

# SOMMARIO / CONTENTS

## Editoriale / Editorial

Inflazione dei ricorsi e perdita di autorevolezza della Corte suprema: quali riforme per il giudizio penale di cassazione? ( <i>Andrea Scella</i> ) <i>Inflation of cases and loss of authority of the Supreme Court: What reforms to the criminal procedure in the Corte di cassazione?</i> _____	1
--	---

## Scenari / Overviews

Novità legislative interne / <i>National Legislative News</i> ( <i>Gastone Andreazza</i> ) _____	9
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> ( <i>Michele Bonetti</i> ) _____	12
<i>De jure condendo</i> ( <i>Marcello D'Aiuto</i> ) _____	18
Corti europee / <i>European Courts</i> ( <i>Alessio Scarcella</i> ) _____	23
Corte costituzionale ( <i>Donatella Curtotti</i> ) _____	31
Sezioni Unite ( <i>Paola Maggio</i> ) _____	36

## Avanguardie in Giurisprudenza / *Cutting Edge Case Law*

<b>Sull'ammissibilità della revisione il parere del pubblico ministero non è previsto</b> Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 20 aprile 2012, n.15189 – Pres. Lupo; Rel. Sandrelli _____	51
Ammissibilità della revisione e contraddittorio: un passo avanti delle regole europee del processo ( <i>Stefano Vitelli</i> ) <i>Preliminary analysis on the revisione and contradictory: another step of the European process rules</i> _____	56
<b>Avviso di conclusione delle indagini, citazione diretta a giudizio e nuovo decreto di irreperibilità</b> Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 24 maggio 2012, n. 24527 – Pres. Lupo; Rel. Lombardi _____	64
Avviso di conclusione indagini e citazione a giudizio dell'irreperibile: (non felicemente) risolto il contrasto di giurisprudenza ( <i>Giuseppe Biscardi</i> ) <i>Notice of investigation closing and direct summoning of an untraceable person: a (not happily) solved contrast of decisions</i> _____	71

**È incompatibile il giudice dibattimentale che in precedenza, durante il rito direttissimo, non ha convalidato l'arresto per insussistenza del reato, restituendo gli atti al pubblico ministero**

Corte costituzionale, sentenza 21 giugno 2012, n. 153 –  
Pres. Quaranta; Est. Frigo \_\_\_\_\_ 77

Un nuovo capitolo in tema di incompatibilità endoprocessuale: la Corte supera la "logica" casistica (*Paolo Troisi*)

*A new chapter on the incompatibility of the judge: the Court over the casuistic "logic"* \_\_\_\_\_ 82

**Alt al "copia e incolla" integrale per la motivazione del provvedimento cautelare**

Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 24 maggio 2012, n. 22327 –  
Pres. Garribba; Rel. Aprile \_\_\_\_\_ 91

"Collage informatico" di contenuti esplicativi, validità della motivazione cautelare e poteri del tribunale del riesame (*Eva Mariucci*)

*"Computer collage" of explicable contents, validity of preventive measure's motivation and Court of re-examination's powers* \_\_\_\_\_ 95

**Dibattiti tra norme e prassi /  
Debates: Law and Praxis**

La motivazione delle ordinanze cautelari e l'impiego della tecnica informatica del "copia e incolla": usi e abusi nella prassi giudiziaria (*Ercole Aprile*)

*The motivation of orders of arrest and the use of computer technology in the "copy and paste": uses and abuses in judicial practice* \_\_\_\_\_ 105

**Analisi e prospettive /  
Analysis and Prospects**

Corte europea dei diritti dell'uomo e *iura novit curia* (*Roberta Casiraghi*)  
*European court of human rights and iura novit curia* \_\_\_\_\_ 115

Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa (*Marilena Colamussi*)

*Adult probation according to the model of restorative justice* \_\_\_\_\_ 123

**Indici / Index**

Autori / Authors \_\_\_\_\_ 135

Provvedimenti / Measures \_\_\_\_\_ 136

Materie / Topics \_\_\_\_\_ 137

ANDREA SCELLA

*Professore ordinario di Procedura penale – Università degli Studi di Udine*

## Inflazione dei ricorsi e perdita di autorevolezza della Corte suprema: quali riforme per il giudizio penale di cassazione?

*Inflation of cases and loss of authority of the Supreme Court: What reforms to the criminal procedure in the Corte di cassazione?*

---

Lo stato di sofferenza della Corte di cassazione richiede interventi non più differibili. L'editoriale analizza alcune proposte di riforma attualmente oggetto di dibattito in seno all'Associazione tra gli studiosi del processo penale - G. D. Pisapia.

*The state of suffering of the Supreme Court requires action no longer be postponed. The editorial discusses some reform proposals currently being debated within the Associazione tra gli studiosi del processo penale - G. D. Pisapia*

---

### **La crisi della Corte di cassazione e il dibattito sulle prospettive di riforma**

A fronte del sempre più evidente stato di crisi nel quale versa la nostra Corte suprema, l'As-

sociazione tra gli studiosi del processo penale ha voluto offrire un contributo al dibattito sulle prospettive di riforma del giudizio di cassazione. Si è così scelto di dedicare al tema due distinte occasioni di approfondimento: un

incontro preparatorio, svoltosi a Napoli nel mese di maggio scorso, e l'annuale convegno dell'Associazione, che si è tenuto nell'aula magna della Corte di cassazione dal 27 al 29 settembre 2012. Al termine del primo incontro, è stato redatto un documento programmatico per stimolare il confronto sulle linee di riforma da presentare nelle competenti sedi<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Per una più agevole lettura dell'Editoriale, si riporta qui di seguito la cd Carta di Napoli: "L'Associazione tra gli studiosi del processo penale - G. D. Pisapia, riunita a Napoli il 18 maggio 2012 per discutere il tema «La Corte di cassazione e la valanga dei ricorsi: Quali rimedi?», rilevato che le relazioni svolte dai professori Gilberto Lozzi, Enrico Marzaduri, Mariano Menna e Angelo Pennisi hanno concordemente segnalato l'urgenza di una riforma idonea a sottrarre la Corte di cassazione alla morsa del superlavoro che ostacola attualmente il pieno esercizio delle funzioni previste dalle norme processuali e dall'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario; che la massa dei ricorsi, la conseguente ipertrofia dell'organico dei magistrati e l'inevitabile contrazione dei tempi dedicati alla trattazione e alla decisione delle singole impugnazioni nonché alla stesura delle sentenze danno vita ad un circolo vizioso che rischia di incidere sulla autorevolezza e sul prestigio della Corte e rende necessario un intervento legislativo urgente volto anzitutto a ridurre il numero dei ricorsi; che la riforma deve anzitutto trovare un punto di equilibrio tra le diverse funzioni di nomofilachia e di garanzia dell'imputato al controllo di legalità, intervenendo sui tre distinti piani concernenti la legittimazione a proporre ricorso, la ricorribilità oggettiva e il metodo di lavoro della Corte con riguardo soprattutto all'accesso agli atti del giudizio di merito; che i primi risultati raggiunti nel Convegno di Napoli devono essere sottoposti all'esame della comunità degli operatori giudiziari per un confronto sulle scelte da fare in vista di concrete linee di riforma da presentare alla competente sede legislativa; formula le seguenti proposte da discutere nel Convegno che si terrà nell'Aula Magna della Corte di Cassazione nei giorni 27, 28 e 29 settembre 2012. 1.- La legittimazione a proporre ricorso. 1.1.- Abolizione dell'art. 613 c. 1 c.p.p. nella parte in cui prevede che il ricorso possa essere proposto personalmente dall'imputato e anche dalle altre parti private. Anche nei casi in cui l'impugnazione è proposta dal difensore non iscritto all'Albo dei cassazionisti, la qualità del ricorso firmato dall'imputato trascina la Corte ad un lavoro logorante e privo di concreta efficacia per l'incapacità del ricorrente di individuare con chiarezza i vizi di illegittimità. 1.2.- *Revisione dell'Albo speciale dei cassazionisti con selezione degli avvocati che per cultura ed esperienza professionale siano in grado di pro-*

La diagnosi dalla quale prende le mosse

*spettare adeguatamente le quaestiones iuris.* Si ritiene indispensabile pervenire ad una specializzazione in ambito forense tale da assicurare che il ricorso sia proposto nel modo più efficace a garantire un reale controllo di legittimità. 1.3.- Disciplina del principio di autosufficienza del ricorso con regole precise che superino l'attuale incertezza originata dal diritto giurisprudenziale. La modifica legislativa può investire due punti: a) individuazione degli atti del giudizio di merito che il ricorrente deve allegare o incorporare nel ricorso a pena di inammissibilità a norma dell'art. 606 lett. e) c.p.p. (nella pratica c'è molta incertezza al riguardo); b) indicazione da parte del ricorrente delle norme violate, con la preliminare enunciazione sintetica delle questioni giuridiche e delle circostanze cui esse si riferiscono. L'onere sub b) si ispira al regime della enunciazione del quesito di diritto già previsto per il ricorso civile dal D. Lgs. n. 40/2006 e poi abrogato nel 2009. La formula qui proposta si colloca in posizione intermedia. Il ricorrente non deve esporre il quesito di diritto, ma ha l'onere di esprimere in sintesi il rapporto tra norma e circostanza concreta che integra la violazione. 2.- La ricorribilità oggettiva 2.1.- Modificazione dell'art. 111 c. 7 Cost. in modo da restringere l'area dei provvedimenti ricorribili. Sul punto si prospetta una alternativa: a) introdurre una riserva di legge con una formula che eviti di impegnarsi a distinguere i diversi ambiti di ricorribilità (civile/penale; sentenze/provvedimenti *de libertate*): «la legge stabilisce i casi in cui è ammesso il ricorso per cassazione contro le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali». b) coniare una disposizione più articolata nella quale si vincoli il legislatore ordinario ad assoggettare alla ricorribilità almeno alcune materie ora disciplinate dalla norma Costituzionale (ad es. le sentenze di condanna a pene detentive ovvero provvedimenti che impongono una restrizione della libertà personale). 2.2.- Esclusione della ricorribilità della sentenza di patteggiamento. Sul punto si è manifestata una larga convergenza. La riforma è ovviamente subordinata, come tutte quelle successive, alla modifica dell'art. 111 c. 7 Cost. 2.3.- Abolizione del ricorso contro la sentenza di non luogo a procedere (art. 428 e 607 c.p.p.). L'attuale disciplina, originata dalla legge n. 46/2006, prevede la sola ricorribilità anche dopo che è stato dichiarato illegittimo il nuovo testo dell'art. 593 c.p.p. che limitava il potere di appello del pubblico ministero contro la sentenza dibattimentale di proscioglimento. L'attuale impugnabilità del non luogo a procedere ha scarso fondamento sistematico tenuto conto che l'epilogo *pro reo* dell'udienza preliminare è suscettibile di revoca *ex art.* 435 c.p.p. e non ha efficacia extrapenale (art. 652 e 654 c.p.p.). Con la modifica legislativa che qui si propone la sentenza pronunciata a norma dell'art. 425 c.p.p. diventa oggettivamente non impugnabile. Confermata l'inappellabilità stabilita con la legge n. 46/2006, viene abolito il potere di proporre ricorso

l'insieme delle misure suggerite nella 'Car-

da parte dell'imputato, del pubblico ministero e della parte civile, previsione quest'ultima introdotta per la prima volta, per un evidente errore del legislatore del 2006, che attribuisce all'offeso costituito parte civile una iniziativa idonea a provocare il rinvio a giudizio dell'imputato, con conseguenze analoghe a quelle di una azione penale privata, sussidiaria rispetto ai poteri della pubblica accusa. Resta da vedere se la ricorribilità debba essere conservata nel solo caso di invalidità attinenti all'avviso dell'udienza preliminare spettante all'offeso dal reato (art. 428 c. 2 prima parte). 2.4.- Esclusione del ricorso dell'imputato e del pubblico ministero contro le sentenze di condanna per reati per i quali è stata applicata la sola pena pecuniaria e contro le sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa. Il principio da codificare è quello dell'interesse al controllo di legittimità nei soli casi in cui sia in gioco una pena restrittiva della libertà personale. La modificazione investe le norme degli artt. 568 c. 2 e 606 c. 2 c.p.p. Nei casi sottratti all'area della ricorribilità garantita dalle norme vigenti, si potrebbe rendere ammissibile il ricorso qualora venga dedotta una questione giuridica di particolare importanza, così da far prevalere lo *ius constitutionis*. 2.5.- Previsione di un nuovo sistema delle impugnazioni contro i provvedimenti sulla libertà personale secondo il seguente regime: a) riesaminabilità e ricorribilità dei provvedimenti impositivi delle misure coercitive; b) non ricorribilità contro le misure interdittive e contro i provvedimenti emessi dopo l'applicazione della misura coercitiva, fermo restando il potere di proporre riesame contro gli stessi nonché contro i provvedimenti di sequestro (preventivo, probatorio, conservativo); c) abolizione dell'appello del pubblico ministero contro tutti i provvedimenti sulla libertà personale; previsione del potere di proporre ricorso, da parte del pubblico ministero che ha chiesto l'applicazione della misura coercitiva, contro le decisioni emesse dalla corte d'appello a norma dell'art. 309 c.p.p.; d) previsione che sulla richiesta di riesame e di appello a norma degli artt. 309, 310 e 324 c.p.p. decida la corte d'appello del distretto in cui è ricompreso l'ufficio del giudice che ha emesso il provvedimento *de libertate*. Come è evidente, questa proposta conferma il regime impugnativo attuale solo per i provvedimenti previsti dall'art. 309 c.p.p. Abolisce invece il controllo di legittimità per tutte le misure interdittive e per i provvedimenti emessi in sede di richiesta di revoca, proroga ed estinzione delle misure cautelari personali e di sequestro. Per dare al nuovo sistema un equilibrio, dopo la eliminazione di una parte rilevante delle garanzie di controllo ora riconosciute all'imputato, sembra ragionevole in primo luogo abolire l'appello del pubblico ministero in materia cautelare. Se il giudice si pronuncia *pro reo* la presunzione di non colpevolezza impone alla pubblica accusa di prestare acquiescenza in una materia in cui deve prevalere l'interesse *de libertate*. Analogamente

ta di Napoli' si rivela tanto spietata quanto esatta.

