota complementare dopo la scadenza del termine fissato a tale scopo.

38. Con sentenze del 23 giugno 2009, il cui testo fu depositato in cancelleria il 30 settembre 2009, la Corte di cassazione rigettò i loro ricorsi. In particolare, essa ritenne che il principio del contraddittorio fosse stato rispettato nel procedimento dinanzi alla CONSOB, rilevando che questa aveva informato gli interessati della condotta loro contestata e tenuto conto delle loro rispettive difese. La mancata audizione dei ricorrenti e la mancata trasmissione agli stessi delle conclusioni dell'ufficio sanzioni non violavano tale principio, in quanto le disposizioni costituzionali in materia di giusto processo e di diritto alla difesa si applicavano soltanto ai procedimenti giudiziari, e non al procedimento per l'applicazione di sanzioni amministrative.

E. Le azioni penali nei confronti dei ricorrenti

39. Ai sensi del decreto legislativo n. 58 del 1998, la condotta dei ricorrenti contestata poteva formare oggetto non solo di una sanzione amministrativa comminata dalla CONSOB, ma anche delle sanzioni penali previste dall'articolo 185 punto 1, citato nel precedente paragrafo 33.

40. Il 7 novembre 2008, i ricorrenti furono rinviati a giudizio dinanzi al tribunale di Torino. Erano accusati di avere dichiarato, nei comunicati stampa del 24 agosto 2005, che la Exor auspicava di rimanere l'azionista di riferimento della FIAT e non aveva né avviato né studiato iniziative riguardanti la scadenza del prestito convertendo, mentre l'accordo che modificava l'equity swap era già stato esaminato e concluso, informazione che sarebbe stata tenuta nascosta al fine di evitare un probabile crollo del prezzo delle azioni FIAT.

41. La CONSOB si costituì parte civile, com'era sua facoltà fare ai sensi dell'articolo 187 undecies del decreto legislativo n. 58 del 1998.

42. Dopo il 30 settembre 2009, data del deposito in cancelleria della sentenza di rigetto del ricorso per cassazione proposto dai ricorrenti avverso la condanna inflitta dalla CONSOB (paragrafo 38 supra), gli interessati chiesero l'ab-

bandono delle azioni penali nei loro confronti in virtù del principio *ne bis in idem*. In particolare, all'udienza del 7 gennaio 2010, essi eccepirono l'incostituzionalità delle disposizioni pertinenti del decreto legislativo n. 58 del 1998 e dell'articolo 649 del codice di procedura penale (il «CPP» - si veda il paragrafo 59 infra), per incompatibilità, a loro giudizio, con l'articolo 4 del Protocollo n. 7.

43. Il pubblico ministero si oppose a tale eccezione, sostenendo che il «doppio processo» (amministrativo e penale) era imposto dall'articolo 14 della direttiva 2003/6/CE del 28 gennaio 2003 (paragrafo 60 infra), alla quale il legislatore italiano aveva dato esecuzione introducendo gli articoli 185 e 187 ter del decreto legislativo n. 58 del 1998.

44. Il tribunale di Torino non si pronunciò immediatamente sulla questione incidentale di costituzionalità sollevata dalla difesa. Ordinò una perizia per determinare le fluttuazioni delle azioni FIAT tra il dicembre 2004 e l'aprile 2005 e per valutare gli effetti dei comunicati stampa del 24 agosto 2005 e delle informazioni diffuse il 15 settembre 2005.

45. Con sentenza del 21 dicembre 2010, il cui testo fu depositato in cancelleria il 18 marzo 2011, il tribunale di Torino assolse il sig. Marrone in quanto non aveva contribuito alla pubblicazione dei comunicati stampa, e assolse anche gli altri ricorrenti perché non era stato provato che la loro condotta fosse stata tale da provocare una significativa alterazione del mercato finanziario. Il tribunale osservò che il fatto che i comunicati stampa contenessero informazioni false era già stato sanzionato dall'autorità amministrativa. Secondo il tribunale, la condotta contestata agli interessati mirava, probabilmente, a tenere nascosta alla CONSOB la rinegoziazione del contratto di equity swap, e non a fare aumentare il prezzo delle azioni FIAT.

46. Il tribunale dichiarò manifestamente infondata la questione incidentale di costituzionalità sollevata dai ricorrenti. Osservò che la legge italiana (articolo 9 della legge n. 689 del 1981) vietava un «doppio giudizio», penale e amministrativo, su uno «stesso fatto». Ora, gli articoli 185 e 187 ter del decreto legislativo n. 58 del 1998 non punivano lo stesso fatto: solo la disposizione penale (l'articolo 185) richiedeva che la condotta fosse stata tale da provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari (si veda Corte di cassazione, sesta sezione, sentenza del 16 marzo 2006, n. 15199). Inoltre, l'applicazione della disposizione penale presupponeva l'esistenza di un dolo, mentre la disposizione amministrativa si applicava in presenza di un semplice comportamento colpevole. D'altra parte, le azioni penali successive alla pronuncia della sanzione pecuniaria prevista dall'articolo 187 ter del decreto legislativo n. 58 del 1998 erano autorizzate dall'articolo 14 della direttiva 2003/6/CE.

47. Quanto alla giurisprudenza della Corte citata dai ricorrenti (Gradinger c. Austria (23 ottobre 1995, serie A n. 328-C), Serguei Zolotoukhine c. Russia ([GC], n. 14939/03, CEDU 2009-..), Maresti c. Croazia (n. 55759/07, 25 giugno 2009), e Ruotsalainen c. Finlandia (n. 13079/03, 16 giugno 2009)), essa non era pertinente nel caso di specie, in quanto si riferiva a casi in cui uno stesso fatto era punito con sanzioni penali e amministrative e in cui queste ultime aveva-

no carattere punitivo e potevano comprendere restrizioni della libertà ovvero (causa Ruotsalainen) erano di importo superiore alla sanzione penale pecuniaria.

48. La procura propose ricorso per cassazione, sostenendo che il reato contestato ai ricorrenti era «di pericolo» e non «di danno». Esso poteva quindi essere integrato anche in assenza di danno per gli azionisti.

49. Il 20 giugno 2012 la Corte di cassazione accolse in parte il ricorso proposto dalla procura e cassò la decisione di assoluzione delle società Giovanni Agnelli e Exor, nonché dei sigg. Grande Stevens e Gabetti, confermando invece la decisione di assoluzione del sig. Marrone, poiché questi non aveva preso parte alla condotta contestata.

50. Con sentenza del 28 febbraio 2013, la corte d'appello di Torino condannò i sigg. Gabetti e Grande Stevens per il reato previsto all'articolo 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998, ritenendo che fosse altamente probabile che, senza le false informazioni incluse nel comunicato stampa emesso il 24 agosto 2005, il valore delle azioni FIAT si sarebbe abbassato in misura assai più significativa. Essa assolse invece le società Exor e Giovanni Agnelli, ritenendo che non potessero essere giudicate responsabili di fatti illeciti.

51. La corte d'appello escluse nel modo più assoluto una violazione del principio del *ne bis in idem*, confermando, fondamentalmente, il ragionamento seguito dal tribunale di Torino.

52. Stando alle informazioni fornite dal Governo il 7 giugno 2013, i sigg. Gabetti e Grande Stevens hanno proposto ricorso per cassazione avverso tale sentenza, e il procedimento era ancora pendente a tale data. Nei loro ricorsi, questi due ricorrenti hanno invocato la violazione del principio *ne bis in idem* e chiesto di sollevare una questione incidentale di costituzionalità dell'articolo 649 del CPP.

II. IL DIRITTO E LA PRASSI INTERNI ED EUROPEI PERTINENTI

A. Il diritto interno

1. Il decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998

53. Come indicato in precedenza (paragrafo 20 supra), l'articolo 187 ter punto 1 di tale decreto prevede sanzioni amministrative pecuniarie per le persone responsabili di manipolazione del mercato. Ai sensi del punto 5 di quella stessa disposizione, quando il livello ordinario di tali sanzioni pecuniarie appare inadeguato rispetto alla gravità della condotta in questione, esse possono essere aumentate fino al triplo del loro importo massimo ordinario o fino a dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall'illecito. La CONSOB deve indicare gli elementi e le circostanze di cui tiene conto per valutare i comportamenti costitutivi di una manipolazione del mercato ai sensi della direttiva 2003/6/CE (paragrafo 60 infra) e delle disposizioni di esecuzione di questa.

54. L'articolo 187 quater precisa che l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie summenzionate importa la perdita temporanea dei requisiti di onorabilità per gli esponenti delle società coinvolte. Se la società è quotata in borsa, ai suoi esponenti si applica l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito di società quotate. Queste sanzioni

accessorie hanno una durata variabile da due mesi a tre anni. Tenuto conto della gravità della condotta in questione e del grado della colpa commessa, la CONSOB può anche intimare alle società quotate, alle società di gestione e alle società di revisione di non avvalersi della collaborazione dell'autore della violazione, per un periodo non superiore a tre anni. Essa può altresì richiedere ai competenti ordini professionali la temporanea sospensione dell'interessato dall'esercizio dell'attività professionale.

55. Secondo l'articolo 187 quinquies, la società commerciale è tenuta al pagamento di una somma pari all'importo della sanzione amministrativa irrogata ai suoi amministratori, direttori o manager per le violazioni da essi commesse nel suo interesse e a suo vantaggio. Se tali violazioni hanno generato un prodotto o un profitto rilevante, la sanzione applicata alla società è aumentata fino a dieci volte tale prodotto o profitto. Tuttavia, la società non è responsabile se dimostra che i suoi amministratori, direttori o manager hanno agito esclusivamente nell'interesse proprio o di terzi.

56. Secondo l'articolo 187 sexies, l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie in questione importa sempre la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo. Ai sensi dell'articolo 187 septies, il provvedimento di applicazione delle sanzioni è pubblicato per estratto nel bollettino della CONSOB, che può stabilire modalità ulteriori di pubblicità, ponendo le relative spese a carico dell'autore della violazione.

57. L'articolo 187 septies descrive la procedura di applicazione delle sanzioni da parte della CONSOB. In particolare, l'illecito deve essere contestato agli interessati entro 180 giorni dalla sua scoperta. Gli interessati possono chiedere di essere sentiti e il procedimento deve ispirarsi ai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie.

58. Ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 58 del 1998, la CONSOB è autorizzata a stabilire i termini e le procedure per l'adozione degli atti di sua competenza.

2. Il CPP

59. L'articolo 649 del CPP recita:

«1. L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze (...).

2. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo.»

B. Il diritto e la prassi europei

60. L'articolo 14 della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003 relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato – Gazzetta ufficiale n. L 096 del 12/04/2003 pp. 0016–0025) dispone:

«1. Fatto salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali, gli Stati membri sono tenuti a garantire, conformemente al loro ordinamento nazionale, che possa-

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL NE BIS IN IDEM

no essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva. Gli Stati membri sono tenuti a garantire che tali misure siano efficaci, proporzionate e dissuasive.

2. La Commissione stila, in conformità della procedura di cui all'articolo 17, paragrafo 2, un elenco indicativo delle misure e delle sanzioni amministrative di cui al paragrafo 1.

3. Gli Stati membri fissano le sanzioni da applicare per l'omessa collaborazione alle indagini di cui all'articolo 12.

4. Gli Stati membri provvedono affinché l'autorità competente possa divulgare al pubblico le misure o sanzioni applicate per il mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva, salvo il caso in cui la divulgazione possa mettere gravemente a rischio i mercati finanziari o possa arrecare un danno sproporzionato alle parti coinvolte.»

61. Nella causa *Spector Photo Group NV e Chris Van Raemdonck c/Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA)* (causa C-45/08) del 23 dicembre 2009, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è espressa come segue:

«40. Al riguardo va ricordato che, secondo la giurisprudenza costante, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza (sentenza 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, Racc. pag. I-6351, punto 283).

41. Emerge altresì dalla giurisprudenza della Corte che il rispetto dei diritti dell'uomo rappresenta una condizione di legittimità degli atti comunitari e che nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto di questi ultimi (citata sentenza *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, punto 284).

42. È vero che l'articolo 14, n. 1, della direttiva 2003/6 non impone agli Stati membri di prevedere sanzioni penali nei confronti degli autori di abusi di informazioni privilegiate, ma si limita ad affermare che tali Stati sono tenuti a garantire che «possano essere adottate le opportune misure amministrative o irrogate le opportune sanzioni amministrative a carico delle persone responsabili del mancato rispetto delle disposizioni adottate in attuazione di [tale] direttiva», essendo gli Stati membri, inoltre, tenuti a garantire che queste misure siano «efficaci, proporzionate e dissuasive». Tuttavia, considerata la natura delle violazioni di cui trattasi, nonché dato il grado di severità delle sanzioni che esse possono comportare, siffatte sanzioni, ai fini dell'applicazione della CEDU, possono essere qualificate come sanzioni penali (v., per analogia, sentenza 8 luglio 1999, causa C-199/92 P, *Hüls/Commissione*, Racc. pag. I-4287, punto 150, nonché sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, serie A n. 22, par. 82; 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, serie A n. 73, par. 53, e 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*, serie A n. 123, par. 54).

43. Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ogni sistema giuridico contempla presunzioni di fatto o di diritto e la CEDU certamente non vi pone ostacolo in linea di principio, ma, in materia penale, essa obbliga gli Stati contraenti a non oltrepassare al riguardo una determinata soglia. Pertanto, il principio della presunzione d'innocenza sancito all'articolo 6, n. 2, della CEDU non si disinteressa delle presunzioni di fatto o di diritto che si riscontrano nelle leggi penali. Esso ordina agli Stati di contenerle in limiti ragionevoli che tengano conto della gravità dell'offesa e che rispettino i diritti della difesa (v. sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo 7 ottobre 1988, *Salabiaku c. Francia*, serie A n. 141-A, par. 28, e 25 settembre 1992, *Pham Hoang c. Francia*, serie A n. 243, par. 33).

44. Occorre considerare che il principio della presunzione d'innocenza non osta alla presunzione prevista dall'articolo 2, n. 1, della direttiva 2003/6, con la quale l'intenzione dell'autore di un abuso di informazioni privilegiate si deduce implicitamente dagli elementi materiali costitutivi di tale violazione, dato che questa presunzione è confutabile e i diritti della difesa sono garantiti.

45. L'introduzione di un sistema efficiente e uniforme di prevenzione e di sanzione degli abusi di informazioni privilegiate con il legittimo scopo di tutelare l'integrità dei mercati finanziari ha quindi potuto indurre il legislatore comunitario a prendere in considerazione una definizione oggettiva degli elementi costitutivi di un abuso vietato di informazioni privilegiate. Il fatto che l'articolo 2, n. 1, della direttiva 2003/6 non preveda espressamente alcun elemento psicologico non significa per questo che sia necessario interpretare tale disposizione nel senso che qualunque insider primario in possesso di informazioni privilegiate che effettua un'operazione di mercato rientra automaticamente nell'ambito del divieto degli abusi di informazioni privilegiate.»

[N.d.T.: versione italiana disponibile sul sito della Corte di Giustizia dell'Unione Europea]

62. Per un quadro più ampio del diritto dell'Unione europea in campo borsistico, si veda anche *Soros c. Francia*, n. 50425/06, §§ 38-41, 6 ottobre 2011.

IN DIRITTO

I. LE ECCEZIONI PRELIMINARI DEL GOVERNO**A. L'eccezione del Governo relativa all'abusività del ricorso****1. L'eccezione del Governo**

63. Il Governo eccepisce innanzitutto l'abusività, a suo dire, del ricorso, osservando che alcune informazioni riferite dai ricorrenti non sono vere o quantomeno rendono necessari dei chiarimenti. Il ricorso sarebbe stato presentato in modo da indurre la Corte in errore. Il Governo fa riferimento, in modo particolare, alle seguenti circostanze:

1. i ricorrenti affermano che non vi è stata alcuna pubblica udienza dinanzi alla corte d'appello di Torino; ora, in applicazione dell'articolo 23 della legge n. 689 del 1981, tutte le udienze celebrate dinanzi a tale organo giudiziario erano aperte al pubblico; la loro affermazione sarebbe quindi falsa;

2. l'ufficio IT della CONSOB ha allegato alla sua relazione istruttoria tutti i documenti dell'inchiesta, quindi anche le difese presentate dai ricorrenti;

3. la lettera della CONSOB che contestava la violazione dell'articolo 187 ter punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 non era firmata dal presidente della CONSOB, bensì dal capo della divisione mercati e consulenza economica e dal direttore generale delle attività istituzionali della CONSOB; del resto, il presidente della CONSOB non ha svolto alcun ruolo nella fase che ha preceduto la decisione sull'applicazione delle sanzioni;

4. ai ricorrenti è stato concesso un termine di trenta giorni per presentare eventuali osservazioni alla nota complementare dell'ufficio IT del 19 ottobre 2006, e i ricorrenti hanno presentato tali osservazioni il 24 novembre 2006 senza lamentare la limitatezza del tempo che avrebbero avuto a disposizione;

5. i ricorrenti non hanno mai chiesto la convocazione e l'audizione di testimoni;

6. davanti alla CONSOB, il sig. Grande Stevens è stato accusato di avere preso parte alla decisione che ha portato alla redazione dei comunicati stampa; la menzione della sua qualità di direttore della Exor serviva unicamente ad indicare che egli faceva parte dell'alta dirigenza della società e che quindi la sua condotta poteva essere attribuita a questa; la corte d'appello di Torino non avrebbe quindi trasformato l'accusa nei suoi confronti;

7. i ricorrenti non sono stati puniti per un'omissione.

64. A parere del Governo, con queste imprecisioni i ricorrenti hanno tentato di dare l'impressione erronea che la decisione della CONSOB fosse stata adottata in segreto e senza rispettare le procedure legali e i diritti della difesa.

2. La replica dei ricorrenti

65. I ricorrenti contestano le tesi del Governo. Essi osservano che gli elementi di fatto sui quali si fondano le doglianze relative all'articolo 6 della Convenzione si riferiscono a precise circostanze che hanno inciso sullo svolgimento del procedimento controverso, cosa che attiene al merito della causa.

3. Valutazione della Corte

66. La Corte osserva che, ai sensi dell'articolo 47 § 6 del suo regolamento, i ricorrenti devono informarla di ogni fatto pertinente per l'esame del loro ricorso. Essa rammenta che un ricorso può essere rigettato come abusivo se è fondato scientemente su fatti interamente inventati (*Řehák c. Repubblica ceca* (dec.), n. 67208/01, 18 maggio 2004, e *Keretchashvili c. Georgia* (dec.), n. 5667/02, 2 maggio 2006) o se il ricorrente ha sottaciuto informazioni essenziali riguardanti i fatti della causa al fine di indurre la Corte in errore (si vedano, tra le altre, *Hüttner c. Germania* (dec.), n. 23130/04, 19 giugno 2006, e *Basileo e altri c. Italia* (dec.), n. 11303/02, 23 agosto 2011).

67. La Corte ha già affermato, inoltre, che «ogni comportamento del ricorrente manifestamente contrario alla vocazione del diritto di ricorso e di ostacolo al buon funzionamento della Corte o al buono svolgimento del procedimento dinanzi ad essa, può [in linea di principio] essere definito abusivo» (*Mirojubovs e altri c. Lettonia*, n. 798/05, § 65, 15 settembre 2009). Ai sensi dell'articolo 35 § 3 a) della

Convenzione, il concetto di abuso deve infatti essere inteso nel significato ordinario preso in considerazione dalla teoria generale del diritto – vale a dire il fatto di avvalersi di un diritto al di fuori della sua finalità in maniera pregiudizievole (*Mirojubovs e altri*, sopra citata, § 62; *Petrović c. Serbia* (dec.), nn. 56551/11 e altri dieci, 18 ottobre 2011).

68. Nel caso di specie, il Governo contesta ai ricorrenti di avere omesso di precisare in modo chiaro alcuni fatti pertinenti per l'esame della loro causa (elencati nel paragrafo 63 b) – g) supra) e di avere affermato falsamente che non vi era stata una pubblica udienza dinanzi alla corte d'appello di Torino (paragrafo 63 a) supra).

69. La Corte osserva innanzitutto che quest'ultima circostanza è un punto di fatto controverso tra le parti e che i ricorrenti hanno prodotto documenti a sostegno della loro affermazione secondo la quale l'udienza in questione si è tenuta in camera di consiglio (paragrafo 142 supra). Quanto agli altri fatti elencati dal Governo, la Corte ritiene che si tratti, fondamentalmente, di elementi suscettibili di essere utilizzati nella discussione sulla fondatezza delle doglianze dei ricorrenti, che il Governo avrà modo di sviluppare nelle sue osservazioni. Pertanto, la Corte non può concludere che l'omissione, da parte dei ricorrenti, di menzionare esplicitamente questi elementi è tale da rendere abusivo il ricorso o che questo si fondava scientemente su fatti inventati.

70. Ne consegue che l'eccezione del Governo relativa all'abusività del ricorso deve essere rigettata.

B. L'eccezione del Governo relativa all'assenza di pregiudizio importante

1. L'eccezione del Governo

71. Il Governo eccepisce anche l'irricevibilità del ricorso in quanto i ricorrenti non avrebbero subito un pregiudizio importante ai sensi dell'articolo 35 § 3 b) della Convenzione. Le doglianze dei ricorrenti non riguarderebbero una violazione effettiva di interessi tutelati dalla Convenzione, ma semplicemente questioni teoriche senza attinenza con il pregiudizio concretamente subito. Ciò sarebbe stato rilevato a giusto titolo dalla Corte di cassazione, e i ricorrenti avrebbero avuto la possibilità di presentare tutte le difese che ritenessero necessarie.

2. La replica dei ricorrenti

72. I ricorrenti contestano la tesi del Governo. Essi osservano di essere stati condannati, all'esito del procedimento controverso, a pagare ingentissime somme di denaro e di essersi visti applicare sanzioni che ledono la loro onorabilità e reputazione. Quanto alla dedotta eccessiva genericità delle loro doglianze, essi replicano che la Corte di cassazione, nelle sue elaboratissime sentenze, ha apportato risposte circostanziate a doglianze precise.

3. Valutazione della Corte

73. Secondo la giurisprudenza della Corte, il presupposto per la dichiarazione di irricevibilità di cui all'articolo 35 § 3 b) della Convenzione è che il ricorrente non abbia subito alcun «pregiudizio importante» (*Adrian Mihai Ionescu c. Romania* (dec.), n. 36659/04, § 32, 1° giugno 2010). Il concetto di «pregiudizio importante», derivato dal principio de minimis non curat praetor, rinvia all'idea che la violazione di un diritto deve raggiungere una soglia mi-

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL NE BIS IN IDEM

nima di gravità per giustificare un esame da parte di un organo giurisdizionale internazionale. La valutazione di tale soglia è, per natura, relativa e dipende dalle circostanze del caso di specie (Korolev c. Russia (dec.), n. 25551/05, 1° luglio 2010). Essa deve tenere conto sia della percezione soggettiva del ricorrente sia della posta in gioco oggettiva della controversia. Rinvia quindi a criteri quali l'impatto monetario della questione controversa o la posta in gioco della controversia per il ricorrente (Adrian Mihai Ionescu, sopra citata, § 34).

74. La Corte osserva innanzitutto che la posta in gioco finanziaria della causa è stata importante. I ricorrenti sono stati condannati dalla CONSOB e dalla corte d'appello di Torino a pagare sanzioni pecuniarie che vanno da 500.000 a 3.000.000 EUR (paragrafi 25 e 30 supra) e i sigg. Gabetti e Grande Stevens rischiano di vedersi irrogare, dai giudici penali, una pena restrittiva della libertà e una sanzione pecuniaria che va da 20.000 a 5.000.000 EUR (paragrafo 33 supra). Inoltre, l'importanza soggettiva della questione appare evidente per i sigg. Gabetti, Grande Stevens e Marrone (si veda, a contrario, Shefer c. Russia (dec.), n. 45175/04, 13 marzo 2012). Infatti, nei loro confronti è stato pronunciato il divieto di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società quotate in borsa, rispettivamente per la durata di sei, quattro e due mesi (paragrafi 26 e 31 supra), il che potrebbe essere considerato lesivo della loro onorabilità professionale (si veda, *mutatis mutandis*, Eon c. Francia, n. 26118/10, § 34, 14 marzo 2013).

75. Tenuto conto di quanto precede, la Corte ritiene che la prima condizione dell'articolo 35 § 3 b) della Convenzione, ossia l'assenza di pregiudizio importante per i ricorrenti, non sia soddisfatta e che quindi l'eccezione del Governo debba essere rigettata.

76. A titolo sovrabbondante, la Corte precisa che la prosecuzione dell'esame della causa si rende necessaria anche in nome del rispetto dei diritti dell'uomo (si veda, *mutatis mutandis*, Nicoleta Gheorghe c. Romania, n. 23470/05, § 24, 3 aprile 2012, e Eon, sopra citata, § 35). Al riguardo, essa rileva che il ricorso solleva in particolare la questione della natura e dell'equità del procedimento dinanzi alla CONSOB e della possibilità di iniziare un processo penale per fatti già sanzionati da quest'ultima. Si tratta della prima causa di questo tipo che la Corte è chiamata ad esaminare per quanto riguarda l'Italia e una decisione della Corte su questa questione di principio guiderebbe i giudici nazionali.

C. L'eccezione del Governo relativa al mancato esaurimento delle vie di ricorso interne**1. L'eccezione del Governo**

77. Il Governo eccepisce il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne. Osserva che, nel ricorso per cassazione avverso le sentenze della corte d'appello di Torino del 23 gennaio 2008, i sigg. Grande Stevens, Marrone e Gabetti non hanno invocato la violazione del principio *ne bis in idem*. Inoltre, non è stata adottata alcuna decisione definitiva in merito all'irrogazione delle sanzioni penali previste dall'articolo 185 del decreto legislativo n. 58 del 1998. Il procedimento infatti è ancora pendente in cassazione. Dinanzi all'alta corte italiana, i sigg. Gabetti e Grande Stevens

hanno invocato il principio *ne bis in idem* e chiesto di sollevare una questione incidentale di costituzionalità dell'articolo 649 del CPP. Quando viene sollevata una tale questione, gli atti passano alla Corte costituzionale, la quale può dichiarare incostituzionali le disposizioni in questione e di conseguenza annullarle.

78. Inoltre, i ricorrenti non hanno chiesto alla corte d'appello di Torino di discutere la causa in pubblica udienza e non hanno lamentato dinanzi alla Corte di cassazione la dedotta assenza di una tale udienza. Né, peraltro, essi hanno sollevato a livello interno la doglianza relativa alla dedotta mancanza di imparzialità del presidente della CONSOB. Le doglianze relative all'iniustizia del procedimento dinanzi alla CONSOB sono state sollevate per la prima volta in cassazione, quindi tardivamente.

2. La replica dei ricorrenti

79. In merito all'affermazione del Governo secondo la quale le doglianze dei ricorrenti non sarebbero state presentate alla Corte di cassazione rispettando le condizioni previste dalla legge, questi osservano innanzitutto che l'alta corte italiana ha esaminato le loro doglianze sul merito e non le ha dichiarate inammissibili. Le doglianze portate a Strasburgo sono, fondamentalmente, quelle contenute nel terzo e nel quarto motivo del ricorso per cassazione, nei quali si invocava l'articolo 111 della Costituzione (diritto ad un giusto processo) e si sosteneva che il procedimento dinanzi alla CONSOB non era in contraddittorio e che gli imputati non erano stati sentiti personalmente.

80. Quanto al fatto che il procedimento penale interno è ancora pendente, i ricorrenti ricordano che l'articolo 4 del Protocollo n. 7 non vieta solo la «doppia condanna», ma anche il «doppio procedimento». Ora, i ricorrenti hanno sollevato davanti ai giudici interni la questione del doppio procedimento alla luce della giurisprudenza di Strasburgo. Infine, nell'ordinamento giuridico italiano, la parte in giudizio non può accedere direttamente alla Corte costituzionale per invitarla a verificare la costituzionalità di una legge; solo l'organo giudiziario dinanzi al quale la causa è pendente nel merito ha la facoltà di farlo.

3. Valutazione della Corte

81. La Corte rammenta che, ai sensi dell'articolo 35 § 1 della Convenzione, essa può essere adita solo dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne. La finalità di tale regola è quella di offrire agli Stati contraenti l'occasione di prevenire o riparare le violazioni denunciate nei loro confronti prima che la Corte ne sia investita (si vedano, tra le altre, *Mifsud c. Francia* (dec.) [GC], n. 57220/00, § 15, CEDU 2002 VIII, e *Simons c. Belgio* (dec.), n. 71407/10, § 23, 28 agosto 2012).

82. I principi generali relativi alla regola dell'esaurimento delle vie di ricorso interne sono esposti nella sentenza *Sejdovic c. Italia* ([GC], n. 56581/00, §§ 43-46, CEDU 2006 II). La Corte rammenta che l'articolo 35 § 1 della Convenzione prescrive l'esaurimento dei soli ricorsi che siano al tempo stesso relativi alle violazioni denunciate, disponibili e adeguati. Un ricorso è effettivo quando è disponibile tanto in teoria quanto in pratica all'epoca dei fatti, vale a dire quando è accessibile, può offrire al ricorrente la riparazione delle violazioni denunciate e presenta ragionevoli

prospettive di successo. Al riguardo, il mero fatto di nutrire dubbi quanto alle prospettive di successo di un dato ricorso che non è secondo ogni evidenza destinato al fallimento non costituisce un motivo valido per giustificare il mancato utilizzo di ricorsi interni (Brusco c. Italia (dec.), n. 69789/01, CEDU 2001 IX; Sardinias Albo c. Italia (dec.), n. 56271/00, CEDU 2004 I; e Alberto Eugénio da Conceicao c. Portogallo (dec.), n. 74044/11, 29 maggio 2012).

83. Nel caso di specie, nel loro ricorso in opposizione dinanzi alla corte d'appello di Torino, i ricorrenti hanno eccepito il mancato rispetto, da parte della CONSOB, del principio del contraddittorio (paragrafo 28 supra). Essi hanno reiterato le loro deduzioni in questo senso dinanzi alla Corte di cassazione, invocando i principi del giusto processo, sanciti dall'articolo 111 della Costituzione (paragrafo 37 supra). Hanno quindi esaurito, al riguardo, le vie di ricorso offerte loro dal diritto italiano. Quanto alle questioni relative ai poteri del presidente della CONSOB e alla tenuta di un'udienza a porte chiuse dinanzi alla corte d'appello di Torino, si trattava, secondo i ricorrenti, dell'applicazione di regole contenute in disposizioni legislative interne. Del resto, qualsiasi eccezione dei ricorrenti al riguardo sarebbe stata priva di ragionevoli prospettive di successo, tenuto conto in particolare del fatto che la Corte di cassazione ha ritenuto che le disposizioni costituzionali in materia di giusto processo e di diritto alla difesa non fossero applicabili al procedimento per l'irrogazione di sanzioni amministrative (paragrafo 38 supra).

84. La Corte osserva anche che dopo la conferma, da parte della Corte di cassazione, della condanna pronunciata dalla CONSOB, i ricorrenti hanno invocato, nel procedimento penale, il principio ne bis in idem ed hanno eccepito, invano, l'incostituzionalità delle disposizioni pertinenti del decreto legislativo n. 58 del 1998 e dell'articolo 649 del CPP, a causa della loro incompatibilità con l'articolo 4 del Protocollo n. 7 (paragrafo 42 supra).

85. Infine, per quanto riguarda la circostanza che il procedimento penale era, alla data delle ultime informazioni ricevute dalla Corte (7 giugno 2013 – paragrafo 52 supra), ancora pendente in cassazione nei confronti dei sigg. Gabetti e Grande Stevens, è sufficiente osservare che i ricorrenti lamentano di essere stati «perseguiti penalmente» per un reato per il quale erano già stati condannati con sentenza definitiva. Pertanto, la loro doglianza relativa all'articolo 4 del Protocollo n. 7 non può essere considerata prematura.

86. Ne consegue che l'eccezione del Governo relativa al mancato esaurimento delle vie di ricorso interne non può essere accolta.

II. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 6 DELLA CONVENZIONE

87. I ricorrenti sostengono che il procedimento dinanzi alla CONSOB non è stato equo e denunciano la mancanza di imparzialità e indipendenza di tale organo.

Essi invocano l'articolo 6 della Convenzione, che, nelle sue parti pertinenti, è così formulato:

«1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente (...), da un tribunale indipendente e imparziale (...), il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di

carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (...).»

88. Il Governo contesta la tesi dei ricorrenti.

A. Sulla ricevibilità

1. Sulla questione di stabilire se sia applicabile il profilo penale dell'articolo 6 della Convenzione

a) Argomenti delle parti

i. Il Governo

89. Il Governo afferma che il procedimento dinanzi alla CONSOB non verteva su una «accusa in materia penale» a carico dei ricorrenti. Osserva che la sanzione prevista dall'articolo 187 ter del decreto legislativo n. 58 del 1998 è chiaramente qualificata come «amministrativa» sia nel diritto interno che nel diritto europeo e può essere inflitta da un organo amministrativo all'esito di un procedimento amministrativo.

90. Per quanto riguarda la sua natura, la sanzione è applicabile ad ogni comportamento, anche a una semplice negligenza, che possa dare segnali o informazioni errate agli investitori, senza necessariamente generare una significativa alterazione dei mercati finanziari. Essa tutela gli investitori da qualsiasi potenziale rischio che le loro scelte possano essere influenzate e dunque riguarda interessi diversi da quelli che normalmente sono tutelati dal diritto penale. Infine, le sanzioni che possono essere inflitte intaccano soltanto il patrimonio della persona interessata e/o la sua capacità di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo, e non possono in alcun caso portare a una privazione della libertà anche nel caso non vengano pagate. Non vengono iscritte sul casellario giudiziale e normalmente vengono inflitte agli operatori finanziari e non a tutti i cittadini.

91. Peraltro, l'ammontare delle sanzioni pecuniarie sarebbe proporzionato alle rendite e alla capacità finanziaria

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM*

del colpevole; nel caso di specie, si trattava di un'operazione finanziaria volta ad ottenere il controllo di uno dei più grandi produttori di automobili del mondo e che era costata più di 500.000.000 EUR. Inoltre, le sanzioni pecuniarie, l'eventuale confisca dei beni utilizzati per commettere l'illecito e l'incapacità di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo mirano essenzialmente a riguadagnare la fiducia dei mercati e degli investitori, andando a toccare gli elementi che hanno permesso di commettere l'illecito amministrativo (si vedano anche, su questo punto, gli scopi perseguiti dalla direttiva 2003/6/CE). Esse hanno lo scopo di riparare e compensare un danno di natura finanziaria e di evitare che il colpevole possa trarre profitto dalle sue attività illecite. Peraltro, nella causa Spector Photo Group, sopra citata (paragrafo 61 supra), la CGUE ha ammesso la coesistenza, in questo settore, di sanzioni amministrative e penali.

ii. I ricorrenti

92. I ricorrenti considerano che, anche se qualificate come «amministrative» nel diritto interno, le sanzioni inflitte dalla CONSOB devono essere considerate «penali», nel senso autonomo che questa nozione assume nella giurisprudenza della Corte. La sentenza della CGUE nella causa Spector Photo Group, citata dal Governo, non afferma il contrario, ma si limita a dire che se uno Stato membro ha previsto la possibilità di infliggere una sanzione pecuniaria di natura penale, il livello di questa sanzione non deve essere tenuto in considerazione per valutare il carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo della sanzione amministrativa. Peraltro, nella sentenza del 26 febbraio 2013 resa nell'ambito della causa C-617/10 (Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson), la CGUE ha affermato i seguenti principi: a) l'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta; b) l'articolo 50 di quest'ultima (che garantisce il principio del *ne bis in idem*) presuppone che le misure adottate a carico di un imputato assumano carattere penale; c) per valutare la natura penale delle sanzioni fiscali, occorre tener conto della qualificazione della sanzione nel diritto interno, della natura dell'illecito e del grado di severità della sanzione che rischia di subire l'interessato.

93. Nel presente caso di specie, la gravità delle sanzioni era evidente dato che il massimo previsto ammontava a 5.000.000 EUR. A questa sanzione principale si aggiungono le pene accessorie, quali l'incapacità temporanea (non superiore a tre anni) ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito delle società quotate in borsa, la temporanea sospensione (non superiore a tre anni) dagli ordini professionali, e la confisca del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo. Facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte in materia (si vedano, in particolare, Dubus S.A. c. Francia, n. 5242/04, 11 giugno 2009; Messier c. Francia, n. 25041/07, 30 giugno 2001; e Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia, n. 43509/08, 27 settembre 2011), i ricorrenti concludono che nel caso di specie è applicabile il profilo penale dell'articolo 6.

b) Valutazione della Corte

94. La Corte rammenta la sua consolidata giurisprudenza ai sensi della quale, al fine di stabilire la sussistenza

di una «accusa in materia penale», occorre tener presente tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima, e la natura e il grado di severità della «sanzione» (Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, § 82, serie A n. 22). Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di «accusa in materia penale» ai sensi dell'articolo 6 § 1, è sufficiente che il reato in causa sia di natura «penale» rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell'ambito della «materia penale». Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una «accusa in materia penale» (Jussila c. Finlandia [GC], n. 73053/01, §§ 30 e 31, CEDU 2006-XIII, e Zaicevs c. Lettonia, n. 65022/01, § 31, CEDU 2007-IX (estratti)).

95. Nel caso di specie, la Corte constata innanzitutto che le manipolazioni del mercato ascritte ai ricorrenti non costituiscono un reato di natura penale nel diritto italiano. Questi comportamenti sono in effetti puniti con una sanzione qualificata come «amministrativa» dall'articolo 187 ter punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 (paragrafo 20 supra). Ciò non è tuttavia decisivo ai fini dell'applicabilità del profilo penale dell'articolo 6 della Convenzione, in quanto le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno un valore relativo (Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, § 52, serie A n. 73, e Menarini Diagnostics S.r.l., sopra citata, § 39).

96. Per quanto riguarda la natura dell'illecito, sembra che le disposizioni la cui violazione è stata ascritta ai ricorrenti si prefiggessero di garantire l'integrità dei mercati finanziari e di mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni. La Corte rammenta che la CONSOB, autorità amministrativa indipendente, ha tra i suoi scopi quello di assicurare la tutela degli investitori e l'efficacia, la trasparenza e lo sviluppo dei mercati borsistici (paragrafo 9 supra). Si tratta di interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale (si veda *mutatis mutandis*, Menarini Diagnostics S.r.l., sopra citata, § 40; si veda anche Société Stenuit c. Francia, rapporto della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 30 maggio 1991, § 62, serie A n. 232 A). Inoltre, la Corte è del parere che le sanzioni pecuniarie inflitte mirassero essenzialmente a punire per impedire la recidiva. Erano dunque basate su norme che perseguivano uno scopo preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto sanzionavano una irregolarità (si veda, *mutatis mutandis*, Jussila, sopra citata, § 38). Dunque, non si prefiggevano unicamente, come sostiene il Governo (paragrafo 91 supra), di riparare un danno di natura finanziaria. Al riguardo, è opportuno notare che le sanzioni erano inflitte dalla CONSOB in funzione della gravità della condotta ascritta e non del danno provocato agli investitori.

97. Per quanto riguarda la natura e la severità della sanzione «che può essere inflitta» ai ricorrenti (Ezeh e Connors c. Regno Unito [GC], nn. 39665/98 e 40086/98, § 120, CEDU 2003-X), la Corte conviene con il Governo (paragrafo 90 supra) che le sanzioni pecuniarie in questione non po-

tessero essere sostituite da una pena privativa della libertà in caso di mancato pagamento (si veda, a contrario, Anghel c. Romania, n. 28183/03, § 52, 4 ottobre 2007). Tuttavia, la CONSOB poteva infliggere una sanzione pecuniaria fino a 5.000.000 EUR (paragrafo 20 supra), e questo massimo ordinario poteva, in alcune circostanze, essere triplicato o elevato fino a dieci volte il prodotto o il profitto ottenuto grazie al comportamento illecito (paragrafo 53 supra). L'inflizione delle sanzioni amministrative pecuniarie sopra menzionate comporta per i rappresentanti delle società coinvolte la perdita temporanea della loro onorabilità, e se queste ultime sono quotate in borsa, ai loro rappresentanti si applica l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito delle società quotate per una durata variabile da due mesi a tre anni. La CONSOB può anche vietare alle società quotate, alle società di gestione e alle società di revisione di avvalersi della collaborazione dell'autore dell'illecito, per una durata massima di tre anni, e chiedere agli ordini professionali la sospensione temporanea dell'interessato dall'esercizio della sua attività professionale (paragrafo 54 supra). Infine, l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie importa la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo (paragrafo 56 supra).

98. È vero che nel caso di specie le sanzioni non sono state applicate nel loro ammontare massimo, in quanto la corte d'appello di Torino ha ridotto alcune ammende inflitte dalla CONSOB (paragrafo 30 supra), e non è stata disposta alcuna confisca. Tuttavia, il carattere penale di un procedimento è subordinato al grado di gravità della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata (Engel e altri, sopra citata, § 82), e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta (Dubus S.A., sopra citata, § 37). Per di più, nel caso di specie i ricorrenti sono stati sanzionati con ammende variabili tra 500.000 e 3.000.000 EUR, e a Gabetti, Grande Stevens e Marrone è stata inflitta l'interdizione dall'amministrare, dirigere o controllare delle società quotate in borsa per un tempo compreso tra due e quattro mesi (paragrafi 25-26 e 30-31 supra). Quest'ultima sanzione era tale da ledere il credito delle persone interessate (si veda, *mutatis mutandis*, Dubus S.A., loc. ult. cit.), e le ammende erano, visto il loro ammontare, di una innegabile severità che comportava per gli interessati conseguenze patrimoniali importanti.

99. Alla luce di quanto è stato esposto e tenuto conto dell'importo elevato delle sanzioni pecuniarie inflitte e di quelle di cui erano passibili i ricorrenti, la Corte ritiene che le sanzioni in causa rientrino, per la loro severità, nell'ambito della materia penale (si vedano, *mutatis mutandis*, Öztürk, sopra citata, § 54, e, a contrario, Inocêncio c. Portogallo (dec.), n. 43862/98, CEDU 2001 I).

100. Del resto, la Corte rammenta anche che a proposito di alcune autorità amministrative francesi competenti in diritto economico e finanziario, dotate di potere sanzionatorio, essa ha dichiarato che il profilo penale dell'articolo 6 si applicava anche nel caso della Corte di disciplina finanziaria ed economica (Guisset c. Francia, n. 33933/96, § 59, CEDU 2000 IX), del Consiglio dei mercati finanziari (Didier c. Francia (dec.), n. 58188/00, 27 agosto 2002), del

Consiglio della concorrenza (Lilly France S.A. c. Francia (dec.), n. 53892/00, 3 dicembre 2002), della commissione delle sanzioni dell'Autorità dei mercati finanziari (Messier c. Francia (dec.), n. 25041/07, 19 maggio 2009), e della Commissione bancaria (Dubus S.A., sopra citata, § 38). Lo stesso è accaduto per l'autorità italiana AGCM – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; si veda Menarini Diagnostics S.r.l., sopra citata, § 44).

101. Tenuto conto dei diversi aspetti della causa, debitamente ponderati, la Corte ritiene che le sanzioni pecuniarie inflitte ai ricorrenti abbiano carattere penale, di modo che il profilo penale dell'articolo 6 § 1 sia applicabile nel caso di specie (si veda, *mutatis mutandis*, Menarini Diagnostics S.r.l., loc. ult. cit.).

2. Altri motivi di irricevibilità

102. Il Governo considera che questo motivo di ricorso dovrebbe essere dichiarato irricevibile in quanto manifestamente infondato, rientrando essenzialmente nella competenza della quarta istanza, dal momento che le questioni relative alla qualificazione giuridica dei fatti ascritti ai ricorrenti e alla sussistenza degli elementi costitutivi degli illeciti sono di competenza esclusiva dei giudici nazionali.