Da anni la Cassazione è soffocata da un carico di lavoro che pare eufemistico limitarsi a definire eccessivo: come si sa, la mole dei ricorsi ha raggiunto dimensioni impensabili per qualsiasi corte suprema del mondo occi-

si è ritenuto di irrobustire la garanzia del riesame attribuendo alle corti d'appello, più lontane dagli organi investigativi, la funzione di controllo sul merito e sulla legittimità delle misure cautelari. 2.6.- Prevedere che l'inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza possa essere dichiarata anche quando i motivi non offrono elementi per confermare o mutare l'orientamento giurisprudenziale di legittimità sulla questione che è stata risolta dal giudice della sentenza impugnata in modo conforme alla giurisprudenza della Corte. Si ripropone qui la norma prevista dall'art. 360 bis c.p.c. che privilegia lo *ius constitutionis*. In questo caso la sentenza è giusta e il ricorso non può sollecitare un riesame dei precedenti nemmeno ai fini di una integrazione degli argomenti a sostegno dell'orientamento già accolto e men che meno allo scopo di ribaltarli. 3.- Il giudizio di cassazione 3.1.- Prevedere che la prescrizione maturata dopo la pronuncia della sentenza di appello non possa essere rilevata nel giudizio di cassazione, se il ricorso è inammissibile. Si tratta di una riforma che recepisce la ben nota giurisprudenza della Corte di Cassazione. 3.2.- *Modalità di controllo del vizio di motivazione*. Sul punto sono emersi tre diversi orientamenti: a) eliminare il controllo della motivazione da parte della corte di cassazione, demandandolo alle corti d'appello; b) mantenere il sindacato con l'accesso agli atti previsto oggi dall'attuale art. 606 lett. e) c.p.p.; c) tornare al controllo limitato alla mancanza e illogicità manifesta risultanti dal testo del provvedimento impugnato, così come prevedeva la norma originaria del codice. L'opzione sub a) riecheggia una proposta fatta in tempi risalenti da Giovanni Leone ed esalta la natura anfibia del difetto di motivazione, a metà strada tra fatto e diritto (v. del resto art. 569 c. 3 c.p.p.). Resta però da costruire interamente il nuovo mezzo di gravame che potrebbe essere concepito come rimedio riconducibile alla revisione, da proporre ad una corte d'appello diversa da quella competente per il giudizio di cognizione. L'ipotesi sub b) è nata da una esigenza compensativa rispetto alla riduzione delle funzioni tradizionali del giudizio di appello, ridimensionate dalla legge Pecorella. Sembra dunque necessario un ripensamento alla luce dell'opportunità di mantenere la Corte Suprema nell'ambito di una giurisdizione limitata che consenta di restituire all'appello spazi più ampi e più articolati dal punto di vista istruttorio. La soluzione sub c) appare più allineata ad obiettivi di snellimento del lavoro della Corte e di recupero della sua istituzionale funzione di legittimità."

dentale. Di qui una situazione di crisi dai sintomi che si lasciano agevolmente riassumere: eccessivo numero di magistrati addetti alla Corte; insorgere di contrasti (anche sincronici) tra le diverse sezioni; perdita di autorevolezza del supremo collegio. In breve: elefantiasi e disordine organizzativo hanno provocato e provocano un'inaccettabile frammentazione della giurisprudenza della Corte di cassazione, a tutto danno di valori fondamentali, quali l'eguaglianza di trattamento, la prevedibilità delle decisioni e la credibilità delle istituzioni giudiziarie. Vale anche qui l'adagio spesso ripetuto in riferimento alla *Cour de cassation* (che peraltro opera in una situazione molto migliore di quella italiana): *le nombre nuit à la qualité et sans qualité, pas d'autorité*.

È in questo quadro che si colloca la proposta di un intervento urgente, «volto anzitutto a ridurre il numero dei ricorsi». La priorità è quindi individuata nel tentare di ricreare condizioni normali di funzionamento, senza che peraltro si chiarisca quale sia il ruolo auspicabile per la Cassazione. Nondimeno, è inevitabile che tutti i rimedi ipotizzabili portino a meglio soddisfare taluni valori e ad ancor più comprometterne altri. Pertanto, l'attenzione dovrebbe preventivamente rivolgersi alla definizione del ruolo che, in ambito penale, riteniamo proprio della Cassazione.

Senza voler sviscerare la questione, mi sembra che un buon punto di partenza possa essere rappresentato dalla considerazione che le impugnazioni non servono solo a stabilire quale sia l'interpretazione più corretta di un dato enunciato normativo, ma costituiscono anche e soprattutto una garanzia posta nell'interesse delle parti. Di qui la necessità di guardare con diffidenza a quelle eventuali restrizioni che svuotassero di significato il diritto a che un giudice superiore eserciti un controllo sulla decisione. In altre parole, sembra opportuno restringere *ex ante* l'accesso alla Cassazione soltanto a patto che non si privino le parti (e in specie, l'imputato) della *chance* di

ottenere una verifica sulla qualità della decisione adottata dal giudice di merito.

### **Verso una riscrittura dell'art. 111 comma 7 Cost.?**

Tanto premesso, non sollevano particolari problemi i punti 1.1 (abolizione ricorso personale dell'imputato) e 1.2. (revisione dell'albo speciale dei cassazionisti); così come può considerarsi opportuna anche una disciplina espressa dell'autosufficienza del ricorso (punto 1.3), specie al fine di chiarire il novero degli atti da allegare o trasfondere nell'atto d'impugnazione (mentre la mancata indicazione delle norme violate da parte del ricorrente – problematica che si colloca su un piano distinto – sembrerebbe già oggi implicare la genericità del motivo).

Per quanto concerne invece la riscrittura dell'art. 111 comma 7 Cost. (punto 2.1), l'esigenza di deflazionare l'attività della Corte di cassazione in rapporto a fattispecie di minor rilievo dovrebbe essere perseguita demandando al legislatore ordinario l'individuazione dei casi nei quali le sentenze sono suscettibili di ricorso, purché nei confronti delle condanne penali sia comunque assicurato un doppio grado di giudizio. Conviene mantenere ferma, invece, la proponibilità del ricorso avverso i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali: il nesso tra gli artt. 13 e 111 Cost. è talmente stretto da sconsigliare di sottrarre alla Cassazione il controllo di legalità in questa materia.

Desta perplessità l'idea di non consentire alcun sindacato della Cassazione sulle sentenze di patteggiamento (punto 2.2): proprio perché si tratta di provvedimenti inappellabili, pare eccessivo escluderne in radice anche la ricorribilità. Piuttosto, si può pensare a circoscrivere i motivi per i quali è ammesso presentare ricorso contro questa tipologia di sentenze. Meglio impegnarsi, cioè, in un'attenta potatura, che lasci in vita qualche rimedio per le più gravi violazioni di legge. Da questo punto

di vista, al sindacato della Corte di cassazione non dovrebbero comunque sfuggire le sentenze di applicazione della pena inficiate da uno dei vizi di cui all'art. 606 comma 1 lett. *a*) o *b*) c.p.p., mentre appaiono maggiormente comprensibili le preoccupazioni che suggeriscono di non permettere che si denuncino in sede di legittimità talune imperfezioni del discorso motivazionale.

Non è dato scorgere particolari controindicazioni alle proposte di cui ai punti 2.3 (abolizione ricorso contro sentenza di non luogo a procedere) e 2.4 (esclusione ricorso avverso sentenze di condanna alla sola pena pecuniaria o di proscioglimento per reati puniti con la sola pena pecuniaria o alternativa).

### **Impugnazioni in materia cautelare, casi di ricorso e Corte di cassazione**

Il punto dedicato alle linee portanti di un nuovo sistema delle impugnazioni *de libertate* (2.5) si lascia senza dubbio apprezzare per la sua organicità. Com'è agevole rilevare, l'idea di fondo è quella di mantenere l'attuale livello di garanzie soltanto nei confronti dei provvedimenti applicativi di misure coercitive. A fronte di una così notevole diminuzione delle istanze di controllo, il bilanciamento è ricercato abolendo l'appello cautelare del p.m. e concentrando presso le corti d'appello la competenza sulle impugnazioni *de libertate*. Tuttavia, non pare opportuno sottrarre alla competenza della Cassazione il controllo sui provvedimenti applicativi di misure interdittive, spesso molto gravose per il destinatario: al riguardo, la possibilità di adire la Corte di cassazione dovrebbe essere conservata quanto meno in rapporto alle misure interdittive di cui al d.lgs. 231/2001 (assimilabili alle misure coercitive disposte nei confronti delle persone fisiche).

Per quel che riguarda l'inammissibilità del ricorso dovuta alla manifesta infondatezza dei motivi (2.6), mi sembra di poter dire che

oggi vi sia un sin troppo ampio impiego di questa formula, in parte comprensibile alla luce delle esigenze di 'autodifesa' della Corte di fronte alla massa sempre crescente di ricorsi. Una volta ridotto il carico di lavoro della Cassazione, sarebbe auspicabile un *self-restraint* nell'esercizio del potere di dichiarare la manifesta infondatezza dei motivi.

Chiarito questo profilo, mentre non vi sarebbe nulla di scandaloso in una declaratoria d'inammissibilità giustificata dal fatto che il ricorrente non ha saputo offrire elementi idonei a mettere in discussione un orientamento già consolidato, sembra doversi dubitare dell'opportunità di codificare una regola del genere di quella proposta. In particolare, l'evoluzione del diritto rischierebbe di essere compromessa qualora l'inammissibilità venisse ricollegata non all'evidente debolezza intrinseca delle ragioni svolte a sostegno del ricorso, ma alla mera esistenza di un previo orientamento interpretativo accolto dalla giurisprudenza maggioritaria.

Restando in argomento, si potrebbe invece cogliere l'occasione per chiarire inequivocabilmente (all'interno dell'art. 610 c.p.p.) che i magistrati dell'"ufficio spoglio" sono tenuti a descrivere puntualmente le ragioni per le quali il ricorso viene ritenuto inammissibile (anche laddove imperniato su motivi manifestamente infondati) e trasmesso alla VII sezione. Si tratterebbe, cioè, di mettere al bando la prassi che prevede l'uso dei c.d. 'stamponi', e di esigere una pur succinta argomentazione sulla pretesa inammissibilità dell'impugnazione, rendendo così possibile un'effettiva dialettica tra le parti.

Per quanto attiene, infine, al vizio di motivazione della sentenza (3.2), penso che sia necessario mantenere l'attuale testo dell'art. 606 comma 1 lett *e*) c.p.p., al fine di rendere sindacabile in cassazione la contraddittorietà della prova. Tutt'al più, si potrebbe valutare l'opportunità di giungere a una rimodulazione del motivo per i soli casi di ricorso propo-

sto avverso sentenza di condanna confermata in appello. È vero che – a rigore – vi è infungibilità tra doppio grado di giudizio e controllo sulla logicità dell'argomentazione probatoria: l'aver garantito un riesame dell'intera materia del giudizio non mette al riparo da lacune, incongruenze e altre storture del discorso giustificativo. Per convincersene, basti pensare che in astratto pure la seconda sentenza potrebbe rivelarsi inficiata da vizi motivazionali.

Tuttavia, in un'ottica di deflazione del carico di lavoro si può forse pensare di

restringere gli spazi per il sindacato della Cassazione a fronte di una 'doppia conforme'. Certo, lo stabilire un regime differenziato dei motivi di ricorso rappresenterebbe un sensibile stacco rispetto alla nostra tradizione, ma introdurre una robusta dose di flessibilità nella disciplina del giudizio di cassazione potrebbe rivelarsi una mossa tutt'altro che avventata, funzionale a una sensibile riduzione dello stato di sofferenza che da troppo tempo affligge la nostra Corte suprema.

# Novità legislative interne / *National Legislative News*

---

GASTONE ANDREAZZA

---

Con riguardo alle novità normative di natura processuale intervenute nel periodo di riferimento, va sicuramente segnalata la legge, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 235 dell'8 ottobre 2012, di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, e di approvazione di ulteriori norme di adeguamento dell'ordinamento interno (precisamente: l. 1° ottobre 2012, n. 172 «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno*»). La Convenzione, adottata dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 luglio 2007 ed aperta alla firma il 25 ottobre dello stesso anno a Lanzarote, è intervenuta con l'obiettivo, in particolare, di potenziare gli strumenti di contrasto a reati, come quelli in oggetto, sempre più frequentemente commessi via Internet e, quindi, caratterizzati da un significativo aspetto di transnazionalità.

La legge di recepimento, oltre ad intervenire sul piano del diritto sostanziale introducendo numerose modifiche al codice penale, o modificando norme già contemplate dal codice (artt. 157, 416, 572, 576, 583 *bis*, 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *sexies*, 600 *septies*, 602 *bis*, 602 *ter*, 602 *quater*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *sexies*, 609 *nonies*, 609 *decies*) o inserendo norme di nuovo

conio (artt. 414 *bis*, 600 *septies*.1, 600 *septies*.2, 602 *quater* e 609 *undecies*), tutte ispirate all'esigenza di rafforzare, appunto, la tutela dei minori rispetto a condotte di natura sessuale o pedopornografica, incide significativamente, in connessione con l'introduzione di tali nuove fattispecie, anche sul campo del diritto processuale; in tal senso, infatti, l'art. 5 provvede fondamentalmente ad estendere il catalogo di reati, considerati di particolare gravità, per i quali sono previste regole differenziate rispetto all'ordinario "modus procedendi"; e ciò, essenzialmente, con riguardo alle attribuzioni del procuratore della Repubblica distrettuale (art. 51 c.p.p.) alla misura coercitiva dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282 c.p.p.), alla disciplina delle sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria (art. 351) o dal pubblico ministero (art. 362) o dal difensore (art. 391 *bis*), all'arresto obbligatorio in flagranza (art. 380), alla disciplina dell'incidente probatorio (art. 392), alla disciplina dei termini di durata massima delle indagini preliminari (art. 407) e, infine, al procedimento speciale di applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 444). In tutti tali settori, infatti, l'intervento normativo si caratterizza per l'inserimento, tra le specifiche fattispecie delittuose per le quali la regolamentazione di dette discipline processuali "devia" rispetto ai canoni ordinari, o di delitti già sino ad ora previsti dal codice penale in materia di por-

nografia minorile, alcuni dei quali modificati dall'art. 4 della stessa legge, o di fattispecie di assoluta nuova introduzione.

Rimandandosi, per la comprensione della portata delle singole modifiche, al testo delle nuove disposizioni processuali, merita qui soffermarsi su alcuni aspetti di più immediata evidenza.

Un primo aspetto, inerente al metodo adottato (inevitabilmente conseguente, peraltro, al recepimento di istanze extranazionali inerenti specifiche figure criminose) riguarda la ormai consolidata accettazione, da parte del legislatore, di un sistema processuale le cui regole, lungi dall'aver valenza onnicomprensiva, mutano a seconda del reato per il quale si procede, dandosi luogo così ad un processo penale dal contenuto, in taluni casi (si pensi, per esempio, alla disciplina delle esclusioni previste per il "patteggiamento allargato"), tanto più "restrittivo" quanto più grave è ritenuta dal legislatore la condotta illecita sanzionata.

Quanto al merito del provvedimento, un primo profilo riguarda la modifica dell'art. 51 in virtù della quale si è provveduto ad inserire, tra i reati per i quali è previsto che le funzioni di pubblico ministero siano svolte dai magistrati della procura della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente anche la nuova fattispecie aggravata dell'art. 416, comma 7, relativa al caso in cui l'associazione a delinquere sia diretta a commettere taluno dei delitti previsti dagli artt. 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater*, 600 *quinqües*, 609 *bis*, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, e 609 *undecies* c.p. e le fattispecie di cui agli artt. 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater* c.p.; l'estensione così operata si fonda, evidentemente, sull'esigenza di facilitare il coordinamento delle indagini e la formazione di gruppi di lavoro specializzati in materia di reati informatici e, in particolare, di delitti inerenti la pornografia minorile commessa via Internet nonché, come già detto, stante la

connotazione sovente transnazionale di detti reati, di facilitare il rapporto con Eurojust.

Un secondo punto riguarda l'ampliamento, anche in tal caso, del catalogo dei reati per i quali la misura coercitiva personale dell'allontanamento dalla casa familiare può essere adottato anche al di fuori dei limiti di pena altrimenti da osservarsi, in generale, ai sensi dell'art. 280 c.p.p.; se nessun particolare problema sembra porsi con riguardo alla introduzione delle fattispecie di cui agli artt. 600, 601 e 602, non è invece chiaro il senso dell'introduzione, nel catalogo dei reati, anche della nuova ipotesi dell'art. 600 *septies.2.*, riguardante, a ben vedere, una ipotesi di previsione di pene accessorie, mentre il richiamo all'ipotesi, anch'essa di nuova introduzione, di cui all'art. 600 *septies.1.*, configurante una ipotesi di circostanza attenuante (sostanzialmente riprodotte la previsione di cui all'art. 600 *sexies*, comma 5, oggi abrogata) parrebbe dovere essere inteso nel senso di includere, nella deroga ai limiti di pena in tal modo posta in essere, anche l'ipotesi attenuata ivi contemplata.

Con riguardo poi alle modifiche operate in relazione all'incidente probatorio, essenzialmente volte ad allargare, anche in tal caso, lo spettro dei reati per i quali è consentito il ricorso a tale strumento processuale di acquisizione della prova anche al di fuori delle ipotesi strettamente previste dal comma 1 dell'art. 392 c.p.p., va osservato che tra detti reati parrebbe dovere essere inserita anche l'ipotesi, attenuata, di pornografia virtuale di cui all'art. 600 *quater1.* c.p. pur a fronte di un richiamo effettuato, in maniera sicuramente contorta, dal comma 1 *bis* dell'art. 392, non già direttamente ad esso bensì, per effetto delle modifiche apportate all'originario testo del ddl dalla Camera, ai reati di cui «...agli articoli 600 *ter* e 600 *quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 *quater1.*».

Un ulteriore accenno va poi fatto alla disciplina del patteggiamento; la modifica all'art. 444 c.p.p. posta in essere dall'art. 5 cit. com-

porta l'impossibilità di chiedere ed ottenere, per il reato di prostituzione minorile, così come previsto per gli altri reati già specificamente elencati al comma 1 bis, l'applicazione della pena superiore ai due anni soli o congiunti a pena pecuniaria.

Va infine segnalata l'anticipazione, alla fase delle indagini preliminari, delle particolari modalità di "esame protetto" adottabili nei confronti del minore in ipotesi di reati di natura sessuale o pedopornografica (ma non solo, attesa l'inclusione anche del reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, di tratta di persone e di acquisto e alienazione di schiavi); segnatamente, intervenendo sugli artt. 351, 362 e 391 *bis*, la novella prevede che la polizia giudiziaria, il pubblico ministero e il difensore, allorquando debbano assumere sommarie informazioni da persone minori nei procedimenti per i delitti previsti dagli artt. 600, 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater*, 600 *quater*.1, 600 *quinqüies*, 601, 602, 609 *bis*, 609 *quater*, 609 *quinqüies*, 609 *octies* e 609 *undecies*, si avvalgano dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato, in caso di informazioni da assumersi dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero, da

quest'ultimo. Le norme paiono indubbiamente colmare una lacuna già emersa in occasione di pronunce della Corte di Cassazione (si veda Cass., sez. VI, 19 ottobre 2000, n. 11615, *CED Cass.* 220807 con cui si affermava che le particolari cautele dettate dall'art. 498, comma 4, c.p.p., per l'esame testimoniale del minorenne non potevano applicarsi in sede di sommarie dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari) anche se sembrano muoversi su un piano diverso da quello di una mera trasposizione alla fase delle indagini di regole già previste per il dibattimento; da un lato, infatti, l'ausilio dell'esperto parrebbe posto in termini di obbligatorietà (salvo a valutare quali siano le conseguenze di un mancato ricorso allo strumento) stante l'utilizzo, in tutte e tre le novellate norme, della frase "si avvalgono", riferita a polizia, p.m. e difensore, in luogo del termine, "può avvalersi" riferito al presidente dal comma 4 dell'art. 498 c.p.p. per la fase, appunto, dibattimentale, e, dall'altro, nessun riferimento specifico viene operato alla veste del minore quale "vittima" o persona offesa dei predetti reati, sì che parrebbe lecita una generalizzata applicazione anche nelle ipotesi di minore, informato dei fatti, "terzo".

## Novità sovranazionali / *Supranational News*

MICHELE BONETTI

La produzione normativa del Consiglio d'Europa (cfr. <http://convention.coe.int>) ha avuto un recente, interessante sviluppo.

Il 20 settembre 2012 è stato aperto alla firma a Vienna il "Quarto Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione". Tale atto è stato sottoscritto da dodici Stati membri del Consiglio d'Europa (non l'Italia) ed entrerà in vigore internazionalmente a seguito di tre ratifiche.

La "Convenzione europea di estradizione" (trattato multilaterale stipulato a Parigi il 13 dicembre 1957, aperto alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa e all'adesione degli Stati non membri, con vigenza internazionale il 18 aprile 1960, sottoscritto dall'Italia il 13 dicembre 1957, dalla stessa ratificato, in forza della l. 30 gennaio 1963 n. 300, il 6 agosto 1963, ed entrato in vigore il 4 novembre 1963) presenta all'oggi 47 ratifiche e 3 adesioni (Corea, Israele, Sud Africa). Detta Convenzione (che si può leggere, unitamente ai primi due Protocolli, in Pisani-Mosconi-Vigoni, *Codice delle Convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, IV ed., Milano, 2004, p. 453 ss.) è stata finora oggetto di una terna di interventi. Il primo è costituito dal "Protocollo addizionale", stipulato a Strasburgo il 15 ottobre 1975, con vigenza internazionale il 20 agosto 1979, che ha apportato modificazioni sul piano del diritto processuale (il *ne bis in idem*) e sostanziale (il mancato riconoscimento del carattere politico ai crimini contro l'umanità e di guerra): a fronte di 37 ratifiche e

due adesioni (Corea e Sud Africa), cui è giunto, l'Italia non ha provveduto né alla firma, né alla ratifica. Il secondo è costituito dal "Protocollo addizionale", stipulato a Strasburgo il 17 marzo 1978, con vigenza internazionale il 5 giugno 1983, in tema di reati fiscali, contumacia ed amnistia: esso è pervenuto a odierne 40 ratifiche e 2 adesioni (Corea e Sud Africa); l'Italia l'ha sottoscritto il 23 aprile 1980, poi ratificato, in forza della l. 18 ottobre 1984 n. 755, il 23 gennaio 1985, con entrata in vigore il 23 aprile 1985. Il terzo è costituito dal "Protocollo addizionale" (v., in proposito, Vigoni, *Novità sovranazionali*, in *questa Rivista*, 2011, n. 1, pp. 12-14), stipulato a Strasburgo il 10 novembre 2010, con vigenza internazionale il 1° maggio 2012, apportante semplificazioni della procedura di estradizione in caso di consenso dell'interessato: 4 le ratifiche già espresse (Albania, Lettonia, Paesi Bassi, Serbia), ma l'Italia non ha provveduto né alla firma, né alla ratifica.

L'elaborazione del "Quarto Protocollo" è stata effettuata dal "Comitato di esperti sul funzionamento delle convenzioni europee sulla cooperazione nel settore penale" (PC-OC), sotto l'autorità del "Comitato europeo per i problemi criminali" (CDPC). L'apertura alla firma è stata in occasione della "XXXI Conferenza del Consiglio europeo dei ministri della Giustizia", tenuta a Vienna dal 19 al 21 settembre 2012.

Il *Rapport explicatif* evidenzia le ragioni che stanno alla base dell'atto: «*adapter*» e «*améliorer*» l'«*application pratique*» della cooperazione

in materia estradizionale, a fronte dei «*nouveaux besoins*», tenendo conto della costante «*attention particulière*» all'«*impact direct sur les droits et les libertés des individus*» che le tecniche promosse importano.

L'incipit del "Quarto Protocollo" richiama la finalità generale del Consiglio d'Europa, consistente nel «*réaliser une union plus étroite entre ses membres*», e la finalità particolare del nuovo articolato, consistente nel «*moderniser*» e «*completer*» la Convenzione di riferimento.

Sono vari i temi affrontati, ma sono sei i profili di fondo trattati nei quindici articoli dell'atto: "prescrizione", "domanda e documentazione", "regola di specialità", "riestradizione a Stato terzo", "transito", "vie e mezzi di comunicazione"; chiudono disposizioni finali, interpretative e di composizione amichevole.

Riveste un certo interesse percorrere la strutturazione dell'articolato normativo, onde dare evidenza al *novum* emergente.

Circa la "prescrizione" (art. 1), viene riformulato l'art. 10 della Convenzione del 1957, che prevedeva tale istituto, operante in virtù della legge del Paese richiesto come del Paese richiedente, quale motivo obbligatorio di rifiuto. Ora, invece, si stabilisce che l'estradizione non sarà concessa quando l'azione penale o la pena è caduta in prescrizione, secondo la legge del solo Paese richiedente. Ma l'estradizione non potrà essere rifiutata sulla base del fatto che l'azione penale o la pena sarebbero prescritte per la legge del Paese cui è richiesta la estradizione. Detta norma impeditiva, peraltro, può essere oggetto di riserva di non applicazione da parte di uno Stato, con apposita dichiarazione al momento della sottoscrizione, del deposito dello strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione: ciò, quando la domanda di estradizione è basata su fattispecie per cui lo Stato ha giurisdizione in ossequio alla propria legge penale, e/o se la legge interna proibisce espressamente la consegna in caso di prescrizione sulla base

della medesima. Per determinare se l'azione o la pena è prescritta secondo la normativa interna, la Parte, che abbia apposto detta riserva, prenderà in considerazione, secondo la propria legislazione, ogni atto compiuto o evento accaduto nel Paese richiedente, per verificare se gli stessi abbiano efficacia interruptiva o sospensiva della prescrizione nel Paese richiesto. Compete dunque alla Parte richiedente una attenta «*déclaration motivée précisant les raisons*» di ininfluenza della prescrizione, chiosa il *Rapport explicatif*.