103. Ad ogni modo, le sanzioni inflitte dalla CONSOB sono di natura amministrativa, la CONSOB è un organo indipendente e imparziale che giudica secondo una procedura rispettosa dei diritti della difesa e le sue decisioni possono essere impugnate dinanzi alle autorità giudiziarie (corte d'appello e Corte di cassazione).

104. I ricorrenti considerano che i loro motivi di ricorso non possono essere di competenza della «quarta istanza». In effetti, essi chiedono il rispetto delle garanzie previste dall'articolo 6 della Convenzione, fatto che rientra nella competenza del contenzioso della Corte e riguarda la legalità delle sanzioni che sono state loro inflitte.

105. La Corte constata che questo motivo di ricorso non è manifestamente infondato ai sensi dell'articolo 35 § 3 a) della Convenzione e rileva peraltro che esso non incorre in altri motivi di irricevibilità ed è quindi opportuno dichiararlo ricevibile.

B. Sul merito

1. Sulla questione di stabilire se il procedimento dinanzi alla CONSOB sia stato equo

a) Argomenti delle parti

i. I ricorrenti

106. I ricorrenti sostengono che il procedimento dinanzi alla CONSOB era essenzialmente scritto, che non era prevista alcuna udienza pubblica e che i diritti della difesa non erano rispettati. La Corte di cassazione stessa ha riconosciuto che le garanzie del giusto processo e della tutela dei diritti della difesa (articoli 111 e 24 della Costituzione) non si applicavano al procedimento amministrativo (paragrafo 38 supra).

107. I ricorrenti sostengono che le delibere della CONSOB n. 12697 del 2 agosto 2000 e 15086 del 21 giugno 2005 hanno de facto eliminato il principio del contraddittorio, nonostante quest'ultimo sia enunciato dall'articolo 187 septies del decreto legislativo n. 58 del 1998 (paragrafo 57 supra). Queste delibere permettono, come nel caso di specie, di non trasmettere agli imputati le conclusioni dell'uf-

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL NE BIS IN IDEM

ficio sanzioni, che costituiscono poi la base della decisione della commissione, la quale, da parte sua, non riceve le memorie degli imputati riguardanti la fase istruttoria. Inoltre, la commissione decide senza sentire gli imputati e senza pubblica udienza, fatto che nel caso di specie ha impedito ai ricorrenti di dialogare direttamente con la commissione e di difendersi dinanzi ad essa rispetto alle conclusioni dell'ufficio sanzioni. Queste ultime costituivano un elemento importante e la loro conoscenza avrebbe permesso ai ricorrenti di rilevare incoerenze nell'indagine o di accedere ad informazioni utili per la loro difesa. La commissione ha tenuto soltanto una riunione interna, nel corso della quale non fu sentito nessuno tranne un funzionario dell'ufficio IT (ossia l'organo incaricato dell'«accusa»). I ricorrenti non erano stati convenuti e non hanno neanche potuto ottenere copia del verbale di questa riunione.

108. I ricorrenti affermano, inoltre, di non aver avuto conoscenza in tempo utile dei nuovi documenti sui quali si fondava la nota complementare dell'ufficio IT (paragrafo 23 supra) e di non aver avuto il tempo e le facilitazioni necessarie per difendersi rispetto a quest'ultima. Questi documenti sarebbero stati loro comunicati tardivamente.

109. I ricorrenti ritengono che il procedimento dinanzi alla CONSOB non assicuri una vera separazione tra fase istruttoria e fase decisoria, fatto che a loro parere lede il principio della parità delle armi. L'istruzione in effetti è interamente sottoposta al potere direttivo del presidente della CONSOB, competente per un vasto numero di atti istruttori, compresa la formulazione del o dei capi di imputazione.

110. Nel caso di specie, secondo loro, l'attività istruttoria è stata unilaterale e fondata su alcune deposizioni dei testimoni rilasciate senza la presenza degli imputati o dei loro legali, i quali non hanno avuto la possibilità di porre domande a questi testimoni o di assistere al compimento dei vari atti istruttori. I ricorrenti hanno potuto presentare le loro rispettive difese soltanto per iscritto.

ii. Il Governo

111. Il Governo sostiene che l'ufficio IT della CONSOB ha allegato al suo rapporto tutti i documenti dell'indagine, e dunque anche le difese presentate dai ricorrenti. Sottolinea anche che è stato concesso ai ricorrenti un termine di trenta giorni per presentare eventuali osservazioni in merito alla nota complementare dell'ufficio IT del 19 ottobre 2006, e che i ricorrenti hanno presentato queste osservazioni il 24 novembre 2006 senza contestare il fatto di aver avuto a disposizione un periodo di tempo limitato. Gli interessati non hanno peraltro mai chiesto la convocazione e l'audizione di testimoni, la cui presenza è normalmente inutile nel procedimento dinanzi alla CONSOB, basato sull'acquisizione di informazioni e di dati a carattere tecnico. La natura tecnica degli illeciti giustifica la scelta di un procedimento essenzialmente scritto.

112. Tenuto conto della natura «amministrativa» del procedimento dinanzi alla CONSOB, la sua equità non può, secondo il Governo, essere messa in discussione semplicemente perché si è svolto interamente per iscritto. Considerato che l'articolo 6 della Convenzione non menziona i procedimenti amministrativi, i principi del processo equo

possono esservi applicati soltanto *mutatis mutandis*. Il procedimento in questione è stato ispirato proprio dalla preoccupazione di assicurare il rispetto dei diritti della difesa, del principio del contraddittorio e del principio della coincidenza tra fatto ascritto e fatto sanzionato. I ricorrenti hanno avuto accesso al fascicolo investigativo e vi è stata separazione tra indagine e decisione - in quanto la prima fase è stata di competenza dell'ufficio IT e dell'ufficio sanzioni amministrative, mentre la seconda è stata affidata alla commissione della CONSOB.

113. Al riguardo, il Governo sottolinea che la lettera che contesta agli interessati la violazione dell'articolo 187 ter, punto 1, del decreto legislativo n. 58 del 1998 non era firmata dal presidente della CONSOB, ma dal capo della divisione mercati e consulenza economica e dal direttore generale delle attività istituzionali.

114. Una volta aperta la procedura di infrazione, le persone interessate possono esercitare i loro diritti alla difesa presentando osservazioni scritte o chiedendo di essere sentiti, in primo luogo dall'ufficio competente o dall'ufficio sanzioni amministrative. Così, come nel caso di specie, le suddette persone hanno la possibilità di formulare osservazioni sugli elementi costitutivi dell'illecito e su qualsiasi altra circostanza pertinente all'esame della loro causa. L'inchiesta si articola in due tappe (una dinanzi all'ufficio IT, l'altra dinanzi all'ufficio sanzioni), e il rapporto dell'ufficio è trasmesso non soltanto all'ufficio sanzioni, ma anche agli accusati, che possono pertanto difendersi rispetto al contenuto di quest'ultimo dinanzi all'ufficio sanzioni. Il fatto che le conclusioni di quest'ultimo non siano trasmesse agli accusati e costoro non siano sentiti personalmente dalla commissione non pregiudicherebbe minimamente la legalità del procedimento.

115. Il Governo sostiene che anche nelle procedure giudiziarie l'accusato non ha il diritto di discutere la sanzione durante la fase decisoria. Peraltro, il quantum massimo di queste sanzioni era fissato dalla legge, che indicava anche i criteri da seguire per assicurare la loro proporzionalità rispetto alla gravità dei fatti commessi. Infine, come riconosciuto dalle sezioni unite della Corte di cassazione nella sentenza n. 20935 del 2009, l'articolo 180 septies del decreto legislativo n. 58 del 1998 (che disciplina i diritti della difesa nell'ambito del procedimento dinanzi alla CONSOB) è stato introdotto nel sistema giuridico italiano precisamente al fine di assicurare il rispetto delle esigenze della Convenzione.

b) Valutazione della Corte

116. La Corte è pronta ad ammettere che, come sottolineato dal Governo, il procedimento dinanzi alla CONSOB ha permesso agli accusati di presentare elementi utili per la loro difesa. In effetti, l'accusa formulata dall'ufficio IT è stata comunicata ai ricorrenti, i quali sono stati invitati a difendersi (paragrafi 20 e 21 supra). I ricorrenti hanno anche avuto conoscenza del rapporto e della nota complementare dell'ufficio IT, e hanno avuto a disposizione trenta giorni di tempo per presentare eventuali osservazioni rispetto a quest'ultimo documento (paragrafo 23 supra). Questo termine non appare manifestamente insufficiente e i ricorrenti non ne hanno chiesto la proroga.

117. Resta comunque il fatto che, come riconosciuto dal Governo (paragrafo 114 supra), il rapporto che conteneva le conclusioni dell'ufficio sanzioni, destinato a servire poi da base alla decisione della commissione, non è stato comunicato ai ricorrenti, che non hanno dunque avuto la possibilità di difendersi rispetto al documento alla fine sottoposto dagli organi investigativi della CONSOB all'organo incaricato di decidere sulla fondatezza delle accuse. Inoltre, gli interessati non hanno avuto possibilità di interrogare o di far interrogare le persone eventualmente sentite dall'ufficio IT.

118. La Corte rileva anche che il procedimento dinanzi alla CONSOB era essenzialmente scritto e che i ricorrenti non hanno avuto la possibilità di partecipare all'unica riunione tenuta dalla commissione, alla quale non erano ammessi. Questo non viene contestato dal Governo. A tale proposito, la Corte rammenta che lo svolgimento di un'udienza pubblica costituisce un principio fondamentale sancito dall'articolo 6 § 1 (Jussila, sopra citata, § 40).

119. Tuttavia, è vero che l'obbligo di tenere un'udienza pubblica non è assoluto (Håkansson e Stuesson c. Svezia, 21 febbraio 1990, § 66, serie A n. 171-A) e che l'articolo 6 non esige necessariamente lo svolgimento di una udienza in tutte le procedure, soprattutto nelle cause che non sollevano questioni di credibilità o non suscitano controversie su fatti che rendono necessario un confronto orale, e nell'ambito delle quali i giudici possono pronunciarsi in maniera equa e ragionevole sulla base delle conclusioni scritte delle parti e degli altri documenti contenuti nel fascicolo (si vedano, ad esempio, Döry c. Svezia, n. 28394/95, § 37, 12 novembre 2002; Pursiheimo c. Finlandia (dec.), n. 57795/00, 25 novembre 2003; Jussila, sopra citata, § 41; e Suhadolc c. Slovenia (dec.), n. 57655/08, 17 maggio 2011, dove la Corte ha ritenuto che la mancanza di udienza orale e pubblica non creasse alcuna violazione dell'articolo 6 della Convenzione in una causa per eccesso di velocità e di guida in stato di ebbrezza nella quale gli elementi a carico dell'accusato erano stati ottenuti grazie ad alcuni apparecchi tecnici).

120. Anche se le esigenze del processo equo sono più rigorose in materia penale, la Corte non esclude che, nell'ambito di alcune procedure penali, i giudici aditi possano, in ragione della natura delle questioni che si pongono, sentirsi esonerati dal tenere un'udienza. Se bisogna tenere presente che i procedimenti penali, che hanno ad oggetto la determinazione della responsabilità penale e l'imposizione di misure a carattere repressivo e dissuasivo, assumono una certa gravità, va da sé che alcuni di essi non comportano alcun carattere infamante per le persone che ne sono oggetto e che le «accuse in materia penale» non hanno tutto lo stesso peso (Jussila, sopra citata, § 43).

121. È opportuno anche precisare che l'importanza considerevole che la posta in gioco del procedimento in questione può avere per la situazione personale di un ricorrente non è decisiva per stabilire se sia necessario tenere una udienza (Pirinen c. Finlandia (dec.), n. 32447/02, 16 maggio 2006). Resta comunque il fatto che il rigetto della richiesta di tenere una udienza può giustificarsi soltanto in rare occasioni (Miller c. Svezia, n. 55853/00, § 29, 8 febbraio 2005, e Jussila, sopra citata, § 42).

122. Per quanto riguarda la presente causa, secondo la Corte era necessaria una udienza pubblica, orale e accessibile ai ricorrenti. A tale proposito, la Corte osserva che vi era una controversia sui fatti, soprattutto per ciò che riguardava lo stato di avanzamento delle negoziazioni con la Merrill Lynch International Ltd, e che, al di là della loro gravità da un punto di vista economico, le sanzioni in cui rischiavano di incorrere alcuni dei ricorrenti avevano, come notato prima (paragrafi 74, 97 e 98 supra), un carattere infamante, potendo arrecare pregiudizio all'onorabilità professionale e al credito delle persone interessate.

123. Per quanto sopra esposto, la Corte reputa che il procedimento dinanzi alla CONSOB non soddisfacesse tutte le esigenze dell'articolo 6 della Convenzione, soprattutto per quanto riguarda la parità delle armi tra accusa e difesa e il mancato svolgimento di una udienza pubblica che permettesse un confronto orale.

2. Sulla questione di stabilire se la CONSOB fosse un tribunale indipendente e imparziale

a) Argomenti delle parti

i. I ricorrenti

124. I ricorrenti sostengono che in ragione della sua struttura e dei poteri del suo presidente, la CONSOB non era un «tribunale indipendente ed imparziale» nel senso dell'articolo 6 § 1 della Convenzione.

125. Essi sottolineano che la fase istruttoria del loro procedimento è stata condotta dall'ufficio IT e dall'ufficio sanzioni amministrative. Ora, il presidente della CONSOB deve supervisionare questa fase prima di presiedere la commissione propriamente detta, ossia l'organo incaricato di irrogare le sanzioni. Dunque, non ci sarebbe una separazione chiara tra fase istruttoria e fase decisoria, e questa posizione dualista del presidente farebbe sorgere dei dubbi oggettivamente giustificati sulla sua imparzialità. Lo stesso si potrebbe dire per gli altri membri della commissione, che verrebbero a conoscenza dei fatti unicamente tramite il presidente e sulla base della sola versione data dall'ufficio sanzioni, alla quale non sarebbero allegati le difese presentate dagli imputati. Infine, gli organi incaricati dell'indagine non sarebbero indipendenti rispetto all'alta gerarchia della CONSOB.

126. In virtù della delibera CONSOB n. 15087 del 21 giugno 2005, il presidente è il capo della commissione: egli applica le sanzioni, supervisiona l'indagine preliminare e autorizza l'esercizio dei poteri di indagine. Può ordinare ispezioni o altri atti istruttori, fatto che impedisce di considerarlo un giudice «terzo» e imparziale.

ii. Il Governo

127. Il Governo rileva che la CONSOB è composta da un presidente e da quattro membri, scelti fra personalità indipendenti aventi competenze specifiche e qualità morali appropriate. All'epoca dei fatti, i suoi membri erano eletti per cinque anni e il loro mandato poteva essere rinnovato una sola volta. Durante il loro mandato, questi membri non potevano esercitare alcuna attività professionale o commerciale né svolgere altre funzioni pubbliche.

128. La CONSOB è indipendente da qualsiasi altro potere e in particolare dal potere esecutivo. Può disporre in maniera autonoma del suo bilancio e adottare delibere che

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM*

riguardano la carriera e le condizioni di impiego del suo personale. L'organo di decisione (la commissione) è separato dagli organi di indagine (l'ufficio e l'ufficio sanzioni).

129. Anche se è incaricato della supervisione dei vari uffici ed ha alcuni poteri di iniziativa durante l'indagine (in particolare può autorizzare ispezioni e chiedere di compiere atti investigativi quali l'acquisizione di dati relativi al traffico telefonico e il sequestro di beni), il presidente della CONSOB non può mai interferire con le indagini che riguardano un determinato caso, che sono condotte dall'ufficio competente e dall'ufficio sanzioni. Al contrario, l'ufficio e l'ufficio sanzioni non svolgono un ruolo nell'adozione della decisione finale. Il presidente della CONSOB è responsabile della supervisione dei criteri generali che gli uffici devono seguire nel compiere le indagini. Non può intervenire nella valutazione sul merito degli elementi acquisiti o condizionare i risultati dell'indagine. La sua funzione è paragonabile a quella del presidente di un tribunale.

130. Il potere di aprire una procedura di infrazione e di formulare le accuse spetta esclusivamente al capo della divisione competente che agisce in totale indipendenza e autonomia di giudizio. Per quanto riguarda le ispezioni, si tratta di atti investigativi volti ad acquisire informazioni. Queste ultime sono successivamente valutate dagli uffici competenti. Nel caso di specie, peraltro, il presidente della CONSOB non ha né autorizzato ispezioni né chiesto il compimento di atti investigativi. La decisione finale su un sequestro - non disposto nel caso di specie - spetta alla commissione previo parere favorevole della procura emesso su richiesta del presidente della CONSOB. Si tratta ad ogni modo di una misura provvisoria volta a garantire la solvibilità degli accusati o a privarli dei beni utilizzati per commettere l'illecito. La decisione sul sequestro non pregiudica affatto la decisione sul merito delle accuse e delle sanzioni. Anche nell'ambito di una procedura giudiziaria, è ammesso che una decisione procedurale che non comporta alcun giudizio sulla colpevolezza o l'innocenza del sospettato (quale, ad esempio, una ordinanza di custodia cautelare) non costituisca un motivo per dubitare successivamente dell'imparzialità del giudice che l'ha adottata.

131. Il Governo nota, infine, che nel caso di specie non vi era alcun conflitto d'interessi tra il personale della CONSOB, i membri della sua commissione e i ricorrenti.

b) Valutazione della Corte

132. La Corte rammenta la sua consolidata giurisprudenza ai sensi della quale, per stabilire se un «tribunale» possa essere considerato «indipendente», occorre tener conto, soprattutto, delle modalità di designazione e della durata del mandato dei suoi membri, dell'esistenza di una tutela contro le pressioni esterne e sapere se vi sia stata o meno parvenza di indipendenza (Kleyn e altri c. Paesi Bassi [GC], nn. 39343/98, 39651/98, 43147/98 e 46664/99, § 190, CEDU 2003-VI).

133. Tenuto conto delle modalità e delle condizioni di nomina dei membri della CONSOB, e in assenza di elementi che permettano di dire che le garanzie contro eventuali pressioni esterne non sono sufficienti e adeguate, la Corte ritiene che non si debba dubitare dell'indipendenza della CONSOB rispetto a qualsiasi altro potere o autorità, e

in particolare rispetto al potere esecutivo. Al riguardo, essa fa sue le osservazioni del Governo per quanto riguarda l'autonomia della CONSOB e le garanzie che caratterizzano la nomina dei suoi membri (paragrafo 127 e 128 supra).

134. La Corte rammenta poi i principi generali riguardanti il metodo per valutare l'imparzialità di un «tribunale», che sono esposti, tra altre, nelle seguenti sentenze: Padovani c. Italia, 26 febbraio 1993, § 20, serie A n. 257-B; Thomann c. Svizzera, 10 giugno 1996, § 30, Recueil des arrêts et décisions 1996-III; Ferrantelli e Santangelo c. Italia, 7 agosto 1996, § 58, Recueil 1996-III; Castillo Algar c. Spagna, 28 ottobre 1998, § 45, Recueil 1998-VIII; Wettstein c. Svizzera, n. 33958/96, § 44, CEDU 2000 XII; Morel c. Francia, n. 34130/96, § 42, CEDU 2000-VI; e Cianetti c. Italia, n. 55634/00, § 37, 22 aprile 2004.

135. Per quanto riguarda l'aspetto soggettivo dell'imparzialità della CONSOB, la Corte constata che nel caso di specie non vi è nulla che indichi un qualsiasi pregiudizio o partito preso da parte dei suoi membri. Il fatto che siano state prese decisioni sfavorevoli ai ricorrenti non può da solo mettere in dubbio la loro imparzialità (si veda, mutatis mutandis, Previti c. Italia (dec.), n. 1845/08, § 53, 12 febbraio 2013) e la Corte non può dunque che presumere l'imparzialità personale dei membri della CONSOB, compresa quella del suo presidente.

136. Per quanto riguarda l'imparzialità oggettiva, la Corte nota che il regolamento della CONSOB prevede una certa separazione tra organi incaricati dell'indagine e organo competente a decidere sull'esistenza di un illecito e sull'applicazione delle sanzioni. In particolare, l'accusa è formulata dall'ufficio IT, che compie anche indagini i cui risultati sono riassunti nel rapporto dell'ufficio sanzioni contenente le conclusioni e le proposte sulle sanzioni da applicare. La decisione finale sull'inflizione di queste ultime spetta unicamente alla commissione.

137. Rimane comunque il fatto che l'ufficio IT, l'ufficio sanzioni e la commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso presidente. Secondo la Corte, ciò si esprime nel consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione; ora, in materia penale tale cumulo non è compatibile con le esigenze di imparzialità richieste dall'articolo 6 § 1 della Convenzione (si veda, in particolare e mutatis mutandis, Piersack c. Belgio, 1° ottobre 1982, §§ 30-32, serie A n. 53, e De Cubber c. Belgio, 26 ottobre 1984, §§ 24-30, serie A n. 86, dove la Corte ha concluso per una mancanza di imparzialità oggettiva del «tribunale» in ragione, nella prima di queste cause, del fatto che una corte d'assise fosse presieduta da un consigliere che, precedentemente, aveva diretto la sezione della procura di Bruxelles investita del caso dell'interessato; e, nella seconda, dell'esercizio in successione delle funzioni di giudice istruttore e di giudice di merito da parte di uno stesso magistrato in una stessa causa).

3. Sulla questione di stabilire se i ricorrenti abbiano avuto accesso a un tribunale con piena giurisdizione

138. Le constatazioni che precedono, relative alla mancanza di imparzialità oggettiva della CONSOB e alla mancata conformità del procedimento dinanzi ad essa con il

principio del processo equo non sono comunque sufficienti per poter concludere che nel caso di specie vi è stata violazione dell'articolo 6. Al riguardo la Corte osserva che le sanzioni lamentate dai ricorrenti non sono state inflitte da un giudice all'esito di un procedimento giudiziario in contraddittorio, ma da un'autorità amministrativa, la CONSOB. Se affidare a tali autorità il compito di perseguire e reprimere le contravvenzioni non è incompatibile con la Convenzione, occorre tuttavia sottolineare che i ricorrenti devono poter impugnare qualsiasi decisione adottata in questo modo nei loro confronti dinanzi a un tribunale che offra le garanzie dell'articolo 6 (Kadubec c. Slovacchia, 2 settembre 1998, § 57, Recueil 1998-VI; Čanádý c. Slovacchia, n. 53371/99, § 31, 16 novembre 2004; e Menarini Diagnostics S.r.l., sopra citata, § 58).

139. Il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non esclude dunque che in un procedimento di natura amministrativa, una «pena» sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa. Esso presuppone, tuttavia, che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi essa stessa le condizioni dell'articolo 6 sia successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione (Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro e Pfarrmeier c. Austria, sentenze del 23 ottobre 1995, rispettivamente §§ 34, 37, 42 e 39, 41 e 38, serie A nn. 328 A-C e 329 A C). Fra le caratteristiche di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione figura il potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, resa dall'organo inferiore. In particolare esso deve avere competenza per esaminare tutte le pertinenti questioni di fatto e di diritto che si pongono nella controversia di cui si trova investito (Chevrol c. Francia, n. 49636/99, § 77, CEDU 2003-III; Silvester's Horeca Service c. Belgio, n. 47650/99, § 27, 4 marzo 2004; e Menarini Diagnostics S.r.l., sopra citata, § 59).

140. Nel caso di specie i ricorrenti hanno avuto la possibilità, di cui si sono avvalsi, di contestare le sanzioni inflitte dalla CONSOB dinanzi alla corte d'appello di Torino e di ricorrere per cassazione avverso le sentenze emesse da quest'ultima. Resta da stabilire se queste due autorità giudiziarie fossero «organi giudiziari dotati di piena giurisdizione» ai sensi della giurisprudenza della Corte.

a) Argomenti delle parti

i. I ricorrenti

141. Secondo i ricorrenti, i procedimenti che si sono svolti successivamente dinanzi alla corte d'appello di Torino e alla Corte di cassazione non hanno posto rimedio alle carenze del procedimento dinanzi alla CONSOB. Anche se la corte d'appello può essere considerata un organo dotato di piena giurisdizione, rimane il fatto che ha tenuto le sue udienze in maniera non pubblica. Ora, una deroga al principio della pubblicità delle udienze può essere giustificata soltanto in circostanze eccezionali (si veda, in particolare, Vernes c. Francia, n. 30183/06, § 30, 20 gennaio 2011).

142. I ricorrenti affermano in particolare che la procedura dinanzi alla corte d'appello non era una procedura ordinaria, ma una procedura speciale in cui l'udienza si è svolta in camera di consiglio. Per sostenere la loro affermazione, essi hanno prodotto alcune dichiarazioni firmate

dal dirigente la cancelleria della prima sezione civile della corte d'appello di Torino le quali certificano che le udienze del procedimento che li riguarda si sono svolte in camera di consiglio. Nel corso di queste udienze, soltanto i legali degli imputati erano presenti; i ricorrenti non hanno ricevuto la convocazione e la corte d'appello non ha interrogato né gli imputati né alcun testimone, non avrebbe eseguito alcun atto istruttorio e si sarebbe limitata a ratificare gli elementi raccolti dalla CONSOB. È vero che il Governo ha prodotto alcune dichiarazioni del presidente della prima sezione della corte d'appello in cui si afferma che le udienze in questione sono state in realtà pubbliche (paragrafo 145 infra), comunque sia queste dichiarazioni non possono contraddire il contenuto di atti pubblici, quali le sentenze emesse dalla corte d'appello, che indicano che era stata disposta la comparizione delle parti in camera di consiglio e che fanno fede fino a prova di falso. Ora, il Governo non ha avviato un procedimento per falso e in ogni caso il presidente della prima sezione della corte d'appello si è limitato a riferire il contenuto di affermazioni altrui senza attestare fatti di cui avrebbe avuto conoscenza diretta.

143. È vero che una udienza pubblica si è svolta dinanzi alla Corte di cassazione. Tuttavia, quest'ultima non è un organo dotato di piena giurisdizione, perché non esamina il merito della causa e non deve giudicare sulla fondatezza dell'accusa o sulla pertinenza e sulla forza degli elementi di prova. Essa ha dunque rigettato qualsiasi argomento dei ricorrenti volto a contestare la valutazione delle prove fatte dalla CONSOB o dalla corte d'appello.

ii. Il Governo

144. Il Governo rileva che i ricorrenti hanno avuto accesso a un procedimento orale e pubblico dinanzi alla corte d'appello di Torino, che ha riesaminato nel merito tutte le prove e le informazioni raccolte dalla CONSOB sulle particolari circostanze della condotta addebitata, fatto che le ha permesso di verificare la proporzionalità delle sanzioni. La corte d'appello aveva poteri molto ampi in materia di produzione delle prove, anche d'ufficio, e poteva annullare o modificare la decisione della CONSOB. I ricorrenti avrebbero potuto chiedere l'audizione di testimoni o domandare di essere sentiti personalmente; ora, essi non hanno presentato alcuna domanda in tal senso. All'esito del procedimento giudiziario, la corte d'appello ha modificato la valutazione della CONSOB, riducendo le sanzioni inflitte per tre dei cinque ricorrenti.

145. Il Governo sostiene che l'affermazione dei ricorrenti secondo la quale non vi sarebbe stata alcuna udienza pubblica dinanzi alla corte d'appello di Torino è falsa. In applicazione dell'articolo 23 della legge n. 689 del 1981, tutte le udienze che si sono svolte dinanzi a questa giurisdizione erano aperte al pubblico. Quanto alle dichiarazioni firmate dal dirigente la cancelleria della prima sezione della corte d'appello, prodotte dai ricorrenti (paragrafo 142 supra), il Governo sostiene che queste non rappresentassero realmente i fatti. Per contraddirle, produce cinque dichiarazioni firmate dal presidente della prima sezione della corte d'appello di Torino e dal cancelliere dirigente la stessa sezione precisando che, nelle cinque procedure riguardanti i ricorrenti e aventi ad oggetto la contestazione

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM*

delle sanzioni inflitte dalla CONSOB, soltanto le udienze del subprocedimento cautelare si sono svolte in camera di consiglio, in quanto tutte le altre udienze sono state pubbliche. In queste dichiarazioni, datate 6 settembre 2013, il presidente della prima sezione della corte d'appello indica che all'epoca dei fatti egli non era assegnato a tale organo giudiziario (ha assunto l'incarico il 1° marzo 2013), ma che ha potuto ricostruire lo svolgimento dei fatti esaminando i registri e i fascicoli e sulla base di informazioni direttamente fornite dal personale della cancelleria e dai magistrati che si erano occupati delle cause in questione. In particolare, le cause dei ricorrenti erano state iscritte al ruolo della volontaria giurisdizione. In seguito, la legge n. 62 del 18 aprile 2005 aveva indicato che i procedimenti relativi all'articolo 187 del decreto legislativo n. 58 del 1998 si sarebbero dovuti svolgere nelle forme previste dall'articolo 23 della legge n. 689 del 1981 (che non prevede lo svolgimento di un'udienza in camera di consiglio). Anche se le cause dei ricorrenti erano rimaste iscritte al ruolo della volontaria giurisdizione, la procedura seguita è stata quella voluta dalla legge n. 62 del 2005.

146. Basandosi su queste dichiarazioni, il Governo afferma che il 6 marzo 2007, i ricorrenti hanno chiesto la sospensione dell'esecuzione della decisione della CONSOB (articolo 187 septies punto 5 del decreto legislativo n. 58 del 1998). Nell'ambito di questo subprocedimento cautelare, si è svolta un'udienza il 28 marzo 2007, tenuta in camera di consiglio come previsto dagli articoli 283 e 351 del codice di procedura civile. In seguito, si è svolta un'udienza sul merito l'11 luglio 2007; conformemente all'articolo 23 della legge n. 689 del 1981, questa udienza è stata pubblica. Peraltro, due delle sentenze emesse dalla corte d'appello (in particolare, quelle a carico di Marrone e della società Giovanni Agnelli S.a.s.) fanno riferimento alla «udienza pubblica» fissata all'11 luglio 2007. Anche le udienze successive aventi ad oggetto il merito delle cause (ossia, quelle del 7 novembre e del 5 dicembre 2007) sono state pubbliche.

147. Il Governo sottolinea anche che i ricorrenti hanno avuto la possibilità di ricorrere per cassazione, e che la causa è stata allora rimessa alle sezioni unite. Dinanzi queste ultime, si è svolta una procedura orale e pubblica pienamente rispettosa dei diritti della difesa e che verteva sia sull'interpretazione e l'applicazione della legge materiale o procedurale (errores in iudicando et in procedendo) sia sulla coerenza e sulla sufficienza dei motivi sostenuti dalla corte d'appello. Il Governo si riferisce, in particolare, alla causa Menarini Diagnostics S.r.l., sentenza sopra citata, dove la Corte ha concluso per la non violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione osservando che la sanzione amministrativa controversa era stata oggetto, da parte del tribunale amministrativo e del Consiglio di Stato, di un controllo di piena giurisdizione. Secondo il Governo, la stessa conclusione dovrebbe a maggior ragione imporsi nel caso di specie, dove i poteri della corte d'appello erano più ampi di quelli dei tribunali amministrativi e del Consiglio di Stato.

b) Valutazione della Corte

148. La Corte nota innanzitutto che nel caso di specie non vi sono elementi che permettano di dubitare dell'in-

dipendenza e della imparzialità della corte d'appello di Torino. I ricorrenti peraltro non sollevano contestazioni in tal senso.

149. La Corte osserva per di più che la corte d'appello era competente per giudicare sulla esistenza, in fatto e in diritto, dell'illecito definito dall'articolo 187 ter del decreto legislativo n. 58 del 1998, e aveva il potere di annullare la decisione della CONSOB. Essa doveva anche valutare la proporzionalità delle sanzioni inflitte rispetto alla gravità del comportamento ascritto. Di fatto, essa ha peraltro ridotto l'ammontare delle sanzioni pecuniarie e la durata della interdizione pronunciata per alcuni dei ricorrenti (paragrafi 30 e 31 supra) ed ha esaminato le loro diverse affermazioni di ordine fattuale o giuridico (paragrafi 32-36 supra). La sua competenza non si limitava dunque ad un semplice controllo di legalità.

150. È vero che i ricorrenti contestano il fatto che la corte d'appello non ha interrogato i testimoni (paragrafo 142 supra). Tuttavia, essi non indicano alcuna norma procedurale che avrebbe impedito tale interrogatorio. Per di più, la richiesta di audizione dei testimoni formulata dal sig. Grande Stevens nella sua memoria del 25 settembre 2007 non indicava né i nomi delle persone che l'interessato desiderava fossero convocate né le circostanze sulle quali queste ultime avrebbero dovuto testimoniare. Inoltre, la richiesta era stata formulata in maniera puramente eventuale, dovendo essere esaminata unicamente nel caso in cui la corte d'appello avesse considerato insufficienti o non utilizzabili i documenti già inseriti nel fascicolo. Lo stesso si può dire per la domanda formulata dal sig. Marrone, che prospettava la possibilità di ascoltare i testimoni, di cui citava le dichiarazioni, soltanto «se necessario» (paragrafi 29 supra). Ad ogni modo, dinanzi alla Corte i ricorrenti non hanno indicato con precisione i testimoni la cui audizione sarebbe stata rifiutata dalla corte d'appello e le ragioni per le quali la loro testimonianza sarebbe stata decisiva per l'esito delle loro cause. Non hanno neanche sostenuto il loro motivo di ricorso relativo all'articolo 6 § 3 d) della Convenzione.

151. Alla luce di quanto esposto, la Corte considera che la corte d'appello di Torino era certamente un «organo dotato di piena giurisdizione» ai sensi della sua giurisprudenza (si veda, *mutatis mutandis*, Menarini Diagnostics S.r.l., sopra citata, §§ 60-67). I ricorrenti stessi non sembrano contestarlo (paragrafo 141 supra).

152. Resta da stabilire se le udienze sul merito svoltesi dinanzi alla corte d'appello di Torino siano state pubbliche, questione di fatto sulla quale le affermazioni delle parti divergono (paragrafi 142 e 145-146 supra). Al riguardo, la Corte non può che richiamare le sue conclusioni sulla necessità, nel caso di specie, di un'udienza pubblica (paragrafo 122 supra).

153. La Corte nota che le parti hanno prodotto documenti contraddittori sul modo in cui si sarebbero svolte le udienze oggetto di contestazione; secondo le dichiarazioni scritte del dirigente la cancelleria della corte d'appello di Torino, prodotte dai ricorrenti, queste udienze si sarebbero svolte in camera di consiglio, mentre secondo le dichiarazioni scritte del presidente della corte d'appello, prodotte dal Governo, soltanto le udienze relative al subprocedi-

mento cautelare si sarebbero svolte in camera di consiglio, tutte le altre udienze sarebbero state pubbliche. La Corte non è affatto in grado di dire quale delle due versioni sia vera. Comunque sia, davanti a queste due versioni, entrambe plausibili e provenienti da fonti qualificate, ma opposte, la Corte ritiene opportuno attenersi al contenuto degli atti ufficiali del procedimento. Ora, come i ricorrenti hanno giustamente sottolineato (paragrafo 142 supra), le sentenze emesse dalla corte d'appello indicano che queste ultime si erano svolte in camera di consiglio o che era stata disposta la comparizione delle parti in camera di consiglio (paragrafo 30 in fine supra).

154. Facendo fede a queste menzioni, la Corte giunge pertanto alla conclusione che dinanzi alla corte d'appello di Torino non si sia svolta alcuna udienza pubblica.

155. È vero che un'udienza pubblica si è svolta dinanzi alla Corte di cassazione. Tuttavia, quest'ultima non era competente per esaminare il merito della causa, accertare i fatti e valutare gli elementi di prova; il Governo peraltro non lo contesta. La Corte di cassazione non poteva dunque essere considerata come un organo dotato di piena giurisdizione ai sensi della giurisprudenza della Corte.

4. Sulle altre affermazioni dei ricorrenti

156. I ricorrenti affermano anche che i comunicati stampa del 24 agosto 2005 contenevano informazioni veritiere e che la loro condanna nonostante le prove a discolora contenute nel fascicolo era stata il risultato di una «presunzione di colpevolezza» nei loro confronti. Secondo loro, non vi era alcun obbligo di riferire in questi comunicati su semplici progetti o accordi ipotetici non ancora perfezionati. Del resto, nelle istruzioni pubblicate dalla CONSOB, veniva precisato che le informazioni che potevano essere diffuse al pubblico dovevano essere legate a circostanze reali o ad un evento certo, e non a semplici ipotesi su situazioni future ed eventuali, che non avevano interesse per i mercati. Ora, alla data della diffusione dei comunicati stampa, non era stata presa alcuna iniziativa concreta dalle società ricorrenti rispetto alla scadenza del prestito convertibile. All'epoca, l'ipotesi prospettata era incerta perché rimaneva subordinata all'approvazione da parte della Merrill Lynch International Ltd e all'eventuale assenza di obbligo di lanciare una OPA. Un funzionario della CONSOB aveva partecipato alla redazione di uno dei comunicati, e il testo di quest'ultimo aveva ricevuto il preventivo consenso della CONSOB.

157. Nonostante ciò, i ricorrenti ritengono che la CONSOB avrebbe formulato le sue accuse partendo dalla presunzione arbitraria secondo la quale l'accordo modificativo del contratto d'equity swap fosse stato concluso prima del 24 agosto 2005, e ciò nonostante mancassero prove scritte o orali tali da corroborare questa presunzione. Secondo i ricorrenti, la loro condanna è stata pronunciata senza alcuna prova in tal senso.

158. La Corte rammenta che non le spetta esaminare gli errori di fatto o di diritto che si presumono commessi da un organo giudiziario interno, a meno che e nella misura in cui questi errori abbiano potuto ledere i diritti e le libertà salvaguardati dalla Convenzione (Khan c. Regno Unito, n. 35394/97, § 34, CEDU 2000-V), e che in linea di principio

spetta alle autorità giudiziarie nazionali valutare i fatti e interpretare e applicare il diritto interno (Pacifico c. Italia (dec.), n. 17995/08, § 62, 20 novembre 2012). Ora, la Corte ha esaminato le decisioni interne contestate dai ricorrenti senza rilevare segni di arbitrio che possano costituire un diniego di giustizia o un evidente abuso (si veda, a contrario, De Moor c. Belgio, 23 giugno 1994, § 55 in fine, serie A n. 292 A, e Barac e altri c. Montenegro, n. 47974/06, § 32, 13 dicembre 2011).

159. La Corte rammenta anche che il principio della presunzione d'innocenza richiede, tra l'altro, che nell'adempiere alle loro funzioni i membri del tribunale non partano dall'idea preconcepita che l'imputato abbia commesso l'atto contestato; l'onere della prova è a carico dell'accusa e il dubbio è a favore dell'accusato. Inoltre, spetta all'autorità che procede indicare all'interessato ciò che gli verrà addebitato - al fine di dargli modo di preparare e presentare la sua consequenziale difesa - e di offrire prove sufficienti per poter basare una dichiarazione di colpevolezza (si veda, in particolare Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna, 6 dicembre 1988, § 77, serie A n. 146; John Murray c. Regno Unito, 8 febbraio 1996, § 54, Recueil 1996-I; e Telfner c. Austria, n. 33501/96, § 15, 20 marzo 2001).

160. Nel caso di specie la condanna degli interessati è stata pronunciata sulla base di un insieme di indizi giudicati precisi, gravi e concordanti prodotti dall'ufficio IT, e che facevano pensare che, all'epoca della diffusione dei comunicati stampa del 24 agosto 2005, l'accordo che modificava l'equity swap fosse stato concluso o stava per essere concluso. In tali circostanze, non può essere rilevata alcuna violazione del principio della presunzione di innocenza (si veda, *mutatis mutandis*, Previti c. Italia (dec.), n. 45291/06, § 250, 8 dicembre 2009).

6. Conclusione

161. Alla luce di quanto esposto, la Corte ritiene che, anche se il procedimento dinanzi alla CONSOB non ha soddisfatto le esigenze di equità e di imparzialità oggettiva dall'articolo 6 della Convenzione, i ricorrenti hanno beneficiato del successivo controllo da parte di un organo indipendente e imparziale dotato di piena giurisdizione, in questo caso la corte d'appello di Torino. Tuttavia, quest'ultima non ha tenuto un'udienza pubblica, fatto che, nel caso di specie, ha costituito una violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione.

III. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 6 § 3 a) E c) DELLA CONVENZIONE

162. Invocando l'articolo 6 § 3 a) e c) della Convenzione, il sig. Grande Stevens lamenta il fatto che l'accusa formulata a suo carico sia stata modificata a sua insaputa.

163. Il Governo contesta tale affermazione.

164. La Corte osserva che questo motivo di ricorso è collegato a quello sopra esaminato e deve essere dichiarato anch'esso ricevibile.

A. Argomenti delle parti

1. Il sig. Grande Stevens

165. Rammentando che in un primo momento era stato accusato e condannato dalla CONSOB in qualità di amministratore della Exor, e che la corte d'appello di Torino ha successivamente riconosciuto che egli non aveva

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM*

tale qualità (paragrafo 36 supra), il sig. Grande Stevens lamenta che la corte d'appello abbia ritenuto che egli potesse essere comunque punito a causa del parere da lui emesso in qualità di avvocato su richiesta delle società ricorrenti. Pertanto, l'accusa sarebbe stata modificata senza che il sig. Grande Stevens abbia avuto la possibilità di difendersi rispetto al nuovo «fatto» che la corte d'appello ha preso in considerazione come elemento materiale del reato.

2. Il Governo

166. Il Governo osserva che, dinanzi alla CONSOB, il sig. Grande Stevens è stato accusato di aver partecipato alla decisione che ha portato alla redazione dei comunicati stampa. L'indicazione della sua qualità di direttore della Exor serviva unicamente a far presente che faceva parte dell'alta dirigenza della società e che, di conseguenza, il suo comportamento poteva essere attribuito a quest'ultima. Pertanto, la corte d'appello ha giustamente ritenuto che tale erronea indicazione non avesse alcun effetto sulla regolarità della sanzione, osservando che la qualità attribuita al sig. Grande Stevens era ininfluenza dal punto di vista legale in quanto l'illecito a lui ascritto poteva essere commesso da «chiunque». La corte d'appello di Torino non avrebbe dunque modificato l'accusa nei suoi confronti.

B. Valutazione della Corte

167. La Corte rammenta che dalle disposizioni dell'articolo 6 § 3 a) della Convenzione si deduce la necessità che l'«accusa» sia notificata all'interessato con estrema attenzione. L'atto d'accusa svolge un ruolo determinante nell'ambito dell'azione penale: a decorrere dalla sua notifica, la persona accusata viene ufficialmente avvisata per iscritto della base giuridica e fattuale delle accuse formulate nei suoi confronti (Kamasinski c. Austria, 19 dicembre 1989, § 79, serie A n. 168). Peraltro, l'articolo 6 § 3 a) riconosce all'accusato il diritto di essere informato non solo del motivo dell'accusa, ossia dei fatti materiali posti a suo carico e sui quali si basa l'imputazione, ma anche, in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica attribuita a tali fatti (Pélissier e Sassi c. Francia [GC], n. 25444/94, § 51, CEDU 1999-II).

168. La portata di tale disposizione deve essere valutata alla luce del diritto più generale a un processo equo sancito dal paragrafo 1 dell'articolo 6 della Convenzione (Sadak e altri c. Turchia (n. 1), nn. 29900/96, 29901/96, 29902/96 e 29903/96, § 49, CEDU 2001 VIII). La Corte considera che, in materia penale, una notifica precisa e completa all'accusato degli elementi a suo carico – compresa la qualificazione giuridica che il giudice potrebbe applicare nei suoi confronti – sia una condizione essenziale per l'equità del procedimento (Pélissier e Sassi, sopra citata, § 52).

169. Esiste peraltro un collegamento tra i punti a) e b) dell'articolo 6 § 3, e il diritto di essere informato della natura e del motivo dell'accusa deve essere esaminato alla luce del diritto per l'accusato di preparare la sua difesa (Pélissier e Sassi, sopra citata, § 54).