L'art. 2 contempla la "domanda" di estradizione e la "documentazione" relativa, riformulando l'art. 12 della Convenzione di estradizione (che prevedeva la via diplomatica), con semplificazioni già introdotte dal "Secondo Protocollo", ora ampliate ad «*autre autorité tels que les services du Procureur Général*», osserva il *Rapport explicatif*. La domanda sarà scritta e sottoposta, da parte del ministero della Giustizia, o da altra autorità competente, del Paese richiedente, al ministero della Giustizia, o ad altra autorità competente, del Paese richiesto. Lo Stato che desideri designare un'altra autorità competente, diversa dal detto ministero, la indicherà al Segretario generale del Consiglio d'Europa, al momento della sottoscrizione, o quando depositerà la sua ratifica, accettazione, approvazione o adesione, così come andrà indicato al medesimo Segretario ogni successivo mutamento relativo alla competente autorità. La domanda di estradizione sarà supportata da tre elementi. *In primis*, una copia del provvedimento di condanna esecutivo, o dell'ordine di detenzione o di ogni altro atto avente il medesimo effetto, rilasciato nelle forme prescritte dalla legge della Parte richiedente; *in secundis*, una relazione dei fatti per i quali l'estradizione è richiesta (i tempi e il luogo della commissione, la fattispecie legale e il riferimento alle disposizioni normative applicabili, incluse quelle sulla prescrizione, dovranno essere esposti quanto più accuratamente possibile); *in tertiis*, una copia

delle disposizioni di legge applicabili, oppure, ove non possibile, una dichiarazione circa le norme applicabili, con tanto di descrizione della persona richiesta, nonché di ogni altra indicazione che sarà utile per stabilire la sua identità, nazionalità e localizzazione. È infine previsto che l'art. 5 del "Secondo Protocollo", per cui la domanda può essere trasmessa non solo tra ministeri della Giustizia, ma pure in via diplomatica e con ogni altro mezzo convenuto mediante accordo diretto tra due o più Parti, non sarà più applicabile fra le Parti del presente accordo.

L'art. 3 disciplina il "principio di specialità", riformulando l'art. 14 della Convenzione di estradizione. Si prevede dunque che colui che sia stato estradato non possa essere arrestato, perseguito, giudicato, condannato o detenuto, in vista dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, né sottomesso ad alcuna altra restrizione della libertà personale, per qualsivoglia fatto, anteriore alla sua consegna, diverso da quello per cui l'extradizione è stata richiesta (ma ciò, rileva il *Rapport explicatif*, non impedisce alla «*Partie requérante de prendre des mesures d'enquête, d'effectuer toutes les démarches nécessaires*», sempre che ciò «*n'implique pas de coercition*»). A questo principio fanno eccezione due casi. Il primo caso si dà quando la Parte che ha consegnato l'interessato lo consenta: la domanda dello Stato richiedente a ciò finalizzata sarà accompagnata dai documenti di cui all'art. 12 surrichiamato e da un verbale giudiziario con le dichiarazioni della persona estradata. Qui, il consenso della Parte sarà dato quando il reato, per cui vi è la domanda, è esso stesso oggetto di estradizione, secondo le norme della Convenzione. La decisione circa il consenso deve essere presa il prima possibile e non più tardi di 90 giorni dopo la ricezione della domanda: qualora il Paese cui è domandata l'extradizione in estensione non completi la procedura nel detto termine, ne informa il Richiedente, esponendo le ragioni del ritardo ed il tempo stimato come

necessario per la decisione che deve essere assunta. Il secondo caso di eccezione al "principio di specialità" si dà quando la persona estradata, pur avendo avuto l'opportunità di lasciare il territorio del Paese al quale è stato consegnato, non lo abbia fatto entro 30 giorni dalla sua definitiva liberazione, ovvero sia ritornata nel territorio dello Stato, dopo averlo lasciato. La Parte richiedente, in ogni caso, può assumere provvedimenti d'indagine, che non concernano la libertà personale della persona interessata, ovvero anche assumere ogni misura necessaria per l'interruzione della prescrizione secondo la propria legge, incluse le procedure contumaciali, o ancora assumere ogni misura necessaria per allontanare la persona dal suo territorio. Ogni Stato è facoltizzato, al momento della sottoscrizione, ratifica, accettazione, approvazione o adesione, o in ogni momento successivo, a dichiarare che, in deroga al principio di specialità, una Parte richiedente, che abbia fatto la stessa dichiarazione, può restringere la libertà della persona estradata, quando abbia introdotto la domanda di consenso all'ampliamento dell'extradizione. Ciò, ove il Richiedente notifichi, all'atto della domanda di consenso o più tardi, il momento in cui intende applicare tale restrizione, e la competente autorità della Parte richiesta esplicitamente accusi il ricevimento di questa notifica. La Parte richiesta può esprimere la sua opposizione a tale restrizione, quando lo ritenga opportuno: questo comporterà l'obbligo per il Richiedente di porvi fine immediatamente, compresa, all'occorrenza, la liberazione della persona estradata. Quando la qualificazione del reato ascritto sia modificata nel corso del procedimento, la persona estradata non sarà né perseguita né giudicata, se non nella misura in cui gli elementi costitutivi della nuova qualificazione del reato permetterebbero l'extradizione.

L'art. 4 mette a tema la "riestradizione a Stato terzo", prevedendo che l'art. 15 della Convenzione di estradizione divenga il suo

paragrafo 1 e che ad esso si aggiunga il nuovo paragrafo 2, secondo il quale il Paese richiesto prenderà la sua decisione, sul relativo consenso, al più presto, e comunque non oltre 90 giorni dopo il pervenimento della domanda di consenso e, se del caso, dei documenti indicati all'art. 12 surrichiamato. Si aggiunge che, qualora detto Paese non possa rispettare tale termine, ne informerà il Richiedente, esponendo le ragioni del ritardo ed il tempo stimato come necessario per la decisione.

L'art. 5 si occupa del "transito", sostituisce l'art. 21 della Convenzione di estradizione e lo «*simplifie considérablement*», annota il *Rapport explicatif*. È dunque previsto che il transito, attraverso il territorio di uno dei Paesi contraenti, sarà consentito, a fronte della presentazione di una espressa domanda, purché non si stia procedendo per un reato considerato, dal Paese richiesto del transito, di carattere politico o puramente militare (v. gli artt. 3 e 4 della Convenzione). La domanda di transito conterrà ben cinque elementi. Si tratta: dell'identificazione della persona da estradare, inclusa la sua nazionalità, se nota; dell'autorità che richiede il passaggio; della sussistenza di un mandato di arresto o altro atto equivalente, od un provvedimento giurisdizionale esecutivo, nonché della conferma che la persona deve essere estradata; della natura e della qualificazione legale del reato, inclusa la pena massima o la pena irrogata all'esito del giudizio; della descrizione delle circostanze in cui il reato è stato commesso, precisando data, luogo e grado di partecipazione della persona interessata. In caso di atterraggio fortuito, la Parte richiedente attesterà immediatamente la sussistenza di uno dei documenti fra quelli menzionati all'art. 12 - vale a dire: una copia del provvedimento di condanna esecutivo, dell'ordine di detenzione o di ogni altro avente il medesimo effetto, rilasciato nelle forme prescritte dalla legge della Parte richiedente. Tale attestazione avrà l'effetto della richiesta di arresto provvisorio, come vuole l'istituto di

cui all'art. 16 della Convenzione di estradizione, e il Richiedente inoltrerà una domanda per il transito alla Parte sul cui territorio l'atterraggio è avvenuto. Può essere rifiutato il transito di un cittadino del Paese richiesto (come da disciplina dell'art. 6 della Convenzione di estradizione). Ciascuno Stato può, al momento della sottoscrizione, o nel depositare il suo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione, dichiarare che si riserva il diritto di consentire il transito di una persona, unicamente alle condizioni dell'extradizione o solo a talune di esse. Comunque, il transito della persona estradata non sarà effettuato attraverso un territorio in cui vi sia ragione di ritenere che la sua vita o la sua libertà possa essere minacciata per ragioni di razza, religione, nazionalità o opinioni politiche.

L'art. 6 concerne il completamento della Convenzione di estradizione, normando "vie e mezzi di comunicazione": posto che, rileva il *Rapport explicatif*, «*la tendance actuelle est à une utilisation plus intensive des moyens de communication électronique*». Così, si prevede che, ai fini della Convenzione di estradizione, le comunicazioni possono essere effettuate usando mezzi elettronici od altri, che consentano tracciabilità, in condizioni tali da permettere alle Parti di accertarne l'autenticità. In ogni caso, la Parte interessata, a richiesta e in ogni momento, presenterà gli originali o le copie autentiche dei documenti. Il ricorso all'Interpol o ai canali diplomatici non è escluso. Ciascuno Stato può, al momento della sottoscrizione o del deposito del suo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione, dichiarare che, ai fini delle comunicazioni previste dagli artt. 12 e 14, paragrafo 1.a della Convenzione di estradizione (concernenti la domanda di estradizione e la regola della specialità), si riserva il diritto di chiedere l'originale o la copia autentica della domanda e dei documenti che la supportano.

Le regole finali sono di completamento istituzionale delle pattuizioni convenzionali.

L'art. 7 prevede - come di rito - che le parole e le espressioni usate in questo Protocollo siano interpretate secondo il significato della Convenzione di estradizione. Con riguardo alla Parti del Protocollo, la disciplina della Convenzione si applicherà, nella misura in cui essa sia compatibile con le previsioni del detto atto («*conformément aux principes généraux et aux normes de droit international*» appunta il *Rapport explicatif*): che, comunque, non pregiudicano l'applicazione dell'art. 28, paragrafi 2 e 3 della Convenzione, concernenti appunto la relazione fra la Convenzione e gli accordi bilaterali o multilaterali.

Altra addizione alla Convenzione di estradizione è normata dall'art. 8, per il quale il Comitato europeo sui problemi criminali del Consiglio d'Europa (del cui «*rôle important*» si fa portatore il *Rapport explicatif*) sarà informato dell'applicazione della Convenzione e dei relativi Protocolli addizionali e, per altro verso, faciliterà, per quanto necessario, la soluzione amichevole di ogni difficoltà che possa nascere dalla loro interpretazione ed applicazione.

Circa la sottoscrizione e l'entrata in vigore, l'art. 9 prevede che il Protocollo sia aperto alla sottoscrizione degli Stati membri del Consiglio d'Europa che sono Parti o che abbiano sottoscritto la Convenzione di estradizione. Esso sarà soggetto a ratifica, accettazione od approvazione. Uno Stato firmatario non può ratificare, accettare ed approvare il Protocollo senza aver, previamente o contestualmente, ratificato, accettato, approvato la Convenzione. Gli strumenti di ratifica, accettazione o approvazione, saranno depositati presso il Segretario Generale del Consiglio d'Europa. Il Protocollo *de quo* entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo lo spirare del termine di tre mesi dopo il deposito del terzo strumento di ratifica, accettazione o approvazione. Rispetto ad ogni Stato firmatario che depositerà successivamente il suo strumento di ratifica, accettazione od approvazione, il Protocollo entrerà in vigore il primo giorno

del mese successivo lo spirare del termine di tre mesi dopo la data del deposito.

Circa le adesioni, l'art. 10 stabilisce che ogni Stato non membro, che abbia aderito alla Convenzione di estradizione, può aderire al Protocollo, dopo la sua entrata in vigore. Tale adesione sarà effettuata, depositando uno strumento all'uopo redatto presso il Segretario Generale del Consiglio d'Europa. Rispetto ad ogni Stato aderente, il Protocollo entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo allo spirare del periodo di tre mesi dopo la data del deposito dello strumento di adesione.

Per l'ambito temporale, l'art. 11 prevede che il Protocollo si applichi alle richieste ricevute dopo la sua entrata in vigore fra le parti interessate.

Per l'ambito territoriale, l'art. 12 stabilisce che ogni Stato può, al momento della sottoscrizione o al deposito dello strumento di ratifica, accettazione, approvazione e adesione, specificare il territorio o i territori ai quali il Protocollo si applicherà. Ogni Stato può, successivamente, attraverso una dichiarazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, estendere l'applicazione di questo protocollo a qualsivoglia altro territorio indicato nella dichiarazione. Ogni dichiarazione di cui all'art. 12 può, rispetto al territorio di espresso riferimento, essere revocata, in forza di notifica indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa: la revoca diverrà effettiva il primo giorno del mese successivo lo spirare del periodo di sei mesi dopo la ricezione di tale notificazione da parte del Segretario Generale.