170. Nel caso di specie, la Corte osserva che le doglianze del sig. Grande Stevens sono inerenti al fatto che la CONSOB aveva indicato che egli aveva agito nella sua qualità di amministratore della Exor e che la corte d'appello di Torino, pur riconoscendo che egli non aveva tale qualità, ha

comunque confermato la sua condanna (paragrafi 29 e 36 supra).

171. La Corte osserva che la qualità di amministratore di una società quotata in borsa non rientra tra gli elementi costitutivi dell'illecito ascritto al sig. Grande Stevens, in quanto l'articolo 187 ter del decreto legislativo n. 58 del 1998 punisce «chiunque» diffonde informazioni false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari (paragrafo 20 supra). La corte d'appello di Torino lo ha giustamente sottolineato, ritenendo che la questione che si poneva non fosse stabilire se l'interessato era uno degli amministratori della Exor, ma se aveva partecipato al processo decisionale che aveva condotto alla pubblicazione del comunicato stampa in questione (paragrafo 36 supra).

172. Di conseguenza, la qualità di amministratore della Exor non faceva parte dell'«accusa» notificata al sig. Grande Stevens, e non costituiva nemmeno un «elemento intrinseco dell'accusa iniziale» che l'accusato avrebbe dovuto conoscere fin dall'inizio del procedimento (si veda, a contrario, De Salvador Torres c. Spagna, 24 ottobre 1996, § 33, Recueil 1996-V).

173. Peraltro, nella misura in cui si potrebbe ritenere che la qualità di amministratore della Exor fosse uno degli elementi utilizzati dalle autorità nazionali per valutare se il sig. Grande Stevens si fosse reso colpevole dell'illecito ascrittogli, si deve osservare che l'interessato è stato informato in tempo utile del fatto che gli era stata attribuita tale qualità, e ha potuto presentare in merito argomenti fattuali e giuridici sia dinanzi alla CONSOB che dinanzi alla corte d'appello (paragrafo 29 supra; si veda, mutatis mutandis, D.C. c. Italia (dec.), n. 55990/00, 28 febbraio 2002, e Dallos c. Ungheria, n. 29082/95, §§ 49-53, 1° marzo 2001). E quest'ultima alla fine ha riconosciuto che il sig. Grande Stevens non aveva tale qualità (paragrafo 36 supra).

174. Pertanto, la Corte non constata alcuna violazione del diritto, riconosciuto al ricorrente dall'articolo 6 § 3 a) e b) della Convenzione, di essere informato della natura e dei motivi dell'accusa formulata nei suoi confronti e di disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa.

175. Infine, per quanto riguarda il motivo di ricorso sollevato dal sig. Grande Stevens ai sensi del punto c) del terzo paragrafo dell'articolo 6, la Corte non comprende in che modo l'interessato sarebbe stato privato del suo diritto di difendersi personalmente o con l'assistenza di un difensore di fiducia.

IV. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 1 DEL PROTOCOLLO N. 1

176. I ricorrenti lamentano una violazione del loro diritto al rispetto dei loro beni, sancito dall'articolo 1 del Protocollo n. 1.

Tale disposizione recita:

«Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.»

177. Il Governo contesta le affermazioni dei ricorrenti.

178. La Corte osserva che questo motivo di ricorso è legato a quelli sopra esaminati e pertanto deve essere dichiarato anch'esso ricevibile.

A. Argomenti delle parti

1. I ricorrenti

179. I ricorrenti ritengono che le violazioni della «legalità convenzionale» da essi denunciate dal punto di vista dell'articolo 6 della Convenzione abbiano inficiato la legalità delle sanzioni loro inflitte, e dunque delle misure che hanno leso il loro diritto al rispetto dei loro beni. Rammentano che nella giurisprudenza della Corte numerosi esempi mostrano che una violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 può derivare dalla violazione di altre disposizioni della Convenzione (si vedano, in particolare, Luordo c. Italia, n. 32190/96, 17 luglio 2003; Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia, n. 75909/01, 20 gennaio 2009; e Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia [GC], n. 38433/09, 7 giugno 2012).

180. Poiché le sanzioni in questione non hanno una base legale sufficiente, sarebbe anche venuto meno il giusto equilibrio che deve essere garantito in materia di regolamentazione dell'uso dei beni. Al riguardo, i ricorrenti osservano che, secondo le istruzioni impartite dalla stessa CONSOB, non vi era l'obbligo di informare il pubblico su ipotetici accordi non ancora perfezionati.

2. Il Governo

181. Il Governo sostiene che i ricorrenti non sono stati puniti per una omissione e che le sanzioni inflitte erano previste da una legge – ossia l'articolo 187 ter del decreto legislativo n. 58 del 1998 – accessibile e di applicazione prevedibile. I ricorrenti, operatori finanziari professionisti, erano perfettamente a conoscenza della natura falsa e fuorviante dei comunicati stampa in questione; non sarebbe ragionevole pensare che essi non fossero al corrente delle iniziative adottate per permettere alla Exor di rimanere l'azionista di controllo della FIAT. Inoltre, tali sanzioni erano proporzionate alla gravità dell'illecito, hanno mantenuto un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e l'interesse privato e sono state inflitte all'esito di un lungo procedimento amministrativo e giudiziario che ha offerto garanzie sufficienti contro ogni abuso. La CONSOB e le autorità giudiziarie hanno tenuto debitamente conto della natura della condotta contestata, del danno provocato e dei guadagni ottenuti, nonché della posizione, del grado di partecipazione e delle intenzioni dei ricorrenti.

182. Il Governo sottolinea che il comportamento dei ricorrenti ha seriamente compromesso l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni. Inoltre, il reato è stato commesso nell'ambito di un'operazione finanziaria straordinaria e di enorme portata, costata più di 500.000.000 EUR e inerente al controllo di uno dei maggiori costruttori automobilistici mondiali.

B. Valutazione della Corte

1. Sull'esistenza di un'ingerenza e sulla norma applicabile

183. La Corte osserva che i ricorrenti sono stati condannati dalla CONSOB e dalla corte d'appello di Torino al pagamento di pesanti sanzioni pecuniarie, comprese tra 500.000 e 3.000.000 EUR (paragrafi 25 e 30 supra), il che si traduce in una ingerenza nel diritto degli interessati al rispetto dei beni. Peraltro, ciò non viene messo in discussione dal Governo.

184. La Corte rammenta che l'articolo 1 del Protocollo n. 1 contiene tre norme distinte: la prima, contenuta nella prima frase del primo comma e avente carattere generale, enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda, contenuta nella seconda frase dello stesso comma, prevede la privazione della proprietà subordinandola ad alcune condizioni; la terza, prevista nel secondo comma, riconosce agli Stati contraenti il potere di disciplinare l'uso dei beni, conformemente all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle sanzioni pecuniarie (si vedano, tra le altre, National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito, 23 ottobre 1997, § 78, Recueil 1997-VII).

185. La Corte ritiene che le sanzioni pecuniarie inflitte ai ricorrenti rientrino nelle previsioni del secondo comma dell'articolo 1, in particolare nel diritto dello Stato di disciplinare l'uso dei beni per assicurare il pagamento delle sanzioni pecuniarie.

2. Sulla legalità dell'ingerenza

186. La Corte rammenta che l'articolo 1 del Protocollo n. 1 esige, innanzitutto e soprattutto, che un'ingerenza della pubblica autorità nel godimento del diritto al rispetto dei beni sia legale (Varesi e altri c. Italia (dec.), n. 49407/08, § 36, 12 marzo 2013): la seconda frase del primo comma di tale articolo autorizza una privazione della proprietà solo «nelle condizioni previste dalla legge»; il secondo comma riconosce agli Stati il diritto di disciplinare l'uso dei beni adottando «leggi» (OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia, n. 14902/04, § 559, 20 settembre 2011). Inoltre, la preminenza del diritto, uno dei principi fondamentali in una società democratica, è inerente al complesso degli articoli della Convenzione (Iatridis c. Grecia [GC], n. 31107/96, § 58, CEDU 1999-II, e Capital Bank AD c. Bulgaria, n. 49429/99, § 133, CEDU 2005 XII (estratti)).

187. Per rispondere a questa esigenza di legalità, il diritto interno deve offrire un certo margine di protezione contro le ingerenze arbitrarie delle pubbliche autorità nel diritto al rispetto dei beni (Capital Bank AD, sopra citata, § 134; Zlínat, spol. s r.o. c. Bulgaria, n. 57785/00, § 98, 15 giugno 2006; Družstevní Záložna Prie e altri c. Repubblica ceca, n. 72034/01, § 89, 31 luglio 2008; e Forminster Enterprises Limited c. Repubblica ceca, n. 38238/04, § 69, 9 ottobre 2008).

188. Nonostante il silenzio dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 in materia di esigenze procedurali, le procedure applicabili nel caso di specie devono offrire alla persona interessata un'adeguata opportunità di esporre i suoi argomenti alle autorità competenti allo scopo di contestare effettivamente le misure che ledono i diritti sanciti da tale disposizione (Sovtransavto Holding c. Ucraina, n. 48553/99,

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM*

§ 96, CEDU 2002 VII; Anheuser-Busch Inc. c. Portogallo [GC], n. 73049/01, § 83, CEDU 2007-I; J.A. Pye (Oxford) Ltd e J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Regno Unito [GC], n. 44302/02, § 57, CEDU 2007-III; Ucraina Tyumen c. Ucraina, n. 22603/02, § 51, 22 novembre 2007; Zehentner c. Austria, n. 20082/02, § 75, 16 luglio 2009; e Shesti Mai Engineering OOD e altri c. Bulgaria, n. 17854/04, § 79, 20 settembre 2011; si vedano anche, *mutatis mutandis*, Al Nashif c. Bulgaria, n. 50963/99, § 123, 20 giugno 2002). Per assicurarsi che tale condizione sia rispettata, si devono valutare le procedure applicabili da un punto di vista generale (si vedano Jokela c. Finlandia, n. 28856/95, § 45, CEDU 2002-IV, e Družstevní Záložna Pria e altri, sopra citata, § 89).

189. La Corte osserva che le parti sono d'accordo nel riconoscere che le sanzioni pecuniarie inflitte ai ricorrenti avevano una base legale sufficientemente chiara ed accessibile nel diritto italiano, ossia l'articolo 187 ter del decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998 (paragrafo 20 supra). Tale disposizione sanziona, tra l'altro, chiunque diffonde informazioni false o fuorvianti a proposito di strumenti finanziari. Secondo le autorità nazionali, i ricorrenti hanno avuto un comportamento di questo tipo quando hanno emesso i comunicati stampa descritti ai paragrafi 13 e 14 supra.

190. La Corte osserva per di più che le sanzioni pecuniarie in questione sono state inflitte dalla CONSOB all'esito di un procedimento nel corso del quale i ricorrenti hanno potuto presentare le loro difese. Anche se il procedimento dinanzi alla CONSOB non ha soddisfatto tutte le esigenze dell'articolo 6 della Convenzione, come precedentemente osservato (paragrafo 151 supra), i ricorrenti hanno successivamente avuto accesso a un organo giudiziario di piena giurisdizione, ossia la corte d'appello di Torino, competente ad esaminare tutte le questioni di fatto e di diritto inerenti all'esito della loro causa. Per di più, hanno potuto presentare ricorso per cassazione contro le sentenze della corte d'appello (paragrafo 37 supra) disponendo in tal modo di un controllo supplementare di legalità.

191. Stando così le cose, la Corte non può concludere che i ricorrenti non hanno disposto di garanzie procedurali adeguate contro l'arbitrio o non hanno avuto la possibilità di contestare le misure che hanno leso il loro diritto al rispetto dei loro beni.

192. È vero che la Corte ha appena concluso che vi è stata violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione per il fatto che le udienze dinanzi alla corte d'appello di Torino non sono state pubbliche (paragrafo 161 supra). Tuttavia, questa circostanza non può, da sola, inficiare la legalità delle misure controverse o essere costitutiva di una inosservanza degli obblighi positivi derivanti per lo Stato dall'articolo 1 del Protocollo n. 1.

193. Resta da stabilire se l'ingerenza fosse conforme all'interesse generale e proporzionata agli scopi legittimi perseguiti.

3. Sulla questione di stabilire se l'ingerenza fosse conforme all'interesse generale

194. La Corte osserva che il divieto di diffondere informazioni false o fuorvianti in merito a strumenti finanziari è volto a garantire l'integrità dei mercati finanziari e

a mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni.

195. Non vi sono dubbi per la Corte che si tratti di uno scopo di interesse generale. La Corte è consapevole dell'importanza che ha per gli Stati membri la lotta contro gli abusi di mercato e osserva che alcune norme comunitarie (ossia la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003 – paragrafo 60 supra) sono volte a istituire dispositivi efficaci contro gli abusi di informazioni privilegiate e le manipolazioni di mercato.

4. Sulla proporzionalità dell'ingerenza

196. Resta da stabilire se le autorità abbiano, nel caso di specie, mantenuto un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito, e dunque un «giusto equilibrio» tra le esigenze dell'interesse generale della collettività e quelle della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo (Beyeler c. Italia [GC], n. 33202/96, § 107, CEDU 2000-I, e Air Canada c. Regno Unito, 5 maggio 1995, § 36, serie A n. 316-A). Questo giusto equilibrio viene rotto se la persona interessata deve sostenere un onere eccessivo e sproporzionato (Sporrong e Lönnroth c. Svezia, 23 settembre 1982, §§ 69-74, serie A n. 52, e Maggio e altri c. Italia, nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08, § 57, 31 maggio 2011).

197. Nel caso di specie, avvalendosi del loro diritto di accertare i fatti, le autorità nazionali hanno ritenuto che il 24 agosto 2005, data dei comunicati stampa in questione, il piano che prevedeva la rinegoziazione del contratto di equity swap con la Merrill Lynch International Ltd esisteva ed era in corso di esecuzione, e che i ricorrenti abbiano volontariamente omesso di menzionare tale circostanza, dando in questo modo una falsa rappresentazione della situazione dell'epoca (paragrafi 27 e 35 supra).

198. La Corte osserva che, con la conclusione dell'accordo che modificava il contratto di equity swap, la Exor ha mantenuto la sua partecipazione del 30 % nel capitale della FIAT (paragrafo 19 supra), uno dei principali costruttori automobilistici mondiali. Pertanto, la prospettiva di un'acquisizione del 28 % del capitale sociale da parte di banche è stata scartata, e con essa tutte le conseguenze che una tale acquisizione avrebbe potuto produrre sul controllo della FIAT (paragrafo 7 supra). Secondo la Corte, si trattava di questioni che rivestivano, all'epoca, un interesse fondamentale per gli investitori, e la circostanza che al riguardo siano state diffuse informazioni false o fuorvianti era indiscutibilmente grave.

199. Pertanto, le sanzioni pecuniarie inflitte ai ricorrenti, benché severe, non sembrano sproporzionate rispetto alla condotta loro ascritta. Al riguardo, la Corte osserva che, nel fissare l'importo delle sanzioni, la CONSOB ha preso in considerazione la posizione occupata dalle persone interessate e l'esistenza di un dolo (paragrafo 27 supra) e che la corte d'appello ha ridotto le sanzioni inflitte a tre dei ricorrenti (paragrafo 30 supra). Di conseguenza, non si può considerare che le autorità interne abbiano applicato le sanzioni senza tenere conto delle circostanze particolari del caso di specie o del fatto che i ricorrenti sono stati costretti a sostenere un onere eccessivo e sproporzionato.

5. Conclusioni

200. Alla luce di quanto sopra esposto, la Corte ritiene che le sanzioni inflitte ai ricorrenti fossero «legali» ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 e che costituissero misure necessarie per garantire il pagamento delle sanzioni pecuniarie.

201. Di conseguenza non vi è stata violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1.

V. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 4 DEL PROTOCOLLO N. 7

202. I ricorrenti si considerano vittime di una violazione del principio ne bis in idem, sancito dall'articolo 4 del Protocollo n. 7.

Tale disposizione recita:

«1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato.

2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta.

3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione.»

203. Il Governo contesta l'affermazione dei ricorrenti.

A. Sulla ricevibilità

1. La riserva dell'Italia relativa all'articolo 4 del Protocollo n. 7

204. Il Governo osserva che l'Italia ha fatto una dichiarazione secondo la quale gli articoli 2 – 4 del Protocollo n. 7 si applicano solo agli illeciti, ai procedimenti e alle decisioni che la legge italiana definisce penali. La legge italiana tuttavia non definisce penali gli illeciti sanzionati dalla CONSOB. Inoltre, la dichiarazione dell'Italia sarebbe simile a quelle fatte da altri Stati (in particolare, Germania, Francia e Portogallo).

205. I ricorrenti replicano che l'articolo 4 del Protocollo n. 7, per il quale non è prevista alcuna deroga ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione, riguarda un diritto che rientra nella sfera nell'ordine pubblico europeo. Secondo loro, la dichiarazione fatta dall'Italia in occasione del deposito dello strumento di ratifica del Protocollo n. 7 non avrebbe la portata di una riserva ai sensi dell'articolo 57 della Convenzione, che non autorizza le riserve di carattere generale. Inoltre, la dichiarazione in questione non si ricollega a «una legge» in vigore al momento della sua formulazione e non contiene una «breve esposizione» di tale legge. Essa sarebbe dunque ininfluenza per quanto riguarda gli obblighi assunti dall'Italia.

206. La Corte osserva che il Governo afferma di avere emesso una riserva per quanto riguarda l'applicazione degli articoli 2 – 4 del Protocollo n. 7 (paragrafo 204 supra). Indipendentemente dalla questione dell'applicabilità di tale riserva, la Corte deve esaminare la validità: in altri termini, essa deve stabilire se la riserva soddisfa le esigenze dell'articolo 57 della Convenzione

(Eisenstecken c. Austria, n. 29477/95, § 28, CEDU 2000-X). Tale disposizione recita:

«1. Ogni Stato, al momento della firma della presente Convenzione o del deposito del suo strumento di ratifica, può formulare una riserva riguardo a una determinata disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione. Le riserve di carattere generale non sono autorizzate ai sensi del presente articolo.

2. Ogni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta una breve esposizione della legge in questione.»

207. La Corte rammenta che, per essere valida, una riserva deve presentare i seguenti requisiti: 1) deve essere fatta al momento in cui la Convenzione o i suoi Protocolli vengono firmati o ratificati; 2) deve riguardare leggi ben precise in vigore all'epoca della ratifica; 3) non deve essere di carattere generale; 4) deve contenere una breve esposizione della legge interessata (Pöder e altri c. Estonia (dec.), n. 67723/01, CEDU 2005 VIII, e Liepājnieks c. Lettonia (dec.), n. 37586/06, § 45, 2 novembre 2010).

208. La Corte ha avuto modo di precisare che l'articolo 57 § 1 della Convenzione esige da parte degli Stati contraenti «precisione e chiarezza», e che, chiedendo loro di presentare una breve esposizione della legge in questione, tale disposizione non enuncia un «semplice requisito formale» ma stabilisce una «condizione sostanziale» che costituisce «un elemento di prova e, allo stesso tempo, un fattore di sicurezza giuridica» (Belilos c. Svizzera, 29 aprile 1988, §§ 55 e 59, serie A n. 132; Weber c. Svizzera, 22 maggio 1990, § 38, serie A n. 177; e Eisenstecken, sopra citata, § 24).

209. Per «riserva di carattere generale», l'articolo 57 intende in particolare una riserva redatta in termini troppo vaghi o ampi per poterne valutare con precisione il senso e il campo di applicazione. Il testo della dichiarazione deve permettere di valutare esattamente la portata dell'impegno dello Stato contraente, in particolare per quanto riguarda le categorie di controversie previste, e non deve prestarsi a diverse interpretazioni (Belilos, sopra citata, § 55).

210. Nel caso di specie, la Corte rileva che la riserva in questione non contiene una «breve esposizione» della legge o delle leggi asseritamente incompatibili con l'articolo 4 del Protocollo n. 7. Dal testo della riserva si può dedurre che l'Italia ha inteso escludere dal campo di applicazione di tale disposizione tutti gli illeciti e le procedure che non sono qualificati come «penali» dalla legge italiana. Ciò non toglie che una riserva che non invoca né indica le disposizioni specifiche dell'ordinamento giuridico italiano che escludono alcuni illeciti o alcune procedure dal campo di applicazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 non offra sufficienti garanzie che non andrà oltre le disposizioni esplicitamente escluse dallo Stato contraente (si vedano, mutatis mutandis, Chorherr c. Austria, 25 agosto 1993, § 20, serie A n. 266 B; Gradinger c. Austria, 23 ottobre 1995, § 51, serie A n. 328 C; e Eisenstecken, sopra citata, § 29; si veda anche, a contrario, Kozlova e Smirnova c. Lettonia (dec.), n. 57381/00, CEDU 2001 XI). Al riguardo, la Corte rammenta che nemmeno difficoltà pratiche notevoli nell'indicazione e nella descrizione di tutte le disposizioni interessate dalla

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL NE BIS IN IDEM

riserva possono giustificare l'inosservanza delle condizioni dettate dall'articolo 57 della Convenzione (Liepājnieks, decisione sopra citata, § 54).

211. Di conseguenza, la riserva invocata dall'Italia non soddisfa le esigenze dell'articolo 57 § 2 della Convenzione. Questa conclusione è sufficiente per determinare la nullità della riserva, senza che sia necessario esaminare se siano state rispettate le altre condizioni formulate nell'articolo 57 (si veda, *mutatis mutandis*, Eisenstecken, sopra citata, § 30).

2. Altri motivi di irricevibilità

212. La Corte constata che questo motivo di ricorso non è manifestamente infondato ai sensi dell'articolo 35 § 3 a) della Convenzione e non incorre in altri motivi di irricevibilità. È dunque opportuno dichiararlo ricevibile.

B. Sul merito**1. Argomenti delle parti****a) I ricorrenti**

213. I ricorrenti osservano che hanno subito una sanzione penale all'esito del procedimento dinanzi alla CONSOB, e che sono stati oggetto di un'azione penale per gli stessi fatti.

214. Per quanto riguarda la questione di stabilire se il procedimento dinanzi alla CONSOB e il procedimento penale fossero relativi allo stesso «illecito», i ricorrenti rammentano i principi enunciati dalla Grande Camera nella causa *Sergueï Zolotoukhine c. Russia* ([GC], n. 14939/03, 10 febbraio 2009), in cui la Corte ha concluso affermando che è vietato perseguire una persona per un secondo «illecito» quando quest'ultimo è basato su fatti identici o fatti che sono in sostanza gli stessi. Secondo i ricorrenti, è proprio ciò che si è verificato nel caso di specie. Al riguardo, i ricorrenti rammentano che, se è vero che la CGUE ha precisato che l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali non si opponeva al fatto che uno Stato membro imponesse in momenti diversi, per un unico e medesimo insieme di fatti di inosservanza di obblighi dichiarativi in materia di imposta sul valore aggiunto, una sanzione fiscale e una sanzione penale, la condizione era comunque che la prima sanzione non fosse di natura penale (si veda *Åkerberg Fransson c. Hans Åkerberg Fransson*, sentenza sopra citata, punto 1 del dispositivo); invece, secondo loro, tale condizione non sussiste nel caso di specie, poiché nonostante la loro qualificazione formale nel diritto italiano, le sanzioni comminate dalla CONSOB sarebbero proprio di natura penale secondo la giurisprudenza della Corte.

b) Il Governo

215. Facendo riferimento agli argomenti esposti dal punto di vista dell'articolo 6 della Convenzione, il Governo sostiene anzitutto che il procedimento dinanzi alla CONSOB non riguardava una «accusa in materia penale» e che la decisione della CONSOB non era di natura «penale».

216. Peraltro, il diritto dell'Unione europea ha espressamente autorizzato il ricorso a una doppia sanzione (amministrativa e penale) nell'ambito della lotta contro le condotte abusive sui mercati finanziari. Un tale ricorso costituirebbe una tradizione costituzionale comune agli Stati membri, in particolare in ambiti quali la tassazione, le politiche ambientali e la sicurezza pubblica. Tenuto conto

di ciò, e del fatto che alcuni Stati non hanno ratificato il Protocollo n. 7 o hanno emesso dichiarazioni a proposito dello stesso, sarebbe lecito considerare che la Convenzione non garantisce il principio *ne bis in idem* come fa invece per quanto riguarda altri principi fondamentali. Pertanto, non sarebbe opportuno ritenere che l'imposizione di una sanzione amministrativa definitiva impedisca l'avvio di un'azione penale. Il Governo fa riferimento, su questo punto, all'opinione espressa dinanzi alla CGUE dall'avvocato generale nelle sue conclusioni del 12 giugno 2012 sulla causa *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, sopra citata.

217. In ogni caso, il procedimento penale pendente nei confronti dei ricorrenti non riguarderebbe lo stesso fatto che è stato sanzionato dalla CONSOB. In effetti, vi sarebbe una differenza netta tra gli illeciti previsti rispettivamente dagli articoli 187 ter e 185 del decreto legislativo n. 58 del 1998, in quanto solo il secondo esige l'esistenza di un dolo (non essendo sufficiente una semplice negligenza) e della idoneità delle informazioni false o fuorvianti diffuse a produrre un'alterazione significativa dei mercati finanziari. Peraltro, solo il procedimento penale può portare a infliggere pene privative della libertà. Il Governo fa riferimento alla causa *R.T. c. Svizzera* ((dec.), n. 31982/96, 30 maggio 2000), in cui la Corte ha precisato che il fatto che due diverse autorità (una amministrativa e l'altra penale) infliggano sanzioni non è incompatibile con l'articolo 4 del Protocollo n. 7. A questo riguardo, la circostanza che una stessa condotta possa violare contemporaneamente l'articolo 187 ter e l'articolo 185 del decreto legislativo n. 58 del 1998 non sarebbe pertinente, in quanto si tratterebbe di un caso tipico di concorso formale di reati, caratterizzato dalla circostanza che un unico fatto penale si scinde in due illeciti distinti (si veda *Oliveira c. Svizzera*, n. 25711/94, § 26, 30 luglio 1998; *Goktan c. Francia*, n. 33402/96, § 50, 2 luglio 2002; *Gauthier c. Francia* (dec.), n. 61178/00, 24 giugno 2003; e *Ongun c. Turchia* (dec.), n. 15737/02, 10 ottobre 2006).

218. Infine, si deve notare che, allo scopo di assicurare la proporzionalità della pena rispetto ai fatti ascritti, il giudice penale può tenere conto del fatto che sia stata precedentemente inflitta una sanzione amministrativa, e decidere di ridurre la sanzione penale. In particolare, l'importo della sanzione pecuniaria amministrativa viene detratto dalla pena pecuniaria (articolo 187 terdecies del decreto legislativo n. 58 del 1998) e i beni già sottoposti a sequestro nell'ambito del procedimento amministrativo non possono essere confiscati.

2. Valutazione della Corte

219. La Corte rammenta che, nella causa *Sergueï Zolotoukhine* (sopra citata, § 82), la Grande Camera ha precisato che l'articolo 4 del Protocollo n. 7 deve essere inteso nel senso che esso vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo «illecito» nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi sono fatti che sono sostanzialmente gli stessi.

220. La garanzia sancita all'articolo 4 del Protocollo n. 7 entra in gioco quando viene avviato un nuovo procedimento e la precedente decisione di assoluzione o di condanna è già passata in giudicato. In questa fase, gli elementi del fascicolo comprenderanno ovviamente la decisione con la

quale si è concluso il primo «procedimento penale» e la lista delle accuse mosse nei confronti del ricorrente nell'ambito del nuovo procedimento. Tali documenti includono ovviamente un'esposizione dei fatti relativi all'illecito per cui il ricorrente è stato già giudicato e una descrizione del secondo illecito di cui è accusato. Tali esposizioni costituiscono un utile punto di partenza, per l'esame da parte della Corte, per poter stabilire se i fatti oggetto dei due procedimenti sono identici o sono in sostanza gli stessi. Non è importante sapere quali parti di queste nuove accuse siano alla fine ammesse o escluse nella procedura successiva, poiché l'articolo 4 del Protocollo n. 7 enuncia una garanzia contro nuove azioni penali o contro il rischio di tali azioni, e non il divieto di una seconda condanna o di una seconda assoluzione (Sergueï Zolotoukhine, sopra citata, § 83).

221. La Corte, pertanto, deve esaminare la causa dal punto di vista dei fatti descritti nelle suddette esposizioni, che costituiscono un insieme di circostanze fattuali concrete a carico dello stesso contravventore e indissolubilmente legate tra loro nel tempo e nello spazio; l'esistenza di tali circostanze deve essere dimostrata affinché possa essere pronunciata una condanna o esercitata l'azione penale (Sergueï Zolotoukhine, sopra citata, § 84).

222. Applicando tali principi nel caso di specie, la Corte osserva anzitutto che ha appena concluso, dal punto di vista dell'articolo 6 della Convenzione, che era opportuno considerare che il procedimento dinanzi alla CONSOB riguardava una «accusa in materia penale» contro i ricorrenti (paragrafo 101 supra) e osserva anche che le condanne inflitte dalla CONSOB e parzialmente ridotte dalla corte d'appello sono passate in giudicato il 23 giugno 2009, quando sono state pronunciate le sentenze della Corte di cassazione (paragrafo 38 supra). A partire da tale momento, i ricorrenti dovevano dunque essere considerati come «già condannati per un reato a seguito di una sentenza definitiva» ai sensi dell'articolo 4 del Protocollo n. 7.

223. Malgrado ciò, la nuova azione penale che nel frattempo era stata avviata nei loro confronti (paragrafi 39-40 supra) non è stata interrotta, e ha portato alla pronuncia di sentenze di primo e secondo grado.

224. Resta da determinare se il nuovo procedimento in questione fosse basato su fatti che erano sostanzialmente gli stessi rispetto a quelli che sono stati oggetto della condanna definitiva. A tale riguardo, la Corte osserva che, contrariamente a quanto sembra affermare il Governo (paragrafo 217 supra), dai principi enunciati nella causa Sergueï Zolotoukhine sopra citata risulta che la questione da definire non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187 ter e 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta.

225. Dinanzi alla CONSOB, i ricorrenti erano accusati, sostanzialmente, di non aver menzionato nei comunicati stampa del 24 agosto 2005 il piano di rinegoziazione del contratto di equity swap con la Merrill Lynch International Ltd mentre tale progetto già esisteva e si trovava in una fase di realizzazione avanzata (paragrafi 20 e 21 supra).

Successivamente, essi sono stati condannati per tale fatto dalla CONSOB e dalla corte d'appello di Torino (paragrafi 27 e 35 supra).

226. Dinanzi ai giudici penali, gli interessati sono stati accusati di avere dichiarato, negli stessi comunicati, che la Exor non aveva né avviato né messo a punto iniziative con riguardo alla scadenza del contratto di finanziamento, mentre l'accordo che modificava l'equity swap era già stato esaminato e concluso, informazione che sarebbe stata tenuta nascosta allo scopo di evitare un probabile crollo del prezzo delle azioni FIAT (paragrafo 40 supra).

227. Secondo la Corte, si tratta chiaramente di una unica e stessa condotta da parte delle stesse persone alla stessa data. Peralto la stessa corte d'appello di Torino, nelle sentenze del 23 gennaio 2008, ha ammesso che gli articoli 187 ter e 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 avevano ad oggetto la stessa condotta, ossia la diffusione di false informazioni (paragrafo 34 supra). Di conseguenza, la nuova azione penale riguardava un secondo «illecito», basato su fatti identici a quelli che avevano motivato la prima condanna definitiva.

228. Questa constatazione è sufficiente per concludere che vi è stata violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7.

229. Peralto, nella misura in cui il Governo afferma che il diritto dell'Unione europea avrebbe apertamente autorizzato il ricorso a una doppia sanzione (amministrativa e penale) nell'ambito della lotta contro le condotte abusive sui mercati finanziari (paragrafo 216 supra), la Corte, pur precisando che il suo compito non è interpretare la giurisprudenza della CGUE, osserva che nella sua sentenza del 23 dicembre 2009, resa nella causa Spector Photo Group, sopra citata, la CGUE ha indicato che l'articolo 14 della direttiva 2003/6 non impone agli Stati membri di prevedere sanzioni penali a carico degli autori di abusi di informazioni privilegiate, ma si limita ad enunciare che tali Stati sono tenuti a vigilare affinché siano applicate sanzioni amministrative nei confronti delle persone responsabili di una violazione delle disposizioni adottate in applicazione di tale direttiva. Essa ha anche messo in guardia gli Stati sul fatto che tali sanzioni amministrative potevano, ai fini dell'applicazione della Convenzione, essere qualificate come sanzioni penali (paragrafo 61 supra). Inoltre, nella sentenza Åklagen c. Hans Åkerberg Fransson, sopra citata, in materia di imposta sul valore aggiunto, la CGUE ha precisato che, in virtù del principio *ne bis in idem*, uno Stato può imporre una doppia sanzione (fiscale e penale) per gli stessi fatti solo a condizione che la prima sanzione non sia di natura penale (paragrafo 92 supra).

VI. SULL'APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLI 41 E 46 DELLA CONVENZIONE

230. Ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione,

«Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.»

231. Nelle sue parti pertinenti, l'articolo 46 della Convenzione recita:

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM*

«1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti.

2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione (...)»

A. Indicazione di misure generali e individuali**1. Principi generali**

232. Tutte le sentenze che constatino una violazione comportano per lo Stato convenuto l'obbligo giuridico rispetto all'articolo 46 della Convenzione di porre fine alla violazione e di eliminarne le conseguenze, in modo tale da ripristinare per quanto possibile la situazione precedente a quest'ultima. Se, invece, il diritto nazionale non permette o permette solo in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze della violazione, l'articolo 41 autorizza la Corte ad accordare alla parte lesa, se del caso, la soddisfazione che ritiene appropriata. Ne consegue in particolare che lo Stato convenuto riconosciuto responsabile di una violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli è chiamato non solo a versare agli interessati le somme assegnate a titolo di equa soddisfazione, ma anche a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure generali e/o, se del caso, individuali da adottare nel suo ordinamento giuridico interno (Maestri c. Italia [GC], n. 39748/98, § 47, CEDU 2004 I; Assanidzé c. Georgia [GC], n. 71503/01, § 198, CEDU 2004 II; e Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia [GC], n. 48787/99, § 487, CEDU 2004-VII).

233. La Corte rammenta che le sue sentenze sono essenzialmente di natura dichiaratoria e che, in generale, è in primo luogo lo Stato in causa a dover scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, i mezzi da utilizzare nel proprio ordinamento giuridico interno per adempiere al proprio obbligo rispetto all'articolo 46 della Convenzione, purché tali mezzi siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte (si vedano, tra le altre, Scozzari e Giunta c. Italia [GC], nn. 39221/98 e 41963/98, § 249, CEDU 2000-VIII; Brumărescu c. Romania (equa soddisfazione) [GC], n. 28342/95, § 20, CEDU 2001-I; e Öcalan c. Turchia [GC], n. 46221/99, § 210, CEDU 2005-IV). Tale potere di apprezzamento per quanto riguarda le modalità di esecuzione di una sentenza esprime la libertà di scelta che accompagna l'obbligo fondamentale imposto dalla Convenzione agli Stati contraenti: assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà sanciti (Papamichalopoulos e altri c. Grecia (Articolo 50), 31 ottobre 1995, § 34, serie A n. 330 B).

234. Tuttavia, a titolo eccezionale, per aiutare lo Stato convenuto ad adempiere ai propri obblighi ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione, la Corte cerca di indicare il tipo di misure da adottare per porre fine alla situazione strutturale da essa constatata. In questo contesto, essa può formulare varie opzioni la cui scelta e realizzazione vengono lasciate alla discrezione dello Stato interessato (si veda, ad esempio, Broniowski c. Polonia [GC], n. 31443/96, § 194, CEDU 2004-V). In alcuni casi, accade che la natura stessa della violazione constatata non offra realmente una scelta tra vari tipi di misure idonee a porvi rimedio, nel qual caso la Corte può decidere di indicare una sola misura di questo tipo (si vedano, ad esempio, Assanidzé, sopra citata, §§ 202 e 203; Alexanian c. Russia, n. 46468/06, § 240, 22 dicembre

2008; Fatullayev c. Azerbaijan, n. 40984/07, §§ 176 e 177, 22 aprile 2010; e Oleksandr Volkov c. Ucraina, n. 21722/11, § 208, 9 gennaio 2013).

2. Applicazione di questi principi al caso di specie

235. Nelle circostanze particolari della presente causa, la Corte non ritiene necessario indicare misure generali che lo Stato dovrebbe adottare per l'esecuzione della presente sentenza.

236. Per quanto riguarda, invece, le misure individuali, la Corte ritiene che, nel caso di specie, la natura stessa della violazione constatata non offra veramente una scelta tra vari tipi di misure che possono porvi rimedio.

237. Di conseguenza, considerate le circostanze particolari della causa e la necessità urgente di porre fine alla violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 (paragrafo 228 supra), la Corte ritiene che spetti allo Stato convenuto fare in modo che i nuovi procedimenti penali avviati contro i ricorrenti in violazione di tale disposizione e ancora pendenti, alla data delle ultime informazioni ricevute, nei confronti dei sigg. Gabetti e Grande Stevens, vengano chiusi nel più breve tempo possibile e senza conseguenze pregiudizievoli per i ricorrenti (si vedano, mutatis mutandis, Assanidzé, sopra citata, § 203, e Oleksandr Volkov, sopra citata, § 208).

B. Danno

238. Per il danno materiale che avrebbero subito, i ricorrenti chiedono la restituzione delle somme pagate alla CONSOB a titolo di sanzione pecuniaria (per un importo complessivo di 16.000.000 EUR), maggiorate degli interessi legali. Essi chiedono inoltre una riparazione per il danno morale – di cui chiedono alla Corte di fissare l'importo in via equitativa – e sottolineano di voler ristabilire la loro onorabilità professionale, che ritengono sia stata gravemente compromessa dalla pubblicazione della loro condanna nel bollettino della CONSOB e dall'eco mediatica della loro vicenda.

239. Il Governo non ha presentato osservazioni a tale proposito.

240. La Corte osserva di avere appena concluso per la violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione in quanto non vi è stata un'udienza pubblica dinanzi alla corte d'appello di Torino, e dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 per il fatto che sono stati avviati nuovi procedimenti penali dopo la condanna definitiva dei ricorrenti. Tali constatazioni non implicano che le sanzioni inflitte dalla CONSOB fossero di per sé contrarie alla Convenzione o ai suoi Protocolli. Al riguardo, la Corte osserva di avere ritenuto che non vi era stata violazione del diritto al rispetto dei beni dei ricorrenti, sancito dall'articolo 1 del Protocollo n. 1 (paragrafo 201 supra). In queste circostanze, la Corte non vede alcun nesso di causalità tra le violazioni constatate e l'asserito danno materiale e rigetta la relativa domanda.

241. Per quanto riguarda il danno morale legato al fatto che non vi è stata una pubblica udienza dinanzi alla corte d'appello di Torino e che sono stati avviati nuovi procedimenti penali a carico dei ricorrenti, la Corte, deliberando in via equitativa, decide di accordare 10.000 EUR a ciascuno dei ricorrenti a tale titolo.

C. Spese

242. Basandosi sulle note spese dei loro avvocati, i ricorrenti chiedono anche la somma totale di 20.638.980,69 EUR per le spese sostenute sia dinanzi ai giudici nazionali che dinanzi alla Corte.

243. Il Governo non ha presentato osservazioni in proposito.

244. Secondo la giurisprudenza della Corte, un ricorrente può ottenere il rimborso delle spese sostenute solo nella misura in cui ne siano accertate la realtà e la necessità, e il loro importo sia ragionevole. Nella presente causa, tenuto conto dei documenti di cui dispone, della propria giurisprudenza e del fatto che i ricorrenti sono stati costretti a difendersi nell'ambito di un procedimento penale avviato e condotto in violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7, la Corte considera ragionevole la somma di 40.000 EUR per l'insieme delle spese e la accorda congiuntamente ai ricorrenti.

D. Interessi moratori

245. La Corte ritiene opportuno basare il tasso degli interessi moratori sul tasso di interesse delle operazioni di rifinanziamento marginale della Banca centrale europea maggiorato di tre punti percentuali.

PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE

1. *Dichiara*, all'unanimità, il resto dei ricorsi ricevibili;
2. *Dichiara*, all'unanimità, che vi è stata violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione;
3. *Dichiara*, con sei voti contro uno, che non vi è stata violazione dell'articolo 6 § 3 a) e c) nei confronti del sig. Grande Stevens;

4. *Dichiara*, con cinque voti contro due, che non vi è stata violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1;

5. *Dichiara*, all'unanimità, che vi è stata violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7;

6. *Dichiara*, all'unanimità, che lo Stato convenuto deve fare in modo che i nuovi procedimenti penali avviati contro i ricorrenti in violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7 e ancora pendenti, alla data delle ultime informazioni ricevute, nei confronti dei sigg. Gabetti e Grande Stevens, vengano chiusi nel più breve tempo possibile (paragrafo 237 supra);

7. *Dichiara*, all'unanimità,

1. che lo Stato convenuto deve versare, entro tre mesi a decorrere dalla data in cui la sentenza diverrà definitiva conformemente all'articolo 44 § 2 della Convenzione, le somme seguenti:

1. 10.000 EUR (diecimila euro), più l'importo eventualmente dovuto a titolo di imposta, a ciascun ricorrente per il danno morale;

2. 40.000 EUR (quarantamila euro), più l'importo eventualmente dovuto a titolo di imposta dai ricorrenti, a questi ultimi congiuntamente per le spese;

2. che a decorrere dalla scadenza e fino al versamento tali importi dovranno essere maggiorati di un interesse semplice a un tasso equivalente a quello delle operazioni di rifinanziamento marginale della Banca centrale europea maggiorato di tre punti percentuali;

8. Rietta, con cinque voti contro due, la domanda di equa soddisfazione per il resto.

[*Omissis*]

ANDREA FRANCESCO TRIPODI*

Dottore di ricerca in Diritto penale dell'economia

Abusi di mercato (ma non solo) e *ne bis in idem*: scelte sanzionatorie da ripensare?

Market abuses and double jeopardy in the judgment of the European Court of Human Rights: is it necessary to rethink the punishment system?

La Corte e.d.u. mette in discussione il sistema italiano in materia di abusi di mercato sia per violazione del diritto a un equo processo sia per violazione del diritto a non essere giudicati o puniti due volte. La pronuncia potrebbe avere delle ricadute in altri settori dell'ordinamento.

European Court of Human Rights call into question Italian system of market abuses for the infringement of the right to a fair trial and for the infringement of the right to not being judged or punished twice.

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

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM*

LA VICENDA GIUDIZIARIA

Il caso verte sulla responsabilità a titolo di manipolazione del mercato per la diffusione al pubblico nell'agosto 2005 di comunicati provenienti da IFIL Investments s.p.a. e Giovanni Agnelli & C. s.a.p.a. (quest'ultima, azionista di controllo di FIAT s.p.a., in virtù del contemporaneo controllo azionario delle società EXOR, IFI e in particolare IFIL, detentrici di una partecipazione in FIAT pari al 30,6 %).

Al centro della complessa vicenda finanziaria¹, generata da un prestito di tre miliardi di euro contratto da FIAT s.p.a. nel 2002 con un gruppo di banche, accompagnato dall'accordo che in caso di mancato rimborso il debito si sarebbe automaticamente convertito in azioni (col conseguente rischio che IFIL perdesse la posizione di azionista di riferimento in seno a FIAT), v'è la comunicazione al mercato (richiesta dalla Consob ex art. 114, comma 5, d.lgs. 58/1998) del 24 agosto 2005, secondo la quale alcuna iniziativa circa la scadenza del prestito "convertendo" era stata al momento intrapresa o studiata, pur confermando IFIL l'intenzione di rimanere azionista di riferimento della Fiat.

Il carattere falso del comunicato insisterebbe sulla mancata menzione del progetto di rinegoziazione (che al momento della comunicazione sarebbe stato già concluso, ma celato per evitare i probabili effetti che la sua diffusione avrebbe avuto sul prezzo delle azioni FIAT) del contratto d'*equity swap* stipulato tra EXOR e la banca d'affari Merrill Lynch International (MYL), operazione che ha poi permesso a IFIL, attraverso la vendita a favore di quest'ultima da parte di EXOR delle azioni FIAT ricevute da MYL, di mantenere in FIAT la partecipazione di 30,6%, (così da consentirne il controllo).

Il fatto, contestato a coloro che hanno materialmente contribuito alla diffusione del comunicato, si è dunque incanalato nel doppio binario di giudizio – penale e amministrativo – preveduto dalla normativa in materia di abusi di mercato (artt. 180 e ss. del t.u.f.) con i seguenti esiti.

Nel procedimento amministrativo, passato in giudicato, si è riscontrata la violazione dell'art. 187 *ter* t.u.f.: la delibera con cui la Consob infligge le sanzioni amministrative, vale a dire quelle pecuniarie di cui all'art. 187 *ter* t.u.f., alle quali si accompagnano quelle accessorie (anche di tipo interdittivo) di cui all'art. 187 *quater* t.u.f., è del 9 febbraio 2007; il

¹ Per una ricostruzione dettagliata si veda Modugno-Sassaroli-Trinchera, *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso FIAT*, *Diritto penale contemporaneo*, 24 settembre 2013.

23 gennaio 2008 la Corte d'Appello di Torino riduce nella misura le sanzioni applicate; il 23 giugno 2009 la Corte di Cassazione rigetta il ricorso.

Il procedimento penale ha conosciuto un *iter* più tortuoso² e ha sollevato questioni di significativo interesse circa il metodo di accertamento del pericolo concreto e della cd. *price sensitivity*³, che non si possono qui ripercorrere (eccetto che per i relativi riflessi sul tema del *ne bis in idem*)⁴.

Il Tribunale di Torino, con sentenza del 21 dicembre 2010, aveva assolto gli imputati dall'accusa di manipolazione del mercato per insussistenza del fatto. La Corte di Cassazione, con sentenza del 20 giugno 2012, ha accolto il ricorso proposto dalla Procura, annullando la sentenza impugnata e rinviando alla Corte d'Appello di Torino, la quale, con sentenza del 21 febbraio 2013, ha quindi riconosciuto la sussistenza del reato di cui all'art. 185 t.u.f. Verso tale pronuncia è stato proposto ricorso in Cassazione.

Questo il quadro giudiziario al momento della trattazione del ricorso da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

LE DOGLIANZE DEI RICORRENTI

I ricorrenti avevano denunciato la violazione dell'art. 6 §1 della Cedu, ossia del diritto a un equo processo in un termine ragionevole, dell'art. 4 del Protocollo n.7 della Cedu, ossia del diritto a non essere giudicati o puniti due volte, dell'art. 6 §3, vale a dire del diritto a essere informato dell'accusa nel più breve tempo possibile, e dell'art. 1 del Protocollo n.1, vale a dire del diritto al rispetto della proprietà dei beni.

La Corte e.d.u., con la sentenza che si annota, resa dalla seconda sezione e divenuta nel frattempo definitiva ai sensi dell'art. 43 Cedu (v. Corte e.d.u., comunicato stampa n. 203 dell'8 Luglio 2014, consultabile in www.penalecontemporaneo.it), ha accolto in parte le doglianze dei ricorrenti, riscontrando all'unanimità la violazione del diritto a un equo processo e del divieto di secondo giudizio.

² Per il cui sviluppo si rinvia ancora a Modugno-Sassaroli-Trinchera, *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso FIAT*, cit.

³ Cfr. Falcinelli, *Il giudice, l'antifasi e una fata morgana*, *Diritto penale contemporaneo*, 3 giugno 2011; Scoletta, *Prognosi e diagnosi del pericolo nel delitto di manipolazione del mercato*, *Corriere del merito*, 2011, 848 ss.; Amati, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, 243; Preziosi, *Il pericolo come evento e l'abbandono dello schema di accertamento prognostico nei reati di pericolo concreto*, *Giur. comm.*, 2012, 1; nella manualistica, si vedano Sgubbi, *La manipolazione del mercato*, in Sgubbi-Fondaroli-Tripodi, *Diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2013, 98 ss. e Mazzacuvva-Amati, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2013, 353.

⁴ Si veda *infra* nota 9.

LA VIOLAZIONE DEL DIRITTO A UN EQUO PROCESSO

Come anticipato, il giudice di Strasburgo ha rilevato che il procedimento svoltosi davanti alla Consob, vertente sul contestato illecito amministrativo, non è stato conforme alle esigenze di equità e imparzialità oggettiva sancite dall'art. 6 §1 Cedu.

Tale conclusione ha alla base un'indispensabile premessa, che, come vedremo, si presta a essere additata quale *fil rouge* dell'intera pronuncia. La Corte ritiene infatti che la procedura davanti la Consob, pur avendo ad oggetto un illecito formalmente di tipo amministrativo, si sostanzia in un'accusa *en matière pénale*, e, di conseguenza, che debba osservare le garanzie che l'art. 6 della Convenzione riserva ai processi penali (§§ 94 ss.). A fondamento della lettura assimilatrice, che si inserisce nel tracciato della ormai ricca produzione giurisprudenziale sviluppatasi con riguardo alla riconduzione contenutistica di una determinata figura di illecito nella *matière pénale*⁵, è posto in questo caso principalmente il criterio del "grado di severità" dell'impianto sanzionatorio (il massimo edittale della sanzione amministrativa pecuniaria è cinque milioni di euro, cui si accompagna per gli esponenti aziendali la perdita temporanea dei requisiti di onorabilità, e, relativamente alle società quotate in borsa, la temporanea incapacità di assumere incarichi di direzione, amministrazione e controllo), coadiuvato da quello relativo alla "natura dell'infrazione", che indicherebbe nel senso della non estraneità alle sanzioni in questione di uno scopo chiaramente repressivo (il quale si unisce a quello preventivo e riparatorio dei pregiudizi di natura finanziari cagionati dalla condotta).

Circa i vizi del procedimento svoltosi davanti la Consob (§§ 116 ss.), si pone l'accento sull'assenza di contraddittorio (la sanzione veniva inflitta sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti, i quali non avevano possibilità di difendersi rispetto al documento alla fine sottoposto dagli organi investigativi della Consob all'organo competente a decidere sulla fondatezza dell'accusa), sull'assenza di un'udienza pubblica (conseguente alla natura cartolare del procedimento), udienza ritenuta nel caso di specie necessaria in ragione dell'esistenza di una controversia circa la ricostruzione del fatto (ossia lo "stato di avanzamento" della negoziazione con Merrill Lynch) e del rischio di vedersi applicate sanzioni particolarmente severe; e

infine sull'affidamento dei poteri di indagine e di giudizio ad organi che, sebbene diversi, dipendono comunque dallo stesso soggetto (il Presidente Consob).

La Corte, al riguardo, ha conclusivamente osservato che è pur vero che i ricorrenti hanno beneficiato del controllo ulteriore da parte della Corte d'Appello di Torino (e poi della Cassazione), giudice di certo indipendente e imparziale, tuttavia, presso questa, non si è svolta alcuna udienza pubblica (né potrebbe rilevare quella tenutasi presso la Corte di Cassazione, attesa la limitatezza del giudizio di legittimità), essendosi proceduto in camera di consiglio; e ciò non può che cristallizzare la violazione riscontrata, di modo che la procedura complessiva non è ritenuta conforme alle garanzie minime richieste dall'art. 6 della Convenzione (§§ 148 ss.).

Pertanto, e conformemente a quanto già stabilito nel caso *Menarini Diagnostics c. Italia* del 27.9.2011 (relativamente alle sanzioni inflitte dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato), ad acquisire efficacia decisiva nella valutazione della Corte non è la pur censurata struttura del procedimento dinanzi l'Autorità amministrativa, bensì lo svolgimento del giudizio di secondo grado dinanzi un tribunale di piena giurisdizione, circostanza che appunto è in grado di sanare tutte quelle criticità caratterizzanti il procedimento sanzionatorio amministrativo.

Detto altrimenti, e ragionando *a contrariis*, l'Italia non sarebbe stata condannata se solo fosse stata celebrata un'udienza pubblica in grado di appello, con buona pace dunque delle preoccupazioni generate da tutti i rimanenti vizi del procedimento davanti la Consob che invero paiono frustrare «(...) assai più profondamente (...) i diritti e le garanzie riconosciuti dalla Convenzione di Roma»⁶.

D'altra parte, occorre pure domandarsi se l'impostazione della Corte, secondo cui è sufficiente a soddisfare le richieste convenzionali il procedimento giurisdizionale di opposizione, non risenta di una pur diversa e più ampia prospettiva: la (eventuale richiesta di) omologazione del procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative gestite dalle Autorità amministrative indipendenti a quello penale, con la conseguente *ripetizione* in esso delle

⁵ Cfr. per tutte, Corte e.d.u., *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, §§82-83, in virtù della quale si suole ancora parlare di "Engel criteria".

⁶ D'Alessandro, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, *Dir. pen. proc.*, 2014, 623, il quale in questa prospettiva sottolinea come la recente riforma del procedimento sanzionatorio della Consob rappresenti un'occasione mancata per eliminarne le criticità.

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM*

garanzie proprie di quest'ultimo, parrebbe infatti scontrarsi con quella logica di maggiore efficienza/ celerità che è alla base del *favor* legislativo manifestato verso il primo.

Ad ogni modo e al di là del loro peso, le critiche mosse dalla Corte in merito al procedimento dinanzi la Consob sul piano dei rapporti tra organi "d'indagine" e "di giudizio" non possono che richiamare la diffusa impressione negativa circa il grado di terzietà dell'Autorità amministrativa nell'ambito del sistema vigente in materia di abusi di mercato, dove la Consob assume per vero un ruolo sorprendentemente poliforme. Scendendo in dettaglio, alla funzione di vigilanza si sommano quella *lato sensu* legislativa (come dimostra la produzione di normativa secondaria di centrale importanza), quella inquirente (attesa l'ampia dotazione di poteri di indagine), quella giudicante (del processo avente a oggetto l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate o manipolazione del mercato) e quella di parte nel processo penale (attraverso la costituzione di parte civile consentita dall'art. 187 *undecies*, t.u. fin.)⁷.

LA VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*

Anche il riscontro di compatibilità con il principio del *ne bis in idem*, consacrato all'art. 4 del Protocollo n.7 della Cedu, deriva dalla riconduzione dell'illecito amministrativo previsto dall'art. 187 *ter* t.u.f. alla *matière pénale*, con conseguente assimilazione del relativo procedimento, esitato il 23 giugno 2009 in un giudizio definitivo, a quella vertente su una "*accusation en matière pénale*".

Nel caso di specie, passato dunque in giudicato il procedimento "penale" scaturito dalla contestazione dell'illecito (penale-)amministrativo di cui all'art. 187 *ter* t.u.f., è constatata la pendenza di quello penale(-criminale) avente alla base l'accusa dell'omologo delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 t.u.f.

Contrariamente alle argomentazioni sostenute dal Governo italiano, tese a evidenziare i profili differenziali che sul piano strutturale caratterizzano illecito penale e illecito amministrativo di manipolazione del mercato (ossia, la necessaria presenza dell'elemento doloso e la richiesta nota *price sensitive* che caratterizzano soltanto il primo)⁸ e dunque a ricondurre il fenomeno della

medesimezza del fatto all'*idem* legale (piuttosto che all'*idem factum*), la Corte, quanto al metodo da adottare nel *test* di compatibilità con l'art. 4 del Protocollo n.7, precisa (così ribadendo i precedenti arresti, tra i quali si veda il richiamato *affaire Zolotoukhine c. Russia* del 10.2.2009) come non interessi verificare se gli elementi costitutivi del fatto tipizzato dalle due norme siano o meno identici, bensì solo se i fatti sussunti in esse e giudicati nei due procedimenti siano o meno i medesimi (§ 224).

In questa prospettiva, intendendo cioè il concetto di "stesso fatto giudicato" come *idem factum*, si conclude nel senso della medesimezza dei fatti, i quali si sostanzierebbero, in entrambi i procedimenti, nell'aver dichiarato nella comunicazione al mercato che EXOR non aveva né studiato né intrapreso iniziative concernenti la scadenza del prestito convertendo, nonostante l'accordo di modifica dell'*equity swap* fosse stato già concluso (§§ 225 ss.)⁹.

L'Italia è dunque condannata a versare a ciascun ricorrente diecimila euro per il danno morale, e quarantamila euro, congiuntamente, per le spese; e per

Al riguardo, tuttavia, è opportuno sin d'ora segnalare, anticipando alcune riflessioni che verranno svolte in seguito, che proprio la presenza unilaterale della nota *price sensitive* è valsa a indicare nel senso della specialità della norma penale ovvero del concorso apparente di norme, con l'effetto dunque di poter escludere *ab initio* la congiunta attivazione dei due distinti procedimenti.

⁹ Non possiamo esimerci dall'osservare come a diverse conclusioni si potrebbe giungere ove si concepisse il pericolo di alterazione dei prezzi in cui si sostanzia la *price sensitive* quale evento naturalistico della fattispecie, secondo cioè quanto affermato in merito alla vicenda in esame dalla Corte d'Appello di Torino e poi negato dalla Corte di Cassazione, e al contempo si aderisse alla posizione consolidatasi nella giurisprudenza italiana circa la portata da riconoscere all'*idem factum*. La Suprema Corte (per tutte, Cass., sez. II, 21 marzo 2013, n.18376, in *C.E.D. Cass.*, 255837 e Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, *ivi*, 231799) ricostruisce l'identità del fatto preclusivo di un nuovo giudizio in termini di identità non solo della condotta oggetto della decisione passata in giudicato, bensì di tutti gli elementi costitutivi del reato, richiedendo che vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del medesimo considerato appunto in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, nesso causale, evento) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona: di modo che se muta (ovvero si aggiunge) l'evento, piuttosto che aversi una mera diversa considerazione dello stesso fatto quanto a titolo e/o a grado, muta il fatto *ex art.* 649 c.p.p. e cade il divieto di secondo giudizio. Sembrano a questo punto ricostruibili i riflessi di una tale lettura (per una completa ricostruzione del tema si rinvia a Caprioli-Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 85 ss.) sul caso in esame. Essa non incide sul relativo inquadramento se si concepisce l'art. 185 t.u.f. come reato di mera condotta, diversamente, vale a dire se lo si interpretasse come reato di evento, si dovrebbe ammettere, stando all'orientamento espresso dalla Suprema Corte, la diversità dei fatti integranti l'illecito amministrativo e quello penale (il primo privo di evento, il secondo dotato di evento di pericolo), pur a fronte di una stessa condotta.

⁷ Così, e per tutti, Sgubbi, *Presentazione*, AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, XVII.

⁸ Il Governo, muovendo da tale considerazione, precisa come si tratti di un tipico caso di concorso formale di illeciti.

ciò che riguarda l'applicazione dei principi stabiliti, la Corte conclude che spetta allo Stato convenuto fare in modo che il procedimento penale contro i ricorrenti, ancora aperto in violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 della Cedu, sia chiuso nel più breve tempo possibile e senza conseguenze pregiudizievoli per costoro (§ 237).

LE PROSPETTIVE APERTE DA TALE PRONUNCIA RISPETTO AGLI ABUSI DI MERCATO

A questo punto, possiamo delineare quattro distinti orizzonti prospettici, chiedendoci quali siano gli effetti di questa sentenza rispettivamente: a) per la specifica vicenda in esame; b) per le medesime situazioni di *ne bis in idem*, cioè quelle in cui vi sia una condanna definitiva in uno dei due procedimenti e l'altro sia ancora pendente; c) per le ipotesi di litispendenza, cioè in cui entrambi i procedimenti siano ancora in corso; d) per i casi in cui i procedimenti siano entrambi già chiusi con sentenza passata in giudicato¹⁰.

Per quanto riguarda l'ipotesi *sub a*), cioè la specifica vicenda in esame, occorre subito segnalare che nel frattempo è ormai intervenuta la Corte di Cassazione (Sez. I, 17.12.2013-14.5.2014, n.19915) con sentenza di annullamento senza rinvio per prescrizione del reato, di modo che la prima parte del programma formulato dalla Corte – *chiusura del processo penale nel più breve tempo possibile* – deve ritenersi, sia pure casualmente, realizzata. Più complessa la verifica della "chiusura" del processo *senza conseguenze pregiudizievoli per i ricorrenti*, atteso che la "modalità" di chiusura (*id est*, proscioglimento per prescrizione) non coincide con quella derivabile dalla (successiva) statuizione della Corte (*id est*, proscioglimento *ex art. 649*, comma 2, c.p.p.) e che la pronuncia dichiarativa di una causa di estinzione del reato non può considerarsi priva di effetti pregiudizievoli sul piano della sfera legata all'immagine/reputazione del ricorrente¹¹.

¹⁰ Tale quadro prospettico è già stato proposto, immediatamente dopo la pubblicazione della pronuncia, in un precedente lavoro (Tripodi, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014, 3). Qui esso si arricchisce di ulteriori considerazioni anche in termini di approfondimento dei percorsi risolutivi già suggeriti.

¹¹ Sul tema, Flick-Napoleoni, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto-Relazione introduttiva all'incontro tenutosi presso l'Associazione Bancaria Italiana il 4-6-2014*, www.abi.it (in corso di pubblicazione su *Riv. delle società*) 9, i quali appunto osservano come l'art. 673 c.p.p. preveda, nel caso di *abolitio criminis*, la revoca non solo della sentenza di condanna, ma anche della sentenza passata in giudicato di proscioglimento per estinzione del reato; tuttavia si domandano se possa parlarsi di "conseguenza lesiva" anche sul piano convenzionale, posto che nel caso di specie la sussistenza dell'illecito era già

Per quanto riguarda le ipotesi *sub b*), cioè quelle in cui, analogamente al caso in esame, vi sia una condanna definitiva nel procedimento penale-amministrativo e sia ancora pendente quello penale-criminale, a nostro avviso queste potrebbero essere risolte mediante un'*interpretazione conforme* alla Convenzione. Le disposizioni nazionali su cui operare in via interpretativa sarebbero: la clausola di salvezza con cui apre l'art. 187 *ter* t.u.fin. («Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato») e l'art. 649 c.p.p. in cui è stabilito il divieto di un secondo giudizio per «l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili». Entrambe le disposizioni, a nostro parere, possono considerarsi suscettibili di un'interpretazione adeguatrice alla luce di questa sentenza.

Circa la clausola di salvezza posta in apertura dell'art. 187 *ter* t.u.fin., si può far leva sulla pronuncia della Corte di Cassazione del 2006 (sn. 16 marzo, 2006, n. 15199) la quale ha già escluso la possibilità di cumulo sanzionatorio sullo stesso fatto manipolativo, attraverso l'individuazione, sul piano dell'inquadramento giuridico delle due fattispecie, del confine tra illecito penale e illecito amministrativo. In particolare e in estrema sintesi, pur non pronunciandosi sul significato da attribuire alla clausola d'esordio dell'art. 187 *ter* t.u.fin., i giudici della Suprema Corte, attesa la presenza della nota *price sensitive* (quale elemento caratterizzante la relativa condotta tipica) nel solo illecito penale, hanno configurato quest'ultimo in termini di pericolo concreto e l'illecito amministrativo in termini di pericolo astratto¹².

Se così è, se cioè già prima della pronuncia della Corte di Strasburgo si è operato sul piano dell'interpretazione per evitare il cumulo sanzionatorio, allora sembra possibile immaginare che, *a fortiori* dopo questa sentenza, la soluzione possa essere ricavata per via interpretativa, valorizzando in questo senso lo spazio, per vero ristretto, accordato dal tenore letterale della clausola di salvezza con cui si aprono gli illeciti amministrativi di abuso di mercato: il significato dell'*incipit* «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», piuttosto che autorizzare il cumulo di sanzioni, potrebbe al contrario consentire l'applicazione dell'illecito amministrativo nei soli casi non integranti l'illecito penale, e ciò nonostante il linguaggio legislativo

stata accertata in modo definitivo e convenzionalmente corretto (eccetto che per il difetto di udienza pubblica) nel procedimento amministrativo.

¹² Sul punto Fondaroli, *L'illecito amministrativo di manipolazione del mercato*, in Sgubbi-Fondaroli-Tripodi, cit., 159; Amati, *Abusi di mercato*, cit., 294 ss.; e, più in generale, sul tema dell'anticipazione della tutela nell'art. 185 t.u.f., Consulich, *La giustizia e il mercato*, Milano, 2010, 255 ss.

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM*

utilizzi generalmente in chiave eccezionale la diversa locuzione “salvo che il fatto costituisca reato”¹³.

Si potrebbe cioè, una volta per tutte, rileggere la stessa clausola di salvezza nel senso di circoscrivere questi ultimi ai casi non regolati dalle corrispondenti fattispecie penali integrate solo al cospetto della nota *price sensitive*, tenendo presente che le due fattispecie di *insider trading*, diversamente da quelle di manipolazione del mercato, differenziate – come detto – dalla presenza/assenza della *price sensitivity*, risultano sul piano oggettivo, e salva l'autonoma prescrizione (amministrativa) relativa agli *insiders* secondari, interamente sovrapponibili, di modo che l'opera di differenziazione non potrebbe che riguardare il solo piano soggettivo¹⁴.

Tale proposta, è evidente, non può certo considerarsi la panacea dei mali che affliggono *in parte qua* il sistema degli abusi di mercato. Non è infatti in discussione che tale sistema risulti positivamente improntato alla logica del doppio binario, consentita a monte dalla Direttiva 2003/6/CE (che richiede l'adozione di sanzioni amministrative, facendo salva la possibilità di applicare sanzioni penali)¹⁵: ciò è segnalato in maniera inequivoca dalle disposizioni di cui agli artt. 187 *terdecies* t.u.fin. (dove si regola l'applicazione della pena pecuniaria e della sanzione amministrativa per lo stesso fatto) e dall'art. 187 *duodecies* t.u.fin. (che esclude qualsivoglia pregiudizialità tra il giudicato amministrativo e quello penale, così ad esempio consentendo al giudice amministrativo, di solito più “celebre” nell'apertura e nella definizione del procedimento, di proseguire la sua attività, pur in presenza, in caso di manipolazione del mercato, dell'accertamento in sede

penale della *price sensitivity* della condotta). Pertanto, la soluzione interpretativa prospettata, che trasforma il doppio binario da *cumulativo* in *progressivo/alternativo*, lascia sullo sfondo la questione della sostanziale *non applicazione* delle menzionate disposizioni procedurali ispirate alla logica del cumulo¹⁶ e rende dunque auspicabile un intervento legislativo sistematico¹⁷.

¹⁶ La questione sottende un cruciale nodo interpretativo. Occorre cioè domandarsi preliminarmente se tali disposizioni, oltre a “permettere” il cumulo, prevedendone infatti il temperamento del peso ovvero la disciplina dell'*iter*, lo “impongano” anche. In altre parole, se dovessimo derivare da tale norme un vincolo di cumulo, allora, stante la rilevanza della questione e lo stridente contrasto con la sentenza della Corte e.d.u. in esame, non si potrebbe che investire ex art. 117 Cost. la Corte Costituzionale, unico giudice competente a emettere una pronuncia ablativa (cfr. sul tema D'Alessandro, *op. cit.*, 630, secondo il quale la *rilettura* delle clausole di salvezza lascerebbe aperta e rilevante la questione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 187 *terdecies* t.u.fin.); diversamente, se dovessimo escludere la sussistenza di un vincolo di cumulo, la questione dovrebbe perdere di rilevanza e sarebbe risolvibile “a monte” attraverso la riferita *interpretazione conforme*, la quale però porrebbe, come anticipato nel testo, il problema della sostanziale *non applicazione* di quelle disposizioni. Ora, vien da chiedersi, innanzitutto, se un tale vincolo possa mai essere desunto dalla presenza di norme di natura procedurale, che intervengono in funzione di disciplina di un “esito” non imposto da esse stesse; e poi, ipotizzando una risposta negativa a questo primo quesito, se rendere *in via interpretativa* quell’ “esito” *conforme* al sistema convenzionale, seguendo peraltro il percorso già tracciato dalla Corte di Cassazione nel 2006, significhi realmente condannare le menzionate disposizioni procedurali a una sostanziale *non applicazione*, risultato che non è possibile raggiungere attraverso il *topos* dell'*interpretazione conforme*. In altre parole, si potrebbe forse sostenere che un conto è escludere direttamente l'applicazione di una norma, un altro renderla inapplicabile “a monte” escludendo *in via interpretativa* la possibilità che il suo presupposto applicativo (nel nostro caso, il cumulo) si perfezioni. L'interrogativo che, allora, in ultima analisi si pone è se la *inapplicabilità* di una norma si traduca o meglio si risolva nella sua sostanziale *non applicazione*.

¹⁷ Tutt'altro che semplice si rivelerebbe l'intervento legislativo di razionalizzazione della materia, atteso che la sola repressione degli abusi di mercato *in via penale* dovrebbe porsi in contrasto con la Direttiva 2003/6/CE, la quale, come segnalato, prescrive l'adozione della sanzione amministrativa, facoltizzando l'uso di quella penale. D'altra parte, la sola repressione *in via amministrativa* implicherebbe la scelta di rinuncia alla pena, scelta che appare storicamente “spiazzata” dinanzi alla diffusività della criminalizzazione nei Paesi a capitalismo avanzato (che si riflette poi nella dimensione globale del mercato finanziario) e comunque in contrasto coi principi di uguaglianza e ragionevolezza, dal momento che nel nostro sistema ad esempio gli altri illeciti di “aggiotaggio”, pur risultando meno gravi, sono fronteggiati con lo strumento penale. La via maestra potrebbe essere quella della differenziazione strutturale degli illeciti, sulla falsariga di quanto affermato dalla Corte di Cassazione nel 2006 circa la manipolazione del mercato e ferme restando le maggiori difficoltà poste dalle fattispecie di *insider trading*, che, se si esclude la specifica previsione nell'illecito amministrativo per gli *insiders* secondari, appaiono sul piano oggettivo speculari. Nondimeno, una rigorosa selezione dei fatti (solo) penalmente rilevanti effettuata sotto l'egida dei principi di offensività del reato e di sussidiarietà della pena potrebbe indurre a estromettere dall'area di rilevanza penale le condotte di *tipping* e *tuyautage* (cfr. Tripodi,

¹³ Peraltro, in dottrina si è osservato che se l'*incipit* avesse voluto consentire il cumulo avrebbe dovuto recitare semplicemente “salve le sanzioni penali”; la specificazione “quando il fatto costituisca reato” sarebbe invece il segno di un'opzione contraria. Così Masucci, *Abusi di mercato*, Fiorella (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2012, 259. Di recente, la Relazione n.35/2014 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione recante «*Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, EDU Grande Stevens c. Italia*», 8 maggio 2014, 25, 27, ha riconosciuto che la clausola in esame può essere letta «(...) sia nel senso di una previsione espressa di doppia procedibilità, che “chiuda” la possibilità di applicare il principio di specialità tra illecito amministrativo e illecito penale, sia, invece, nel senso di una (forse mai congegnata) clausola di specialità che richiami il concorso apparente di norme quando si sia in presenza delle condizioni di configurabilità dell'illecito penale, che, in tal caso andrebbe applicato *in via esclusiva* come norma speciale più grave rispetto all'illecito amministrativo».

¹⁴ Cfr. Masucci, *op. cit.*, il quale, a parte la posizione dell'*insider* secondario, punibile a titolo di illecito amministrativo per fatti dolosi o colposi, riferisce l'applicazione dell'art. 187 *bis* ai soli fatti colposi (commessi da *insiders* primari), riservando l'illecito penale ai soli fatti dolosi.

¹⁵ Cfr. sul punto, volendo, Tripodi, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Padova, 2012, 186 ss.

L'interpretazione conforme potrebbe poi riguardare, nei casi in cui i due procedimenti siano andati avanti e uno si sia chiuso, come accaduto nel caso Fiat-Ifil, lo stesso art. 649 c.p.p., da leggersi dunque, quanto al riferimento alla tipologia di il-

di, *Informazioni privilegiate*, cit., §§ 3.12 e 7.2), conservandovi esclusivamente quella (classica) di *trading* e, allo stesso modo, a mantenere esente da pena l'*insider* secondario (cfr. Tripodi, *Informazioni privilegiate*, cit., §3.16), per il quale tutte le condotte di *insider trading* configurerebbero un illecito amministrativo (punibile a titolo di dolo o colpa), laddove per l'*insider primario* lo sarebbero solo quelle di *tipping* e *tuyautage* e di *trading* (avventurosamente) colposo. L'occasione per mutare scenario normativo potrebbe essere fornita dall'attuazione delle istanze provenienti dalla legislazione comunitaria, sulla quale non è possibile in questa sede soffermarsi se non per segnalare alcune linee di fondo. In particolare, si registra la presenza un regolamento (n. 596/2014, *Market Abuse Regulation*, cosiddetto MAR, del 16 aprile 2014, pubblicato sulla GU dell'Unione Europea il 12 giugno 2014), che abroga la Direttiva 2003/6/CE e che si colloca nell'ambito di un progetto di armonizzazione delle sanzioni amministrative, ed una Direttiva finalizzata al rafforzamento del sistema normativo interno attraverso la previsione dell'obbligo di introdurre sanzioni penali per le ipotesi di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato in essa contemplate (2014/57/UE, *New Market Abuse Directive*, cosiddetta *New MAD*, del 16 aprile 2014, pubblicata sulla GU dell'Unione Europea il 12 giugno 2014). L'esito della congiunta applicazione dei due strumenti normativi è dunque (ancora) il doppio binario repressivo, ma con una significativa caratterizzazione. Nella *New MAD* si prescrive infatti l'adozione della sanzione penale nei casi "più gravi", secondo dunque un approccio di differenziazione strutturale dei due illeciti, sia pure calibrato, oltre che sull'elemento soggettivo (ove si richiede il dolo), su parametri oggettivi di non agevole formalizzazione, quali ad esempio l'impatto effettivo sul mercato, il profitto/danno (cfr. Considerando nn. 10, 11, 12; artt. 3, 4, 5), e comunque, a quanto pare, insensibile alla diversa dimensione qualitativa dell'offesa espressa dalle condotte dell'*insider* primario e dell'*insider* secondario (cfr. art. 3, comma 3). Inoltre, è da evidenziare come nel Considerando n. 27 della *New MAD* si affermi che la Direttiva rispetta i diritti riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e, tra questi, si faccia espresso riferimento al principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50. D'altra parte, si riconosce agli Stati la possibilità di non applicare il sistema di sanzioni amministrative disciplinate nel regolamento. L'art. 30 del regolamento precisa infatti che «gli Stati membri possono decidere di non stabilire norme relative alle sanzioni amministrative di cui al primo comma se le violazioni di cui alle lettere a) e b) di tale comma sono già soggette a sanzioni penali, nel rispettivo diritto nazionale entro il 3 luglio 2016», ossia entro il termine biennale di trasposizione della Direttiva negli Stati membri. Parallelemente, il Considerando n. 22 della Direttiva stabilisce che «gli obblighi previsti dalla presente direttiva di prevedere pene per le persone fisiche e sanzioni per le persone giuridiche non esonerano gli Stati membri dall'obbligo di contemplare in tali ordinamenti nazionali sanzioni amministrative e altre misure per le violazioni previste nel regolamento UE n.596/2014, salvo che gli Stati membri non abbiano deciso, conformemente al regolamento UE n.596/2014, di prevedere per tali violazioni unicamente sanzioni penali nel loro ordinamento nazionale». In definitiva, in base a quanto riferito, spetterà agli Stati membri la scelta della strada attraverso la quale costruire un sistema normativo rispettoso del principio del *ne bis in idem*: differenziare sul piano strutturale l'illecito penale da quello amministrativo oppure rinunciare del tutto alla sanzione amministrativa.

lecito, secondo la visione "contenutistica" elaborata dalla giurisprudenza della Corte Edu. Niente sembra infatti chiudere la possibilità di percorrere questa strada interpretativa. L'art. 649 c.p.p. afferma un principio di garanzia, è norma di portata generale e non certo eccezionale, e può quindi a buon diritto essere interpretato nel senso di far ricomprendere nel concetto «di sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili» anche i provvedimenti di condanna definiti "penali" dalla Corte di Strasburgo¹⁸. In definitiva si tratta qui di attribuire all'elemento normativo «sentenza penale» di cui all'art. 649 c.p.p. il significato indicato dalla fonte convenzionale¹⁹.

Per le ipotesi *sub c)* di litispendenza dei due procedimenti, la strada che porta a Strasburgo sembra per definizione impercorribile (non essendo esaurite le vie di ricorso interne), come pure quella tracciata dal rimedio di cui all'art. 649 c.p.p., che testualmente presuppone il passaggio in giudicato di uno dei due procedimenti. Si potrebbe allora sollevare la questione di illegittimità costituzionale (con riferimento al parametro interposto di cui all'art. 117 Cost.) della normativa, a partire dall'art. 187 *duodecies* t.u.f.; oppure, in alternativa, ridimensionando la portata della appena esposta posizione preclusiva, si potrebbe ai nostri fini valorizzare il ben noto il filone giurisprudenziale, culminato nella già citata pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655), volto a estendere il divieto di reiterazione dei procedimenti sull'identica regudicanda ai casi di litispendenza²⁰ e dunque riconoscere alla norma

¹⁸ Sostanzialmente nella stessa direzione Flick-Napoleoni, *op. cit.*, 10, i quali concludono che, ove tale lettura non fosse ritenuta praticabile stante il dato letterale con cui confrontarsi, la soluzione alternativa sarebbe rappresentata dalla proposizione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto *in parte qua* con l'art. 117 Cost. Decisamente contrario alla proposta di interpretazione conforme dell'art. 649 c.p.p. è De Amicis, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 30.6.2014, 20 ss., il quale dunque opta per la proposizione della questione di legittimità costituzionale. Infine, attesi i limiti di spazio di questo contributo, si può qui soltanto segnalare come di recente sia stata individuata quale strada maestra per la soluzione delle ipotesi ora considerate quella che sarebbe offerta al giudice dalla diretta applicazione dell'art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: così Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in www.penalecontemporaneo.it, 30.6.2014, 21 ss.; in chiave critica De Amicis, *op. cit.*, 21 ss.

¹⁹ Analogamente, ma per tutt'altro contesto, si veda Vallini, *Ardita la rotta o incerta la geografia? La disapplicazione della legge 40/2004 in esecuzione di un giudicato della Corte Edu in tema di diagnosi reimpianto*, www.penalecontemporaneo.it, 16 dicembre 2013.

²⁰ In particolare, dal pensiero delle Sezioni Unite (Cfr. Ca-

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM*

così dedotta dalla Suprema Corte lo *status* di diritto vivente²¹.

Le ipotesi *sub d*), cioè di passaggio in giudicato di entrambi i procedimenti, rimandano alla complessa e affascinante problematica della (in)tangibilità del giudicato, verso la quale si rivela sempre più sensibile la giurisprudenza.

Se, da un lato, la strada interpretativa, segnata dall'art. 673 c.p.p. da parte del giudice dell'esecuzione, appare decisamente più avventurosa, stante il carattere eccezionale e quindi tassativo attraverso cui vengono stabilite le ipotesi di revoca del giudicato (la cui "mitica" intangibilità costituisce principio generale²²); dall'altro, le recenti affermazioni della Corte Costituzionale (Corte Cost, sent. n. 210 del 2013)²³ e della Corte di Cassazione (Cass.,

prioli-Vicoli, *op. cit.*, 68-69), che distinguono tra processi contro lo stesso imputato per il medesimo fatto pendenti presso sedi giudiziarie diverse, risolvibili invero secondo le regole dettate in materia di conflitto di competenza, e processi contro lo stesso imputato per il medesimo fatto pendenti presso la stessa sede giudiziaria, propriamente riconducibili al canone del *ne bis in idem*, emerge un approccio alla problematica che va "oltre" gli angusti confini dell'art. 649 c.p.p., configurando il *ne bis in idem* come principio generale dell'ordinamento (fondativo di una lettura ex art. 12, comma 2, delle Preleggi) posto anche a garanzia dell'ordinato e regolare funzionamento della macchina processuale, la cui matrice – ossia la categoria della "preclusione" – è da ritenersi coesistente alla stessa nozione di processo. Per la Corte, è tale regola generale dunque a imporre nel secondo processo, ove manchi il presupposto di una sentenza irrevocabile, una declaratoria di improvvisabilità dell'azione penale secondo le articolazioni pertinenti alle varie fasi del procedimento. A prescindere dalla collocazione del nostro specifico caso, che, una volta data per assunta la natura sostanzialmente penale dell'illecito amministrativo, potrebbe forse iscriversi per analogia nella prima categoria di processi pendenti come conflitto di giurisdizione, si può cogliere la naturale predisposizione del *ne bis in idem* ad assurgere a direttiva ordinamentale capace di farsi referente di più istituti processuali (talvolta anche di geni giurisprudenziali, qual è ad esempio il giudicato cautelare) e di cui dunque l'art. 649 c.p.p. rappresenta solo una specifica forma di manifestazione.

²¹ In generale, sul tema del diritto vivente, Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994.

²² In generale, sul tema della tangibilità del giudicato, Ubertis, *Diritti umani e mito del giudicato*, *www.penalecontemporaneo.it*, 5 luglio 2012; Viganò, *Giudicato e tutela dei diritti fondamentali*, *www.penalecontemporaneo.it*, 18 aprile 2012; Manes, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, 167; Sotis, *Le "regole dell'incoerenza"*, Roma, 2012, 122 ss.

²³ In <http://www.giurcost.org/decisioni/2013/0210s-13.html>. Numerosi i commenti a tale pronuncia. Qui si rinvia per tutti a Viganò, *Retroattività della legge penale più favorevole*, *www.penalecontemporaneo.it*, 20 dicembre 2013; Pecorella, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell'affidamento?*, *Dir. pen. proc.*, 2013, 1430 ss.; Caprioli, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, Bargas (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, 2013, 263 ss.; Scoletta, *Norme penali "convenzionalmente illegittime" e questioni incidentali di costituzionalità in sede esecutiva: il dogma del giudicato sul viale del tramonto?*, in *www.federalismi.it*

sez. un., 24 ottobre 2013, n.18821)²⁴ di recessività del giudicato quando ci si trovi al cospetto della compromissione dei diritti fondamentali della persona consentono di delineare scenari significativamente più "aperti", pur sempre fondati su una declaratoria di illegittimità delle norme convenzionalmente incompatibili (*id est*, in contrasto col principio del *ne bis in idem*) da parte della Corte Costituzionale (presupposto necessario perché possa attivarsi la dinamica contemplata nell'art. 673 c.p.p.²⁵).

D'altra parte, il codice di rito appresta un meccanismo correttivo *ad hoc*, vale a dire relativo alle ipotesi processualmente patologiche di coesistenza di due sentenze penali sul medesimo fatto divenute irrevocabili. L'art. 669 c.p.p. regola appunto il caso di *conflitto pratico* di giudicati, dovuto all'assenza di una dichiarazione di improcedibilità del "nuovo" processo ex art. 649, comma 2, c.p.p., attribuendo al giudice dell'esecuzione, nel rispetto di alcuni parametri, il compito di revocare la sentenza meno favorevole e di attuare quella meno afflittiva (secondo una logica dunque ispirata al *favor rei*, che lascia emergere la *ratio* composita del principio del *ne bis in idem*: soddisfare esigenze di economia processuale, garantire l'imputato rispetto al rischio di riattivazione della macchina processuale²⁶).

È evidente che, così come proposto per l'art. 649 c.p.p. nell'ipotesi *sub b*), occorrerà fornire un'analogia *interpretazione conforme* dell'art. 669 c.p.p.²⁷, che "adeguati" cioè, in base ai medesimi presupposti argomentativi, la nozione di sentenza penale a quella stabilita dalla fonte convenzionale²⁸.

²⁴ In C.E.D. Cass., 258649-50-51. Per la quale si veda Viganò, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, *www.penalecontemporaneo.it*, 12 maggio 2014.

²⁵ Com'è noto, la Corte Costituzionale, nella pronuncia n. 210 del 2013 ha fatto rientrare il caso delle norme penali convenzionalmente illegittime nel campo di applicazione dell'art. 30, comma 4, L. n. 87 del 1953, ossia nell'ipotesi di cedevolezza del giudicato dovuta a una sentenza di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice. Sul punto, Scoletta, *Norme penali "convenzionalmente illegittime"*, cit., 11 ss.

²⁶ Sul tema si rinvia alla trattazione di Caprioli-Vicoli, *op. cit.*, 73.

²⁷ Nella nostra prospettiva si direbbe che, risultando la questione risolvibile mediante i margini concessi dall'*interpretazione conforme*, ci troviamo dentro lo spazio operativo che la Corte Costituzionale riconosce (direttamente) al giudice. Diverso il caso deciso con la richiamata pronuncia n. 210/2013, dove la Corte Costituzionale ha ritenuto necessario il proprio intervento (attraverso il parametro interposto di cui all'art. 117 Cost.), in quanto la relativa soluzione passava inevitabilmente per la disapplicazione della norma convenzionalmente illegittima, insuscettibile (dunque) di *interpretazione conforme*.

²⁸ Ritengono più verosimile in tale ipotesi la proposizione di un incidente di legittimità costituzionale attraverso il quale giungere all'estensione del precetto normativo all'illecito am-

SULLE POSSIBILI ULTERIORI RICADUTE

La pronuncia della Corte e.d.u. sul caso *Grande Stevens*, qui annotata, colloca in un'area problematica – a rischio cioè di illegittimità convenzionale – le scelte sanzionatorie interne calibrate sul doppio binario cumulativo, dove cioè si prevede “a monte” che su uno stesso fatto possano convergere sanzione penale e sanzione amministrativa, nonché i settori in cui tale convergenza sia solo l'esito di determinate scelte giurisprudenziali ovvero delle tempistiche processuali.

Sul primo versante non mancano nel nostro ordinamento esempi simili a quello degli abusi di mercato e dunque derogatori del principio di specialità, assunto dall'art. 9 L. n. 689 del 1981 quale regola generale in materia di rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa. Basti pensare alle previsioni in tema di frodi in danno del Fondo europeo agricolo di garanzia (artt. 2, 3 L. 23 dicembre 1986, n.898) che prescrivono al percettore del contributo indebito il pagamento di una sanzione amministrativa (di egual valore rispetto al contributo ottenuto) «indipendentemente dalla sanzione penale» e cioè (qui, senza spazio per diverse letture) in aggiunta a quest'ultima.

Sul secondo versante è agevole additare come settore a rischio quello tributario²⁹. Ivi, infatti, il rapporto tra sanzione penale e sanzione amministrativa si ispira al principio di specialità previsto espressamente all'art. 19 D.lgs. n. 74 del 2000, disposizione con cui si apre il Titolo VI della normativa, intitolato appunto «Rapporti con il sistema sanzionatorio amministrativo e fra procedimenti». Si prevede inoltre la piena autonomia del procedimento tributario e di quello penale che non potranno essere sospesi per la pendenza dell'altro (art. 20) e infine che l'amministrazione finanziaria irroga la

sanzione amministrativa per la violazione accertata anche se ritenuta di rilevanza penale: tuttavia, tale sanzione non potrà essere eseguita salvo che il procedimento penale sia definito con formula di proscioglimento che esclude la rilevanza penale del fatto (art. 21) ossia quando non ricorra alcuna ipotesi di reato, la quale renderebbe applicabile il principio di specialità.

Nonostante tale sistema, volto a impedire il cumulo delle due sanzioni, niente esclude che un soggetto venga sottoposto a procedimento penale successivamente all'inflizione definitiva, per il medesimo fatto, di una sanzione amministrativa³⁰.