Per quanto attiene a "dichiarazioni e riserve", l'art. 13 statuisce che le riserve espresse da uno Stato, riguardo a disposizioni della Convenzione di estradizione o di uno dei suoi Protocolli addizionali, che non siano state modificate dal "*Quarto Protocollo*", saranno ad esso applicate, a meno che lo Stato dichiari diversamente al momento della sottoscrizione o

del deposito del suo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione. Lo stesso avverrà per ogni dichiarazione effettuata riguardo o in virtù di una disposizione della Convenzione o dei relativi Protocolli addizionali. Le riserve e le dichiarazioni espresse da uno Stato, in relazione alle disposizioni della Convenzione che siano state modificate dal Protocollo, non si applicheranno fra le Parti del medesimo. Nessuna riserva può essere fatta, nel rispetto delle previsioni del Protocollo, con l'eccezione della riserva di cui agli artt. 10 (circa il rifiuto di estradizione per prescrizione, secondo la legislazione del Paese richiesto) e 21 (condizioni al transito pari a quelle per l'extradizione) della Convenzione, come modificati dal Protocollo, e all'art. 6 (richiesta degli originali dei documenti) di questo Protocollo; la regola della reciprocità può essere applicata ad ogni riserva. Ogni Stato può, interamente o parzialmente, revocare una riserva o dichiarazione effettuata, a mezzo di notificazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, che diventerà effettiva dal momento della ricezione.

L'art. 14 stabilisce che ogni Parte può, per quanto la riguardi, denunciare il "*Quarto Protocollo*", indirizzando una notificazione al Segretario Generale del Consiglio d'Europa. Tale denuncia avrà effetto dal primo giorno del mese successivo allo spirare del periodo

di sei mesi dopo la data di ricezione della notificazione da parte del Segretario Generale del Consiglio d'Europa. La denuncia della Convenzione di estradizione comporta la denuncia di questo Protocollo.

Infine, l'art. 15 prevede che il Segretario Generale del Consiglio d'Europa notifichi agli Stati membri del Consiglio d'Europa e ad ogni Stato che abbia aderito a questo Protocollo: ogni sottoscrizione; il deposito degli strumenti di ratifica, accettazione, approvazione o adesione; la data di entrata in vigore del Protocollo, in accordo con gli artt. 9 e 10; le riserve effettuate secondo gli artt. 10 e 21 della Convenzione di estradizione, come modificata da questo Protocollo, così come l'art. 6 del Protocollo, nonché la revoca di tale riserva; le dichiarazioni effettuate secondo gli artt. 12 e 14 della Convenzione, modificati dal Protocollo, così come secondo l'art. 12 del medesimo, e le revoche di tali dichiarazioni; le notificazioni ricevute nel rispetto dell'art. 14 e la data in cui le denunce avranno efficacia; ogni altro atto, dichiarazione o notificazione o comunicazione che abbia riferimento a questo Protocollo.

Per un protocollo che non si applicherà se non «*aux nouvelles requêtes*» (sottolinea il *Rapport explicatif*), deve rilevarsi che sarà il futuro convenzionale prossimo venturo e il permanere della volontà cooperante a dettare l'agenda del suo successo.

## De jure condendo

MARCELLO D'AIUTO

È all'esame della Camera dei Deputati il d.d.l. C. 4825 - «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del medesimo codice, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, in materia di accelerazione e razionalizzazione del processo penale, nonché alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di concessione di benefici penitenziari. Istituzione dell'ufficio per il processo e delega al Governo per l'istituzione dell'assistente di studio del giudice*».

Il progetto di legge in parola, di iniziativa dell'on. Orlando ed altri, ha lo scopo di razionalizzare i tempi della giustizia penale. Si tratta di un d.d.l. complesso e articolato, che interviene su molti aspetti del processo penale per cercare di eliminare ogni ipotesi di inutile dispendio di risorse economiche e temporali.

La prima direttrice di intervento, già all'art. 1, riguarda l'ampliamento della discrezionalità del giudice per il riscontro, riguardo alla fattispecie di sua competenza, dell'utilità di avviare un processo penale. Si ritiene, infatti, che determinate vicende, seppure foriere di disvalore penale, non abbiano quel contenuto offensivo tale da giustificare il notevole dispendio di risorse che l'accertamento penale comporta.

Il d.d.l. in parola riprende la linea contenutistica propria di altri disegni di legge tesi ad introdurre l'istituto della «particolare tenuità del fatto» quale modalità di definizione del processo, tra i quali merita di essere segnalato il d.d.l. C. 2094, anch'esso all'esame della

Camera. L'art. 1, infatti, introduce, al comma 1 dell'art. 129 c.p.p., dopo le parole «come reato», l'ulteriore ipotesi di proscioglimento quando il fatto non è punibile rilevando le circostanze di cui all'art. 49-bis c.p. La norma, dunque, sarà intellegibile solo alla luce della richiamata disposizione sostanziale che introduce i criteri a cui il giudice deve ancorare la valutazione sulla tenuità del fatto. In particolare rilevano, da una parte, la «modalità della condotta» e, dall'altra, l'«esiguità delle conseguenze dannose o pericolose della stessa». Nel primo ambito esegetico rientrerebbe anche la valutazione dell'elemento soggettivo del reato, da ricostruire insieme agli elementi di fatto esplicativi della condotta. Il secondo parametro, viceversa, dovrebbe ancorare la valutazione dell'autorità giudiziaria a tutte le possibili conseguenze lesive del reato, sia nei reati di danno che in quelli di pericolo. Nell'ipotesi di particolare tenuità del fatto, dunque, il giudice, a norma dell'art. 129 c.p.p., dovrà, in ogni stato e grado del processo, dichiarare d'ufficio la causa di non punibilità con sentenza.

Una seconda linea innovatrice riguarda, invece, la semplificazione del sistema delle notificazioni, così da rendere più immediata la conoscibilità dell'atto. Ancora una volta, però, le modifiche legislative proposte non sono tese ad assicurare l'effettiva conoscenza, ma piuttosto ad ampliare le ipotesi di conoscenza legale ovvero le condizioni perché la conoscenza dell'atto possa essere presunta. In questo senso deve essere interpretato l'art. 6,

che innova con due nuove norme il codice di procedura penale: gli artt. 157-*bis* e 157-*ter*. Il primo prescrive che la notificazione alla persona sottoposta alle indagini deve contenere, a pena di nullità, l'invito a nominare un difensore di fiducia e «l'avviso che in caso di mancata nomina del difensore di fiducia è nominato un difensore d'ufficio». Quest'ultimo, al pari di quello di fiducia, a differenza di quanto attualmente previsto, potrà poi essere il destinatario, a norma dell'art. 157-*ter*, di tutte le notificazioni successive alla prima riguardanti il processo. Contemporaneamente le notificazioni ai difensori sono eseguite mediante posta elettronica certificata: «a tale fine il difensore indica, all'atto del deposito della nomina ovvero, qualora non vi abbia già provveduto, nel primo scritto difensivo, l'indirizzo di posta elettronica certificata presso cui dichiara di voler ricevere notificazioni o avvisi». Con lo stesso mezzo, a norma del comma 14 dell'art. 2, è notificato al difensore, e non più all'indagato, anche l'avviso di conclusione delle indagini preliminari. Qualora questi sia sprovvisto di indirizzo di posta elettronica, l'atto sarà notificato presso il Consiglio dell'Ordine. Per ciò che attiene le notifiche alle persone diverse dall'imputato, invece, in casi di urgenza, il giudice può disporre che siano effettuate a mezzo del telefono, del *fax* o della posta elettronica. In ogni caso, il d.d.l. in oggetto, all'art. 2, interviene anche sull'art. 148 c.p.p., per ampliare i soggetti incaricati delle notificazioni, includendo anche gli ufficiali o gli agenti di polizia giudiziaria, oltre ai già previsti ufficiali giudiziari. Ciò che emerge dalla disciplina appena tratteggiata è sicuramente una notevole semplificazione delle modalità di notificazione, le quali, peraltro, soprattutto con riferimento all'imputato, non assicurano l'effettiva conoscenza degli atti del procedimento, anche in ipotesi importanti quali l'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

La proposta di legge in commento, inoltre, interviene a limitare le ipotesi di ricorso per cassazione, in modo da alleggerire il carico

di giudizi che grava sulla Suprema corte. Per questo, in primo luogo, l'art. 3 modifica l'art. 409 c.p.p., così da rendere appellabile l'ordinanza di archiviazione che, ad oggi, nei casi di nullità previsti dall'art. 127, comma 5, è ricorribile per cassazione. In secondo luogo, l'art. 3 limita i casi di ricorso per cassazione delle sentenze emesse a seguito di patteggiamento solo ai casi di «illegittima acquisizione della volontà dell'imputato, per difetto di corrispondenza tra la richiesta e la sentenza, nonché qualora siano inflitte una pena o una misura di sicurezza errate o non previste dalla legge». Invero, tale disposizione sembra confliggere con il dettato dell'art. 111 Cost., per cui ogni provvedimento limitativo della libertà personale è ricorribile per cassazione per violazione di legge. Ad ogni modo, ogni ricorso per cassazione, a norma del comma 3 dell'art. 3 del d.d.l. in esame, deve essere accompagnato, a pena di improcedibilità, dal versamento di una cauzione di Euro 300. Solo in caso di accoglimento del ricorso, poi, la cauzione sarebbe restituita al ricorrente. La disposizione, nell'idea del proponente, dovrebbe concorrere a diminuire il numero di ricorsi eliminando quelli meramente dilatori. Tuttavia, la previsione della restituzione della cauzione solo in caso di accoglimento del ricorso, sembra limitare oltre modo quello che la Costituzione prefigura come un diritto incompressibile.

Un'ulteriore linea di riforma riguarda la contumacia e la possibilità di sospendere il procedimento nei casi in cui l'imputato non sia reperibile. La *ratio* di fondo, più che la garanzia per l'interessato di conoscere il procedimento a suo carico, è evitare un inutile dispendio di risorse attesa la necessità di riceleberrare il giudizio nel caso di sopravvenuta reperibilità dello stesso. Del resto, una riforma organica del processo contumaciale non può prescindere da una modifica del sistema delle notificazioni che assicuri, almeno tendenzialmente, l'effettiva conoscenza degli

atti da parte dell'imputato. Viceversa, come si è dato conto, il d.d.l. in oggetto non ha intrapreso questa strada riformatrice privilegiando una mera semplificazione delle forme, preludio ad ulteriori ipotesi di mancata conoscenza del procedimento. L'art. 4, al comma 2, ad ogni modo, prevede che, qualora la notificazione della *vocatio in iudicium* non sia possibile, il giudice dispone con ordinanza la sospensione dell'udienza. Periodicamente, poi, il giudice dispone nuove ricerche dell'imputato per constatare la sussistente impossibilità di effettuare la notifica dell'avviso. Anche in presenza di imputato irreperibile, però, il giudice non dichiara la sospensione dell'udienza «in presenza di più imputati e in ragione della natura o della gravità del reato contestato o del numero dei reati contestati, delle persone offese o dei testimoni, ovvero dell'esigenza di garantire la genuinità e la completezza della prova», laddove la sospensione possa arrecare grave pregiudizio all'accertamento dei fatti per cui si procede. In tale caso il giudice dispone procedersi in assenza dell'imputato, previa separazione della sua posizione processuale.

Un'altra ipotesi di sospensione del processo riguarda i reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a due anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, per i quali l'imputato può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova. L'istanza di sospensione deve indicare, d'intesa con i servizi sociali: «a) le modalità di coinvolgimento dell'imputato, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale, ove ciò risulti necessario; b) le prescrizioni comportamentali e gli impegni specifici che l'imputato assume al fine di eliminare o di attenuare le conseguenze del reato; c) le condotte volte a promuovere, ove possibile, la conciliazione con la persona offesa». Il giudice decide con ordinanza la sospensione del processo e affida l'imputato ai servizi sociali: l'esito positivo della prova estingue il reato.

Oggetto di riforma da parte del progetto di legge C. 4825 è anche l'ordinamento penitenziario. L'art. 13, infatti, introducendo l'art. 47-*septies* alla l. 26 luglio 1975, n. 354, prevede che «il condannato che ha espiato almeno metà della pena, quando la parte residua della pena è inferiore a tre anni, può essere ammesso, su richiesta sua o del difensore, al regime del patto per il reinserimento e per la sicurezza sociale». Quest'ultimo consiste nella sottoscrizione da parte del condannato di impegni a svolgere attività riparative culturali, istruttive, formative, di assistenza sociale e di inserimento lavorativo, di informazione e di prevenzione del rischio di devianza criminale o comunque utili al reinserimento sociale, in favore di vittime dei reati, da svolgere fuori dall'istituto per un periodo pari alla pena da espiare. Il comma 8 prevede che «il tribunale di sorveglianza, nel disporre l'ammissione al regime del patto per il reinserimento e per la sicurezza sociale, ne fissa le modalità».

Da ultimo l'apirante legislatore si propone di intervenire anche sull'organizzazione degli uffici giudiziari così da agevolare il lavoro dei giudici ed assicurare maggiore efficienza all'azione giurisdizionale. Il tratto di maggiore rilevanza riguarda l'introduzione di una nuova figura amministrativa, l'assistente di studio. Questo dovrebbe coadiuvare il giudice nella fase preparatoria e successiva dell'udienza, ma anche nella documentazione e ricerca utili per la decisione. Per questo il d.d.l. contiene una delega al Governo da esercitare secondo le direttive impartite dal Parlamento, così da non stravolgere la *ratio* della novella.