Si deve invece a una ricostruzione giurisprudenziale l'ipotesi di convergenza delle due sanzioni su un'identica violazione in materia tributaria. L'orientamento della Suprema Corte è infatti quello di escludere l'operatività del principio di specialità nei rapporti tra i reati di omesso versamento di ritenute certificate o di omesso versamento dell'IVA (artt. 10 *bis* e 10 *ter* del D.lgs. n.784 del 2000) e gli illeciti amministrativi di omesso versamento periodico delle ritenute o dell'IVA. In sintesi, si avrebbe un rapporto di “progressione”, dal momento che il reato si perfeziona col mancato pagamento delle ritenute o dell'imposta, per un ammontare superiore a 50.000 euro, alla scadenza del termine finale per la presentazione della dichiarazione annuale (quanto alle ritenute) o del termine di pagamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta dell'anno successivo (quanto all'IVA), laddove invece l'illecito amministrativo si consuma con l'omesso versamento periodico delle singole scadenze (mensili o trimestrali a seconda delle varie ipotesi). E dunque al trasgressore andrebbero applicate entrambe le sanzioni (Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424)³¹.

ministrativo *sostanzialmente* penale, Flick-Napoleoni, *op. cit.*, 12, i quali osservano inoltre come, stante il disposto dal comma 8 dell'art. 669 c.p.p., nel caso oggetto di commento non potrebbe essere in ogni caso eliminata la sentenza di condanna per l'illecito amministrativo, in quanto la prescrizione è maturata successivamente ad essa.

²⁹ Di dubbia collocazione pare l'ipotesi prevista in tale settore dall'art. 13 del D.lgs. 74/2000, vale a dire la circostanza attenuante a effetto speciale del “pagamento del debito tributario”. Di questa si può beneficiare pagando anche le sanzioni amministrative previste per la violazione, quantunque le medesime non siano applicabili all'imputato in base al principio di specialità. Se dunque, da un lato, potrebbe trattarsi di una previsione normativa di cumulo delle sanzioni, dall'altro, si deve osservare come tale pagamento sia volontario e non coatto, evocativo in fin dei conti di una logica “premiale” peraltro estesa, con la novella del 2011, al rito del patteggiamento, al quale appunto non è possibile accedere se non fruendo di tale attenuante. Evidenziano questa specificità Flick-Napoleoni, *op. cit.*, 17.

³⁰ Segnalano tale eventualità Flick-Napoleoni, *op. cit.*, 17, i quali al riguardo sollevano il dubbio «(...) se, ad evitare il contrasto con il divieto convenzionale di un secondo giudizio, basti la circostanza che l'accertamento in sede “amministrativa” abbia una funzione solo “cautelare” e “sussidiaria” rispetto all'ipotesi in cui quello penale si concluda con un “nulla di fatto”».

³¹ In *C.E.D. Cass.*, 255757-8. La Corte, chiamata a pronunciarsi sull'applicazione temporale del reato di cui all'art. 10 *bis*, esclude la sussistenza del rapporto di specialità, nonostante la riconosciuta comunanza di una parte dei presupposti (erogazione di somme determinanti l'obbligo di effettuazione delle ritenute alla fonte e di versamento delle medesime all'Erario con le modalità previste) e della condotta (omissione di uno o più versamenti dovuti), conclude nel senso della diversità degli elementi costitutivi dei due illeciti in alcune componenti essenziali: il requisito della certificazione delle ritenute, rilevante solo per l'illecito penale; la soglia minima dell'omissione, rilevante per il solo illecito penale; la diversa tipizzazione nei due illeciti del termine di rilevanza dell'omissione. Per un commento a tale

LA CORTE E.D.U. CONDANNA L'ITALIA PER VIOLAZIONE DEL *NE BIS IN IDEM*

Poiché non v'è chi non veda come tale ipotesi relazionale possa essere agevolmente sussunta nello schema della progressione offensiva (*id est*, per stadi crescenti di offesa al medesimo bene giuridico) da illecito amministrativo a illecito penale e pertanto "risolta" nel senso dell'apparenza del concorso di illeciti attraverso l'applicazione del criterio (elaborato in materia di concorso di reati) della sussidiarietà (ma anche, si direbbe, dell'assorbimento), si deve dedurre che la Corte, nella risoluzione del possibile concorso di illeciti, ha adottato un approccio "monista", fondato cioè sul solo criterio "strutturale" della specialità (ritenendo dunque inutilizzabili gli altri)³².

Ebbene, la Corte di Cassazione (Cass., Sez. III, 8 aprile 2014, n. 20266), a conferma della "fibrillazione" che in quest'ottica interessa il settore tributario, ha di recente deciso che un tale cumulo non contrasta coi principi affermati dalla Corte e.d.u. nel caso *Grande Stevens*, escludendo che la sanzione amministrativa possa considerarsi sostanzialmente penale e affiancando a tale argomento, in quanto assunto come coerente, il richiamo alla poc'anzi citata sentenza delle Sezioni Unite assertrice del reale concorso degli illeciti di omesso versamento.

Sullo sfondo di tale posizione l'arresto della Corte di Giustizia UE, espressamente evocato dai giudici della Cassazione, relativa al caso *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* (sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10)³³, in cui si è affermato che l'omologo principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, non osta a che uno Stato membro preveda, per le medesime violazioni tributarie (nella specie, relative ad obblighi dichiarativi in materia di IVA), dapprima una sanzione amministrativa (nella specie, una sovrattassa) e successivamente una sanzione penale, sempre che però la prima non debba valutarsi come so-

stanziamente penale (§ 34), alla luce dei parametri elaborati dalla Corte e.d.u (§ 35)³⁴; valutazione peraltro rimessa al giudice nazionale (§36 e 38). D'altra parte, certo è che il fatto che una scelta sia "comunitariamente" legittima non risolve il problema della sua legittimità convenzionale³⁵.

Del resto, con sentenza 20.5.2014, *Nykanen c. Finlandia* (ricorso n. 11828/11), la Corte e.d.u. ha condannato lo Stato finlandese per violazione del principio del *ne bis in idem* con riferimento al doppio binario sanzionatorio (penale-amministrativo) previsto nella legislazione tributaria finlandese, ribadendo l'approccio espresso nella pronuncia *Grande Stevens*³⁶. In estrema sintesi, si è stabilito che l'applicazione al contribuente, con provvedimento divenuto definitivo, di una sanzione amministrativa tributaria (nella specie, una sovrattassa), peraltro di importo assai contenuto (euro 1.700), avente comunque natura punitiva, impedisce di avviare o di proseguire un procedimento penale per la medesima violazione, integrante una frode fiscale.

Tornando alla pronuncia della Suprema Corte 8 aprile 2014, n. 20266, e allo scopo di fare chiarezza all'interno di un quadro che si presenta alquanto complicato, dobbiamo subito rilevare come i giudici della Cassazione nel ribadire, quale argomento a sostegno delle proprie conclusioni (di non difformità del cumulo rispetto ai principi stabiliti nella pronuncia della Corte e.d.u. nel caso *Grande Stevens*), che l'omesso versamento-illecito amministrativo e

pronuncia si veda Valsecchi, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e dell'IVA per il 2005: applicabili gli artt. 10 bis e ter, ma con un'interessante precisazione sull'elemento soggettivo*, www.penalecontemporaneo.it, 18 settembre 2013.

³² In generale, sul tema dell'approccio metodologico circa la risoluzione del concorso apparente di reati e sul parallelismo tra la lettura dell'art. 15 c.p. e quella dell'art. 9 L.689 del 1981, per tutti, De Francesco, voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 417 ss. e 432 ss.

³³ La pronuncia consegue a un rinvio pregiudiziale operato dall'autorità giudiziaria svedese con riferimento all'interpretazione dell'art. 50 CDFUE nel contesto di un procedimento penale per frode fiscale aggravata instaurato nei confronti di un soggetto già condannato definitivamente al pagamento di una sovrattassa di natura fiscale per lo stesso fatto di inadempimento degli obblighi dichiarativi e contributivi in materia d'IVA.

³⁴ In realtà, negli approcci delle due Corti, si riscontra una divergenza. La Corte di Giustizia UE, ha sì riproposto tali criteri ai fini del riscontro di compatibilità della normativa interna col principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE, ma a ben vedere vi ha aggiunto un ulteriore parametro(-programma) valutativo, estraneo alla lettura della Corte di Strasburgo (cfr., sul punto, Vozza, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'unione Europea*, www.penalecontemporaneo.it, 15 aprile 2013, 5 ss.). Il giudice comunitario, infatti, consente l'esclusione del cumulo tra sanzioni solo formalmente amministrative e sanzioni penali a condizione che quelle restanti siano «effettive, proporzionate e dissuasive» (§36), così rimettendo al giudice nazionale un complesso giudizio di bilanciamento tra il divieto di secondo giudizio e l'esigenza di adeguate sanzioni residuali (Cfr. Vozza, *op. cit.*, 8) ovvero tra un diritto fondamentale e un obiettivo del diritto eurounitario. Al riguardo evidenziano come per tal via il rispetto di un diritto fondamentale possa essere "sottomesso" all'attuazione degli scopi contingenti del diritto dell'Unione Europea, Flick-Napoleoni. *op. cit.*, 8. Sul tema, di recente, De Amicis, *op. cit.*, 6 ss.

³⁵ Sui profili di autonomia delle decisioni dei (vari) giudici nei sistemi penali complessi qual è quello europeo, si veda Sotis, *Le regole dell'incoerenza*, cit., in particolare Parte I, Cap. III.

³⁶ Per un commento a tale pronuncia si veda Dova, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, www.penalecontemporaneo.it, 5 giugno 2014.

l'omesso versamento-illecito penale non starebbero in rapporto di specialità, bensì di progressione, e dunque che al trasgressore si dovrebbero applicare entrambe le sanzioni, abbiano dato a intendere di leggere il concetto di "medesimezza dei fatti" secondo il criterio dell'*idem* legale e non (coerentemente con quanto invece affermato dalla Corte e.d.u. e dall'orientamento di certo prevalente della stessa Cassazione) dell'*idem factum*.

Posto ciò, se la conclusione positiva circa la compatibilità convenzionale del cumulo sanzionatorio si basasse esclusivamente su tale tesi, prescindendo cioè dalla logicamente anteriore valutazione della connotazione sostanziale dell'illecito amministrativo (ovvero dando per assodato, contrariamente a quanto sostenuto dalla Suprema Corte, l'esito penalistico di questa), avremmo buone ragioni per ritenere che la questione, sottoposta ai giudici di Strasburgo, sarebbe decisa in modo diverso, sul presupposto cioè della medesimezza dei fatti giudicati (secondo l'*idem factum*)³⁷.

È ormai evidente, allora, come nel caso di specie tutto ruoti intorno alla valutazione che venga fornita all'illecito amministrativo: presupposto indefettibile per la concretizzazione del rischio di illegittimità convenzionale è la qualificazione dell'illecito amministrativo come sostanzialmente penale, in assenza della quale non potrebbe operare il divieto del *ne bis in idem*.

Ed è proprio questo il profilo che presenta in generale maggiori incertezze, attesa l'elasticità e la conseguente controvertibilità dei criteri, tra loro alternativi, posti alla base della verifica dalla giurisprudenza convenzionale, e cioè: la qualificazione giuridica dell'illecito compiuta dal diritto interno (che se è già di tipo penale fa scattare, senza necessità di ulteriori passaggi, le garanzie convenzionali); la natura della violazione, desunta dal proprio am-

bito applicativo e dagli scopi per i quali la relativa sanzione è prevista; la natura e il grado di severità della sanzione³⁸.

³⁸ Sulla nozione di materia penale elaborata nella giurisprudenza di Strasburgo, si rinvia, tra gli altri, a Bernardi, *Art. 7. "Nessuna pena senza legge"*, in Bartole, Conforti, Raimondi (a cura di), *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, 249 ss.; Paliero, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.; Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 39 ss.; Manes, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in Manes-V. Zagrebelski (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 38 ss.; Id, *Art. 7 Cedu*, §1, Bartole-De Sena-Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 259 ss.; F.Mazzacuva, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in Manes-V. Zagrebelski (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 413 ss.; V. Zagrebelski, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in Manes-V. Zagrebelski (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 74 ss. Nella letteratura straniera si veda, per tutti, Delmas-Marty (a cura di), *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rév. Sci. Crim.*, 1987, 820 ss.; Harris-O'Boyle-Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, 204 ss.

³⁷ Nella stessa direzione Flick-Napoleoni, *op. cit.*, 18 e Dova, *op. cit.*, 4.

DONATELLA CURTOTTI*

Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Foggia

La normativa in tema di assistenza linguistica tra direttiva europea e nuove prassi applicative

The linguistic guarantees between the European Directive, national law and standardised procedures

Il d. lgs. 4 marzo 2014, n. 32 è il primo esempio di attuazione interna di una direttiva europea sui diritti procedurali. Rappresenta, pertanto, la prima occasione offerta al giurista per valutare la “fattibilità” del progetto di “statuto europeo” delle garanzie difensive. Il Governo ha colto buona parte delle indicazioni della direttiva (soprattutto nella specificazione atti scritti/atti orali) ma ha evitato di recepire i punti più innovativi della direttiva, come la proceduralizzazione dell'accertamento del presupposto soggettivo, i tempi per le traduzioni orali, il mandato d'arresto europeo, la traduzione c.d. a vista e, soprattutto, le modifiche atte a migliorare la qualità delle traduzioni. In buona sostanza, ha evitato di prendere posizione nei confronti di criteri di difficile realizzazione. L'atteggiamento prudente del legislatore italiano impegnerà i giudici in una difficile composizione delle norme interne lacunose con le norme eurounitarie ad efficacia diretta.

The Legislative Decree of March 4, 2014, no. 32 is the first example of internal implementation of a European Directive on procedural rights. Therefore, it represents the first opportunity offered to jurists to assess the “feasibility” of the “European Statute” project on protective warranties. The Government has gathered most of the Directive (mainly in specifying written/oral proceedings), but has avoided to incorporate the most innovative parts of the Directive itself like the proceduralization of verifying subjective assumptions, the time required for oral translation, the European arrest warrant, the so-called visual translation, and first of all, the amendments made to improve the quality of translations. Basically, it has kept from the criteria difficult to be met. The cautious attitude of the Italian legislators will lead judges to be engaged in a more difficult position to design internal rules lacking if compared to the EU legislation whose effectiveness is direct.

IL PRIMO ESEMPIO DI EUROPEIZZAZIONE DEI DIRITTI DIFENSIVI: PROBLEMI DI METODO PER IL LEGISLATORE ED IL GIURISTA

Il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 32, di “Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'inter-

pretazione e alla traduzione nei procedimenti penali”¹,

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

¹ Sulla direttiva 2010/64/UE, a livello internazionale si rimanda a Celotti, *Droits de l'homme, droits humains, droits à la traduction et à l'interprétation: un défi pour les langues*, De Gioia

modifica la disciplina processuale dell'assistenza linguistica dell'imputato incidendo sul codice di rito negli artt. 104 e 143, sulle sue disposizioni di attuazione negli artt. 67, comma 2, e 68, comma 1, nonché sul testo unico in materia di spese di giustizia nell'art. 5, lett. d).

Le modifiche offrono interessanti spunti di riflessione per lo studioso². Sul piano prettamente interno, danno la misura del livello e degli strumenti di tutela di cui il legislatore italiano ha inteso dotare il processo penale a fronte di una tradizione giurisprudenziale (ormai ventennale³) poco sensibile a questa tematica e sempre incerta nel temperare i principi, i diritti e le garanzie insiti nella tutela

dell'imputato alloglotta (le norme) da un lato, e le esigenze di efficienza legate ai costi e ai ritardi che la nomina dell'interprete comporta (la prassi devian- te), dall'altro.

In una prospettiva di diritto europeo, il decreto in oggetto (primo esempio di attuazione interna di una direttiva europea sui diritti procedurali) rappresenta la prima occasione offerta al giurista per valutare, sulla base del maggiore o minore adeguamento agli articoli contenuti nella direttiva, il grado di partecipazione ed attuazione dell'Italia all'opera di europeizzazione del diritto processuale penale⁴ (in attesa dei successivi provvedimenti attuativi delle direttive inserite nel 2009 nella *Roadmap* di rafforzamento dei diritti procedurali di imputati e indagati⁵) e, di conseguenza, la "fattibilità" del progetto di "statuto europeo"⁶ delle garanzie difensive, anche sul piano del livello di difficoltà incontrato nell'interazione tra legislazione interna e fonti normative di provenienza UE, nell'intricato quadro dei rapporti tra diritto europeo e diritto nazionale.

L'opera di normazione presentava, infatti, insidie mai incontrate prima. Il legislatore del processo penale doveva fare i conti con previsioni sovranazionali che, a differenza di quelle cui era abituato - come la Convenzione europea dei diritti dell'u-

(a cura di), *Autour de la traduction juridique*, Padova University Press, 2013, 47 ss.; Cras-De Matteis, *The directive on the right to interpretation and translation in criminal proceedings. Genesis and description*, ECRIM, 2010, 4, 153 ss.; Morgan, *The new European directive on the right to interpretation and translation in criminal proceedings*, Braun-Taylor (a cura di), *Videoconference and remote interpreting in criminal proceedings*, Guilford, 2011, 5 ss. A livello nazionale, si vedano le riflessioni di Amalfitano, *Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, *Studi sull'integrazione europea*, 2011, 83 ss.; Bazzocchi, *L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, *Dir. Unione eur.*, 2010, 4, 1042 ss.; Biondi, *La tutela processuale dell'imputato alloglotta alla luce della direttiva 2010/64/UE*, *Cass. pen.*, 2011, 2422 ss.; Gialuz, *Novità sovranazionali, questa rivista*, 2011, 2, 9 ss.; Id., *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, *Riv. dir. proc.*, 2012, 1193 ss.; Rafaraci, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, Rafaraci (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, 124 ss.; Sau, *Le garanzie linguistiche nel processo penale. Diritto all'interprete e tutela delle minoranze linguistiche*, Padova, 2010, 82 ss.; Troisi, *L'obbligo di traduzione degli atti processuali tra garanzie sovranazionali e resistenze interne*, *In questa rivista*, 2014, 1, 109 ss.

² Per un commento a prima lettura, Antinucci, *L'attuazione della direttiva europea sul diritto alla traduzione: verso la tutela sostanziale del diritto alla difesa effettiva*, *Arch. pen. on line*, 2014, 1, 1 ss., www.archiviopenale.it. Per un'analisi della direttiva 2010/64/UE in previsione dell'intervento del legislatore ordinario, Gialuz, *È scaduta la direttiva sull'assistenza linguistica. Spunti per una trasposizione ritardata, ma (almeno) meditata*, *Dir. pen. contemporaneo*.

³ Nell'impossibilità di ricostruire in questa sede la parabola giurisprudenziale di stretta interpretazione sugli artt. 143 ss. c.p.p., si ricordi che nonostante l'intervento chiarificatore della Consulta (C. cost., sent. 19 gennaio 1993 n. 10, *Giur. cost.*, 1993, 52 ss.) che muovendo da un'ingiustificata discriminazione dell'imputato alloglotta che, privo della traduzione del decreto di citazione a giudizio, viene considerato privato del diritto di difesa, offre una chiave di lettura dell'art. 143 c.p.p. quanto più fedele ai canoni del giusto processo, la giurisprudenza italiana ha avuto continue oscillazioni ermeneutiche in punto di individuazione degli atti scritti traducibili, dell'onere della dimostrazione della mancata conoscenza della lingua italiana, della lingua da usare. Per un esame di detta giurisprudenza sia consentito rinviare a Curtotti Nappi *Il problema delle lingue nel processo penale*, Milano, 2002, 233 ss.; e, più di recente, Sau, *Le garanzie linguistiche nel processo penale. Diritto all'interprete e tutela delle minoranze linguistiche*, cit., 127 ss.

⁴ Sulle difficoltà insite nel processo di armonizzazione dei diritti difensivi, v. Catalano, *Molte incertezze e piccoli passi nel percorso di europeizzazione del diritto processuale penale*, *Dir. pen. proc.*, 2007, 522

⁵ Si tratta, com'è noto, della "Tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati nei procedimenti penali" n. 11457/09, contenuta nella risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 (*Gazz. Uff. UE*, 4 dicembre 2009, C-295, 1), poi recepita dal "programma di Stoccolma" del Consiglio europeo del 10 dicembre 2009 (*Gazz. Uff. UE*, 4 maggio 2010, C-115, 1), contenente un pacchetto di misure da adottarsi progressivamente ad opera della Commissione europea sui seguenti diritti: traduzione ed interpretazione (misura A), informazioni relative ai diritti e all'accusa (misura B), consulenza legale ed assistenza legale gratuita (misura C), comunicazione con i familiari, datori di lavoro e autorità consolari (misura D), garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili (misura E). Ad oggi, sono state emanate la direttiva 2012/13/UE sul "diritto all'informazione nei procedimenti penali" (Camaldo, *Novità sovranazionali*, *In questa rivista*, 2012, 5, 16 ss.; Ciampi, *La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, *Dir. pen. contemporaneo*), la direttiva 2012/29/UE che istituisce "norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato", la direttiva 2013/48/UE sul "diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari" (Vigoni, *Novità sovranazionali*, *In questa rivista*, 2014, 2, 14 ss.).

⁶ Così Siracusano, *Una lenta progressione verso la costruzione di uno «statuto europeo» delle garanzie difensive*, Ruggieri-Di Paolo-Marcolini-Belfiore (a cura di), *Processo penale, lingua e Unione europea*, Padova, 2013, 77.

mo -, hanno una natura composita perseguendo non solo principi ma anche “standards-obiettivi”⁷: ad una natura programmatica, realizzabile attraverso formule generali e di antica origine (come quella di *fairness*), si affianca quella prescrittiva, fatta di regole attente e dettagliate che, seppur con un minore grado di specificità rispetto al livello di precisione delle norme codicistiche, impegnano i legislatori nazionali in una difficile quanto attenta attività di adeguamento⁸.

In buona sostanza, ed in apertura, non può essere sottaciuta la difficoltà del Governo nel dare attuazione alla direttiva 2010/64/UE, impegnato a compiere per la prima volta un esercizio interpretativo diverso, legato innanzitutto alla comprensione della struttura delle disposizioni europee. Detta meglio, dopo aver individuato, all'interno del testo, la presenza di tutele più incisive rispetto a quelle già inserite nel codice di rito (sul presupposto che la direttiva potrebbe contenere regole prudenti e timide, atte a superare eventuali carenze strutturali di ordinamenti più arretrati di quello italiano), doveva comprendere quali fossero le disposizioni di tipo “comportamentale”, da trascrivere quasi pedissequamente, e quali le disposizioni programmatiche nei cui confronti poter avere un margine applicativo ampio nella scelta dei tempi e dei modi della tutela⁹.

Non sempre, infatti, la distinzione può desumersi agevolmente dall'impiego di una terminologia più o meno elastica o più o meno descrittiva (come si dimostrerà tra breve)¹⁰. Bene dice chi ritiene di non poter escludere che previsioni contenenti obblighi di risultato (quindi, di natura programmatica),

“in realtà nascondano qualcosa di più specifico, tipico delle regole nazionali”¹¹.

Ma le ragioni per cui questo sarebbe stato un terreno insidioso sono altre. Una prevedibile, l'altra meno.

In un sistema “multilivello”¹² di tutela dei diritti, queste sono difficoltà inevitabili, di cui la dottrina parla da tempo¹³. Le tecniche di normazione divergono tra UE e Stato membro¹⁴, per il fine diverso cui tendono: il legislatore sovranazionale mira ad omologare uno *standard* di garanzia dei diritti individuali, imponendo agli Stati il riconoscimento di regole comuni e minime, ma non può sostituirsi agli Stati stessi cui tocca il compito di amministrare la giustizia nel rispetto dei principi fondanti il proprio ordinamento giuridico, delle peculiarità del proprio sistema processuale, delle peculiarità del proprio sistema processuale, delle proprie tradizioni¹⁵. Ma il rischio della sovrapposizione tra i due livelli di formazione è molto alto, così come il pericolo del mancato rispetto degli obblighi di adeguamento. Il che è ancora più vero nelle prime fasi di questo percorso “a tappe”¹⁶ che intende vincolare in modo progressivo gli Stati a dotarsi di omologhi meccanismi di

⁷ Sulla distinzione tra *standards*-principi e *standards*-obiettivi, oltre alle note indicazioni di Dworkin, *I diritti presi sul serio*, (1977), Bologna, 1982, 90 ss., v. l'ampia trattazione sulla normativa europea di Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 136 ss.

⁸ In questi termini, Chiavario, *Frammenti di riflessioni sul contesto europeo della codificazione processuale penale, ieri e oggi*, *Cass. pen.*, 2011, 3279 ss. Saluta con favore l'ingresso di *Grundnormen* sovranazionali, dotate di una più pregnante (e vincolante) recezione a livello interno in quanto regole immediatamente operative per coloro che devono mettere quotidianamente in atto i precetti, Giunchedi, *Linee evolutive del giusto processo europeo*, Gaito (a cura di), *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 14 ss.

⁹ Ci si riferisce alla distinzione tra “norme di struttura” e “norme di comportamento” di cui parla Amodio, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, Amodio-Dominioni (diretto da), *Comm. del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, XXX.

¹⁰ “In realtà, il riavvicinamento e la progressiva omogeneità degli ordinamenti (inclusi quelli degli Stati membri) ha o dovrebbe avere alla sua base non tanto tecnicismi giuridici, quanto piuttosto la condivisione di valori, a loro volta da esprimersi in norme che, necessariamente, dovrebbero tendere ai medesimi contenuti”, così Munari, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti*, *Dir. Unione eur.*, 2013, 4, 743.

¹¹ Bontempelli, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice*, *In questa rivista*, 2014, 3, 85, che, in merito alla direttiva 2013/48/UE, afferma: “ (...) la portata precezionale del diritto di avvalersi di un difensore è precisata dalle norme successive, con riguardo sia ai tempi (par. 2) che alle modalità di esercizio del diritto stesso (par. 3). Si consideri, ad esempio, il par. 2 del suddetto art. 3. Qui è vero che il legislatore europeo formula la regola generale, in termini piuttosto elastici, prevedendo che “gli indagati e gli imputati si avvalgono di un difensore senza indebito ritardo”: evidentemente, stabilire cosa sia ritardo “debito” è lasciato alla legge interna che, dunque, in questo caso ha il compito di tradurre una componente della direttiva solo “programmatica”. Ma è anche vero che la direttiva richiama ipotesi specifiche in cui scatta la garanzia della difesa tecnica “in ogni caso”. La fonte europea descrive in termini puntuali alcuni dei “momenti” a partire dai quali “gli indagati e gli imputati si avvalgono di un difensore”, vale a dire prima dell'interrogatorio condotto dalla “polizia o da un'altra autorità di contrasto o giudiziaria” (lett. a).

¹² Izzo, *Spazio europeo di giustizia e cooperazione giudiziaria*, Kalb-Negri (a cura di), *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale*, Estratto da Kalb (a cura di), «Spazio europeo di giustizia» e *procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2013, 47.

¹³ V., in argomento, le riflessioni di Azzariti, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, *Pol. dir.*, 3, 2003, 327 ss. V., altresì, Izzo, *Spazio europeo di giustizia e cooperazione giudiziaria*, cit., 39 ss.; Salcuni, *Diritto penale europeo*, *Dig. disc. pen.*, Torino, 176 ss.

¹⁴ Sul punto, Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale. Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, 39.

¹⁵ Gaito, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, Corso-Dean-Dominioni-Gaito-GAruti-Mazza-Spangher, *Procedura penale*, II, Torino, 2012, 26.

¹⁶ In questi termini, Pedrazzi, *La strategia dell'Unione europea ai fini dell'armonizzazione delle garanzie procedurali in materia penale: le direttive sul diritto all'interpretazione e alla traduzione e sul diritto all'informazione*, Parisi-Fumagalli Meraviglia-Santini-Rinoldi (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, 522.

protezione dei diritti dell'imputato così da "stimolare la fiducia degli Stati membri nei rispettivi sistemi di giustizia penale, per giungere ad un reciproco riconoscimento delle decisioni in materia penale e ad un'effettiva cooperazione giudiziaria nell'Unione col fine ultimo di mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (consid. 1, direttiva 2010/64/UE).

La seconda ragione evoca quel cambiamento "epocale"¹⁷, registrato da molti, nell'essenza e nella finalità perseguite dalle direttive di fonte europea; cambiamento che finisce per modificarne, forse, anche l'impatto, l'incisività, la vincolatività sui legislatori nazionali. Ci si riferisce a quel fenomeno che sta trasformando il concetto di armonizzazione normativa della procedura penale tra gli Stati dell'UE da "mezzo" per raggiungere una più efficace cooperazione giudiziaria a "valore in sé" finalizzato a ristabilire ed incrementare il livello di protezione dei diritti fondamentali¹⁸. Tale metamorfosi potrebbe portare, da un lato, all'inadeguatezza della scelta iniziale fatta dall'UE nel settore della tutela dei diritti procedurali, vuoi nella selezione delle garanzie processuali oggetto di armonizzazione, vuoi nella diversa e "più forte" valenza imposta alle direttive; dall'altro, al disorientamento "metodologico" dei legislatori statali. Il rischio è di non riuscire a recepire lo spirito di armonizzazione "già di per sé incerto" coltivato nella normativa UE, attribuendo alle tutele *ivi* contenute una portata più incisiva di quella effettivamente voluta.

Non a caso, la dottrina processual-penalistica italiana ha evidenziato, più volte, la debolezza della penetrazione delle norme contenute nelle direttive europee ed anche l'inidoneità a promuovere decisivi salti di qualità. Forse, è anche questo il caso della direttiva 2010/64/UE¹⁹.

Tutto ciò detto, non è peregrino pensare al decreto legislativo n. 32 del 2014 in una prospettiva quasi sperimentale, come banco di prova del nuovo modo di concepire l'*human rights system* europeo.

Cambiato il volto della legislazione interna che

interessa il processo penale, cambia anche il rapporto tra l'interprete (studioso, prima; giudice, poi) e la "nuova" norma. Mutano "le coordinate tradizionali dell'attività ermeneutica"²⁰. Non si tratta più di vagliare solo la conformità delle disposizioni ordinarie ad una petizione di principio misurando l'effettività dei meccanismi procedurali approntati. Nel confrontare le singole disposizioni interne con quelle contenute nella direttiva, occorre operare svariati passaggi interpretativi: verificare prima quale sia la portata innovativa della fonte europea sul piano della concretizzazione delle garanzie processuali, e poi comprendere se le norme interne siano armoniche rispetto a quelle sovranazionali operando un distinguo tra disposizioni di mero principio cui il legislatore deve adeguarsi negli intenti ma non nei risvolti procedurali (rimanendo pur sempre legato al rischio che, in caso di normazione "deviante", il giudice sarà obbligato ad un dovere di interpretazione conforme del principio espresso nella direttiva²¹), e disposizioni più puntuali da tradurre "quasi alla lettera"; tra queste, poi, occorre discernere (ai fini dell'individuazione delle conseguenze in caso di inadempimento) quelle ad efficacia diretta cui il legislatore potrebbe non dare attuazione posto che la loro valenza immediata porta comunque ad una disapplicazione della norma interna se contrastante e non modificata, e quelle (prevalenti²²) ad efficacia indiretta che necessitano dell'intervento di trasposizione del legislatore²³.

In quest'ultimo passaggio, l'opera dell'interprete s'intensifica vieppiù poiché è chiamato ad andare oltre il mero raffronto tra le due fonti normative cercando di integrare la disciplina interna con la giurisprudenza italiana ed europea, espressasi co-

²⁰ Cfr. Bontempelli, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice*, cit., 83.

²¹ L'obbligo d'interpretazione conforme alle direttive è stato riconosciuto dalla Corte di giustizia (C. giust. CE, 10 aprile 1984, C-14/83, *von Colson*): "L'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato a questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri *ivi* compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali". Più ampiamente, *ultra*, note 39, 40, 41.

²² Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale. Manuale di procedura penale europea*, cit., 38.

²³ Condivisibile la previsione di Aprile, "Ieri, oggi e domani" nel rapporto tra il diritto penale italiano e le norme sovranazionali di fonte europea, *Giust. pen.*, 2013, I, 185, quando ritiene facile immaginare "cos accadrà alla scadenza dei rispettivi termini di recepimento di tali direttive, laddove l'Italia dovesse risultare inadempiente al suo obbligo: trattandosi di direttive dal contenuto dettagliato e dagli effetti incondizionanti, il giudice dovrà fare "applicazione" diretta delle disposizioni contenute in quegli atti normativi riconoscendo ad esse la prevalenza sulle norme interne che dovessero risultare con le prima inconciliabili".

¹⁷ Così lo definisce Bontempelli, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice*, cit., 81.

¹⁸ Cfr., sempre, Bontempelli, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice*, cit., 81.

¹⁹ Riprendiamo le considerazioni svolte da Kostoris, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 79, che in merito alla direttiva 2013/48/UE, riconosce una portata non particolarmente incisiva delle sue prescrizioni. Nello stesso senso, in merito alla direttiva 2012/29/UE, Rafaraci, *La tutela della vittima nel processo penale*, in *Criminalia*, 2010, 271. In una dimensione più generale, Manacorda, *Le programme pour une politique pénale de l'Union entre mythe et réalité*, *Rev. science criminelle droit pénal comparé*, 2011, 935 ss.; Mazza, *La procedura penale*, *Dir. pen. proc.*, 2011, *Speciale Europa e giustizia penale*, 34.

piosamente nel ventennio di co-vigenza del codice di rito e della Cedu. Questa ulteriore prospettiva si spera possa aiutare, in alcuni casi, a ridimensionare l'apparente scollamento tra direttiva e d.lgs.

Sia per il legislatore sia per lo studioso il lavoro è molto complesso; sfiora quasi un'opera di composizione normativa. Questo è il motivo per cui si è scelto di analizzare le singole modifiche partendo dal testo europeo, confrontandolo con quello elaborato dal Governo ed integrandolo, senza pretesa di esaurività, con gli orientamenti ermeneutici prevalenti.

Al termine, quasi a voler "testare" la portata delle riforme dando una prima risposta al quesito se l'Italia si sia adeguata o meno alla direttiva sull'assistenza linguistica, si richiameranno le raccomandazioni elaborate il 4 giugno 2014 dal tribunale di Milano "al fine di promuovere una buona prassi applicativa" e contenere le incertezze interpretative che inevitabilmente prolifereranno.

A questo punto, proprio per attenuare la sensazione di disorientamento in cui potrebbe incorrere il lettore al cospetto di un'analisi così multiforme dei singoli istituti trattati dalla riforma, si ritiene utile anticipare la conclusione.

La direttiva 21010/64/UE ha inteso riconfermare il legame funzionale, già proclamato dalla Cedu, tra il diritto all'interprete/traduttore e l'equità del procedimento penale. In più, ha individuato nella adeguatezza e nella gratuità i due connotati che garantiscono l'effettività del diritto. Ha elaborato le misure atte a perseguire i due requisiti, prestando particolare attenzione a quegli aspetti sui quali la giurisprudenza dei singoli stati è stata miope. In particolare, ha stigmatizzato definitivamente la distinzione tra interpretazione e traduzione, garantendo l'assistenza linguistica sia per gli atti orali che scritti. Ha richiesto una maggiore proceduralizzazione della tutela, sottraendo alla discrezionalità degli operatori la scelta in ordine all'onere della prova della sussistenza del presupposto soggettivo (non conoscenza della lingua del processo), ai tempi di attivazione, ai controlli. Prendendo atto delle difficoltà concrete che il riconoscimento della garanzia linguistica pone in termini di costi e ritardi processuali, data la mole di atti traducibili, ha elaborato soluzioni alternative di buon senso come la traduzione parziale e l'interpretazione orale sostitutiva. Ha imposto la qualità della prestazione e la sua verifica.

Dal canto suo, il d. lgs. n. 32 del 2014, ha colto buona parte delle indicazioni della direttiva (soprattutto nella specificazione della categoria di atti scritti su cui incombe l'obbligo di traduzione) ma ha evitato di impegnarsi nel riconoscimento di un meccanismo predefinito in merito all'individuazione del momento a

partire dal quale deve essere effettuato l'accertamento ed i criteri per parametrare il livello di ignoranza della lingua italiana. Non ha previsto tempi per le traduzioni orali. Nessuna previsione sul mandato d'arresto europeo. Ha escluso la traduzione c.d. a vista. Non ha apportato significative modifiche per migliorare la qualità delle traduzioni. In buona sostanza, ha evitato di prendere posizione nei confronti di criteri di difficile realizzazione (come la garanzia di un'interpretazione "senza indugio"), di criteri la cui attuazione avrebbe dato la stura a insidiose dispute ermeneutiche (come le decisioni in merito alle interpretazioni orali sostitutive), di criteri dalla complessa normazione (come il tema della professionalità degli interpreti).

Nel complesso, si sarebbe auspicato un atteggiamento meno prudente, anche se la storia del processo penale insegna che è meglio una garanzia che non c'è che una garanzia apparente. Il legislatore fa bene a tener conto della fattibilità delle modifiche in termini di effettiva e concreta realizzazione.

Tuttavia, come dimostrano le raccomandazioni del Tribunale di Milano, alcuni criteri inapplicati possono comunque essere recepiti direttamente dalla direttiva e, come si dimostrerà nella trattazione successiva, molte lacune potranno essere colmate con un'interpretazione conforme del principio di equità.

LO SFONDO NORMATIVO

L'analisi del testo legislativo necessita di alcune riflessioni di fondo.

Intanto, l'inclusione operata dalla direttiva n. 64 del diritto all'assistenza linguistica nel novero delle garanzie minime procedurali è l'ultimo atto di una lunga serie di provvedimenti internazionali che hanno incluso la garanzia linguistica tra i cc.dd. "super-diritti" e a cui l'Italia ha aderito puntualmente, pur se sotto la spinta di progressivi colpi di adattamento operati dalla giurisprudenza europea, costituzionale e di legittimità. Il che induce a ridimensionare la portata innovativa della direttiva nei confronti dell'ordinamento italiano.

Si è sempre detto che se la lingua è il principale strumento di comunicazione del processo penale, ragioni di efficienza e funzionalità esigono il vincolo di esclusività dell'uso processuale dell'idioma nazionale; ma si è anche detto che quando questo non è conosciuto dall'imputato può provocare insanabili fratture nella sua posizione difensiva, impedendogli di partecipare consapevolmente ed attivamente all'accertamento penale²⁴.

²⁴ Sin dal 1978, la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte

In questi termini, come diritto minimo riguardante l'effettività dell'esercizio delle garanzie difensive dell'imputato senza le quali nessun processo può dirsi equo, ragionevole e giusto, la tutela linguistica milita da sempre nello *human rights system*; è componente imprescindibile dei paradigmi fondamentali del giusto processo venendo inserita nel complesso delle clausole internazionali destinate a tutelare le più elementari esigenze della persona umana e costituendo uno degli obiettivi perseguiti dalla comunità europea nel progetto di creazione di un modello processuale rispettoso dei più naturali diritti riconosciuti all'imputato. Per questo nesso inscindibile che lega il diritto all'interprete alla formula del giusto processo, è presente dall'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nell'art. 14, par. 3, lett. a) e f), del Patto internazionale dei diritti civili e politici e, soprattutto, negli artt. 5, par. 2, e 6, par. 3, lett. a) ed e), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

C'è da fare un'ulteriore considerazione che attenua il peso della direttiva europea agli occhi del giurista italiano. La natura di "super diritto" della tutela linguistica si rafforza per il contenuto non solo programmatico ma anche altamente descrittivo delle norme internazionali, tanto da averne fatto uno dei pochi esempi di disposizione internazionale dotata di efficacia *self-executing*²⁵. La clausola contenuta nella Cedu presenta un contenuto così ben specificato da rendere superfluo ogni ulteriore intervento di mediazione normativa da parte del legislatore ordinario per la portata imperativa e vincolante delle sue previsioni²⁶.

Negli ultimi anni, l'attenzione dell'Europa nei confronti del diritto all'assistenza linguistica è cresciuta sensibilmente a fronte dell'incremento della mobilità interna seguita all'allargamento dell'Unione europea e dei crescenti fenomeni migratori. I processi penali hanno assunto una connotazione fortemente multilinguistica nei confronti della qua-

le, però, le legislazioni statali spesso non sono state in grado di apprestare idonea tutela anche lì dove, come in Italia, si è scelto di elevare il diritto all'interprete a norma superiore dell'ordinamento annoverandolo tra i principi del giusto processo così da "blindare" le interpretazioni eccessivamente lasche della giurisprudenza (ma alle volte anche della dottrina²⁷), restia a riconoscere la valenza difensiva della garanzia linguistica declinandola restrittivamente nei suoi molteplici risvolti procedurali²⁸.

In un primo momento, il rafforzamento della tutela linguistica è imposto dalla Corte europea con un crescente riconoscimento del diritto all'assistenza linguistica come diritto fondamentale dell'individuo²⁹. Poi, a far data dalla metà degli anni Duemila, l'Unione europea lo include nel Libro verde (prima tappa del cammino verso un "processo penale europeo"³⁰) sulle garanzie procedurali del 2003 come "norma minima comune"³¹; lo inserisce, nel 2009, con il Trattato di Lisbona e il Programma di Stoccolma, al primo posto nella *Roadmap* per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati ed imputati e, con la Direttiva 2010/64/UE, ne fa la prima fonte euro unitaria dedicata al rafforzamento delle garanzie dell'imputato cui gli Stati sono tenuti ad adeguarsi, attraverso il recepimento interno e pena la procedura d'infrazione, entro il 27 ottobre 2013. Entro un anno dalla scadenza del termine di recepimento, la Commissione dovrà presentare al Parlamento europeo ed al Consiglio una relazione sullo stato di avanzamento e sulle modalità della

²⁷ Si richiama, a tal proposito, l'interpretazione restrittiva offerta da Confalonieri, *Il diritto dell' "accusato", Europa e giusto processo. Istruzioni per l'uso*, Torino, 2010, 303, lì dove ritiene che il richiamo alla sola figura dell'interprete (e non anche del traduttore) operato dalle convenzioni internazionali, denoti il carattere orale e non scritto dell'assistenza linguistica.

²⁸ Si pensi alle ultime decisioni che hanno escluso l'obbligo di traduzione della sentenza, come Cass., sez. I, 8 marzo 2014, n. 449, *inedita*; Cass., sez. IV, 19 marzo 2013, n. 26239, *CED Cass.*, 255694; Cass., sez. II, 7 dicembre 2011, n. 46897, *ivi*, 251453 (in argomento, v. Gialuz, *L'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 434), della sentenza di estradizione, come Cass., sez. VI, 4 febbraio 2011, n. 5760, *CED Cass.*, 249453, dell'ordinanza cautelare emessa a seguito di udienza di convalida di fermo alla presenza dell'interprete, come Cass., sez. I, 23 gennaio 2013, n. 38715, *ivi*, 256759 (*contra*, Cass., sez. I, 16 dicembre 2010, n. 2735, *ivi*, 249382).

²⁹ Sull'evoluzione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, Casati, *Il diritto all'assistenza di un interprete e/o traduttore qualificato*, Balsamo-Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 235 ss.; Tamiotti, *sub art. 6 C.e.d.u.*, Bartole-De Sena-Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 244 ss.

³⁰ In questo senso, Sau, *Le garanzie linguistiche nel processo penale*, cit., 74.

³¹ Più ampiamente, Izzo, *Spazio europeo di giustizia e cooperazione giudiziaria*, cit., 60 ss.

e.d.u., 28 novembre 1978, Luedicke, Belkacem e Koc c. Germania, *Riv. dir. internaz.*, 1980, 210 ss.) ha chiarito che lo scopo della Convenzione europea è quello di attenuare "gli svantaggi che l'imputato che non comprende o non si esprime nella lingua usata dalla corte soffre rispetto all'imputato che è familiare con tale lingua".

²⁵ Come precisa autorevolmente Conso, *I diritti dell'uomo e il processo penale*, *Riv. dir. processuale*, 1968, 325. Nella medesima posizione, Andrioli, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, *Temi romana*, 1964, 461; Di Trocchio, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, diritto all'interprete e estratto contumacia*, *Riv. it. d. e proc. pen.*, 1980, 956; Dosi, *Interprete (dir. proc. pen.)*, *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 329; Giostra, *Il diritto dell'imputato straniero all'interprete*, *Riv. it. d. e proc. pen.*, 1978, 439.

²⁶ Albano, *Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano*, *Riv. internaz. dir. uomo*, 1991, 719 ss.

trasposizione cosicché, anche alla luce della prassi applicativa delle garanzie prescritte dalla direttiva, potrà formulare proposte legislative finalizzate a migliorare il grado di tutela da essa offerto³².