\* \* \*

È attualmente all'esame della Commissione Giustizia del Senato la proposta di legge S. 2156-B recante «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*».

L'iniziativa legislativa si propone di predisporre il necessario apparato normativo utile a contrastare la sempre crescente corruzione nella pubblica amministrazione. Invero, l'approvazione di una legge in tal senso segue la direttrice di riforma indicata dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003, aperta alla firma a Merida dal 9 all'11 dicembre dello stesso anno ed entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005. Le premesse della Convenzione affermano che la corruzione costituisce una minaccia per la stabilità e la sicurezza della società ed evidenziano i nessi esistenti tra la corruzione ed altre forme di criminalità, in particolare la criminalità organizzata e la criminalità economica, compreso il riciclaggio di denaro. La ratifica dell'atto internazionale è stata autorizzata dall'Italia con legge 3 agosto 2009, n. 116. Tale legge apporta modifiche al codice penale e al codice di procedura penale; in particolare, essa estende l'ambito di applicazione del delitto di peculato, concussione, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri; prevede la responsabilità amministrativa dell'ente in relazione alla commissione del delitto di induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria; interviene in materia di devoluzione allo Stato estero interessato dei beni confiscati sul territorio italiano in esecuzione di provvedimenti di confisca adottato all'estero.

L'art. 6 della Convenzione ONU prevede, poi, che ciascuno Stato assicuri, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, l'esistenza di uno o più organi incaricati di prevenire la corruzione mediante strumenti utili all'applicazione delle politiche di prevenzione della corruzione e all'accrescimento e alla diffusione delle conoscenze concernenti la prevenzione della corruzione. Al suddetto organo deve essere assicurata l'in-

dipendenza necessaria a permettergli di esercitare efficacemente le sue funzioni al riparo da ogni indebita influenza. Peraltro, in modo analogo, l'articolo 20 della Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione stabilisce che gli Stati contraenti sono tenuti a promuovere la specializzazione delle persone o delle unità indipendenti incaricate della repressione della corruzione e a garantire che tali persone o unità dispongano dei mezzi e dell'indipendenza necessari all'adempimento dei loro compiti.

Per questo, l'art. 1 del progetto di legge in oggetto «individua, in ambito nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione e gli altri organi incaricati di svolgere, con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione»: tale organo è la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150. Spetta alla Commissione, dunque, analizzare le cause e i fattori della corruzione, vigilare sulla corretta applicazione e sull'efficacia delle misure intraprese per il contrasto e riferire al Parlamento l'attività predisposta.

Dal punto di vista penalistico, il progetto di legge novella le fattispecie delittuose sia inasprando le pene previste per le ipotesi di reato esistenti, sia introducendo nuove condotte passibili di disvalore penale. Tra le altre rileva la fattispecie di «traffico di influenze illecite» che punisce «chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319 e 319-ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita, ovvero per remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio»: la sanzione è la reclusione da uno a tre anni.

Il d.d.l. interviene, però, anche sul codice di procedura penale e sulle norme di attuazione del medesimo. In particolare, l'art. 22, al comma 1, novella l'articolo 133 delle norme di attuazione del c.p.p., prevedendo che anche il decreto che, ai sensi dell'articolo 429 c.p.p., dispone il giudizio per il nuovo reato di cui all'articolo 319-*quater* c.p. (induzione indebita a dare o promettere utilità), introdotto dall'articolo 19 del disegno di legge in esame, sia comunicato alle amministrazioni o agli enti di appartenenza del dipendente pubblico. Il comma 2, invece, aggiunge il comma 2-*bis* all'art. 308 c.p.p., che disciplina i termini di durata massima delle misure coercitive diverse dalla custodia cautelare. In particolare la norma prevede che nelle ipotesi delittuose di cui agli artt. 314 (peculato), 316 (peculato mediante profitto dell'errore altrui), 316-*bis* (malversazione a danno dello Stato), 316-*ter* (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato), 317 (concussione), 318 (corruzione per l'esercizio della funzione), 319 (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319-*ter* (corruzione in atti giudiziari), 319-*quater*, primo comma (induzione indebita a dare o promettere utilità), e 320 (corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio) c.p., le misure interdittive perdano efficacia decorsi sei mesi dall'inizio della loro esecuzione.

\* \* \*

È stato di recente assegnato alla Commissione Giustizia del Senato il d.d.l. S. 3326, recante «*Modifiche del codice di procedura penale in materia di partecipazione della persona offesa alle varie fasi del processo*».

Il provvedimento in questione è diretto ad attribuire alla persona offesa dal reato mag-

giori poteri già nella fase delle indagini preliminari. Il progetto di legge, infatti, si compone di due soli articoli, ma interviene su due istituti cardine del procedimento, quali l'incidente probatorio e l'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

L'art. 1, infatti, estende anche all'offeso dal reato la possibilità di chiedere l'incidente probatorio al pari dell'indagato e del magistrato del pubblico ministero. La persona offesa dal reato, dunque, può autonomamente attivarsi per l'assunzione di un mezzo di prova che ritiene necessario al fine dell'accertamento penale. La norma dovrebbe di fatto abrogare, o comunque relegare in second'ordine, l'art. 394 c.p.p., in virtù del quale attualmente la persona offesa può soltanto chiedere al pubblico ministero di promuovere l'incidente probatorio. Seppure, infatti, il d.d.l. in parola non abroga esplicitamente la norma, è evidente che il potere questuante riconosciuto direttamente alla persona offesa riduce sensibilmente i casi di applicazione della stessa.

L'art. 2, poi, estende anche alla persona offesa il diritto di ricevere l'avviso di conclusione delle indagini preliminari. Invero, non si comprende bene la necessità di fornire tale avviso anche alla persona offesa. La *ratio* dell'art. 415-*bis*, infatti, risiede nell'esigenza di consentire all'indagato, il quale potrebbe fino a quel momento essere addirittura inconsapevole del procedimento a suo carico, di prendere contezza degli atti e di predisporre una difesa minima. In ordine alla persona offesa, viceversa, non vi è ragione di prevedere la medesima facoltà, atteso che l'avviso in oggetto precede generalmente una richiesta di rinvio a giudizio e, comunque, presuppone la mancata volontà del pubblico ministero di richiedere l'archiviazione del procedimento.

# Corti europee / *European Courts*

---

ALESSIO SCARCELLA

---

Nell'esaminare le più recenti decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo aventi particolari riflessi sul processo penale italiano, meritano di essere segnalate alcune decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo sul tema del trattamento carcerario, alcune anche coinvolgenti il nostro Paese. Il tema assai caldo, è al centro dell'interesse del Ministro della Giustizia, Avv. Prof. P. Severino, cui si deve il recente provvedimento legislativo (noto come "svuota carceri") tra i cui scopi rientra in particolare l'umanizzazione della fase espiativa della condanna (d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, recante «*Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*», conv. con modd. in l. 17 febbraio 2012, n. 9).

\* \* \*

Con una prima sentenza (Corte e.d.u., *Req.* n. 65050/09, *S. c. Italia* (n. 4), 17 luglio 2012), la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia sul caso S., cittadino italiano. La decisione in parola segue al quarto dei ricorsi proposti da S., che lamentava violazione dell'art. 3 Cedu per incompatibilità dello stato detentivo in cui egli era ristretto con le proprie condizioni di salute: va, infatti, ricordato che S. è affetto da una malattia cardiaca che ha reso necessario negli ultimi anni il ricovero presso idonee strutture ospedaliere. Il ricorrente, F.S., è infatti un cittadino italiano di 72 anni, portatore di un certo numero di problemi di salute tra cui problemi

cardiaci, diabete, indebolimento muscolare e depressione. È costretto su una sedia a rotelle dal 1987. Condannato all'ergastolo dalla Corte d'assise nel 2002 per aver ucciso la moglie e per aver ferito uno dei suoi figli, ha avuto la pena ridotta a 30 anni. Le condizioni della sua detenzione in carcere a Roma, prima del suo trasferimento presso il carcere di Parma il 23 settembre 2007, sono state oggetto di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte e.d.u., *Req.* n. 50550/06, *S. c. Italia* (n. 1), 10 giugno 2008). Il ricorso deciso il 17 luglio, invece, concerneva le condizioni della detenzione dopo tale data. Seguendo le indicazioni imposte al Governo italiano dalla Corte ai sensi dell'articolo 39 del regolamento (cc. dd. provvedimenti provvisori) - secondo cui questi avrebbe dovuto essere trasferito con urgenza in una struttura adatta al suo stato di salute, al fine di escludere qualsiasi rischio di trattamenti inumani o degradanti - l'esecuzione dello S. è stata sospesa ed egli è stato ammesso al regime della detenzione domiciliare, in quanto non è stata reperita alcuna struttura adeguata. Invocando l'articolo 3 (divieto di pene o di trattamenti inumani o degradanti), il ricorrente lamentava le condizioni della sua detenzione nel carcere di Parma. La Corte ha dato ragione al ricorrente ed ha condannato l'Italia alla somma di € 9.333 (a titolo di danno morale) e di € 6.000 (per costi e spese). Con la decisione in parola, quindi, la Corte, nel confermare quella resa precedentemente in *S. c. Italia*, n. 1, ribadisce che lo Stato deve garanti-

re il rispetto dei diritti dei prigionieri, ivi compreso quello alla salute: è un obbligo che importa, dunque, di prevedere forme alternative alla detenzione per eseguire le pene, che tengano in conto quali siano le concrete (ed effettive) difficoltà per il prigioniero di sopportare il carcere. Il mancato rispetto di quest'obbligo genera un trattamento contrario alla previsione dell'art. 3 Cedu.

\* \* \*

Sempre sullo stesso tema, si segnala il deferimento alla Grande Camera, deciso lo scorso 19 luglio 2012, di un ulteriore caso che ci riguarda da vicino. Si tratta, del *caso C. D. c. Italia* (Corte e.d.u., *Req. n. 2447/05, C.D. c. Italia*, 7 febbraio 2012), in cui la Corte aveva accolto la denuncia per la violazione dell'art. 3 (divieto di trattamenti inumani o degradanti), di un ricorrente il quale lamentava di essere stato tenuto in una sezione detentiva ordinaria incompatibile con il suo stato d'infermità, ciò che gli aveva reso impossibile muoversi in modo indipendente o ricevere le cure adeguate per la sua paraparesi. Ai sensi dell'articolo 41 (equa soddisfazione), la Corte aveva condannato l'Italia a versare al ricorrente la somma di 10.000 euro a titolo di danno non patrimoniale e di 3.000 euro a titolo di costi e spese. La richiesta di rimettere la questione alla Grande Camera, respinta, era stata proposta dal Governo italiano.

\* \* \*

Un caso delicato, meritevole di approfondimento, è quello che è stato deciso il 31 luglio 2012, sempre riguardante il nostro Paese (Corte e.d.u., *Req. n. 40020/03, M. e altri c. Italia e Bulgaria*, 31 luglio 2012). *L'affaire* riguarda un presunto traffico di esseri umani. In particolare, i ricorrenti (L.M., S.M., I.I. e K.L.), appartengono ad una famiglia *rom* di nazionalità bulgara che risiede attualmen-

te nel villaggio di Novo Selo nella Regione di Vidin (Bulgaria). Secondo i ricorrenti, il 12 maggio 2003, i primi tre (figlia e genitori), erano andati a Milano (Italia) a seguito di una presunta promessa di lavoro nella villa di un uomo *rom* di origine serba. I genitori di L.M. hanno sostenuto di essere stati, sei giorni dopo, picchiati e minacciati di morte, e perciò costretti a tornare in Bulgaria, lasciando la figlia - minorenni all'epoca dei fatti - nella villa. La minore sarebbe stata tenuta sotto costante sorveglianza, costretta a rubare, picchiata, minacciata di morte e ripetutamente violentata. Il 24 maggio 2003, la madre di L.M. era tornata in Italia - insieme alla quarta ricorrente, la sorella di L.M., ed aveva accertato che la figlia era stata rapita. L'11 giugno 2003 la polizia italiana aveva fatto irruzione nella villa traendo in salvo L.M. Il 12 giugno 2003, L.M., I.I. e K.L. avevano scelto di tornare in Bulgaria. Gli stessi avevano sostenuto che i fatti erano stati poi esaminati dalle autorità italiane, ma che nessun procedimento penale era stato aperto in Italia contro i rapitori di L.M. Dopo il giugno dello stesso anno, i ricorrenti, a quanto pare, avevano inviato numerose lettere ed *e-mails*, la maggior parte delle quali in lingua bulgara, alle Autorità italiane, chiedendo maggiori informazioni e l'apertura di un procedimento penale nei confronti dei presunti rapitori di L.M. Avevano anche richiesto alle Autorità bulgare un aiuto per ottenere informazioni dalle omologhe Autorità italiane. Oltre a copie delle loro lettere inviate alle Autorità italiane, i ricorrenti hanno presentato alla Corte due referti medici del giugno 2003, da cui emergeva che L.M. soffriva di *stress* post-traumatico e presentava un livido sulla testa, una piccola ferita sul gomito destro e una costola rotta. Dai referti emergeva inoltre che la minorenni aveva perso la verginità ed era affetta da un'infezione vaginale. Le conclusioni dei medici erano nel senso che quelle lesioni potevano essere state inflitte secondo

le modalità descritte da L.M. Nel luglio 2003, il pubblico ministero aveva promosso un procedimento penale nei confronti di L.M. per calunnia, sostenendo che quanto da lei affermato sul fatto che tre persone l'avessero rapita e costretta con la forza nella loro villa erano accuse false. Pochi giorni prima, nel giugno 2003, un procedimento penale basato sugli stessi motivi era stato avviato contro la madre di L.M. Il procedimento avviato contro L.M. era stato interrotto nel gennaio 2005, mentre la madre venne assolta nel febbraio 2006. Secondo il governo bulgaro, L.M., S.M. e I.I., arrivati in Italia in un campo nomadi, avevano incontrato tre persone, una delle quali aveva scelto L.M. per moglie. Dopo la celebrazione del matrimonio e la conferma della verginità della sposa, la nuova famiglia di L.M. aveva pagato diverse migliaia di euro pagati a I.I. e K.L., che erano quindi tornati in Bulgaria il 18 maggio 2003. Tredici giorni dopo, gli stessi avevano sporto denuncia alle autorità bulgare, che avevano immediatamente richiesto informazioni a quelle italiane. Ulteriori contatti con le autorità italiane avevano quindi portato ad un'irruzione nella villa, eseguita con successo da parte della polizia italiana, dove L.M. era stata rapita e costretta a rimanervi con la forza, con conseguente sua liberazione avvenuta l'11 giugno 2003.

Invocando l'articolo 3, i ricorrenti sostenevano in particolare che le Autorità italiane non avevano garantito una rapida liberazione di L.M., ciò che avrebbe impedito ulteriori maltrattamenti da parte della famiglia serba nella villa, e che le successive inchieste, sia in Italia che in Bulgaria, seguite alle loro denunce non erano state efficaci. I ricorrenti avevano, inoltre, sostenuto ai sensi dell'articolo 4 (divieto di schiavitù, servitù o lavoro forzato) che L.M., costretta ad associarsi ad un'organizzazione criminale, era stata vittima di una tratta di esseri umani per la quale sia la Bulgaria che l'Italia erano responsabili. Infine, basandosi

sull'articolo 14 (divieto di discriminazione), avevano sostenuto di essere stati discriminati in entrambi i paesi a causa della loro origine rom. Il ricorso era stato depositato presso la Corte europea dei diritti dell'uomo l'11 dicembre 2003.

Orbene, per quanto concerne le misure adottate dalle autorità italiane nei confronti di L.M., la Corte ha osservato che la polizia aveva liberato L.M. dalla sua presunta prigionia nel giro di due settimane e mezzo. I poliziotti avevano impiegato tre giorni per individuare la villa e altre due settimane per preparare l'irruzione. Dato che i ricorrenti avevano sostenuto che le persone nella villa erano armate, la Corte ha ritenuto che la sorveglianza prima dell'intervento era stata necessaria. Pertanto, le autorità italiane avevano adempiuto al loro obbligo di proteggere L.M. e non vi era stata alcuna violazione dell'articolo 3. Tuttavia, per quanto riguarda l'indagine condotta dalle Autorità italiane sulle denunce secondo cui la stessa sarebbe stata ripetutamente picchiata e violentata, la Corte ha ritenuto che vi sia stata una violazione dell'articolo 3. In particolare, la polizia non aveva fatto alcuno sforzo per assumere informazioni da persone informate sui fatti, fatta eccezione che per L.M., sua madre e gli autori del reato. Inoltre, il giorno in cui L.M. era stata rilasciata, una volta ricevute le sue doglianze, il procedimento penale contro i rapitori era stato trasformato in un procedimento penale nei confronti della vittima e di sua madre. Dato che era trascorso meno di un giorno per le Autorità italiane per pervenire alle loro conclusioni in merito alle denunce di L.M., era stato impossibile per le Autorità stabilire chiaramente i fatti. Inoltre, per la sua liberazione, L.M. non era stata sottoposta ad esami medici, nonostante le sue affermazioni di essere stata ripetutamente picchiata e violentata. Anche se gli inquirenti avevano ritenuto che la ragazza si fosse sposata con una delle persone abitanti nella villa, le Autorità medesime erano comunque obbligate ad agire

in modo tale da proteggerla dalla violenza del marito o del *partner*. Tuttavia, nessun particolare accertamento né *test* specifici erano stati eseguiti, nonostante il fatto che la stessa fosse minorenni all'epoca dei fatti. La Corte ha sottolineato che le censure dei ricorrenti avrebbero richiesto un esame approfondito e un possibile "*matrimonio Rom*" non poteva essere utilizzato come motivo per non approfondire quanto denunciato. Per quanto riguarda S.M. e I.I., genitori della minore L.M., la Corte ha rilevato che, anche supponendo che la madre ed il padre di L.M. fossero stati in precedenza costretti con la forza a rimanere presso la villa, gli stessi avevano confermato di essere tornati liberi a partire dal 18 maggio 2003. Pertanto, a differenza della figlia, avrebbero potuto cercare aiuto medico e acquisire prove mediche a sostegno delle loro rivendicazioni, cosa che non era stata fatta. Alla Corte non erano state fornite prove che indicassero che i ricorrenti avrebbero potuto essere vittime di maltrattamenti all'interno della villa, ed ha quindi concluso che non vi erano prove sufficienti, coerenti o affidabili per ritenere ragionevolmente che gli stessi fossero stati sottoposti a tali maltrattamenti. Di conseguenza, la Corte ha respinto il loro ricorso in quanto inammissibile. Per quanto riguarda L.M. e I.I., rispettivamente vittima e madre della stessa, nessuna di esse aveva denunciato alle autorità italiane di essere stata maltrattata dalla polizia durante il loro interrogatorio. Né alcun procedimento era stato successivamente avviato nei loro confronti; non avevano, dunque, esaurito i rimedi interni quanto a tale denuncia. Inoltre, un avvocato o un interprete li avevano accompagnati durante l'interrogatorio. Il fatto che gli agenti di polizia li avessero avvertiti della possibilità di essere sottoposti a procedimento ed arrestati ove non avessero detto la verità, rientrava nei doveri ordinari della polizia all'atto dell'esame di una persona, e non costituiva una minaccia illegale. La Corte ha quindi respinto il loro ricorso in quanto inammissibile. Nessuna violazione, in-

fine, è stata accertata quanto all'art. 4 ed all'art. 14. Anche se una richiesta di equa soddisfazione (pari a € 200.000) era stata avanzata all'atto della presentazione del ricorso, i ricorrenti non hanno presentato una domanda di equa soddisfazione, allorché richiesto. Pertanto, la Corte non ha loro assegnato alcuna somma ai sensi dell'art. 41. Il giudice Kalaydjieva ha espresso un parere dissenziente, il cui testo è allegato alla sentenza.

\* \* \*

Ancora, sempre sul tema della violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, si segnala una recente decisione concernente il tema dell'applicazione di misure cautelari e della loro durata nel procedimento estradizionale (Corte e.d.u., *Req.* n. 17455/11, *U. c. Russia*, 18 settembre 2012). In sintesi, i fatti. S.U., cittadino uzbeko, si trasferisce in Russia. Lì, nel maggio 2010, viene arrestato, in quanto inserito in una lista nera di ricercati in Uzbekistan come membro di un'associazione religiosa denominata I guerrieri dell'Islam. A questo punto viene avviato il procedimento di estradizione, mentre il soggetto si trova in stato custodiale; tuttavia, nel novembre 2011, trascorsi diciotto mesi senza che l'extradizione venisse completata, il soggetto viene rilasciato. Nel giugno 2012, S.U. chiede il riconoscimento del diritto di asilo in Russia, lamentando che, una volta estradato in Uzbekistan, là sarebbe oggetto di persecuzioni e maltrattamenti a causa delle accuse contestategli e, a tal fine, invoca la violazione del divieto di tortura (art. 3 Cedu). Inoltre, egli ritiene l'illegittimità della detenzione subita dal maggio 2010 al novembre 2011, risultando così violato il diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 5 Cedu). La Corte accoglie il ricorso con riferimento all'art. 3 Cedu, ribadendo che nessuno può essere sottoposto a torture né a pene o trattamenti inumani o degradanti; mentre non rileva in alcun modo l'asserita violazione dell'art. 5 Cedu, visto che la norma vieta la pri-

vazione della libertà personale, ma ammette alcune eccezioni, tra cui l'arresto o la detenzione legittima di una persona contro la quale è in corso un procedimento di estradizione.

Nell'ordinamento giuridico italiano, l'"omologo" dell'art. 3 Cedu è l'art. 27, comma 3, Cost.; ma il divieto di tortura costituisce denominatore comune della totalità degli Stati aderenti alla Cedu.

\* \* \*

Altro tema di interesse, nuovamente affrontato di recente dalla Corte di Strasburgo, è quello concernente il delicato tema dell'assistenza del difensore in caso di privazione della libertà personale (Corte e.d.u., *Req.* n. 71407/10, *S. c. Belgio*, 6 settembre 2012). In sintesi, il caso. La ricorrente, sig.ra C.S., è cittadina belga, residente a Ougrée (Belgio). Il 13 marzo 2010 la polizia di Liegi veniva informata che un uomo era stato pugnalato con un coltello. La S., fidanzata della vittima, era stata arrestata lo stesso giorno ed interrogata dalla polizia. Non era stata assistita da un avvocato, né, in base a quanto da lei sostenuto, informata in anticipo del suo diritto di non rispondere alle domande. Ha ammesso, quindi, di aver pugnalato il suo fidanzato e descritto nel dettaglio la colluttazione che aveva avuto luogo tra loro. Il giorno dopo, davanti a un giudice istruttore, aveva confermato la dichiarazione resa alla polizia. Anche in questo caso, non era stata assistita da un avvocato, né – in base a quanto dalla stessa sostenuto – era stata informata del suo diritto di non rispondere alle domande poste dal giudice. Il 18 marzo 2010 la ricorrente era comparsa dinanzi al Tribunale di primo grado di Liegi, assistita dal suo avvocato. La Corte aveva stabilito che il mandato d'arresto era legittimo ed applicato alla ricorrente la custodia cautelare per un mese. Il provvedimento era stato prorogato due volte. La S. ha presentato ricorso presso la Corte d'appello di Liegi. Il suo avvocato ha sostenuto che il fatto che la

sig.ra S. non era stata assistita da un avvocato, né durante l'interrogatorio della polizia né durante l'interrogatorio da parte del giudice istruttore, costituiva una violazione del suo diritto ad un giusto processo ai sensi degli articoli 5 § 1 (*diritto alla libertà e alla sicurezza*) e 6 § 3 (c) (*diritto all'assistenza legale di un avvocato di propria fiducia*) della Convenzione. Il legale ha chiesto che le registrazioni dell'interrogatorio e quanto dichiarato fosse rimosso dal fascicolo e che la S. fosse rilasciata. Con una sentenza del 3 giugno 2010, la Corte d'appello di Liegi ha accolto le osservazioni del Procuratore dello Stato. Quest'ultimo ha sostenuto, tra l'altro, che, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, non può dirsi negata la possibilità di un giusto processo alle persone non assistite da un avvocato entro le prime 24 ore successive alla detenzione. La Corte d'appello ha ordinato il rilascio della S. in quanto la sua detenzione non era più necessaria nell'interesse della sicurezza pubblica. Le indagini sono ancora in corso.

Basandosi sugli articoli 5 § 1 (*diritto alla libertà e alla sicurezza*), 6 § 1 (*diritto ad un equo processo*) e 6 § 3 (c) (*diritto di essere assistito da un avvocato*) della Convenzione, la ricorrente ha lamentato che, a causa delle lacune del diritto belga, non era stata assistita da un avvocato, mentre si trovava custodia di polizia durante il suo interrogatorio, e durante il primo interrogatorio da parte del giudice istruttore; inoltre, non era stata informata del suo diritto di rimanere in silenzio.

Interessante la valutazione del caso da parte della Corte di Strasburgo. Poiché il caso era ancora pendente dinanzi ai giudici nazionali, la Corte ha ritenuto che il ricorso della S. era prematuro e inammissibile ai sensi dell'articolo 6. La Corte ha osservato che la S. non aveva avuto la possibilità di essere assistita da un avvocato durante la sua detenzione all'atto dell'interrogatorio della polizia né durante il suo primo interrogatorio da parte del giudice istruttore. Ciò è consentito dalla normativa in

vigore in Belgio, che non prevede l'assistenza di un avvocato, prima e durante l'interrogatorio iniziale da parte del giudice istruttore. La ricorrente ha sostenuto che il diritto belga viola uno dei principi generali espressi o impliciti nella Convenzione dei diritti dell'uomo, in quanto non permette alle persone private della libertà di essere assistite da un avvocato mentre si trovano in custodia di polizia o quando vengono interrogate in seguito da parte del giudice istruttore. A suo parere, il requisito di cui all'articolo 5 § 1 di osservare una "Procedura prevista dalla legge" non era stato rispettato. Orbene, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che, secondo la sua giurisprudenza, gli imputati hanno il diritto di essere assistiti da un avvocato fin dall'inizio della loro custodia nelle mani della polizia o della custodia cautelare, e quando vengono interrogati dalla polizia o dal giudice istruttore. Mentre alcune limitazioni di tale diritto possono essere giustificate in determinate condizioni, il fatto di non essere in grado di ottenere l'assistenza di un avvocato in tali circostanze, in base ad una legge dello Stato, è incompatibile con il diritto a un processo equo. Tuttavia, questo è un principio inerente al diritto ad un processo equo, che si basa in particolare sull'articolo 6 § 3, relativo al diritto di ogni imputato di essere assistito da un avvocato di sua scelta. Non è un "principio generale" implicito nella Convenzione, tali principi essendo generali per definizione. Di conseguenza, anche se l'impossibilità, secondo il diritto nazionale, per le persone accusate poste in detenzione di essere assistite da un avvocato fin dall'inizio della loro detenzione è collegata con la correttezza del procedimento penale, ciò non implica che la detenzione in questione violasse l'articolo 5 § 1. Il ricorso della sig.ra S. è stato dichiarato manifestamente infondato agli effetti di tale disposizione, e la Corte l'ha quindi dichiarato irricevibile.