La natura di "norma minima comune", enucleata sin dal Trattato di Lisbona, spiega l'uso frequente nella direttiva *de qua* di formule non impositive, come "Gli Stati membri assicurano che gli indagati o gli imputati" (art. 2, parr.1, 2, 4, 5; art. 3, par. 1, 5; art. 5, apr. 3) oppure "Gli Stati membri si impegnano a ..." (art. 5, par. 2), "Gli Stati membri adottano..." (art. 5, par. 1), riservando a poche previsioni una struttura più prescrittiva, dalla quale evincere un dovere a carico degli organi pubblici del procedimento³³. Sembrerebbe che la stessa direttiva, pur nell'intento di porre fine alle disfunzioni registrate dalla Corte di Strasburgo sul tema dell'effettività delle garanzie linguistiche, abbia scelto di lasciare ampio spazio di azione ai legislatori nazionali fornendo un contributo minimo, che riconosce diritti basilari, elementari, indubbiamente privi di esaudività, poste le difficoltà insite in questo specifico campo. E qui un'ulteriore riflessione.

Al di là delle incommensurabili insidie insite nella peculiare tecnica normativa di trasposizione della fonte europea, la modifica della disciplina del diritto all'assistenza linguistica presenta ulteriori problemi per il legislatore.

Intanto, occorre operare su tre piani: quello strettamente processuale, caratterizzato dal codice di rito e dalle norme sull'esecuzione del MAE; quello relativo alle spese del servizio di assistenza linguistica e, infine, quello ordinamentale che ha a che fare con l'assetto della professione dell'interprete e del traduttore giudiziario. Quest'ultimo, peraltro, rappresenta un importante obiettivo della direttiva, frutto di un lungo ed intenso dibattito presso le associazioni europee del settore.

Non meno incidente sulle scelte del legislatore è il fattore finanziario posto che il presupposto della gratuità della prestazione linguistica, slegata dall'esito del procedimento penale, comporterà inevitabilmente un ingente spesa a carico dell'Erario³⁴. Di

qui, è facile immaginare che l'opzione verso un'apertura più o meno estesa degli spazi di operatività del diritto in questione sia stata determinata anche da valutazione non propriamente processuali.

Venendo al decreto legislativo approvato dal Governo, in attuazione della legge di delegazione europea 6 agosto 2013, n. 96, contenente nell'allegato B 38 direttive tra cui quella sull'assistenza linguistica, v'è da fare alcune considerazioni. L'art. 32 della legge di delega detta principi e criteri direttivi generali di delega per consentire la modificazione delle discipline vigenti al fine di "migliorare il coordinamento" con le norme europee. Per la direttiva n. 64 non sono indicati ulteriori criteri, più specifici, a differenza di altre direttive. Nella relazione illustrativa, si dà conto del fatto che sono state escluse le direttive il cui termine è già scaduto o scade nel periodo di riferimento, in considerazione dei tempi per l'esercizio della delega. Ciò vuol dire che nell'agosto del 2013, a cinque mesi dalla scadenza del termine di recepimento per la direttiva n. 64 (per le direttive il cui termine è già scaduto alla data di entrata in vigore del provvedimento interno, la delega deve essere esercitata nei tre mesi successivi), il legislatore pensava di poter approntare agevolmente il decreto legislativo di attuazione. Inutile dire che la *deadline* non è stata rispettata, a differenza di ciò che è accaduto in altri Paesi come Croazia, Francia, Germania, Lituania, Paesi Bassi, Polonia, repubblica Ceca e Svezia³⁵.

Nelle more del recepimento, la dottrina si è interpellata sull'eventuale spazio di immediata applicazione (*rectius*: applicazione interinale) almeno di quelle norme europee dotate di efficacia diretta³⁶. Non potendo, tuttavia, optare per questa soluzione se non a costo di sostituirsi al legislatore ordinario cui rimane pur sempre demandata la possibilità di dare attuazione al precetto (perlomeno fino all'emanazione della delega)³⁷, la giurisprudenza europea ha riconosciuto l'obbligo (per alcuni, mera facoltà³⁸) di dare fondo alla tecnica dell'interpretazione conforme per le norme ad efficacia indiretta³⁹, sin dalla

³² Più attentamente, sul punto, Amalfitano, *Unione europea e garanzie processuali*, cit., 103 ss.

³³ In questi termini, Fanego, *Proposta di decisione quadro su determinati diritti processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, *Cass. pen.*, 2008, 3042 ss.

³⁴ "Se () l'assistenza linguistica va concepita come meta-diritto volto a garantire la stessa capacità processuale dell'imputato, esso dovrebbe teoricamente estendersi a tutti gli atti connessi al processo - anche ai colloqui con il difensore - cui partecipa l'imputato: siccome ciò non è possibile, occorre individuare un criterio ragionevole per circoscriverla", ricorda Gialuz, *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., 1201.

³⁵ Diffusamente, sulle modifiche normative apportate dagli altri Stati membri, Gialuz, *È scaduta la direttiva sull'assistenza linguistica*, cit., 2 ss.

³⁶ Vigano, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, Corso-Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Piacenza, 2010, 617. Già in precedenza, Guidi, *Sulla questione dell'obbligo di interpretazione conforme di una direttiva rispetto al termine della sua entrata in vigore*, *Studi sull'integrazione europea*, 2008, 409 ss. Da ultimo, Munari, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti*, cit., 725 ss.

³⁷ Bontempelli, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea*, cit., 85.

³⁸ Prechtal, *Directives in EC law*, II ed., Oxford, 2005, 185.

³⁹ Corte giust. UE, 28 aprile 2011, C-61/2011 El Dridi; Corte

loro entrata in vigore⁴⁰. Pur nella correttezza della soluzione⁴¹, fondata sul principio di leale collaborazione sancito dall'art. 4, par. 3⁴², TUE, va detto che gli sforzi ermeneutici si sono rivelati inutili, perlomeno per la disciplina al nostro esame (si spera possano essere fruttuosi per tutte le altre direttive da dover recepire⁴³). Da un approfondito esame delle sentenze (ed annesse motivazioni) pronunciate nei quattro anni di vigenza della direttiva non recepita, molto raramente la Corte di cassazione ha dato atto dell'emanazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali. Solo in due casi, si è posta il problema della vigenza interinale della fonte normativa europea. In uno, lo ha licenziato come "affare esclusivo del legislatore" cui è demandato il compito di adeguarsi entro i termini di recepimento previsti⁴⁴. Nell'altro, molto recente, dopo aver rilevato che detta Direttiva non è ancora operativa nell'ordinamento interno, applica il meccanismo dell'interpretazione conforme ma giunge ad una conclusione che, a nostro parere, è diametralmente opposta allo spirito

della direttiva⁴⁵. Infatti, la decisione, pur se apprezzabile perché non in linea con una consistente giurisprudenza di legittimità contraria a riconoscere un obbligo di tal fatta⁴⁶, offre un'interpretazione della direttiva completamente fuorviante ed incoerente rispetto ai contenuti della stessa. Come si vedrà meglio in seguito, in nessun caso la direttiva fa ricadere l'onere di attivazione della tutela linguistica sull'imputato prevedendo, anzi, che lo Stato attivi meccanismi di accertamento della mancata conoscenza della lingua del processo (art. 2, par. 4). Di contro, la Cassazione attribuisce all'interessato un vero e proprio onere di proporre istanza per la traduzione in lingua madre del provvedimento giurisdizionale di cui è destinatario. In ogni caso il principio relativo all'obbligo di traduzione della sentenza "deve ritenersi applicabile alla condizione che l'imputato che non comprende la lingua italiana ne faccia espressa richiesta"⁴⁷.

AMBITO DI APPLICAZIONE: L'ACCERTAMENTO DEL PRESUPPOSTO DELLA MANCATA CONOSCENZA E LA LINGUA DA USARE

Nel codice di rito 1988, il presupposto soggettivo per l'applicabilità della tutela linguistica è legato alla figura dell'imputato che non conosce la lingua italiana⁴⁸. Sin dai primi mesi di vigenza del codice, e

giust. UE, 26 febbraio 1986, C-152/1984, Marshall; Corte giust. UE, 19 gennaio 1982, C-8/1981, Becker; Corte giust. UE, 5 aprile 1979, C-148/1978, Ratti. Ampiamente, sull'argomento, Negri, *L'incidenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sulla cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea*, Kalb-Negri (a cura di), *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale*, cit., 1 ss.

⁴⁰ Prendendo le distanze da chi opta per un "divieto di interpretazione difforme", per Gialuz, *L'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, cit., 438: "La verità è che l'unica efficacia interinale che la direttiva può avere nei confronti degli organi giudiziari è quella che si traduce nella nascita di un dovere di interpretazione conforme". *Contra* la considerazione della sussistenza di un effetto indiretto anticipato, v. le conclusioni presentate dall'avvocato generale Jacobs nella causa C-156/91, *Hansa Fleisch*. Analogamente, C. giust. CE, 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, secondo cui pur non sussistendo l'obbligo di interpretazione conforme, gli Stati non possono interpretare il diritto interno in un modo che rischierebbe di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di attuazione, la realizzazione del risultato perseguito dalla direttiva. In dottrina, Guidi, *Sulla questione dell'obbligo di interpretazione conforme*, cit., 426.

⁴¹ Sin dal 1974, è stato chiaro l'orientamento della Corte di Giustizia: "Nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante direttiva, obbligato gli Stati membri a adottare un determinato comportamento, la portata dell'atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario" (Corte giust. CE, 4 dicembre 1974, C-41/1974, Van Duy).

⁴² Cfr. Cass., sez. un. civ., 17 novembre 2008, n. 27310, *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Straniero*, n. 134; nonché Id., 16 marzo 2009, n. 6316, *Foro it.*, 2009, I, 2710.

⁴³ "È prevedibile, infatti, che, con l'espandersi dell'impiego della direttiva quale strumento di formazione in materia processuale penale, la problematica si riproporrà sempre più spesso in futuro", ricorda Gialuz, *L'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, cit., 437.

⁴⁴ Cass., sez. IV, 19 marzo 2013, 26239, *CED Cass.*, 255694.

⁴⁵ Cass., sez. V, 5 dicembre 2013, n. 48782, in *Giur. it.*, 2014, 714 ss., con nota critica di Kalb, *L'effettività del diritto alla traduzione degli atti dopo la Dir. 2010/64/UE*, secondo cui: "Il giudice che emetta ordinanza di custodia cautelare in carcere nei confronti di imputato che ignori la lingua italiana non è tenuto alla traduzione della stessa nella lingua a quest'ultimo, dal momento che il diritto di farsi assistere da un interprete e di ottenere la traduzione degli atti concerne esclusivamente gli atti necessari al fine di comprendere quale sia l'accusa mossa nei suoi confronti, nonché gli atti cui partecipi personalmente, tra i quali non può farsi rientrare la traduzione della sentenza che conclude il giudizio, a meno che l'imputato alloglotta non ne faccia espressa richiesta - circostanza non dedotta dal ricorrente, in base ai principi contenuti nell'art. 3 Dir. 2010/64/UE (non ancora operativa nell'ordinamento interno)".

⁴⁶ Cass., sez. III, 17 aprile 2013, n. 40972; Cass., sez. IV, 5 luglio 2013, n. 31435; Cass., sez. I, 23 aprile 2013, n. 28471; Cass., sez. IV, 19 marzo 2013, n. 26239; Cass., sez. IV, 17 aprile 2013, n. 24772; Cass., sez. III, 18 marzo 2011, n. 26703, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 433. *Contra*, Cass., sez. I, 11 luglio 2013, n. 40294; Cass., sez. III, 12 luglio 2012, n. 5486; Cass., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 18268, in *Cass. pen.*, 2012, 4176.

⁴⁷ "Dalla genesi della Direttiva in questione nonché dalla portata delle previsioni che garantiscono il diritto alla traduzione, in ragione della finalità di consentire la conoscenza di tutti quegli atti funzionale al concreto esercizio del diritto di difesa, sembra scontato ritenere incompatibili con la fonte sovranazionale tanto un obbligo di iniziativa di parte, quanto scelte dell'autorità procedente, incidenti negativamente sull'esercizio del diritto di difesa", commenta autorevolmente Kalb, *L'effettività del diritto alla traduzione degli atti dopo la Dir. 2010/64/UE*, cit., 720.

⁴⁸ V., in proposito, l'osservazione delle Sezioni unite della

finanche sino ad oggi, la formula ha destato molteplici problemi interpretativi non essendo mai stato chiaro cosa si intenda per “mancata conoscenza” e su chi gravi la relativa verifica⁴⁹. In questo, la direttiva europea n. 64 ha fornito molteplici chiarimenti⁵⁰.

Non ci sono mai stati dubbi sull'estensione dell'assistenza linguistica anche alla persona sottoposta alle indagini, vuoi per effetto dell'art. 61 c.p.p., vuoi per il richiamo che il pregresso comma 3 dell'art. 143 c.p.p. faceva (e fa nell'attuale comma 5) al “giudice, pubblico ministero e ufficiale di polizia giudiziaria” la cui conoscenza della lingua da interpretare non può pregiudicare l'applicazione della garanzia linguistica. La direttiva 2010/64/UE conferma, in molteplici punti, tale impostazione richiamando sempre la legittimazione soggettiva di “imputati od indagati” e prevedendo al par. 2 dell'art. 1 che: “Il diritto di cui al paragrafo 1 si applica alle persone che siano messe a conoscenza dalle autorità competenti di uno Stato membro, mediante notifica ufficiale o in altro modo, di essere indagate o imputate per un reato, fino alla conclusione del procedimento, vale a dire fino alla decisione definitiva che stabilisce se abbiano commesso il reato, inclusi, se del caso, l'irrogazione della pena e l'esaurimento delle istanze in corso”. Il che, nel silenzio dell'art.

cassazione (Cass., sez. un., 31 maggio 2000, n. 12, *CE Cass.*, 216258) in merito alla non “rinvenibilità nell'ordinamento di un principio generale da cui discenda il diritto indiscriminato dello straniero, in quanto tale, a giovare dell'assistenza dell'interprete”. Più di recente, Cass., sez. IV, 18 gennaio 2013, n. 39157, *CE Cass.*, 256389: “Il riconoscimento del diritto all'assistenza dell'interprete non discende automaticamente, come atto dovuto e imprescindibile, dal mero “status” di straniero o apolide, richiedendosi l'ulteriore presupposto dell'accertata ignoranza della lingua italiana in capo a quest'ultimo”.

⁴⁹ Ne approfondisce i contenuti Sau, *Le garanzie linguistiche nel processo penale*, cit., 166 ss.

⁵⁰ Diversamente, la direttiva in esame non si occupa dell'assistenza linguistica della persona offesa dal reato lasciandone la regolamentazione alla direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, alla quale l'Italia non ha ancora dato attuazione. V. il commento di Rafaraci, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie*, cit., 271 ss.; nonché quelli di Petralia, *La vittima di reato nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2012; Savy, *Il trattamento delle vittime dei reati nella nuova disciplina dell'unione europea*, *Dir. Unione eur.*, 2013, 3, 613 ss. In questa sede, oltre ad evidenziare l'incongruenza della scelta di distribuire in due diverse direttive norme dai contenuti abbastanza simili, seppur destinate a soggetti processuali diversi, va espresso ampio consenso nei confronti del riconoscimento dei diritti linguistici alla vittima che, nel processo penale, non è mai riuscita (al pari i testimoni) a trovare alcuna forma di tutela. V., sul mancato riconoscimento dei diritti linguistici alla persona offesa, Cass., sez. IV, 18 gennaio 2013, n. 69157, cit.; Cass., sez. III, 23 novembre 2006, n. 31177, *CE Cass.*, 235848; Cass., sez. II, 20 aprile 2005, *Cass. pen.*, 2006, 2895. Più diffusamente, Sau, *Le garanzie linguistiche nel processo penale*, cit., 166 ss. Sulla mancata estensione della tutela ai testimoni, di recente e in conformità alla giurisprudenza precedente, Cass., sez. III, 2 ottobre 2013, n. 44441, *CE Cass.*, 257597.

143 così come modificato dal decreto legislativo in esame, chiarisce definitivamente anche l'estensione della tutela linguistica al procedimento di esecuzione, di sorveglianza e di prevenzione⁵¹.

Per la direttiva, il presupposto linguistico dal quale genera la tutela è l'incapacità dell'indagato/imputato di parlare o comprendere la lingua del procedimento. L'art. 143, modificato, non ripropone la medesima formula ma lascia invariato il presupposto della mancata conoscenza. Non si può pensare, soprattutto dopo il lungo dibattito incorso in Italia sull'argomento⁵², che il legislatore abbia preferito rifiutare di usare la formula “bipolare” (molto più garantista) per limitare la tutela ai soggetti che presentino entrambe le condizioni difficoltà⁵³. Più realisticamente, si ritiene che la modifica sia stata considerata “inutile” proprio per la pacifica interpretazione cui si è giunti, in virtù della quale il diritto all'assistenza linguistica giova a chiunque non parli o non comprenda l'italiano.

Molti più problemi continua a destare⁵⁴, nono-

⁵¹ Per dovere di completezza, si precisa che la più recente giurisprudenza ha ritenuto sussistente l'obbligo di traduzione dell'ordine di esecuzione. Così, per tutti, Cass., sez. I, 6 maggio 2010, n. 20275, *CE Cass.*, 247212.

⁵² Utile, a questo proposito, recuperare la lunga giurisprudenza della Corte di cassazione che individua il presupposto soggettivo nella circostanza che l'imputato non conosca la lingua usata nel procedimento ovvero la conosca “tanto imperfettamente” da non comprendere il contenuto dell'accusa contro di lui formulata e non potere seguire gli atti ai quali partecipa. Per tutte, Cass., sez. III, 17 dicembre 1998, n. 882, *CE Cass.*, 213068.

⁵³ Si consenta di richiamare quanto affermato in Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue nel processo penale*, cit., 349: “Non resta, quindi, che una conclusione: del diritto all'interprete giova chiunque non parli o/e non comprenda l'italiano. E, del resto, l'art. 143 c.p.p. non può che essere interpretato in questo senso. Basti leggere le indicazioni contenute nella Relazione al progetto preliminare del codice 1988: “Le disposizioni citate considerano chi non comprende ovvero non parla la lingua utilizzata nel processo: queste due situazioni sono unificate nell'espressione “non conosce” impiegata nell'art. 143 commi 1 e 2”.

⁵⁴ Si ricordi come la giurisprudenza italiana sia stata sempre molto restia a riconoscere nell'autorità giudiziaria l'onere della prova della non conoscenza dell'italiano, preferendo addebitarlo all'imputato. Di recente, Cass., sez. II, 9 ottobre 2012, n. 40660, *CE Cass.*, 253841: “Il diritto accordato all'imputato, che non sia in grado di comprendere la lingua italiana, di essere assistito gratuitamente da un interprete e che obbliga alla traduzione degli atti processuali, non nasce automaticamente dalla condizione di non cittadinanza dell'imputato, ma dall'oggettiva constatazione dell'impossibilità o difficoltà di comprendere la lingua italiana, impossibilità che deve essere dichiarata e dimostrata”. Volendo, in dottrina, in senso fermamente critico, Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue nel processo penale*, cit., 352 ss. In Europa, l'orientamento è opposto. V. Corte e.d.u., 24 settembre 2002, *Cusani c. Regno Unito*, i giudici dichiarano che, in ultima analisi, il guardiano dell'equità del procedimento è il giudice investito della causa, che aveva senza dubbio valutato le oggettive difficoltà che l'assenza di un interprete poteva comportare per il ricorrente. Osservano, inoltre, che secondo il parere delle giurisdizioni nazionali, in circostanze come quelle della fattispecie, i giudici devono far prova di “attenzione scrupolosa” quando valutano gli interessi dell'imputato.

stante le precisazioni della direttiva, l'individuazione del soggetto su cui grava l'onere di dimostrare l'esistenza del presupposto soggettivo. La direttiva è chiara: "Gli Stati membri assicurano la messa a disposizione di procedure o meccanismi allo scopo di accertare se gli indagati o gli imputati parlano e comprendono la lingua del procedimento penale e se hanno bisogno dell'assistenza dell'interprete" (art. 2, par. 4). Dal canto suo, il comma 4 dell'art. 143 c.p.p. traduce la direttiva nei seguenti termini: "L'accertamento sulla conoscenza della lingua italiana è compiuto dalla autorità giudiziaria. La conoscenza della lingua italiana è presunta fino a prova contraria per chi sia cittadino italiano".

La trasposizione interna pare parzialmente conforme a quanto richiesto dalla direttiva⁵⁵. L'accertamento della competenza linguistica va compiuto a carico dell'autorità giudiziaria (giudice, p.m., p.g.). Manca, però, la previsione di un meccanismo (cui la direttiva fa espresso richiamo) che individui il momento nel quale la verifica deve essere compiuta ed il livello della difficoltà linguistica atto a far insorgere il diritto all'assistenza linguistica.

Anche qui, va ribadita la oggettiva difficoltà di traslare in una esaustiva prescrizione normativa un concetto così vago come quello dell'individuazione del "livello di padronanza della lingua d'udienza utile a rendere superflua l'applicazione del diritto all'interprete", non fosse altro che per le molteplici gradazioni di cui si connota. La giurisprudenza italiana non è mai stata molto generosa sul punto⁵⁶. Probabilmente, lo spirito generale della direttiva teso a collegare la tutela linguistica al principio di equità e al diritto di difesa, consentirà ai futuri giudici di escludere la presenza dell'interprete/traduttore quando l'imputato abbia una buona conoscenza della lingua italiana tale da consentirgli di cogliere, almeno nelle sue linee essenziali, il contenuto degli atti e di seguire in modo consapevole le udienze a cui prende parte.

Quanto all'individuazione del momento a partire dal quale deve essere effettuato l'accerta-

mento, la direttiva lo prevede in via indiretta, a proposito dell'attivazione della assistenza, lì dove prescrive nell'art. 2, par. 1, la nomina di un interprete "senza indugio" e nell'art. 3, par. 1, la traduzione dell'atto scritto "entro un tempo ragionevole". Il legislatore, come si vedrà in seguito, ha trasposto solo il secondo requisito temporale. Di qui, ancora una volta, la lacuna normativa non potrà che esser colmata richiamando l'essenza teleologica dell'assistenza linguistica, contenuta nell'effettività del diritto di difesa e nell'equità del procedimento. Tradotto in termini concreti, l'autorità dovrà procedere all'accertamento del grado di conoscenza della lingua nel primo momento in cui si accorga delle sue difficoltà linguistiche, per poi procedere alla nomina dell'interprete o alla traduzione dell'atto.

Il decreto legislativo in esame continua a non prendere posizione in merito alla scelta della lingua da usare per l'attività d'interpretariato: quella madre o quella veicolare⁵⁷. Il problema non è di poco conto dal momento che, sempre più spesso, l'imputato appartiene ad un'etnia linguistica il cui idioma non è comune né largamente diffuso nella comunità ospitante così da rendere lunga ed anche inutile la ricerca di un interprete specializzato. Se l'uso della lingua madre consentirebbe una più effettiva partecipazione dell'imputato al procedimento, è anche vero che i ritardi nella nomina o la scarsa professionalità degli interpreti potrebbe annientarla del tutto; il che renderebbe preferibile l'uso della lingua veicolare.

La direttiva europea accenna al problema lasciando la scelta ai legislatori. Per il considerando n. 22, la interpretazione e la traduzione "dovrebbero essere fornite nella lingua madre degli indagati o imputati o in qualsiasi altra lingua che questi parlano". Nel silenzio della normativa italiana, si ritiene che la scelta sia rimessa al prudente apprezzamento dell'autorità che sarà chiamata a preferire la lingua veicolare solo a condizione che la conoscenza della stessa da parte dell'imputato sia idonea a garantire il diritto di difesa⁵⁸. Ancora una volta, la soluzione si ricava dal principio fondante la tutela linguistica.

⁵⁵ "Si inverte, allora, un risalente principio in materia, che impone all'imputato/indagato l'onere di provare la sua insufficiente conoscenza della lingua ufficiale del procedimento penale", afferma giustamente Iermano, *Verso comuni regole processuali europee: il diritto alla traduzione e all'interpretazione nei procedimenti penali, Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2011, 2, 343.

⁵⁶ La giurisprudenza non si è mai allontanata molto dal dato letterale dell'art. 143 c.p.p. identificando la condizione di non conoscenza della lingua italiana nella incapacità linguistica di "rendersi conto della portata dell'accusa" (per tutti, Cass., sez. II, 6 ottobre 2005, n. 40807, *CED Cass.*, 232593), o arrivando anche ad escludere l'interprete quando sia "assolutamente certo" che l'imputato non conosca l'italiano (Cass., sez. III, 15 marzo 1991, n. 5188, *CED Cass.*, 187093).

⁵⁷ Su tale complessa problematica, Morselli, *Il "render noto" nel processo penale*, Milano, 2012, 12 ss.

⁵⁸ Interessanti, a tal proposito, le parole di Morselli, *Il "moto apparente" della Cassazione genera una logomachia per la traduzione in lingua c.d. veicolare, Dir. pen. proc.*, 2012, 1127, quando mette in evidenza il pericolo che "la traduzione in "lingua veicolare" si (potrebbe) rivela(re) incoerente, del tutto insufficiente ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, e non attuare il modello del c.d. giusto processo (che è anche giusto procedimento)".

LA GRATUITÀ DELLA PRESTAZIONE LINGUISTICA

In perfetta adesione allo spirito della direttiva che, all'art. 4 dispone che "Gli Stati membri sostengono i costi di interpretazione e di traduzione derivanti dagli articoli 2 e 3, indipendentemente dall'esito del procedimento", l'art. 143 c.p.p. viene modificato mutuando alla lettera la previsione europea e nel primo comma, in cui era già prevista la gratuità della prestazione linguistica, aggiunge "indipendentemente dall'esito del procedimento". Opportunamente, poi, il legislatore riforma l'art. 5, lett. d) dPR 30 maggio 2002, n.115 (Testo unico in materie di giustizia), escludendo i traduttori e gli interpreti dal novero degli "ausiliari del magistrato" così da impedire la ripetibilità delle spese in caso di condanna.

Da questo momento in poi, dunque, l'assistenza dell'interprete è completamente gratuita per l'imputato ammesso a godere, indipendentemente dall'emissione di una sentenza di condanna ed anche dalle condizioni economiche dello stesso.

Inutile dire che la modifica assume un risvolto importante ai fini dell'effettività della posizione difensiva dell'imputato al quale, in passato, la valutazione di una possibile attribuzione dell'onere economico delle spese di traduzione in caso di condanna rischiava di condizionare l'attivazione dell'esercizio della garanzia linguistica, pur in presenza dei presupposti. Ma la modifica riveste un ulteriore significato in quanto pone fine alla pericolosa posizione di chi leggeva nella mancata menzione del carattere della gratuità della garanzia linguistica da parte del comma 3 dell'art. 111 Cost., la preoccupazione del legislatore italiano per la sostenibilità finanziaria di una assistenza linguistica in crescente richiesta e, quindi, prospettava un ridimensionamento della gratuità ai soli casi di non abbenza dell'imputato⁵⁹.

L'ASSISTENZA LINGUISTICA NEI COLLOQUI CON IL DIFENSORE

La novità più rilevante contenuta nella direttiva 2010/64 è senza dubbio l'estensione del diritto all'assistenza gratuita di un interprete ai colloqui con il difensore; diritto da sempre negato dalla giurisprudenza di Strasburgo e dalla stessa Corte di cassazione. La Corte costituzionale, nel 2007, ha

ammesso l'ausilio gratuito dell'interprete nelle sole ipotesi in cui l'imputato goda del patrocinio a spese dello Stato⁶⁰.

Per la direttiva 2013/64/UE, la *ratio* dell'innovazione sta nel suo valore funzionale rispetto all'esercizio dei "diritti della difesa e di tutela dell'equità del processo" (consid. 17), posto che l'assistenza linguistica nelle "comunicazioni tra indagati e imputati e il loro avvocato" dovrebbe avere la finalità di consentire a costoro di "spiegare al loro avvocato la loro versione dei fatti, segnalare eventuali dichiarazioni con cui sono in disaccordo e mettere il loro avvocato a conoscenza di eventuali circostanze da far valere a loro difesa" (consid. 19). Tradotta in prescrizione normativa, l'art. 2, par. 2 della direttiva declina la tutela nell'impegno degli Stati ad "assicurare, ove necessario al fine di tutelare l'equità del procedimento, che l'interpretazione sia disponibile per le comunicazioni tra indagati e imputati e il loro difensore, direttamente correlate a qualsiasi interrogatorio o audizione durante il procedimento o alla presentazione di un ricorso o di un'altra istanza".

La norma offre un contenuto prescrittivo "misto" - cui si faceva riferimento poco fa - dotato di una valenza programmatica lì dove aggancia la tutela linguistica al principio di equità e al diritto di difesa e, al contempo, di una descrizione apparentemente dettagliata in merito alle modalità di attuazione della garanzia (comunicazioni legate all'interrogatorio, audizioni, presentazione istanze o ricorsi), anche se, poi, in fondo, vaga ed elastica nella traduzione in fattispecie procedurali (non potendo prevedere tassativamente le ipotesi da tutelare). Il che fa pensare ad una natura comunque non comportamentale, incentrata sul principio di equità del procedimento, che "va inteso come invito al legislatore a circoscrivere la garanzia della tutela linguistica alla preparazione di quei soli atti processuali che rivestano carattere fondamentale".

Il compito del legislatore italiano era di perimetrare ragionevolmente il diritto in questione (impossibile da estendersi a tutti i colloqui con il difensore) individuando alcuni momenti d'incontro cui destinare la presenza dell'interprete. In altre parole di individuare i colloqui "fondamentali" ai fini dell'esercizio del diritto di difesa.

Si è scelto di modificare due previsioni: l'art. 104, aggiungendo il comma 4-bis ed estendendo il diritto all'interprete al colloquio col difensore per l'imputato in stato di custodia cautelare, l'arrestato e il fermato che non conoscono la lingua italiana; l'art.

⁵⁹ Chiavario, *Giusto processo*, Enc. dir., XV, Roma, 2001, 14. Va richiamata, inoltre, quella giurisprudenza per la quale il diritto all'interprete spetta solo all'imputato non abbenza: C. cost., sent. 6 luglio 2007 n. 254, *Cass. pen.*, 2007, 4439 ss., con nota di Curtotti Nappi, *La spinta garantista della Corte costituzionale verso la difesa dello straniero non abbenza*; v., altresì, *Cass.*, sez. III, 5 giugno 2013, n. 40616, *CED Cass.*, 256934.

⁶⁰ C. cost., sent. 6 luglio 2007 n. 254, cit.

143⁶¹, modificando il comma 1 lì dove si riconosce “il diritto all’assistenza gratuita di un interprete per le comunicazioni con il difensore prima di rendere un interrogatorio, ovvero al fine di presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento”.

Quanto alla prima modifica, nessun dubbio che l’assistenza gratuita si estenda a tutti i colloqui effettuati in condizione di privazione della libertà personale.

Quanto alla più ampia formula dell’art. 143, c’è da dire che alla scelta (non pienamente condivisibile) di evitare di enucleare una previsione tassativa, non ha fatto da contraltare una norma dai contenuti chiari e di facile applicazione ed interpretazione. L’espressione generica “al fine di presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento”, trasferita quasi alla lettera dal testo europeo, creerà problemi di interpretazione. Non tanto in merito al colloquio destinato a preparare l’atto di impugnazione o ad avanzare una richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare, quanto per quei colloqui preparatori tesi a formulare richieste o memorie di minore impatto difensivo, che peraltro potrebbero essere avanzate pretestuosamente al solo fine di godere della gratuità dell’assistenza linguistica.

Avendo contemplato sia richieste che memorie, il parametro discrezionale non può essere collegato al fatto che l’atto difensivo meritevole di tutela sia solo quello diretto a stimolare un’iniziativa dell’autorità giudiziaria. Probabilmente, avrebbe fatto bene il legislatore a limitare la garanzia linguistica alle sole richieste o, ancor meglio, ad individuare gli atti alla cui preparazione il colloquio difensivo è destinato (udienza preliminare, dibattimento), con una durata temporale predeterminata⁶², lasciando gravare sulle spese dell’imputato ogni altra comunicazione (eventualmente coperta dal gratuito patrocinio).

Non potendo ammettere tutti i colloqui difensivi, si può immaginare che la scelta ermeneutica si legherà al criterio di equità, chiedendo all’autorità giudiziaria di operare un difficile vaglio sull’incidenza che il colloquio (e, di conseguenza, la memoria o la richiesta) ha sul diritto di difesa dell’imputato. A questo fine, la direttiva non può essere d’aiuto

come parametro interpretativo posto che individua la *ratio* della tutela linguistica dei colloqui difensivi in maniera generica e generale. Il rischio è che qualsiasi limitazione posta in essere dal giudice potrebbe essere considerata non conforme alla direttiva stessa.

Nessuna particolare procedura è prevista in merito. Si può prevedere che l’istanza di assistenza linguistica andrà presentata all’autorità giudiziaria la quale valuterà l’esistenza dei presupposti, mantenendo inalterato il diritto – ampiamente tutelato dalla direttiva – degli imputati ed indagati di ricorrere avverso la decisione che dichiara superflua l’interpretazione (art. 2, par. 5).

Nessuna previsione è stata adottata in merito alla tutela della segretezza in capo all’interprete nei colloqui con il difensore.

L’INTERPRETAZIONE DEGLI ATTI ORALI E LA TRADUZIONE (ANCHE PARZIALE) DEGLI ATTI SCRITTI “FONDAMENTALI”

Altra novità di significativo rilievo è la distinzione tra il diritto all’interprete per gli atti orali e il diritto alla traduzione degli atti scritti cui la direttiva dedica ampio spazio nell’intento di superare definitivamente le prassi devianti nazionali, come quella italiana⁶³, che delimitavano l’ambito di applicazione della garanzia linguistica ai soli atti orali affidando l’individuazione dell’obbligo di traduzione degli atti scritti alla giurisprudenza⁶⁴.

Il par. 1 dell’art. 1 chiede agli Stati membri di assicurare che gli imputati/indagati “siano assistiti senza indugio da un interprete nei procedimenti penali dinanzi alle autorità inquirenti e giudiziarie, inclusi gli interrogati ridi polizia, e in tutte le udienze, comprese le necessarie udienze preliminari”.

Il novellato art. 143 c.p.p., ora rubricato “Diritto all’interpretazione ed alla traduzione di atti fondamentali” in perfetta adesione allo spirito bipolare della direttiva, dedica il comma 1 alla sola interpretazione degli atti orali individuandoli in quelli finaliz-

⁶¹ In dottrina, si era pensato all’introduzione di una norma esclusiva, l’art. 143-bis, dedicata ai soli colloqui col difensore, sulla falsariga di quanto fatto in altre nazioni. Così Gialuz, *È scaduta la direttiva sull’assistenza linguistica*, cit., 9.

⁶² Gialuz, *È scaduta la direttiva sull’assistenza linguistica*, cit., 10, richiama l’esperienza belga che, nei casi coperti dal *legal aid*, prevede un interprete per tre ore retribuite dallo Stato allo scopo di preparare la difesa.

⁶³ Sebbene l’art. 143, prima della modifica in esame, facesse riferimento esclusivo alla figura dell’interprete, non si è mai dubitato che l’assistenza linguistica fosse destinata sia ad un’attività orale che ad una scritta. Per tutti, Cocomello, *Diritto all’interprete e traduzione degli atti*, Santoriello (coordinato da), *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, Torino, 2010, 335.

⁶⁴ Si ricordi l’orientamento della Corte di Strasburgo volto a riconoscere sin da subito la doppia valenza del diritto all’interprete. Corte e.d.u., 28 novembre 1978, Luedicke, Belkacem e Koc c. Germania, cit., per la quale non è esigibile una traduzione dell’intero fascicolo processuale, ma soltanto di ciò che permette all’accusato di sapere cosa gli si rimproveri, al fine di potere esercitare consapevolmente le facoltà difensive.

zati a far comprendere all'imputato non italoglotta "l'accusa contro di lui formulata e seguire il compimento degli atti e lo svolgimento delle udienze cui partecipa". Se sotto il profilo espositivo, la novità è marginale rispetto al testo previgente, contemplando in più solo "lo svolgimento delle udienze"⁶⁵; nei fatti, invece, è foriera di un rafforzamento della tutela linguistica in ragione di una pregressa giurisprudenza restia a riconoscere la presenza dell'interprete nelle udienze in cui l'imputato non fornisse alcun apporto dichiarativo⁶⁶. Si ricordino anche i margini di incertezza interpretativa in merito alle attività di perquisizione⁶⁷, ispezione e sequestro⁶⁸ compiuti dal p.m. o dalla p.g. su delega. Tali margini sono destinati a scomparire⁶⁹.

In buona sostanza, si conferma e rafforza la configurazione di uno specifico diritto all'interprete per il compimento di tutti gli atti orali ai quali l'imputato assiste o dei quali è protagonista. Tutte le volte in cui partecipa ad un momento procedimentale caratterizzato dall'oralità, l'ordinamento gli riconosce il diritto ad una traduzione contestuale di quanto viene detto (si pensi alle testimonianze, all'esame delle parti private, ai pareri peritali, ai confronti) o di quanto dice (in sede di interrogatorio, esame, dichiarazioni spontanee, ecc.).

C'è da registrare la mancata trasposizione interna del parametro temporale indicato nella direttiva con l'espressione "senza indugio". Si ritiene che il legislatore italiano abbia dovuto fare i conti con la fisiologica lentezza dei tempi procedurali italiani, che si riverbera anche sulle dinamiche di individuazione e nomina degli interpreti, rischiando tuttavia di incorrere in un'evidente violazione della direttiva.

Ben più complessa si presenta la questione della traduzione degli atti scritti. L'art. 3 della direttiva prescrive che gli Stati membri assicurino agli indagati ed imputati allogliotti il diritto di ricevere entro

un tempo ragionevole "una traduzione scritta di tutti i documenti che sono fondamentali per garantire che siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa e per tutelare l'equità del procedimento". Alcuni documenti sono indicati espressamente dall'art. 3, par. 2, nelle "decisioni che privano una persona della propria libertà, negli atti contenenti i capi di imputazione e nelle sentenze". Il par. 3 estende il diritto ad altri atti ritenuti fondamentali dall'autorità giudiziaria, anche su istanza motivata della parte.

Nel comma 2 dell'art. 143 c.p.p., dedicato alla traduzione degli atti scritti, il legislatore italiano compie il difficile sforzo di dare contenuto alle categorie giuridiche abbastanza generiche contenute nella direttiva. Prevede che l'autorità procedente disponga "la traduzione scritta, entro un termine congruo tale da consentire l'esercizio dei diritti e delle facoltà della difesa, dell'informazione di garanzia, dell'informazione sul diritto di difesa, dei provvedimenti che dispongono misure cautelari, dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, dei decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione a giudizio, delle sentenze e dei decreti penali di condanna".

Per tutti questi atti, la traduzione è obbligatoria. Di alcuni, la giurisprudenza italiana aveva già riconosciuto l'inclusione nella garanzia linguistica. Per altri atti, in special modo per le sentenze⁷⁰, gli ultimissimi orientamenti della cassazione continuano ad offrire un'interpretazione restrittiva⁷¹.

L'elencazione operata dal legislatore è condivisibile poiché sembra interpretare estensivamente il concetto di "atto fondamentale" imposto dalla direttiva, allargando l'obbligo di traduzione non solo agli atti contenenti l'imputazione, nel senso fatto proprio dall'art. 60 c.p.p., bensì anche nel significato più ampio offerto dalla giurisprudenza della Corte europea, la quale considera tale atto anche quello contenente un addebito provvisorio, quale l'invito a presentarsi per l'interrogatorio o l'informazione di garanzia. Del resto, se il fine della assistenza lin-

⁶⁵ Che non si tratti solo di udienze pubbliche ma anche di udienze private, è la precisazione di Antinucci, *L'attuazione della direttiva europea sul diritto alla traduzione: verso la tutela sostanziale del diritto alla difesa effettiva*, cit., 4.

⁶⁶ Per tutte, Cass., sez. I, 23 maggio 2000, n. 3759, *CED Cass.*, 216285: "Poiché nel giudizio incidentale *de libertate* non sono previsti né la presenza né l'interrogatorio dell'imputato, se non solo eventualmente e a sua richiesta, la mancata assistenza di un interprete non è causa di nullità, allorché l'imputato non abbia chiesto di essere interrogato".

⁶⁷ Cass., sez. III, 24 giugno 2009, n. 27194, *CED Cass.*, 244243.

⁶⁸ Cass., sez. II, 5 luglio 2007, n. 32882, *CED Cass.*, 237495.

⁶⁹ "La tempestività dell'intervento dell'interprete, fin dai primi atti investigativi, indurrebbe a sciogliere positivamente l'interrogativo sulla necessità di assicurare questa assistenza anche nel corso degli atti a sorpresa, a condizione di verificare l'esistenza del presupposto indefettibile", ricorda Kalb, *Il rafforzamento del diritto e gli effetti nell'ordinamento italiano*, Kalb-Negri (a cura di), *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale*, cit., 98.

⁷⁰ Oltre agli approfondimenti delle note 27 e 44, cfr. Cass., sez. III, 7 luglio 2011, K.H., cit.; Cass., sez. I, 3 giugno 2010, n. 24194, *CED Cass.*, 247760; Cass., Sez. VI, 21 ottobre 2008, n. 44101, *ivi*, 242227.

⁷¹ Sapendo di risultare incompleti, si richiamano gli orientamenti in tema di ordinanza cautelare *ex art. 27 c.p.p.* (Cass., sez. IV, 11 febbraio 2010, *Dir. pen. proc.*, 2010, 480 ss.; *contra*, Cass., sez. V, 15 maggio 2013, n. 23579, *CED Cass.*, 255343), di estratto contumaciale del provvedimento giurisdizionale (Cass., sez. I, 3 luglio 2008, n. 28595, *CED Cass.*, 240813), del decreto penale di condanna (Cass., sez. II, 22 settembre 2009, n. 40603, *CED Cass.*, 245564), dell'ordinanza di rigetto della richiesta di riesame (Cass., sez. I, 11 marzo 2008, n. 13804, *CED Cass.*, 239521), dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale (Cass., sez. I, 22 giugno 1998, *Giust. pen.*, 1999, III, 355).

guistica è l'esercizio dei diritti difensivi, è necessario che a dover essere tradotti (e pertanto ad essere considerati fondamentali) siano gli atti nei quali viene precisata in termini più o meno definitivi l'accusa formulata all'indagato o all'imputato.

Risulta, allora, apprezzabile l'indicazione di tutti gli atti specificati nel comma 2 dell'art. 143 c.p.p., anche della previsione "rafforzata" dei due atti di "passaggio" dalla fase delle indagini preliminari all'udienza preliminare posto che, com'è ben saputo, il decreto che dispone l'udienza preliminare potrebbe presentare un contenuto contestativo diverso da quello indicato nell'art. 415-bis c.p.p.

Per dovere di completezza⁷², giova ricordare che la direttiva 2012/13/UE, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, prevede nel considerando n. 25 che le informazioni di cui l'imputato ha diritto sono fornite "se necessario" attraverso l'interpretazione o la traduzione in una lingua a lui comprensibile. In base allo schema di decreto attuativo attualmente all'esame del Governo, è prevista un'estensione dei contenuti dell'informazione della persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa (art. 369-bis c.p.p.), all'"informazione del diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali" (comma 2, lett. d-bis c.p.p.). All'art. 4 prevede, poi, che in caso di arresto o detenzione, la persona abbia diritto a ricevere una comunicazione (*letter of rights*) contenente l'elencazione dei diritti fondamentali di cui è titolare (compreso il diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali), da tradursi "senza indugio" in una lingua a lui nota. La trasposizione interna dovrebbe toccare la modifica dell'art. 386 c.p.p.

Generico risulta il riferimento alla categoria dei decreti che dispongono la citazione a giudizio, tra i quali vanno annoverati il decreto di citazione diretta a giudizio, il decreto di giudizio immediato, il decreto che dispone il giudizio, il decreto di citazione a giudizio direttissimo e la citazione per il giudizio di appello. Sulla traduzione del decreto di fissazione dell'udienza a seguito di richiesta di patteggiamento, qualcuno potrebbe sollevare dubbi. Tuttavia, tale esclusione risulterebbe irragionevole in ragione del fatto che, al pari degli altri decreti, costituisce un atto di instaurazione del contraddittorio al fine di definire il procedimento penale.

Altrettanto generica è la categoria dei "provvedimenti che dispongono di misure cautelari". A pri-

mo acchito, l'espressione sembrerebbe sottrarre al diritto di traduzione quei provvedimenti successivi all'ordinanza cautelare: come quelli emanati in sede di impugnazione o revoca della stessa, ovvero in sostituzione dell'ordinanza cautelare emanata dal giudice dichiaratosi incompetente *ex art. 27 c.p.p.*, o ancora in sede di convalida dell'arresto e del fermo. Per non parlare delle misure pre-cautelari. Anche in questo caso, però, l'esclusione non sarebbe in linea con lo spirito della direttiva europea. In tutti i casi, il provvedimento limitativo della libertà personale deve poter essere compreso dal suo destinatario, per consentire la sua più completa difesa.

Non ci si spiega il motivo dell'esclusione delle misure cautelari patrimoniali che, sempre più spesso, assumono un carattere maggiormente afflittivo di quelle personali.

Un'assenza di non poco conto è la previsione, tra i documenti traducibili, del mandato di arresto europeo cui la direttiva 2010/64/UE dedica il par. 6 dell'art. 3. Per colmare l'ingiustificata lacuna normativa, si potrebbe pensare di includerlo tra i "documenti essenziali" di cui parla il comma 3 dell'art. 143 c.p.p. ma la fattispecie in esame non integra un obbligo di traduzione, bensì un dovere del giudice chiamato ad esprimersi sul requisito oggettivo della "essenzialità ai fini difensivi". Molto più opportuna, allora, la soluzione individuabile richiamando la Tabella di concordanza annessa alla Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo trasmessa al Senato della Repubblica, dove si evidenzia che la l. 22 aprile 2005, n. 69, all'art. 9, comma 5, richiama le norme del codice di rito in materia di misure cautelari personali, individua in questo rinvio il modo per inserire anche il mandato di arresto europeo nel novero degli atti traducibili.

In conformità al par. 3 dell'art. 3 direttiva n. 64 dove si prevede che "In qualsiasi altro caso le autorità competenti decidono se sono fondamentali altri documenti. Gli indagati o gli imputati o il loro avvocato possono presentare una richiesta motivata a tal fine", il comma 3 dell'art. 143 c.p.p. consente la "traduzione gratuita di altri atti o anche solo di parte di essi, ritenuti essenziali per consentire all'imputato di conoscere le accuse a suo carico". Essa può essere disposta "dal giudice, anche su richiesta di parte, con atto motivato, impugnabile unitamente alla sentenza".

La trasformazione del concetto europeo di "atto fondamentale" in quello italiano di "atto essenziale alla conoscenza delle accuse" potrebbe generare qualche equivoco interpretativo e portare a ridimensionare la categoria in esame, rilegandola ai soli atti contenenti un'indicazione sugli elementi costitutivi

⁷² Ampiamente, Ciampi, *La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, cit.; Kalb, *Il rafforzamento del diritto e gli effetti nell'ordinamento italiano*, cit., p. 90 ss.

del fatto. Il che non può essere possibile perché questi stessi atti sono contemplati nel secondo comma dell'art. 143 c.p.p. Si ritiene che il legislatore italiano abbia inteso richiamare l'espressione già prevista nella formulazione originaria (poi, mantenuta dal decreto legislativo in commento) dell'art. 143 c.p.p. sulla quale la Corte costituzionale, nel 1993⁷³, ha offerto un'interpretazione estensiva che ne ha ampliato il significato normativo rendendolo applicabile a tutte le ipotesi in cui l'imputato, ove non potesse giovare dell'ausilio dell'interprete o del traduttore, sarebbe pregiudicato nel suo diritto di partecipare effettivamente allo svolgimento del processo⁷⁴. Tra l'altro, nei medesimi termini si esprime la direttiva lì dove assegna al concetto di "atto fondamentale" il significato teleologico di atto funzionale a garantire l'esercizio dei diritti difensivi e l'equità del procedimento (art. 3, par.1). E' a questa doppia (ma unidirezionale) interpretazione che il giudice dovrà rifarsi nel dare contenuto al concetto di "atto essenziale".

La norma rimette la decisione al giudice, e non all'autorità procedente come, invece, fa nel comma 2 dell'art. 143 c.p.p. Non si può pensare che il giudice funzionalmente competente sia solo quello del dibattimento (nonostante la stessa norma preveda che la decisione sia impugnabile unitamente alla sentenza), posto che la dimensione oggettiva della garanzia linguistica comprende anche tutta la fase delle indagini preliminari. Di qui, si ritiene che - al di fuori del processo - la richiesta vada presentata al p.m. il quale potrà disporre personalmente la traduzione o, in caso di diniego, dovrà rimettere al giudice per le indagini preliminari.

Un ultimo accenno va fatto ai due correttivi previsti dalla direttiva per alleggerire gli oneri di traduzione, dei quali sono stati evidenziati gli impegni economici che generano a carico dello Stato. All'art. 3, par. 4, è prevista la possibilità di non tradurre i "passaggi di documenti fondamentali che non siano rilevanti allo scopo di consentire agli indagati ed imputati di conoscere le accuse a loro carico". Al par. 7, del medesimo articolo è contemplata una deroga a tutti gli obblighi di traduzione attraverso la sostituzione di una traduzione orale o un riassunto orale a condizione che "non pregiudichi l'equità del procedimento".

Il legislatore italiano ha scelto di dare attuazione al primo dei due correttivi. Al comma 3 dell'art. 143 c.p.p., contempla l'ipotesi che i documenti diversi da quelli indicati tassativamente nel comma 2 pos-

sano essere tradotti "solo in parte"; inutile dire che vanno escluse dalla traduzione quelle parti che non incidono sull'esercizio dei diritti difensivi dell'imputato non italoglotta. Valgono, infatti, le stesse considerazioni fatte in precedenza a proposito sia dell'individuazione da parte del giudice dei "documenti essenziali" che della procedura sottostante la decisione.

Il secondo correttivo, della surrogabilità della traduzione con la interpretazione, non è stato accolto dal legislatore il quale, probabilmente, non ha sottovalutato la delicatezza di siffatte tecniche. La traduzione orale "a prima vista" di un atto scritto (c.d. *sight translation*) e il riassunto orale (*summary sight translation*) rappresentano una forma molto attenuata di garanzia linguistica che potrebbe non raggiungere (perlomeno per gli atti più importanti) gli obiettivi di equità cui essa tende. Si condivide, pertanto, la scelta del legislatore. Forse, avrebbe potuto prevedersi un'ipotesi di interpretazione sostitutiva su richiesta di parte, che pone meno problemi in termini di violazione dei diritti difensivi⁷⁵.

Si prevede, comunque, che la precisione espositiva con cui il par. 7 della direttiva ha inteso dare contenuto all'ipotesi della interpretazione sostitutiva, potrà consentire al giudice di prevederla in seno alla sua decisione sulla traducibilità - anche parziale - degli atti essenziali, e alle parti di esigerla.

IL CONTROLLO SULLA QUALITÀ DELL'ASSISTENZA LINGUISTICA E SULLA NON SUPERFLUITÀ

Come detto in precedenza, la direttiva europea ha il merito di aver capito, sulla scia di una lunga esperienza europea in tema di rafforzamento dei diritti fondamentali, che la difficoltà insita nella tematica del diritto all'interprete/traduttore nel processo penale non è data dal riconoscimento di siffatto diritto (ormai incastonato tra i paradigmi del giusto processo e tra le norme minime della giustizia europea), bensì dalla adeguatezza degli strumenti apprestati per renderlo concreto ed effettivo.

Al fine di garantire siffatti requisiti, la direttiva pone grande attenzione al sistema dei controlli, ri-

⁷³ C. cost., sent. 19 gennaio 1993 n. 10, cit.

⁷⁴ Sul punto, diffusamente, Curtotti Nappi, *Il problema delle lingue nel processo penale*, cit., 377.

⁷⁵ Per maggiori approfondimenti, anche in chiave comparatista, Gialuz, *E scaduta la direttiva sull'assistenza linguistica*, cit., 13, il quale auspicava che "il legislatore consenta solo in via residuale l'interpretazione a vista e, a maggior ragione, quella a vista riassuntiva; in particolare, dovrebbe escluderle per l'atto di imputazione, la *vocatio in iudicium*, l'ordinanza cautelare e la sentenza. In relazione a questi atti fondamentali, le (pur comprensibili) esigenze di economia andranno soddisfatte con il ricorso al correttivo (più accettabile) della traduzione scritta parziale, tanto per l'imputato, quanto per la persona offesa".

chiedendo agli Stati di assicurare, nel rispetto delle loro procedure nazionali, che gli indagati ed imputati possano impugnare tanto quella decisione che abbia dichiarato superflua l'interpretazione (art. 2, par. 5) o la traduzione (art. 3, par. 5) quanto la nomina di un interprete che non risponda ai canoni di qualità (art. 2, par. 5 e art. 3, par. 5) che la stessa direttiva specifica essere quella condizione di professionalità sufficiente a tutelare l'equità del procedimento, garantendo agli imputati la comprensione delle accuse e l'esercizio dei diritti della difesa (art. 2, par. 8, e art. 3, par. 9).

Alla qualità⁷⁶, la direttiva dedica l'art. 5 richiedendo agli Stati di adottare misure atte a garantirla (par. 1), impegnando gli Stati ad istituire un registro o dei registri indipendenti e debitamente qualificati, da mettere a disposizione degli avvocati e delle autorità competenti (par. 2), prescrivendo infine che gli Stati assicurino la riservatezza dei servizi di traduzione (par. 3).

Il compito di trasposizione del legislatore non era affatto facile. Tanto nella parte relativa al sistema delle impugnazioni, quanto - soprattutto - in quella dedicata a dare concretezza procedimentale al requisito della qualità che, in Italia, non hai mai destato l'interesse delle Corti a dispetto di un lungo tentativo di sensibilizzazione esperito dalla dottrina più illuminata⁷⁷.

Partendo da quest'ultimo aspetto, va ricordato che la legge italiana non richiedeva che l'interprete fosse iscritto negli albi dei periti presso il tribunale. Tra l'altro non esiste un albo nazionale degli interpreti e traduttori, peculiarità che spiega perché questi sono direttamente interessati dalla l. 14 gennaio 2013, n. 4, recante "Disposizioni in materia di professioni non organizzate". Spesso, presso i tribunali, figura-

no in elenchi ufficiosi stilati dall'autorità giudiziaria. In qualche caso, sono iscritti presso l'albo dei periti ma, come noto agli operatori del diritto, l'iscrizione all'albo non è garanzia di professionalità, non essendo richiesti requisiti qualificanti ed aggiornati e, pur sempre, mutevoli di tribunale in tribunale.

Tutto quanto appena detto, permette di considerare abbastanza timida ed improduttiva la modifica operata dal decreto legislativo in esame che, integrando il comma 2 dell'art. 67 disp. att. c.p.p. (e modificando, di conseguenza il comma 1 dell'art. 68 disp. att. c.p.p.), contempla anche la categoria di esperti interpretariato e traduzione tra le categorie obbligatorie nell'ambito degli albi. Le perplessità aumentano in considerazione del fatto che il legislatore non ha ritenuto di dover modificare l'art. 221 c.p.p. prevedendo un obbligo a carico dell'autorità giudiziaria di scegliere il traduttore tra quelli iscritti all'albo. Le ragioni continuano ad essere chiaramente pratiche.

Il legislatore ha scelto di non modificare le norme contenute negli artt. 144, 145 e 146 c.p.p. Intanto, la previsione di un'incompatibilità tra l'interprete d'ufficio e l'interprete di parte, piuttosto che tra l'interprete che ha prestato servizio in seno alle indagini preliminari e in udienza preliminare o dibattimento, era quasi doverosa nell'ottica del raggiungimento di un livello di qualità accettabile ai fini dell'equità del procedimento. Alla base della qualità della prestazione linguistica non c'è dubbio che ci sia l'imparzialità, soprattutto in contesti - come quello penale - dove l'impatto emotivo e la delicatezza delle questioni trattate potrebbero incidere sulla resa della prestazione di un soggetto non abituato ad interagire con la giustizia penale. Altra assenza ingiustificata è quella che riguarda l'incompatibilità con l'interprete impiegato nell'ascolto delle intercettazioni telefoniche, nonostante (a non voler dire, *a fortiori*) la recente giurisprudenza delle Sezioni Unite espresse in tale direzione⁷⁸. Si auspicava giustamente che "il legislatore aggiornasse la formulazione dell'art. 146, comma 2, c.p.p. riprendendo i canoni essenziali scolpiti nei codici etici: in particolare, l'obbligo di accuratezza (più che di fedeltà), quello di neutralità e quello di confidenzialità. Infine, andrebbe ripensato anche l'art. 145 () estendendo la possibilità di ricusare l'interprete che non offre un'assistenza di qualità sufficiente a tutelare l'equità del procedimento"⁷⁹.

⁷⁶ Prima d'ora nei testi internazionali non si era mai usato il concetto di qualità. Il Libro verde, al par. 5, prevede "il diritto di farsi assistere da un interprete e/o traduttore competente e qualificato (o giurato) in modo che l'imputato comprenda le accuse formulate contro di lui e di seguire il procedimento". La Corte di Strasburgo, da canto suo, ha usato il criterio dell'adeguatezza come parametro di verifica della sufficiente tutela apprestata dagli Stati membri nei singoli casi. Per tutti, Corte e.d.u., 19 dicembre 1989, Kamasinski c. Austria.

⁷⁷ A molti, per non dire a tutti, è parso necessario che la valutazione concernente l'idoneità dell'interprete venga considerata mera questione di fatto, rimessa all'apprezzamento del giudice di merito. Cfr. Cass., sez. III, 15 marzo 1993, Cass. pen., 1994, 1867 ss. In dottrina, affascinanti le parole di Cordero, *Codice di procedura penale*, II, Torino, 1992, 170, il quale si sofferma sonoramente sulla mancanza del rilievo assunta dall'inettitudine dell'interprete nell'assetto normativo del codice di rito penale: "scelto qualcuno impari il compito, mancando rimedi preventivi: Dio voglia che l'autorità procedente se ne accorga sul campo sostituendolo". V., altresì, Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, Milano, 1999, 256.

⁷⁸ Cass., sez. un., 10 maggio 2011, Eke Sony, Cass. pen., 2011, 4177, con nota di Sau, *Il traduttore designato ex art. 268 c.p.p. per la trascrizione di comunicazioni in lingua straniera non può svolgere, per incompatibilità, le funzioni di interprete nello stesso procedimento*.

⁷⁹ Così Gialuz, *E scaduta la direttiva sull'assistenza linguistica*, cit., 15.

Passando al secondo punto dolente, altrettanto impervia era l'opera del legislatore chiamato a dare attuazione alla precisa richiesta della direttiva di elaborare, seppur nel rispetto della disciplina interna di ciascun Stato, un rimedio che consenta alla parte di far valere l'eventuale inesatta decisione del giudice in merito alla superfluità della nomina e il dubbio sulla qualità della sua prestazione (art. 2, par. 5; art. 3, par. 5). In poche parole, il legislatore italiano avrebbe dovuto agire sul sistema delle impugnazioni creando, a nostro avviso, una procedura più diretta e tempestivamente celere tesa ad attivare un giudice del controllo sulla questione linguistica; una specie di procedura incidentale. Del resto, il requisito europeo dell'assistenza "senza indugio" e della traduzione in un "tempo ragionevole" (art. 2, par. 1; art. 3, par. 1) non può che estendersi all'intera dinamica procedimentale che porta a rendere effettiva l'attuazione del diritto linguistico.

Nulla, in tal senso, è stato previsto dal legislatore. Tra l'altro, va fatto notare che l'attuale sistema d'impugnazione applicabile ai provvedimenti viziati da nullità potrebbe non risultare utile ai nostri fini posto che la giurisprudenza italiana prevalente continua ad avere difficoltà nel riconoscere sia la nullità a regime intermedio per gli atti a "contenuto difensivo" non resi intelligibili all'imputato per mancata traduzione del loro contenuto⁸⁰, che la nullità assoluta per quelli contenenti la *vocatio in iudicium* in sola lingua italiana⁸¹. Per di più, secondo un diffuso orientamento ermeneutico, l'omissione dell'adempimento non incide sulla perfezione o sulla validità dell'atto stesso ma sulla sua efficacia, con la conseguenza che la traduzione può essere successivamente disposta, determinandosi una sorta di restituzione nel termine, con riferimento al momento produttivo degli effetti, per consentire l'eventuale impugnazione dello stesso da parte dell'indagato all'oglotta⁸².

⁸⁰ Impossibile richiamare gli orientamenti ermeneutici espressi sui tanti temi legati alla tutela linguistica. Tra essi, meritano attenzione quelli sulla mancata presenza del difensore in sede di udienza di convalida dell'arresto (Cass., sez. I, 14 ottobre 2009, n. 41934, *CED Cass.*, 245063; sez. IV, 17 maggio 2007, n. 26468, *ivi*, 236995), di perquisizione (Cass., sez. III, 24 giugno 2009, n. 27194, *Olichey*, *CED Cass.*, 244243). *Contra*, sul riconoscimento di una nullità a regime intermedio, Cass., sez. I, 13 giugno 2013, n. 26705, *CED Cass.*, 255972 (con una apprezzabile motivazione che lega il diritto all'interprete al diritto di difesa); Cass., sez. I, 31 maggio 2013, n. 32000, *ivi*, 245113 (entrambe sul l'atto di elezione di domicilio).

⁸¹ Sulla mancata traduzione del decreto di citazione a giudizio, Cass., sez. un., 31 maggio 2000, n. 12, *cit.*; Cass., sez. IV, 15 dicembre 1999, n. 1141, *Guida dir.*, 2000, 10, 88 (espressi in termini di nullità relativa); Trib. Milano, 8 marzo 1993, *Hichman*, *Arch. n. proc. pen.*, 1993, 599 (in termini di nullità relativa).

⁸² In tema di misure cautelare, tra le tante, Cass., sez. un.,

Quest'ultima soluzione potrebbe continuare ad essere preferita per la mancata traduzione degli atti scritti facendo leva - paradossalmente - sulla direttiva 2010/64/UE (e sulla sua trasposizione nel primo comma dell'art. 143 c.p.p.), lì dove impone che la traduzione debba essere disposta in un tempo ragionevole. La qual cosa fa supporre che la traduzione, potendo avvenire in un momento successivo rispetto alla formazione dell'atto, non attiene alla sua struttura ma è solo funzionale al successivo esercizio del diritto di difesa. Dal che troverebbe conferma l'impostazione secondo cui l'atto invalido non è quello da tradurre bensì, eventualmente, quelli successivi alla mancata traduzione ed in funzione dei quali l'adempimento doveva essere compiuto. E che, tutt'al più, per quegli atti inintelligibili da compiersi in termini perentori, la violazione non comporti una nullità ma legittimi la restituzione nel termine.

La questione è di difficile soluzione. Riteniamo che tale ultima interpretazione possa essere condivisa, non senza la consapevolezza che ad essa si è giunti (sia a livello europeo che statale) per rimediare ad una oggettiva difficoltà di dare effettiva concretezza alla tutela linguistica che esigerebbe, data la dimensione quantistica del fenomeno in termini di soggetti legittimati ed atti processuali coinvolti, un apparato organizzativo molto ampio e strutturato, forse irrealizzabile. In questa estrazione "realistica" del livello di regolamentazione della tutela linguistica, almeno, c'è piena conformità tra UE e Italia.

LE RACCOMANDAZIONI DEL TRIBUNALE DI MILANO

A questo punto, tornano molto utili le raccomandazioni emanate il 4 giugno scorso dal tribunale di Milano al "fine di assicurare la tendenziale uniformità delle migliori prassi applicative in materia" di assistenza linguistica rispetto alla direttiva 2010/64/UE⁸³. Ci consentono di completare il difficile ed intricato lavoro di valutazione sull'adeguatezza degli strumenti offerti dal d. lgs. n. 64 del 2014 e, ancor più, di testare la correttezza delle previsioni formulate sull'atteggiamento dei futuri giudici sia nei confronti delle "nuove" norme su cui si è scontata fino ad oggi una rigida chiusura giurisprudenziale, sia (e soprattutto) verso l'eventuale integrazione delle "parti non recepite" dal legislatore. In buona sostanza, si può cominciare a capire se lo spirito della di-

24 settembre 2003, n. 5052, *CED Cass.*, 226717; Cass., sez. V, 12 marzo 2013, n. 18023, *ivi*, 255510.

⁸³ Leggile in *Dir. pen. contemporaneo*.

rettiva ha fatto breccia nel nostro contesto giudiziario ed in che termini, in caso positivo, si sia superato un ordinamento non completamente adempiente; se con interpretazioni conformi o immediata applicazione della direttiva.

Si può senz'altro dire che le raccomandazioni hanno colto appieno l'obiettivo perseguito a livello europeo, che non era riconoscere l'esistenza di un diritto ma stimolare l'applicazione di meccanismi automatici che, ponendo fine alle prassi devianti dei decenni passati, rendessero effettiva la tutela linguistica pur prevedendo dei temperamenti. Tre i percorsi seguiti per dare concretezza alla direttiva: la riduzione della discrezionalità del giudice in ordine alla valutazione del presupposto soggettivo; un ampio ricorso alla rinuncia da parte dell'imputato; la previsione di interpretazioni orali sostitutive della traduzione scritta in ipotesi di urgenza o su richiesta dell'interessato.

Si noti che sono tutti criteri non contemplati dal legislatore ma ricavati da un'applicazione diretta della fonte eurounitaria, anche in quei suoi paragrafi non particolarmente descrittivi. Il che fa pensare al tentativo, per un verso, di integrare l'incompiuta opera del Governo in parti considerate funzionali alla piena realizzazione della garanzia linguistica così come richiesta dall'UE e, dall'altro, di evitare malsane prassi applicative che darebbero la stura a numerosi ricorsi ingolfando ulteriormente i processi penali.

Quanto al primo "percorso", relativo all'accertamento della mancata conoscenza, s'individuano gli elementi dai quali il giudice deve poter comprendere il livello di padronanza della lingua italiana. Nel caso di imputato presente, questi sono tratti sia dalle domande a lui rivolte, sia da altri elementi come il tempo di permanenza in Italia, lo svolgimento di attività lavorativa sul territorio, il possesso di documenti, la soggezioni ad altri procedimenti penali, ecc. All'interprete, l'imputato può rinunciare dichiarando di comprendere la lingua del processo ovvero manifestando espressa rinuncia ad avvalersene; rinuncia della quale viene reso edotto dal giudice. Nel caso di imputato assente, si procede alla traduzione degli atti scritti in presenza del presupposto soggettivo.

La prima parte della raccomandazione è in linea con la giurisprudenza italiana espressasi sul punto. La seconda parte, relativa alla possibilità della rinuncia, rappresenta una lodevole novità rispetto ad un ordinamento nazionale inerte ed una direttiva europea, invece, esaustiva nel prevedere che

"Qualsiasi rinuncia alla traduzione dei documenti () è soggetta alle condizioni che gli indagati o gli imputati abbiano beneficiato di una previa consulenza legale o siano venuti in altro modo pienamente a conoscenza delle conseguenze di tale rinuncia e che la stessa sia inequivocabile volontaria" (art. 3, par. 8).

Particolare attenzione è dedicata alla rinuncia alla traduzione scritta per la quale è previsto che il "giudice spieghi all'imputato le conseguenze della rinuncia", inserendola a verbale (peraltro, con una frase già indicata nelle raccomandazioni).

Per alleggerire il carico di lavoro, è esclusa la traduzione della sentenza di proscioglimento, salva diversa richiesta dell'imputato; è prevista quella della sentenza di condanna, salva rinuncia.

In applicazione del comma 3 dell'art. 143 c.p.p., che contempla la traduzione anche parziale degli atti essenziali, ne è prevista un'ipotesi per le ordinanze cautelari e le sentenze con più imputati, fatto salvo il consenso dell'interessato.

Novità che farà discutere è la previsione della c.d. *slight transaltion*, su consenso dell'imputato, per la sentenza di patteggiamento e di giudizio abbreviato.

Nessuna traduzione è invece prevista per il decreto penale di condanna quando emerga "in modo certo" la conoscenza della lingua del processo. Non è difficile immaginare che la previsione creerà problemi interpretativi in ordine al concetto di "certezza" che, nella realtà, può avere molteplici sfumature.

Chiudendo l'annosa polemica sulla valenza strutturale della traduzione rispetto al contenuto essenziale dell'atto, il tribunale di Milano sembra ammettere che essa non ne costituisca parte fondante. Infatti, prevede che la traduzione della sentenza possa avvenire non contestualmente all'emanazione della motivazione ma per ovviare i prevedibili problemi di ritardo, contempla una prima ipotesi di rinuncia in udienza da parte dell'interessato presente, in mancanza della quale prevede che il giudice scelga se invitare l'interprete a effettuare la traduzione entro i termini di deposito della motivazione ovvero (con puntuale indicazione a verbale) in un momento successivo dal quale far decorrere i termini di impugnazione della sentenza.

Infine, nel giudizio di appello, prima della fissazione dell'udienza, il presidente prevede un ulteriore controllo "cartolare" della mancata conoscenza della lingua italiana dell'imputato e, in caso positivo, dispone la traduzione del decreto che dispone il giudizio.

FILIPPO GIUNCHEDI*

Professore incaricato di Diritto processuale penale – Università degli Studi Niccolò Cusano di Roma

Captazioni “anomale” di comunicazioni: prova incostituzionale o mera attività di indagine?

*“Abnormal” abstraction of communication:
unconstitutional evidence or mere investigations?*

Ricorre sempre più frequentemente l'acquisizione di dati da *smartphone* e *personal computer* eludendo l'applicazione della disciplina in materia di intercettazioni. La giurisprudenza tende a inquadrare queste ipotesi in attività volte a proseguire le indagini e individuare il colpevole con conseguente elusione dei diritti fondamentali. La letteratura, al contrario, richiama il rispetto dei valori costituzionali riconducendo la loro violazione alla prova incostituzionale, sanzione non desumibile dal codice di rito criminale, ma dall'ordinamento giuridico.

Data acquisition from smartphones and personal computers increasingly frequent recourse evading the application of the rules on wiretapping. The case law tends to frame these hypotheses in activities to continue investigations and identify the culprit resulting in circumvention of fundamental rights. The literature, in contrast, refers to the observance of constitutional values bringing back their unconstitutional violation of the trial, no sanction can be deduced from the criminal procedural code, but by the legal system.

IL TEMA DI INDAGINE ED I VALORI “IN GIOCO”

Quid iuris nell'ipotesi in cui nel contesto della *scena criminis*¹ l'inquirente rinventa un cellulare che poi incomincia a squillare così che possa acquisire, mediante la lettura del display, gli estremi del chiamante? E quali le conseguenze qualora quest'idea decida di rispondere alla chiamata? E se, sotto

mentite spoglie, incentivi la conversazione per cogliere più elementi possibili per lo sviluppo delle indagini?

Allo stesso tempo non può trascurarsi la possibilità che venga acquisito il contenuto di sms o *e-mail* da uno *smartphone* o, limitatamente alle sole *e-mail*, da un *personal computer*.

Sono questi alcuni degli interrogativi che è opportuno porsi in ragione di una situazione che non è infrequente che si verifichi; risolta finora in modo non appagante e che si presenta ancora avvolta da una cortina di mistero in quanto il codice non prevede delle coordinate precise sul punto, lasciando il campo alle deformazioni della prassi spesso in-

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

¹ Sul tema, per la ricca disamina delle possibili situazioni riscontrabili e per l'approccio multidisciplinare, Curtotti-Saravo (a cura di), *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine. Norme, tecniche, scienze*, Torino, 2013.

curante, in nome della proficuità delle indagini, dei principi fondamentali.

È fuor di dubbio che il codice di rito risulti incapace di adeguarsi allo sviluppo tecnologico con l'inevitabile conseguenza di trovarsi impreparato nel gestire determinate situazioni in parte generate da zone franche sul piano delle sanzioni processuali. In tal modo si sono legittimate prassi devianti in quanto contrastanti con la Costituzione portando, in ricaduta, ad una caleidoscopica sequenza di decisioni di incertezza operativa e giuridica, tendenti ad aggirare con *nonchalance*, mediante una camaleontica interpretazione delle norme, le ideologie che ne hanno animato il conio². Allo stesso tempo si sono poste in rotta di collisione con i diritti dell'individuo tutelati dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo³, segnando la crisi della legalità processuale⁴. Quest'ultima, per difendersi dagli "attacchi" legati all'incedere della tecnologia, ha trovato il suo antidoto nella c.d. prova incostituzionale per la quale è applicabile la sanzione dell'inutilizzabilità⁵.

Sulla base di queste premesse cercheremo di ricondurre a sistema le situazioni delineate procedendo per gradi. Dopo una rassegna esemplificativa dello "stato dell'arte", si passerà ad un inquadramento sistematico delle situazioni ipotizzate onde tentare di approdare a qualche punto fermo che funga da base per una discussione metodologicamente ortodossa la quale, da un lato, consideri i valori in gioco in relazione ai principi fondamentali e, dall'altro, non trascuri le esigenze investigative finalizzate a evitare vuoti conoscitivi.

L'INTERPRETAZIONE (ELUSIVA) DELLA CASSAZIONE

Le decisioni edite in tema non sono numerose, ma tutte quante risultano elusive dei diritti fondamentali sottesi alle tematiche in esame in quanto, pur avendo ad oggetto delle comunicazioni, escludono la "copertura" costituzionale prevista dall'art. 15

Cost. che prevede una riserva di legge e una di giurisdizione⁶.

Tendenzialmente la giurisprudenza ha escluso che l'attività della polizia giudiziaria, consistente nel rispondere alle telefonate provenienti su un apparato telefonico utilizzato per commettere un reato e, poi, nell'annotare il contenuto delle relative conversazioni, rientri nell'attività di intercettazione. Il protocollato indirizzo di legittimità, infatti, la colloca sulla *scena criminis*. Attività che solitamente è gestita dalla polizia giudiziaria in virtù del parametro normativo di cui all'art. 348 c.p.p. relativo all'assicurazione delle fonti di prova. Infatti, come è noto, rispetto all'originario accentramento direttivo dell'inchiesta in capo al pubblico ministero, ora l'attività di p.g. gode di una maggiore autonomia soprattutto in riferimento a scelte da effettuare senza indugio, creando così un binario investigativo⁷ parallelo a quello coordinato dal p.m. La *ratio* riposa nella necessità di evitare vuoti investigativi potenzialmente deleteri per la completezza delle indagini che potrebbe essere vanificata dalla mancanza di prontezza del titolare dell'inchiesta nell'impartire direttive⁸. Ed è in questa zona franca che vengono collocate le operazioni configurate nell'*incipit*.

Ma procediamo con ordine.

In una decisione la Cassazione ha spiegato che per aversi intercettazione tutti gli interlocutori devono essere ignari della captazione e che questa deve essere effettuata mediante la predisposizione di strumentazione atta ad apprendere le conversazioni altrui all'insaputa di tutti gli interlocutori⁹.

Il primo profilo risponde all'interpretazione offerta dalla stessa dottrina¹⁰ che ha sempre ritenuto che l'intercettazione debba avere ad oggetto dialoghi riservati, senza che uno dei due interlocutori interferisca nella determinazione della conversazione, magari provocando certe dichiarazioni. Anche l'aspetto relativo all'utilizzo di strumenti tecnici di

⁶ Barile-Cheli, *Corrispondenza (libertà di)*, *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 163 ss.; Pace, sub art. 15, Branca (a cura di), *Comm. della Costituzione*, Bologna, 1970, 80; Troisio, *Corrispondenza (libertà e segretezza della)*, *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 1.

⁷ Lupària, *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, 175; analogamente D'Ambrosio-Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, 2003, 150.

⁸ Lupària, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, cit., 178.

⁹ Cass., sez. IV, 7 novembre 2001, n. 7724, *CED Cass.*, 220945; Id., sez. I, 2 marzo 1999, n. 7239, *Cass. pen.*, 2000, 690; Id., sez. VI, 8 aprile 1994, n. 6633, *Riv. pen.*, 1994, 856.

¹⁰ Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 14; Filippi, *Intercettazioni telefoniche (dir. proc. pen.)*, *Enc. dir.*, cit., VI, Agg., 2002, 567; Illuminati, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, 27.

² Curtotti, *I rilievi e gli accertamenti sul locus commissi delicti nelle evoluzioni del codice di procedura penale*, Curtotti-Saravo (a cura di), *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine. Norme, tecniche, scienze*, cit., 38.

³ Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 75; nonché, con specifico riferimento alle interferenze nelle comunicazioni, Grevi, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale*, *Giur. cost.*, 1973, 341.

⁴ Galantini, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, *Cass. pen.*, 1999, 1993; Santoriello, *Legalità processuale*, *Dig. pen.*, VI, Agg., Torino, 2011, 324.

⁵ Cass., sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, *Guida dir.*, 2003, 42, 49.

percezione del suono, per la maggioranza degli autori, costituisce elemento dirimente per caratterizzare un'intercettazione¹¹, nonostante altri studiosi propendano per un'interpretazione allargata sostenendo che si possa captare utilizzando anche le comuni facoltà sensoriali (ad esempio origliando)¹².

La lettura della parte motiva di alcune di queste decisioni offre ulteriori spunti di riflessione in quanto, come spesso accade, le massime¹³ tendono a generalizzare il principio emergente in relazione ad un caso specifico.

In una risalente sentenza, la persona offesa, ufficiale di p.g. delegato a svolgere le indagini, aveva deciso di registrare un colloquio con l'indagato; colloquio che era stato ritenuto captato legittimamente, senza la necessità di attivare il procedimento previsto dagli artt. 266 e segg. c.p.p. in quanto «nessuna norma vieta ad un cittadino di "memorizzare" il contenuto di una sua conversazione; e la "memorizzazione" può avvenire tenendo a mente il contenuto del dialogo, oppure utilizzando strumenti (prendendo appunti, trascrivendo frasi, stenografando, ovvero, se del caso, registrando la conversazione con un magnetofono). Che se poi il soggetto, interlocutore nel colloquio, è chiamato a deporre su questo dialogo (quale accadimento di cui egli stesso è stato protagonista) nulla vieta che possa servirsi dei suoi appunti o della registrazione effettuata, a supporto del suo ricordo, personale, di fatti»¹⁴. In sintesi, secondo detta decisione, la registrazione da parte di uno degli interlocutori, all'insaputa o meno dell'altro (ed è questa seconda ipotesi quella oggetto delle pronunce in esame), costituisce una mera forma di documentazione concordemente ad altri arresti giurisprudenziali che escludono persino che ciò attenti alla libera autodeterminazione dell'interlocutore ignaro della registrazione¹⁵.

¹¹ Illuminati, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit., 37.

¹² In generale Bruno, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, *Dig. pen.*, cit., VII, 1993, 179, ed in riferimento alle intercettazioni tra presenti Spangher, *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, *Arch. pen.*, 1994, 5.

¹³ Furfaro, *Nomofilachia*, *Dig. pen.*, cit., VI, Agg., 2011, 340, limpido nello spiegare come l'abuso del precedente sia dettato da «un certo disinvoltto affidarsi alle massime della giurisprudenza senza considerare affatto le specificità delle fattispecie trattate». Nei medesimi termini, con riferimenti non esclusivamente al sistema penale, Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, AA.VV., *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, www.juridicas.unam.mx, 799, per il quale «l'applicazione della regola formata su una decisione precedente non si fonda sull'analogia dei fatti, ma sulla sussunzione della fattispecie successiva in una regola generale».

¹⁴ Così la parte motiva di Cass., sez. I, 2 marzo 1999, n. 7239, cit.

¹⁵ Cass., sez. VI, 8 aprile 1994, n. 6633, cit.

L'aspetto che desta maggiore allarme è quello relativo alla circostanza che la deposizione dell'interlocutore captante possa surrogare la registrazione stessa poiché la Cassazione ritiene che quest'ultima costituisca uno degli strumenti per memorizzare, ma non certamente l'unico, potendosi anche procedere mediante la deposizione, prendendo appunti, etc. Questa interpretazione alimenta perplessità di non poco conto, posto che procedendo in tal modo non rimarrebbe neppure un elemento oggettivo della conversazione su cui contraddire.

Oggiogiorno, infatti, il reiterato utilizzo della prova per intercettazioni ha inevitabilmente comportato un adeguamento da parte dei soggetti potenzialmente captabili nell'utilizzare un linguaggio criptico; da qui la necessità, prima di natura investigativa e poi probatoria, di procedere ad un'interpretazione logica, coerente e rilevante sul *thema probandum* di detto linguaggio. Un'indagine svolta da un accreditato studioso in materia¹⁶ ha messo in luce la necessità di individuare dei criteri di decrittazione del linguaggio che deve snodarsi sulla logica, sul criterio di ragionevolezza e sull'elaborazione di massime di esperienza. Spesso l'interpretazione del linguaggio criptico è influenzata dal risultato al quale si vuole pervenire; per scongiurare ciò è opportuno che l'interpretazione del linguaggio gergale oggetto della captazione costituisca il terminale di un percorso che si basa su un «contesto di ricerca validabile e ricostruibile nuovamente nelle successive fasi del giudizio, fondato sull'analisi critica degli elementi di fatto emergenti dal testo in analisi, che fonda la ricostruzione "esplicita" di un fatto o di un episodio in modo sincronico al contesto di scoperta e, quindi, pienamente coerente con i dati d'analisi forniti dall'indagine»¹⁷. Ed è naturale che, surrogando la registrazione del brano con l'appunto o la verbalizzazione della p.g., tutti questi aspetti verrebbero meno, dovendocisi affidare alla solipsistica impressione dell'inquirente.

Allo stesso modo, non può nemmeno dirsi violato un potenziale affidamento dell'altro interlocutore in quanto è «pacifico che ciascuno dei soggetti tra i quali intercorre una comunicazione ha pieno ed esclusivo diritto sulla comunicazione stessa nella sua interezza e quindi può disporre della stessa anche facendone venire meno la segretezza, indipen-

¹⁶ Scippa, *L'interpretazione del "linguaggio criptico" nelle intercettazioni telefoniche*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 591.

¹⁷ Scippa, *L'interpretazione del "linguaggio criptico" nelle intercettazioni telefoniche*, cit., 596.

dentemente dalla circostanza che l'altro soggetto sia o non consapevole o consenziente»¹⁸.

Altro precedente di legittimità¹⁹, pur avallando quanto sinora illustrato, parte da un differente presupposto e cioè dalla possibilità per la p.g. di poter rispondere alle telefonate provenienti sugli apparati telefonici di soggetti arrestati e sottoposti al vincolo del sequestro penale, dal che la possibilità di utilizzare in sede di indagine, quali sommarie informazioni ex art. 351 c.p.p., il contenuto trascritto delle conversazioni intercorse tra chiamanti e inquirenti.

Ma il profilo dell'*adprehensio* non appare certamente risolutivo ben potendo verificarsi l'ipotesi in cui l'ufficiale di p.g. proceda all'ascolto del contenuto di chiamate provenienti all'indirizzo di un telefono abbandonato sul luogo dell'intervento operativo. Situazione che, in linea con l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza, non costituisce intercettazione²⁰.

Alle stesse conclusioni si è pervenuti tanto in relazione all'individuazione dell'apparecchio chiamato tramite la sottoposizione al controllo dell'utenza chiamata²¹, quanto mediante l'acquisizione dei dati comparsi sul *display* di un apparato telefonico²².

¹⁸ Cass., sez. IV, 7 novembre 2001, n. 7724, cit., in motivazione, ove si spiega pure che «indiretta conferma della esattezza di tale conclusione giuridica si trae anche dal fatto che l'art. 617 c.p. punisce chi prende cognizione di comunicazioni o conversazioni a lui non dirette solo a condizione che tale condotta sia posta in essere "fraudolentemente", cioè con mezzi e modalità idonee a far sì che essa non venga percepita da alcuno dei soggetti tra i quali la conversazione o comunicazione intercorre. E la disciplina autorizzatoria di cui agli artt. 266 e segg. c.p.p. è appunto finalizzata a rendere lecito, a determinate condizioni, ciò che altrimenti costituirebbe reato proprio in virtù del citato art. 617 c.p.». Analogamente Cass., sez. II, 7 aprile 2004, n. 39192, *Arch. n. proc. pen.*, 2005, 751.

¹⁹ Cass., sez. IV, 29 febbraio 2000, n. 1477, *Cass. pen.*, 2001, 2420.

²⁰ Cass., sez. VI, 30 maggio 2007, n. 26632, *CED Cass.*, 237493.

²¹ Cass., sez. II, 7 ottobre 1998, n. 5896, *Giur. it.*, 1999, 1687, con nota di Filippi, *Il rilevamento del «tracciato axe»: una nuova denominazione per una vecchia tecnica di indagine*.

²² Cass., sez. IV, 8 maggio 2003, n. 3435, *Riv. pen.*, 2005, 1246, secondo la quale «l'utilizzazione dei dati segnalati sul *display* di un apparecchio di telefonia mobile non necessita del decreto di autorizzazione del g.i.p. in quanto tali elementi non sono assimilabili al contenuto di conversazioni o comunicazioni telefoniche, la cui utilizzazione è disciplinata dagli artt. 266 e segg. c.p.p.; l'acquisizione del cellulare, infatti, rientra, trattandosi di oggetto da cui trarre tracce o elementi di prova, tra gli atti urgenti demandati agli organi di polizia giudiziaria, ai sensi degli artt. 55 e 348 c.p.p., e, come tale, non è subordinata alla preventiva autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria». In termini analoghi, Cass., sez. I, 13 marzo 2013, n. 24219, *CED Cass.*, 255973, per la quale «la rilevazione del numero di una utenza contattata, conservato nella memoria di un apparecchio di telefonia mobile, è una operazione non assimilabile all'acquisizione dei dati di traffico conservati presso il gestore dei servizi telefonici e non necessita, quindi, del decreto di autorizzazione dell'autorità giudiziaria, potendo con-

In ambedue i casi il percorso della Suprema Corte si fonda sulla circostanza che rientri nell'attività di polizia giudiziaria, limitandosi questa a raccogliere ogni elemento utile alla ricostruzione del fatto e all'individuazione del colpevole; attività in cui rientra anche l'accertamento, mediante il tracciato axe, dell'utenza di partenza. E lo stesso è a dirsi del caso in cui la p.g. acquisisca il contenuto di un sms leggendo il *display* (e ciò vale anche per tutte le comunicazioni acquisite osservando il monitor di un *personal computer*).

In queste due ipotesi, ricorrenti con frequenza, secondo la giurisprudenza non si verifica alcuna lesione del diritto alla riservatezza, poiché servono solo ad accertare la comunicazione intervenuta tra due soggetti²³. Avallare una simile motivazione dovrebbe portare a confinare l'acquisizione al solo dato esteriore della comunicazione (Tizio ha contattato Caio all'utenza *a*, il giorno *b*, all'ora *c*, mediante l'utenza *d*), escludendo quello interiore (Tizio e Caio si sono parlati o scritti del tal argomento).

IL DIFFERENTE (E GARANTISTA) APPROCCIO DELLE CATTEDRE

È oramai unanimemente riconosciuto che i caratteri fondamentali delle intercettazioni siano costituiti dalla segretezza della comunicazione captata, dalla terzietà di colui che effettua l'intercettazione e dalla sua clandestinità²⁴.

Le ipotesi sinora analizzate non soddisfano questi tre presupposti in quanto, come visto, difetta quantomeno la clandestinità di colui che intercetta, a meno che uno di questi operi sotto mentite spoglie come nel caso dell'agente segreto attrezzato per il suono.

Non dubitiamo del fatto di escludere che trattasi di intercettazione, ma allo stesso tempo è opportuno valutare se sia opportuno inquadrare dette situazioni in attività di p.g., volta a assicurare le fonti di prova (artt. 55 e 348 c.p.p.) poiché entrano in gioco parametri costituzionali che non possono essere elusi disinvoltamente ipostatizzando la fattispecie dai diritti che tutela.

E si spiega.

L'art. 15 Cost. assicura l'inviolabilità e la segretezza delle comunicazioni del mittente e del desti-

seguire ad una mera attività di ispezione del telefono da parte della polizia giudiziaria».

²³ Così la più diffusa motivazione di Cass., sez. II, 7 ottobre 1998, n. 5896, cit.

²⁴ Esemplarmente Filippi, *Intercettazioni telefoniche (dir. proc. pen.)*, cit., 567.

nario con la conseguenza che la p.g., rispondendo al telefono dell'indagato - presente o assente poco importa - viola la segretezza della conversazione dell'indagato stesso e dell'interlocutore. E nemmeno potrebbe obiettarsi, nell'ottica del proprietario dell'apparato telefonico, l'eventuale vincolo di sequestro, posto che questo crea l'indisponibilità della *res* per ragioni di giustizia, escludendo in capo alla p.g. un'autorizzazione all'utilizzo al posto del detentore. In ragione di ciò si è ritenuto²⁵ che vi sia una duplice violazione della norma costituzionale per violazione sia della riserva di legge, poiché è ammessa l'intercettazione, ma non l'ingresso in una conversazione (Tizio chiama Caio utilizzatore dell'utenza ed invece risponde Mevio), sia della riserva di giurisdizione in quanto trattasi di attività poste in essere su iniziativa della p.g. e non del giudice. Da ciò ne consegue l'inutilizzabilità dei risultati di tale attività in quanto rientranti nella c.d. prova incostituzionale²⁶ in linea con i più pregnanti parametri europei previsti dall'art. 8 C.e.d.u. a tutela della *privacy*²⁷.

Questo approdo può, a prima vista, lasciare perplessi perché se, da un lato, tende ad escludere che l'attività posta in essere dalla p.g. costituisca intercettazione, dall'altro non si vede come possano valere le garanzie per questa previste con i conseguenti divieti di utilizzazione dei risultati. Le anzidette perplessità possono essere fugate pensando a come queste prassi siano finalizzate ad aggirare le pregnanti garanzie previste per le intercettazioni mediante un'attività di indagine che, sotto il falso pretesto di non disperdere utili elementi conoscitivi²⁸,

²⁵ Filippi, *Ascolto o trascrizione di telefonate all'inquisito: sommarie informazioni o prova incostituzionale?*, *Dir. pen. proc.*, 2001, 1395, al quale si rinvia per la ricca casistica in ordine alla giurisprudenza costituzionale e delle Sezioni unite circa la prova incostituzionale.

²⁶ Di prova incostituzionale se ne fece cenno per la prima volta in C. cost., sent. 6 aprile 1973, n. 34, *Giur. cost.*, 1973, I, 340, secondo cui il principio di inviolabilità delle comunicazioni «sarebbe gravemente compromesso se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza previa, motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Se ciò avvenisse, un diritto "riconosciuto e garantito" come inviolabile dalla Costituzione sarebbe davvero esposto a gravissima menomazione» con la conseguenza che le «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito». A questa seguirono altre decisioni, tra cui si ricordano C. cost., sent. 7 maggio 1975, n. 120, *Giur. cost.*, 1975, 1271; Id., sent. 11 marzo 1993, n. 81, *ivi*, 1993, 731.

²⁷ Tra le pronunce maggiormente significative cfr. Corte e.d.u., 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito.

²⁸ In questa prospettiva v. la plastica immagine offerta da Furfaro, *Riservatezza*, *Dig. pen.*, cit., IV, *Agg.*, 2008, 1076, laddove spiega come nel corso del tempo la posizione della Consulta si

si pone in antitesi con le garanzie dell'individuo²⁹. Da qui l'operatività dell'art. 191 c.p.p., strumento operativo per espungere dallo scibile processuale le prove incostituzionali³⁰ in quanto «non è necessario infatti che le garanzie siano puntualmente previste nel testo normativo che disciplina una materia; possono rinvenirsi in altre norme o nei principi generali, anche contenuti nella Carta costituzionale, che disciplinano le attività processuali»³¹.

La possibile obiezione della derivazione non da fonte legislativa, ma direttamente dalla *Grundnorm* risulta ormai superata con la natura *selfexecuting* dei parametri costituzionali che supera l'assenza di una norma che commini l'inutilizzabilità del dato probatorio³², il quale, in tal modo, consente di salvaguardare il sistema da attentati provenienti da attività atipiche tali da aggirare il dato normativo con parallela violazione dei diritti fondamentali³³.

EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI VS EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA

Le conclusioni alle quali si è pervenuti, decisamente controcorrente rispetto al salvifico approccio della giurisprudenza nelle fattispecie in esame, portano a riflettere sulla profonda divaricazione tra quanto avviene negli ambulatori dei palazzi di giustizia e l'inquadramento sistematico che nelle aule universitarie si suole insegnare e cioè che certe patologie dell'atto, sebbene non legislativamente previste, non possono di per sé ritenersi esperibili in quanto vi è un obbligo prescritto dall'art. 124 c.p.p. di osservare le norme del codice di rito «anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale». Ma in verità questa disposizione,

sia adagiata su «posizioni a dir poco possibiliste allorché la riservatezza si sia "scontrata" col processo penale: segno davvero evidente di come, in tema, la rimozione di ostacoli all'indagine sia più importante della tutela dei diritti fondamentali».

²⁹ Così, ad esempio, il monito di Filippi, *Ascolto o trascrizione di telefonate all'inquisito: sommarie informazioni o prova incostituzionale?*, cit., 1396.

³⁰ Cass., sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, cit., ma già prima Id., sez. un., 27 marzo 1996, n. 5021, *Dir. pen. proc.*, 1996, 1122, che, in tema di perquisizione, spiega come siano inutilizzabili le prove affette da «un vizio del procedimento formativo od acquisitivo che incide, negativamente, sui diritti fondamentali del cittadino».

³¹ Cass., sez. un., 23 febbraio 2000, n. 6, *Cass. pen.*, 2000, 3245; in termini analoghi Cass., sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, cit. e, ancor prima, Cass., sez. un., 13 luglio 1998, n. 21, *Cass. pen.*, 1999, 465.

³² Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 77, al quale si rinvia anche per la completa disamina delle varie posizioni giurisprudenziali e dottrinali.

³³ Filippi, *Il rilevamento del «tracciato axe»: una nuova denominazione per una vecchia tecnica di indagine*, cit., 1691.

troppo spesso relegata ai margini in nome dell'efficienza del sistema, costituisce solo un profilo di emersione poiché, come visto, la natura sanzionatoria di un atto può evincersi, oltre che dalla specifica previsione prescritta per il singolo atto, dalle categorie generali, le quali costituiscono la sanzione per la deviazione dal principio fondamentale³⁴.

Ora, francamente, sclerotizzarsi sulla tipologia del vizio - definirlo illegittimo, illecito, incostituzionale, costituisce mera questione nomenclatoria - apparirebbe sterile sul piano degli effetti posto che, ad esempio, in altri ordinamenti europei, a proposito di captazioni e, in generale, di prova, sono variegiate le espressioni terminologiche utilizzate per delimitare gli ambiti patologici dei risultati probatori raccolti dagli inquirenti, siano essi il p.m. o la p.g.

Questi ultimi, come si è potuto trarre dall'analisi del limitato ambito cognitivo prescelto, molto spesso, insinuandosi negli interstizi delle norme - favoriti da un'interpretazione normativa compiacentemente avallata dalla giurisprudenza - peccano di quella lealtà nella ricerca delle prove che costituisce l'esigenza procedurale indipendente e che offre garanzia del rispetto dell'etica giudiziaria³⁵, fine primo per la celebrazione di un processo giusto ed equo sul cui rispetto deve vigilare il giudice, *gardien naturel des libertés individuelles*³⁶.

A tal proposito non si possono disinvoltamente trascurare le ragioni per cui la Corte europea ha cen-

surato la violazione del diritto alla vita privata sia perché queste intrusioni non sono normativamente previste o perché le norme interne si presentano a maglie troppo larghe, sia per i casi e i modi con cui avviene la violazione della riservatezza³⁷. Questa, in particolare, può essere compromessa di fronte a esigenze di ordine pubblico che vanno bilanciate con il contrapposto interesse leso, mai sacrificabile in nome di un asserito risultato o per l'utilità dell'indagine³⁸. Il che contrasta con quell'impostazione secondo cui tutto quanto non è espressamente vietato dal codice di rito criminale è utilizzabile poiché la violazione di altre norme dell'ordinamento giuridico non consentirebbe una simile conclusione³⁹.

Alla luce di queste brevi riflessioni ci si auspica che sempre più spesso le tecniche investigative, sicuramente più efficienti in ragione del progresso tecnologico, vengano filtrate nel setaccio dei valori costituzionali, mai sacrificabili sul piano della ritenuta efficienza della giustizia in quanto altrimenti non sarebbero diritti, ma *flatus vocis* e quindi diritti inesistenti poiché mancanti delle garanzie che ne consentono la realizzazione⁴⁰.

³⁴ Al proposito v. gli utili spunti di Santoriello, *Legalità processuale*, cit., 333.

³⁵ Gaito, *Intercettazioni illecite, illegali e illegittime*, Gaito (a cura di), *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, Roma, 2011, 262.

³⁶ De Marchi, *La loyauté de la preuve en procédure pénale, outil transnational de protection du justiciable*, *Recueil Dalloz*, 2007, 78, 2015.

³⁷ Esemplarmente Corte e.d.u., 25 marzo 1998, Kopp c. Svizzera; Id., 25 giugno 1997, Halford c. Regno Unito; Id., 15 giugno 1992, Ludi c. Svizzera.

³⁸ Gaito, *Intercettazioni illecite, illegali e illegittime*, cit., 263.

³⁹ Concordemente alla posizione assunta, seppur in riferimento alla prova illecita, Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 63.

⁴⁰ Ferrajoli, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, Vitale (a cura di), Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2008, 159.

ADOLFO SCALFATI

Professore ordinario di Procedura penale – Università di Roma “Tor Vergata”

La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014

*The questionable solutions brought
by the law n. 64/2014*

Tra diritto e processo, il legislatore tenta di attenuare il lavoro giudiziario e contribuisce a ridurre l'inflazione carceraria, agendo su più fronti; ma la disciplina presenta novità molto parziali, collocandosi complessivamente nel solco di una tradizione che stenta a concepire l'intervento penale come *extrema ratio*.

The amendments to the criminal justice system were adopted with the intention to deal with the significant problem of prison overcrowding and to reduce the backlog of cases. Therefore, this judiciary reform does not seem sufficient, since it still does not consider criminal response and punishment as a last resort.

USUALE NAVIGAZIONE A VISTA

Il Paese attraversa momenti di grande difficoltà e stenta a ritrovare valori condivisi. Ne risente inevitabilmente l'intera produzione giuridica – lucido specchio dei costumi – che si presenta frammentaria, ondulare, eterogenea, dal battito irregolare; finanche la Suprema Corte, apicale organo di garanzia, manifesta una crisi funzionale e invoca rimedi per evitare il collasso.

Le innovazioni legislative, frutto di una postuma presa d'atto di bisogni già manifesti nella comunità, mancano di prospettive di medio o lungo raggio, evidenziando la volontà di fronteggiare il contingente, magari amplificato dai media o utilizzato in chiave di propaganda. Se si guarda alla complessità dei volti sociali e al profluvio delle rappresentanze, non si stenta a capire come la moltiplicazione dei prodotti giuridici, incluse le decisioni delle magi-

strature, costituisca l'effetto non coordinato di interessi plurilivello che mina, tuttavia, la certezza delle vicende soggettive.

Non sfugge al processo degenerativo la disciplina penale che, toccando le libertà primarie, dovrebbe essere oggetto di più attenta omogeneità; ad un rapido colpo d'occhio, si comprende invece che gli interventi legislativi sono affetti da tendenze disarmoniche. Accanto a contenuti normativi diretti ad erodere l'ottica carcere-centrica *ante* e *post judicatum*, se ne affiancano, nel medesimo contesto temporale, altri che potenziano gli strumenti tradizionali: la pan-penalizzazione delle condotte antidoverose, l'innalzamento delle pene edittali, il parcellare raddoppio dei termini di prescrizione, l'introduzione di nuove circostanze aggravanti, l'inasprimento del regime di arresto in flagranza, l'aumento di deroghe al regime di sospensione dell'ordine di carcerazione e delle alternative penitenziarie.

Alle cause dello sbando si aggiunge, da un lato, l'esigenza imprescindibile di adeguarsi alla Cedu, all'UE e alle linee tracciate dalle Corti europee; dall'altro, il cronico ritardo accumulato dall'Italia su tale fronte, fenomeno che dà luogo a vere e proprie ondate di produzione legislativa. È un evidente esempio la normazione in materia di misure cautelari personali (al momento non ancora ultimata, stando alle attuali scelte parlamentari), di esecuzione penale e penitenziaria, parzialmente frammentariamente negli ultimi tre anni nell'ottica di tamponare il disavanzo tra numero di detenuti e strutture di accoglienza. Eppure, nuovamente, il 15 maggio 2014, il Presidente della Repubblica, in un messaggio inviato al Capo del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, ha richiamato la necessità di un intervento di ampio respiro, ribadendo che «è urgente porre rimedio al sovraffollamento [carcerario] anche con un ripensamento al sistema delle sanzioni e nell'ottica di una rimodulazione dell'esecuzione della pena»¹.

La legge 28 aprile 2014, n. 67 è anch'essa espressione dei tempi. Presenta contenuti oggettivamente distinti, per quanto aggregati dalla finalità di adeguare settori della legislazione agli *standards* indicati dalla Corte edu. Sotto tale profilo, le aree d'intervento della recente disciplina sono quattro: parziale riassetto delle pene carcerarie, *abolitio criminis* e trasformazione di reati in illeciti amministrativi, misure processuali di deflazione, nuovo regime del giudizio con l'imputato assente.

Mentre tale ultimo aspetto si distingue dagli altri, mirando all'adeguamento di una disciplina ritenuta più volte difforme dal diritto all'autodifesa soprattutto quanto agli imputati irreperibili, i restanti contenuti della l. n. 67 del 2014 presentano maggiore omogeneità di scopi tra diritto e processo, tentando di ridurre l'equazione tra risposta penale e carcere, di sfoltire il carico giudiziario e, infine, di impiegare strumenti processuali volti a realizzare entrambi gli obiettivi.

Ma, come sempre, si tratta di capire quanto è concreto l'intervento del legislatore.

TAGLI AL CARICO PENALE

Racchiuso in una delega, il tessuto normativo, strutturalmente evoluto ma simile nei contenuti ad altri praticati in passato, redige un catalogo più ampio

del solito delle condotte destinate a perdere valore penale.

La disciplina distingue i casi di vera e propria *abolitio criminis* (l'azione antidoverosa perde ogni rilievo pubblicistico) dalla trasformazione dei reati in illeciti amministrativi, quest'ultima, maggiormente concentrata sulle fattispecie contravvenzionali, incluse alcune punite con pena alternativa.

Salvo aver toccato previsioni dallo scarso impatto applicativo, talvolta cadute in desuetudine o destinate all'oblio giudiziario, un piccolo passo avanti è stato effettuato anche sulle ipotesi contemplate dal codice penale. A prescindere dalla generale espunzione di reati puniti solo con l'ammenda o con la multa, il resto (non molto) concerne condotte che l'attuale contesto sociale considera meno significative, come gli atti osceni, delitti minori contro il patrimonio, l'ingiuria, il danneggiamento non aggravato, alcune contravvenzioni e quasi tutte le ipotesi di falso in scrittura privata.

In verità, la gran parte di tali fattispecie sono attribuite alla competenza del giudice di pace o sono procedibili a querela, con ogni implicazione quanto al reale effetto di sfoltimento.

Si noti, tuttavia, che sia la trasformazione in illecito amministrativo, sia la vera e propria abrogazione del reato sono dotati di compensazioni volte a garantire la tutela affievolita dell'offesa. Nell'uno caso, oltre al permanere di una sanzione di tipo economico, si prevedono misure accessorie volte a limitare l'esercizio di determinate attività; nell'altro, la delega contempla una forma di sanzione civile. Si tratta, quest'ultima, di una figura inedita, confezionata per i casi di *abolitio criminis*, che appare destinata al beneficio della persona offesa, data la nomenclatura privatistica utilizzata ("sanzione civile") e considerato il netto distinguo rispetto alla risposta ordinamentale che deriva dai reati trasformati in illeciti amministrativi. È un obbligo riparatorio – probabilmente frutto di una sommaria procedura provocata dalla parte - da non confondere con il risarcimento del danno, impregiudicato secondo l'espressa volontà del legislatore delegante; tuttavia, della "sanzione civile" si dovrà pur tener conto nell'eventuale computo degli effetti dannosi; mentre, l'itinerario per giungere all'uno e all'altro contemporaneamente dovrà costituire un prodotto coordinato.

Nel complesso, l'operazione è diretta a ridurre il carico giudiziario, mentre gli effetti saranno pressoché nulli sul piano della deflazione penitenziaria, avendo a mente che il catalogo concepito dal legislatore, in gran parte, contiene reati puniti con sanzione pecuniaria o alternativa; pur considerando

¹ Estratto da *Il Sole 24Ore*, *Quotidiano politico economico finanziario*, venerdì 16 maggio 2014, 22.

l'astratta possibilità di irrogare la pena carceraria, l'ampia gamma di rimedi sostitutivi e/o alternativi eviterebbe anche oggi l'effettiva esecuzione.

Piuttosto, si intuiscono due rilievi. Innanzitutto, la previsione di un regime che compensa (tramite sanzioni accessorie o civili) la dequalificazione penale delle condotte, mentre sottrae compiti all'autorità giudiziaria nelle fasi di merito, rischia di azzerare le ricadute deflative sul ricorso per cassazione; senza considerare il possibile aumento del contenzioso dinanzi a giurisdizioni onorarie o, comunque, di tipo diverso da quella ordinaria. In secondo luogo, per realizzare lo scopo cui appare diretto, l'intervento legislativo avrebbe potuto essere più coraggioso, e forse più razionale, agendo – anziché tramite “tagli lineari” – in chiave selettiva su fasce di beni socialmente depotenziati, la cui tutela penale non è più percepita come necessaria, perlomeno dinanzi a condotte meno aggressive.

NOVITÀ NEL CIRCUITO SANZIONATORIO

È più delicata la prima parte della legge n. 67 del 2014, anch'essa sotto forma di delega al Governo, tutta concentrata sulla reclusione e sull'arresto domiciliare introdotti, sia per sostituire le rispettive pene carcerarie di delitti e contravvenzioni che attualmente prevedono la pena massima non superiore a tre anni, sia per affiancare la reclusione e l'arresto nei casi di reati puniti con pena non superiore a cinque anni. In aggiunta, spicca l'introduzione del lavoro di pubblica utilità come generale modello rieducativo abbinato alla pena domiciliare.

Si tratterà di una complessa elaborazione legislativa, a causa del coordinamento da effettuare con le discipline esistenti in materia di lavoro sostitutivo e con le regole in tema di misure che sostituiscono la pena detentiva o rappresentano vere e proprie alternative penitenziarie.

A tal riguardo, peraltro, l'art. 1, comma 1, lett. n) della legge n. 67 del 2014 sembra contemplare la possibilità che il giudice di cognizione applichi misure alternative al carcere direttamente, senza necessità di aspettare l'intervento della magistratura di sorveglianza²; se le cose stanno davvero così, si tratta di un colpo di penna dalla portata significativa, diretto

² L'attuale *littera legis* è frutto di una modifica approvata dal Senato: «provvedere al coordinamento...tenendo conto della necessità di razionalizzare e di graduare il sistema delle pene, delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative applicabili in concreto dal giudice di primo grado».

ad anticipare la riforma dei rapporti tra giurisdizione cognitiva e manovre postume sulla pena.

Va notato, in ogni caso, un singolare profilo che attiene all'intrusione di regole processuali, adottate come criteri per definire i limiti di pena detentiva nell'ambito dei quali il legislatore delegato deve introdurre la sanzione domiciliare. La disciplina in esame richiama i parametri contenuti nell'art. 278 c.p.p. secondo cui nel computo della pena vanno escluse talune circostanze del reato: un innesto che produce, unicamente per le ipotesi che contemplan l'arresto e la reclusione domiciliare, un evidente distacco rispetto al metro utilizzato dagli artt. 63 ss. c.p., con imprevedibili ricadute applicative nell'ipotesi di concorso di reati.

In linea di fondo, emerge l'attenuarsi della prospettiva carcerocentrica della pena, che resta stabile in talune ipotesi di pericolosità soggettiva enunciate dalla delega; tuttavia, non arretra l'idea secondo cui le finalità racchiuse nell'art. 27, comma 3, Cost. vanno perseguite tramite la privazione della libertà personale, pur domiciliare. Tale caratteristica induce a riflettere sulle reali *guide-lines* della riforma, non casualmente incastonata tra i tentativi di adeguare l'Italia ai moniti europei sul piano del sovraffollamento carcerario. La pena contenuta entro certi limiti si sconta presso il domicilio, mantenendo ferma la sua sostanza di isolamento sociale: più che una svolta in tema di nuove soluzioni rieducative, prevale lo scopo di deflazione penitenziaria.

Sotto tale angolazione, però, c'è da chiedersi quanto l'intervento sarà davvero efficace. Innanzitutto, per i delitti puniti da tre anni e un giorno a cinque anni di reclusione, la trasformazione sanzionatoria non è automatica, ma applicabile dal giudice sulla base dei criteri commisurativi indicati dall'art. 133 c.p.. Inoltre, l'adozione della nuova pena è subordinata alla presenza di un domicilio che ospiti il condannato, circostanza che statisticamente non ricorre per una buona fetta della popolazione carceraria. Infine, salvo i casi più gravi, è ipotizzabile, considerato l'arco sanzionatorio al quale è applicabile il nuovo regime, che lo stesso risultato del mancato ingresso in carcere si possa già conseguire con gli strumenti oggi in vigore.

DEFLAZIONE GIUDIZIARIA: PROSCIoglimento PER FATTO TENUE

Due strumenti vengono “normalizzati”, inserendone la disciplina nell'apparato processuale di *genus*: irrilevanza penale del fatto e estinzione del reato per esito positivo della prova³; se ne conoscono i

³ In argomento, Caprioli, *Due iniziative di riforma nel segno*

precedenti, entrambi radicati tra le disposizioni del giudizio minorile e, solo il primo, nel contesto della giurisdizione penale di pace. Soprattutto in sede minorile - e in particolare con riguardo alla *probation* - i modelli hanno dato buoni frutti quanto ad una più indolore via d'uscita dai circuiti giudiziari specifici; ma è evidente che si tratta di istituti che nel processo "comune" non manterranno le medesime caratteristiche degli archetipi, geneticamente radicate su episodi di scarso rilievo (dinanzi al giudice di pace) o calibrate in funzione della peculiare personalità del minore⁴.

L'irrilevanza penale del fatto attualmente vigente si presenta più evoluto nella trama processuale ordita per il giudice di pace rispetto a quella statuita per il processo minorile⁵. Oltre al requisito della "occasionalità" della condotta, comune alle due discipline, la "tenuità" contemplata dall'art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 - che, peraltro, il legislatore vuole "particolare" - è agganciata a parametri diretti ad orientare la vistosa discrezionalità operante nel momento applicativo; inoltre, un peso più marcato è attribuito alla persona offesa dal reato la quale, in fase d'indagine, può persino opporsi, impedendo la richiesta di archiviazione fondata sui relativi presupposti; infine, una precisa scelta legislativa è stata compiuta quanto alla natura della fattispecie solutoria, apertamente collocata tra le cause d'improcedibilità (o improseguibilità) dell'azione.

Dal suo canto, l'art. 1, comma 1, lett. m), l. n. 67 del 2014 conferisce al Governo una delega per istituire un omologo regime di "non punibilità" per irrilevanza, senza indicare le condizioni tramite cui individuare la "tenuità dell'offesa". Tuttavia, due vincoli sono precisi: l'orbita estensiva della disciplina (tutti i reati puniti con pena pecuniaria e quelli sanzionati con pena alternativa o reclusiva dove la detenzione non superi il tetto dei 5 anni) e l'influenza della pronuncia verso l'azione civile.

C'è una terza linea guida che attiene - secondo i caratteri genetici della disciplina - alla necessità di prevedere la condizione secondo cui la condotta del reato sia infrequente. Qui la delega si esprime

in maniera ambigua e impone la "non abitudine del comportamento", parafrasi elastica, che il legislatore delegato potrebbe utilizzare per estendere l'area dell'istituto ben oltre i confini della "condotta occasionale", vietandone l'adozione, per esempio, nelle sole ipotesi di recidiva infraquinquennale specifica e nei casi contemplati dagli artt. 102 - 105 c.p. Una scelta del genere, non incompatibile con la formulazione letterale della delega, potrebbe sortire un qualche effetto in più, anche in termini di deflazione penitenziaria.

Destinata in ogni caso alla semplificazione e alla durata dell'intervento giudiziario, con effetti più evidenti sul carico dibattimentale, la portata della disciplina dipenderà dalle scelte del legislatore delegato, che potrebbe, tra l'altro, calibrare lo spazio d'intervento della persona offesa - alla quale la delega nemmeno accenna - sul modello contemplato nel rito minorile.

Quanto all'effettività dei risultati, al di là dei pregiudizi culturali di facciata - come, per esempio, il *leitmotiv* secondo cui il regime della misura potrebbe determinare un *vulnus* al principio espresso dall'art. 112 Cost. -, non sfugge come i limiti di pena detentiva entro i quali può operare l'istituto siano molto bassi e, sotto tale profilo, rappresentino un evidente *handicap*, considerando già la sua scarsa applicabilità ai reati puniti con la sola pena pecuniaria in larga parte oggetto di depenalizzazione.

(SEGUE:) PROBATION PER ADULTI

Operazione legislativa più ricca, la disciplina della messa alla prova per gli imputati adulti, non costituisce oggetto di delega, bensì di normazione diretta ed è in vigore dal 18 maggio 2014. Rispetto al modello originario generato in funzione del giudizio minorile⁶, l'attuale trama positiva è molto articolata, grazie anche alle linee-guida giurisprudenziali maturate sull'archetipo; la differenza più marcata è che l'istituto di nuovo conio opera esclusivamente dietro richiesta dell'imputato.

Sistemicamente ben suddivise tra codice penale (condizioni applicative, contenuti generali della prova, effetti, revoca) e codice di procedura penale (tempi forme e soggetti della richiesta, provvedimento e prescrizioni, sospensione del procedimento, impugnazioni, enti coinvolti, esiti della prova e soluzioni finali), le norme introducono, rispettivamente, una nuova causa estintiva e un ulteriore procedimento speciale.

della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto, *Cass. pen.*, 2012, 7; Viganò, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1300.

⁴ Cfr. Di Chiara, *Le forme della semplificazione avanzata: dall'irrilevanza del fatto alla mediazione*, AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità fratture, nuovi orizzonti* (Lecce, 23 - 25 ottobre 2009), Milano, 2012, 338.

⁵ In tema, la letteratura è molto vasta. Per una compiuta disamina ed ampi richiami alla letteratura, Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005.

⁶ Per utili riferimenti, anche in vista di eventuali confronti e con la nuova disciplina, Colamussi, *La messa alla prova*, Padova, 2010.

Indubbiamente frutto di una più moderna prospettiva penale, il regime della messa alla prova è denso di richiami a criteri della rieducazione distanti dall'ottica schiettamente punitiva e, comunque, molto lontani dalla logica detentiva. Emerge con chiarezza un percorso di prova basato sulle condotte riparatorie e sulle tendenze conciliative⁷; spicca la doverosità del lavoro di pubblica utilità quale mezzo di integrazione sociale; risalta il programma delle attività da seguire, elaborato, monitorato e, al termine, valutato dall'ufficio di esecuzione penale esterno; primeggia, nell'adozione e nell'esito della misura, la volontà dell'interessato affidato ai servizi sociali, che da elemento passivo della sanzione diventa protagonista e artefice del trattamento.

Non sfugge, in ogni caso, che la disciplina contiene scarni riferimenti alla mediazione con l'offeso da reato, parlandosene esplicitamente solo nell'art. 464, comma 4, lett. c), c.p.p. laddove la promozione conciliativa, evidentemente effettuata tramite le strutture del servizio sociale, è realizzata "se possibile"; sotto tale profilo, la disciplina potrebbe deludere le aspettative della Raccomandazione del Comitato dei Ministri europeo Rec (2010)¹, adottata il 10 gennaio 2010 relativamente alle regole sulla messa alla prova, spostando l'ago dell'intervento novellatore nel quadrante marcatamente deflativo⁸.

All'esito della prova, il giudice – il quale dovrà acquisire una nuova attrezzatura culturale laddove concorre a realizzare un obiettivo sinora inedito alla cognizione per adulti – valuterà il conseguimento delle singole tappe del percorso, anche basandosi sulla relazione redatta dall'ufficio di esecuzione penale esterno. Se l'imputato ha elaborato positivamente la condotta antisociale che ha generato la procedura, egli dichiara l'estinzione del reato, mentre ordina la prosecuzione dell'accertamento giudiziario nel caso opposto; sembra questo il ragionevole contenuto della previsione racchiusa nell'art. 464

septies c.p.p. che attribuisce il potere di scelta al giudice dopo aver «tenuto conto del comportamento dell'imputato».

Oltre alla diversificazione del trattamento penale, la disciplina possiede un'indubbia carica semplificatoria, con l'accento sull'equazione tra economia delle procedure, consenso e premio. Le norme processuali in parte sono modellate sulle regole del patteggiamento, soprattutto quanto a forme e termini della richiesta, permettendo (condivisibilmente) il percorso alternativo sin dalle indagini preliminari, sola fase in cui occorre il consenso del pubblico ministero per l'ammissione alla prova.

Anche il controllo sul *fumus* di colpevolezza, effettuato all'atto di ammettere la procedura, è costruito sul modello del patteggiamento, obbligando il giudice a valutare l'eventuale prevalenza di cause proscioglitive indicate dall'art. 129 c.p.p.⁹. La mancanza di un previo accertamento – anche implicito – dell'illiceità del fatto e della sua attribuzione all'imputato non mette in gioco, tuttavia, la compatibilità costituzionale della disciplina rispetto agli artt. 24, comma 2, 27, comma 2, e 111 Cost., considerando che l'esito positivo della prova genera una sentenza estintiva, mentre il trattamento non possiede un carattere tradizionalmente sanzionatorio e, soprattutto, è chiesto dall'imputato che condivide il programma nel dettaglio. Sul terreno giurisdizionale, la vera novità sta nel fatto che l'imputato non tende a subire il processo o a difendersi dal processo ma, anzi, ne utilizza le potenzialità, in vista di un'uscita favorevole e meno dolorosa dal circuito giudiziario.

L'ambito operativo della messa alla prova non è ampio, ma nemmeno così ristretto, racchiudendo i reati per i quali si procede con citazione diretta a giudizio e gli altri illeciti penali la cui pena *edittale* non superi i quattro anni di detenzione soli o congiunti alla sanzione economica. Il richiamo al limite *edittale* del reato (art. 168 *bis*, comma 1, c.p.) sembra escludere dal computo le circostanze in modo da estendere la misura alle ipotesi aggravate che contemplano in astratto una pena complessivamente maggiore dei quattro anni di detenzione.

Tuttavia, quanto ad effettività della deflazione – a prescindere dai divieti di accesso alla misura derivanti da talune qualifiche soggettive dell'imputato – un nodo critico sta nella possibilità di beneficiarne una sola volta. Si tratta di un limite che comprime notevolmente l'impiego dello strumento e che, posto in termini così inderogabili, sembra poco ragio-

⁷ Non va sottovalutato il compito di promozione affidato ai servizi sociali. Il fenomeno della riparazione e della conciliazione è enunciato a grandi linee dall'art. 2, direttiva 25 ottobre 2012, n. 2012/29/UE che, al paragrafo 1, lett. d), definisce tale qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale. Si tratta di frontiere dal portentoso fondamento culturale, al punto da ipotizzare l'emersione di un'autonomia materia di studio, a carattere interdisciplinare: Mannozi – Lodigiani, *Formare al diritto e alla giustizia: per un'autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 133 ss., con ampi richiami alla letteratura di settore.

⁸ Cfr., nell'analisi del disegno di legge, Colamussi, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia ripartiva*, in questa *Rivista*, 2012, n. 6, 133-134.

⁹ Rispetto ai disegni di legge, per utili rilievi, Vigoni, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Milano, 2011, 332 ss.

nevole. Se è vero che un requisito di ammissione è l'assenza di una prognosi recidivante – così da pensare che l'eventuale secondo procedimento equivalga al fallimento della prima prognosi e, dunque, ne pregiudichi un'altra favorevole – è altresì vero che l'attribuzione alla stessa persona di reati commessi a notevole distanza nel tempo o caratterizzati da indole diversa non obbliga a ritenere che il primo percorso risocializzatore sia stato ineffettivo.

S'intuisce, peraltro, che la messa alla prova, perlopiù, sarà sfruttata dall'imputato quando non ha la possibilità di ottenere la sospensione condizionale della pena; ma il divieto di impiegare l'istituto una seconda volta, considerata la non elevata gravità dei reati per i quali è consentito, è frutto di un atteggiamento repressivo inutile se si pensa ai benefici penitenziari o sostitutivi che, in casi del genere, il condannato potrebbe comunque utilizzare.

INDICI / INDEX

AUTORI / AUTHORS

Antonio Balsamo Corti europee / <i>European courts</i>	24
Orietta Bruno <i>De jure condendo</i>	19
Andrea Cabiale Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i>	15
Paola Corvi Conflitti analoghi, abnormità, competenza in materia di liquidazione dei compensi del consulente tecnico del pubblico ministero: il punto fermo delle Sezioni Unite / <i>Conflicts regarding the power to determine the fees of the expert witness called upon by the public prosecutor: the ruling of the supreme court</i>	46
Donatella Curtotti La normativa in tema di assistenza linguistica tra direttiva europea e nuove prassi applicative / <i>The linguistic guarantees between the European Directive, national law and standardised procedures</i>	115
Roberto de Rossi Corte costituzionale.....	28
Filippo Giunchedi Captazioni “anomale” di comunicazioni: prova incostituzionale o mera attività di indagine? / <i>“Abnormal” abstraction of communication: unconstitutional evidence or mere investigations?</i>	133
Paola Maggio Sezioni Unite	31
Oliviero Mazza La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli) / <i>The Court of Cassation under assault and the need of an urgent reform which can combine efficiency with the guarantees of rights (Considerations regarding the “Carta di Napoli”)</i>	1
Francesca Romana Mittica La “distanza minima di sicurezza” a vantaggio della persona offesa deve essere rigorosamente determinata dal giudice / <i>The “minimum safe distance” of the offender by the victim should always be strictly determined by the court</i>	70
Lorena Puccetti La confisca sui beni della persona giuridica per reati tributari commessi dai vertici sociali: diretta o per equivalente? / <i>The confiscation of corporation property for tax crimes committed by organs: direct or equivalent?</i>	60
Roberto Puglisi Novità legislative interne / <i>National legislative news</i>	11
Adolfo Scalfati La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014 / <i>The questionable solutions brought by the law n. 64/2014</i>	141

Andrea Francesco Tripodi

Abusi di mercato (ma non solo) e *ne bis in idem*: scelte sanzionatorie da ripensare? / *Market abuses and "ne bis in idem" in the judgment of the European Court of Human Rights: is it necessary to rethink the punishment system?* 102

PROVVEDIMENTI/MEASURES

Corte costituzionale

ordinanza 11 giugno 2014, n. 183 29
sentenza 25 giugno 2014, n. 184 28

Sezioni Unite penali

sentenza 27 febbraio 2014, n. 9605 41
sentenza 5 marzo 2014, n. 10561 53
sentenza 16 maggio 2014, n. 20214 31
sentenza 1° luglio 2014, n. 28270 33
sentenza 7 luglio 2014, n. 29956 35

Sezioni semplici

Sezione VI, sentenza 28 marzo 2014, n. 14766 68

Corte europea dei diritti dell'uomo

4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia* 78
24 giugno 2014, *Alberti c. Italia* 26
1° luglio 2014, *Saba c. Italia* 24

Atti sovranazionali

Direttiva 2014/41/UE 3 aprile 2014 sull'ordine europeo d'indagine penale: semplificazioni, (s)fiducia reciproca e compromessi, per tentare di superare le rogatorie 15

Norme interne

Decreto legge 26 giugno 2014, n. 92 «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e dall'ordinamento penitenziario, anche minorile» 11
Legge 30 maggio 2014, n. 81 (di conv. del d.l.31 marzo 2014, 52) «Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari» 14

De jure condendo

Disegno di legge S. 1283 «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nonché altre disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente» 19
Disegno di legge C. 1967 «Modifica dell'art. 119 del codice di procedura penale, concernente la partecipazione del sordo e del muto ad atti del procedimento» 20
Disegno di legge C. 2068 «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, in materia di omicidio e di lesioni personali commessi a causa della guida in stato di ebbrezza o di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti o psicotrope» 21
Disegno di legge C. 2344 «Introduzione dell'articolo 15-bis della legge 28 aprile 2014, n. 67, concernente norme transitorie per l'applicazione della disciplina della sospensione del procedimento penale nei confronti degli irreperibili» 22

MATERIE/TOPICS

Assenza dell'imputato

- Norme transitorie per l'applicazione della disciplina della sospensione del procedimento penale nei confronti degli irreperibili (D.d.l. C. 2344 «Introduzione dell'articolo 15-bis della legge 28

<i>aprile 2014, n. 67, concernente norme transitorie per l'applicazione della disciplina della sospensione del procedimento penale nei confronti degli irreperibili»</i>	22
Applicazione della pena su richiesta delle parti	
• Patteggiamento possibile anche per l'aggravante tardiva (C. cost., sent. 25 giugno 2014, n. 184).....	28
Atti	
• Partecipazione al procedimento del sordo e del muto (D.d.l. C. 1967 «Modifica dell'art. 119 del codice di procedura penale, concernente la partecipazione del sordo e del muto ad atti del procedimento»).....	20
– traduzione	
• La normativa in tema di assistenza linguistica tra direttiva europea e nuove prassi applicative/ <i>The linguistic guarantees between the European Directive, national law and standardised procedures</i> , di Donatella Curtotti	115
Competenza	
• Escluso il conflitto “analogo” di competenza tra pubblico ministero e giudice: spetta al pubblico ministero liquidare i compensi del consulente tecnico che ha nominato (Cass., sez. un., 27 febbraio 2014, n. 9605), con nota di Paola Corvi.....	41
Confisca	
• Nei confronti della persona giuridica è consentita la confisca diretta, e non per equivalente, del profitto dei reati tributari (Cass., sez. un., 5 marzo 2014, n. 10561)	53
Consulenza tecnica	
• Escluso il conflitto “analogo” di competenza tra pubblico ministero e giudice: spetta al pubblico ministero liquidare i compensi del consulente tecnico che ha nominato (Cass., sez. un., 27 febbraio 2014, n. 9605), con nota di Paola Corvi.....	41
Corte di cassazione	
• La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)/ <i>The Court of Cassation under assault and the need of an urgent reform which can combine efficiency with the guarantees of rights (Considerations regarding the “Carta di Napoli”)</i> , di Oliviero Mazza	1
– ricorso straordinario per errore materiale o di fatto	
• Procedimento <i>de libertate</i> : sui pori dell'indagato di attivare il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (C. cost., ord. 11 giugno 2014, n. 183)	29
Diritti fondamentali (tutela dei)	
• Divieto di trattamenti inumani o degradanti, misura delle sanzioni e prescrizione (Corte e.d.u., 1° luglio 2014, Saba c. Italia)	24
• Divieto di trattamenti inumani o degradanti ed effettività delle indagini (Corte e.d.u., 24 giugno 2014, Alberti c. Italia)	26
• La normativa in tema di assistenza linguistica tra direttiva europea e nuove prassi applicative/ <i>The linguistic guarantees between the European Directive, national law and standardised procedures</i> , di Donatella Curtotti	115
Esecuzione penale	
• Esecuzione delle pene delle Corti penali internazionali (D.l. 26 giugno 2014, n. 92 «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e dall'ordinamento penitenziario, anche minorile»).....	13
Giudizio abbreviato	
• Le conclusioni definitive del difensore di ciascun imputato segnano il limite ultimo entro il quale può essere avanzata la richiesta di rito abbreviato nell'udienza preliminare (Cass., sez. un., 16 maggio 2014, n. 20214).....	31

Indagini preliminari

- Captazioni “anomale” di comunicazioni: prova incostituzionale o mera attività di indagine?/
“Abnormal” abstraction of communication: unconstitutional evidence or mere investigations? 133
- Direttiva 2014/41/UE 3 aprile 2014 sull’ordine europeo d’indagine penale: semplificazioni,
(s)fiducia reciproca e compromessi, per tentare di superare le rogatorie 15

Interrogatorio

- L’interrogatorio di garanzia non deve essere reiterato nel caso di perdita di efficacia della misura, ex art. 309 commi 5 e 10 c.p.p., quando l’ordinanza non contenga elementi nuovi e l’interrogatorio sia stato in precedenza validamente espletato (Cass., sez. un., 1° luglio 2014, 28270) 33

Messa alla prova

- La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014/*The questionable solutions brought by the law n. 64/2014*, di Adolfo Scalfati 141

Misure cautelari personali

- custodia cautelare
 - Il meccanismo di recupero dei termini di altra fase cautelare – previsto dall’art. 303, comma 1, lett. b), n. 3 – bis c.p.p. – non può determinare l’aumento dei termini massimi di custodia, di cui all’art. 304, comma 6, c.p.p. (Cass., sez. un., 7 luglio 2014, n. 29956) 35
- divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa
 - La necessità di indicazioni puntuali nel divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (Cass., sez. VI, 28 marzo 2014, n. 14766), con nota di Francesca Romana Mittica 68
 - Limiti alla custodia cautelare in carcere (D.l. 26 giugno 2014, n. 92 «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell’articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all’ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e dall’ordinamento penitenziario, anche minorile») 12
 - Modalità esecutive degli arresti domiciliari (L. 21 febbraio 2014, n. 10 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria») 13
- riesame
 - L’interrogatorio di garanzia non deve essere reiterato nel caso di perdita di efficacia della misura, ex art. 309 commi 5 e 10 c.p.p., quando l’ordinanza non contenga elementi nuovi e l’interrogatorio sia stato in precedenza validamente espletato (Cass., sez. un., 1° luglio 2014, 28270) 33

Misure di sicurezza

- Superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (D.l. 31 marzo 2014, n. 52 – L. 30 maggio 2014, n. 81 «Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari») 14

Ne bis in idem

- La Corte e.d.u. condanna l’Italia per violazione del *ne bis in idem* in tema di manipolazione del mercato (Corte e.d.u., 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia), con nota di Andrea Francesco Tripodi 78

Omicidio e lesioni stradali (aspetti processuali)

- Omicidio e lesioni personali commessi a causa della guida in stato di ebbrezza o di alterazione psico-fisica per l’uso di sostanze stupefacenti o psicotrope (D.d.l. C. 2068 «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, in materia di omicidio e di lesioni personali commessi a causa della guida in stato di ebbrezza o di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti o psicotrope») 21

Ordinamento penitenziario

- Risarcimento in favore dei detenuti per violazione dell’art. 3 Cedu (D.l. 26 giugno 2014, n. 92 «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell’articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni

<i>di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e dall'ordinamento penitenziario, anche minorile»</i>	11
• Sovraffollamento carcerario (D.l. 26 giugno 2014, n. 92 «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e dall'ordinamento penitenziario, anche minorile»).....	11
Responsabilità degli enti	
• Nei confronti della persona giuridica è consentita la confisca diretta, e non per equivalente, del profitto dei reati tributari (Cass., sez. un., 5 marzo 2014, n. 10561)	53
• Crimini in materia ambientale (D.d.l. S. 1283 «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nonché altre disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente»)	19