\* \* \*

Merita di essere segnalata, infine, in relazione

alla violazione dell'articolo 5 § 1 (*diritto alla libertà e alla sicurezza*), una recentissima sentenza pronunciata a proposito della speciale legislazione del Regno Unito che consente la condanna a pena indeterminata (Corte e.d.u., Req. n. 25119/09), *J., L. e W. c. Regno Unito*, 18 settembre 2012).

Il caso riguardava alcuni detenuti condannati con sentenze alla pena della reclusione "indeterminata", in base alla legge per la protezione dei cittadini (cosiddetta legge "IPP") promulgata nel Regno Unito. La c.d. condanna IPP è stata introdotta nel mese di aprile 2005 in virtù dell'art. 225 del *Criminal Justice Act* 2003. Era inizialmente obbligatoria in presenza di un potenziale rischio di recidiva. Il rischio era ritenuto sussistente ove vi fosse stata una precedente condanna per reati violenti o reati sessuali, a meno che il giudice, all'atto della condanna, non avesse ritenuto irragionevole formulare tale prognosi. Un termine minimo (definito "*tariff*"), veniva fissato dal giudice al momento della condanna. Dopo la scadenza della c.d. "*tariff*", era necessaria, prima che questi potesse essere rilasciato, una decisione del Comitato per la grazia che affermasse che il detenuto non fosse più pericoloso. A seguito dell'entrata in vigore di questa nuova normativa, si è avuto un gran numero di detenuti in base al sistema "IPP". Il regime "IPP" era stato, quindi, modificato nel 2008 e, reso non più obbligatorio, si applica oggi solo nei casi in cui - se ritenuto praticabile - la pena debba essere fissata a più di due anni, fatte salve alcune limitate eccezioni. Inoltre, il rischio di recidiva non è più presunto, anche se un imputato ha rilevanti precedenti penali.

Premesso quanto sopra, i ricorrenti, tutti cittadini britannici, a seguito delle condanne riportate per reati violenti e alla luce dei loro precedenti penali, erano stati condannati a pene "IPP" automatiche nel 2005, nella misura, rispettivamente, di 2 anni, 12 mesi e 9 mesi. Nei loro confronti è stato disposto l'obbligo di sottoporsi ad una serie di corsi riabilitati-

vi, come ETS, ASRO, etc. per il reinserimento sociale. Tuttavia, una volta scaduto il periodo di detenzione, tutti e tre sono rimasti nelle prigioni ove erano detenuti, senza avere alcuna possibilità di accesso ai corsi in questione. Sono stati, quindi, materialmente dimessi dalle prigioni dopo 5 mesi (J.), 21 mesi (W.) e 25 mesi (L.) dopo la scadenza del loro periodo di detenzione.

Nel frattempo, tutti e tre avevano proposto un ricorso giurisdizionale dinanzi al giudice nazionale, poi sfociato in un appello dinanzi alla *House of Lords*. Si lamentavano, in particolare, che il loro periodo di detenzione successivo alla pena irrogata e, inoltre, la mancanza della possibilità di accedere ai corsi riabilitativi, era stata illegale e in violazione dell'articolo 5 §§ 1 e 4 della Convenzione europea. Nel corso della procedura nazionale il Segretario di Stato era stato criticato per il fallimento del sistema nel mettere a disposizione le risorse necessarie per consentire alle disposizioni della legge del 2003 di funzionare come previsto, ed era stata accertata la violazione dei suoi pubblici doveri. In particolare, alla Camera dei Lord, si sono espressi giudizi pesanti sul sistema, parlando di "strutture seriamente difettose" e censurando il fatto che le nuove norme che prevedevano la condanna erano "del tutto prive di risorse adeguate", con il risultato che numerosi detenuti hanno continuato a rimanere in prigione dopo la scadenza del termine della condanna inflitto con le sentenze "senza poter discutere della loro riabilitazione né disporre di informazioni aggiornate e dettagliate sui loro progressi". La Corte ha ritenuto che, alla scadenza del periodo di pena inflitta, nulla era stato fatto per consentire una valutazione informata da parte del Comitato per la grazia sulla questione relativa alla sussistenza di un interesse pubblico che rendesse necessario il prolungamento della prigionia del singolo detenuto. Nonostante ciò, però, il 6 maggio 2009 la Camera dei Lord aveva respinto all'unanimità

i ricorsi dei ricorrenti, non ritenendo violato l'art 5, §§ 1 e 4 della Convenzione. Ha affermato che, nonostante le preoccupazioni di cui sopra, la detenzione dei ricorrenti non poteva dirsi essere stata arbitraria o illegale, come del resto anche la stessa mancanza di accesso ai corsi di riabilitazione. Ha, inoltre, rilevato che il procedimento dinanzi alla Commissione per la grazia aveva soddisfatto l'esigenza di un pronto riesame della legittimità della loro detenzione. Invocando l'articolo 5 §§ 1 e 4 (*diritto alla libertà e alla sicurezza*), i tre ricorrenti lamentavano la mancanza di accesso ai corsi per la riabilitazione e l'impatto di questo "fallimento" sulla loro capacità di dimostrare di essere stati riabilitati in modo sicuro e in grado di essere rilasciati. Il W. ed il L. hanno, inoltre, sostenuto ai sensi dell'articolo 5 § 4, che né il Comitato per la grazia, né i giudici nazionali avevano avuto la possibilità di ordinarne il rilascio a causa delle disposizioni della legislazione e stante l'assenza di un siffatto potere nella legge del 2003. I ricorsi sono stati depositati presso la Corte europea dei diritti dell'uomo del 7 maggio 2009 e 27 ottobre 2009.

Orbene, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, da un lato, ritenuto all'unanimità, che vi era stata una violazione dell'articolo 5 § 1 (*diritto alla libertà e alla sicurezza*) della Convenzione, rilevando che, in questi casi, una volta che il rischio di reiterazione del reato era stato stabilito a titolo di presunzione legale, il giudice della condanna non aveva il potere di stabilire un periodo di detenzione certo, ma una pena indeterminata alla reclusione. Era quindi importante garantire un reale correlazione tra l'obiettivo della detenzione e la stessa detenzione. La Corte ha esaminato le dichiarazioni fatte dell'allora Ministro di Stato al Ministero degli Interni, nel corso del dibattito parlamentare sul disegno di legge, e la politica del governo per quanto riguarda la gestione e il trattamento dei detenuti che scontano pene indeterminate. Ha inoltre

esaminato le conclusioni dei giudici nei procedimenti nazionali presso la *High Court*, la Corte d'Appello e della Camera dei Lord. Ha concluso che, nella materia, in presenza di pene indeterminate alla reclusione per la tutela dell'ordine pubblico, occorre assicurare una vera opportunità per la riabilitazione della detenzione, la quale doveva essere giustificata soltanto con riferimento alla protezione dei cittadini. La Corte ha, altresì, constatato che la detenzione indeterminata per ragioni di protezione collettiva può essere giustificata ai sensi dell'articolo 5 § 1, ma che non può essere consentito "aprire la porta" alla detenzione arbitraria. Se un prigioniero è in detenzione per il solo fatto che esiste un potenziale rischio di recidiva, allora si deve tener conto della necessità di agevolare la sua riabilitazione. Nel caso dei ricorrenti, ciò voleva dire che avrebbe dovuto essere data loro la possibilità di intraprendere idonei corsi, volti ad riabilitarli dalla condotta criminosa e superare il rischio di recidiva. L'esperienza ha dimostrato che i corsi sono necessari per i detenuti pericolosi per cessare di essere tali. Mentre l'articolo 5 §

1 non impone alcun obbligo assoluto a favore dei detenuti di avere accesso immediato a tutti i corsi da loro richiedibili, eventuali restrizioni o ritardi dovuti a considerazioni relative alle risorse devono essere respinte. La conseguenza dell'assoluta mancanza delle risorse necessarie era che i ricorrenti non avevano avuto alcuna realistica possibilità di miglioramento nell'obiettivo di una reale riduzione o eliminazione del rischio di recidiva, posto che i loro periodi di reclusione erano scaduti. Inoltre, una volta che il periodo di detenzione era scaduto, la loro detenzione era stata giustificata per il solo fatto del rischio potenziale per l'ordine pubblico, mentre la necessità di accesso al trattamento riabilitativo in questa fase diventava sempre più pressante. In tali circostanze, la Corte ha ritenuto che, allo scadere dei periodi di detenzione dei ricorrenti e fino a quando misure adeguate erano state prese per migliorare attraverso il sistema penitenziario, al fine di consentire loro l'accesso ad adeguati corsi riabilitativi, la loro detenzione era da considerarsi arbitraria e quindi illegale ai sensi dell'articolo 5 § 1.

# Corte costituzionale

---

DONATELLA CURTOTTI

---

La Corte costituzionale (ordinanza 30 luglio 2012, n. 216) dichiara manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale relative all'art. 2-*bis*, comma 6-*bis*, l. 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniera) «nella parte in cui consente di attivare la procedura di prevenzione patrimoniale nei confronti di un soggetto deceduto prima della formulazione della richiesta», e del successivo art. 2-*ter*, comma 11, sollevate, in riferimento agli artt. 24, primo e secondo comma, e 111 Cost.

In particolare, ad avviso del giudice *a quo*, nel caso di procedimento instaurato nei confronti degli eredi di un soggetto deceduto «non è fisicamente possibile la partecipazione diretta del soggetto al procedimento», né, alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul processo contumaciale, i principi del giusto processo e, in particolare, il diritto al contraddittorio, possono ritenersi rispettati «dalla partecipazione al giudizio di un eventuale difensore del *de cuius*». Inoltre, l'instaurazione del procedimento di applicazione della misura patrimoniale nei confronti degli eredi implicherebbe «necessariamente una valutazione dei profili di pericolosità sociale ed illecita origine dei beni che non si riferiscono ai soggetti chiamati ad intervenire nel procedimento, bensì ad un soggetto che è deceduto e, dunque, che non può più intervenire», sicché, in violazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, «il giu-

dizio viene formulato con riferimento ad una persona che non può parteciparvi ed i suoi effetti vengono a prodursi su soggetti che, a loro volta, sono sì chiamati a partecipare al procedimento, ma sono totalmente estranei a qualunque valutazione che li riguardi»; che gli eredi si troverebbero in «una posizione processuale del tutto peculiare, poiché essi si debbono difendere “come se” fossero il *de cuius*, non essendo sufficiente ad escludere il provvedimento ablatorio la dimostrazione degli elementi di fatto che costituiscono le normali difese dei terzi interessati, che possono dimostrare che il bene si trova nella loro piena disponibilità e non in quella del proposto, o che lo hanno acquistato in buona fede».

La Corte costituzionale ricorda che, successivamente alla deliberazione dell'ordinanza di rimessione (21 giugno 2011, mentre il deposito è intervenuto il 29 settembre 2011), è stato emanato il decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), che ha abrogato la legge n. 575 del 1965 (art. 120, comma 1, lettera *b*) e all'art. 18 – inserito nel Titolo II (Le misure di prevenzione patrimoniali) del Libro I (Le misure di prevenzione) – riproduce, con alcune variazioni lessicali, le disposizioni censurate; e che, a norma dell'art. 117, comma 1, d.lgs. 159/2011, la nuova normativa non trova applicazione nel caso in esame, perché al

momento della sua entrata in vigore era «già stata formulata proposta di applicazione della misura di prevenzione».

La Corte ricorda, altresì, di essersi già espressa relativamente al solo art. 2-ter, comma 11, della legge n. 575 del 1965, (sentenza n. 21 del 2012), ritenendo che nel procedimento in esame parti sono i «successori a titolo universale o particolare» del «soggetto nei confronti del quale [la confisca] potrebbe essere disposta», e non quest'ultimo, sicché sono «del tutto prive di fondamento le argomentazioni volte a riferire le ipotizzate violazioni del diritto di difesa e del principio del contraddittorio al soggetto deceduto e non ai suoi successori, senza dire dell'erroneità dell'attribuzione ad una persona defunta della titolarità di una posizione processuale propria».

Alla stessa stregua, ritiene che le altre censure di incostituzionalità ruotino intorno a un nucleo comune, rappresentato dal riferimento, per un verso, alla mancata partecipazione «personale» – «fisicamente» impossibile – del soggetto «destinatario del giudizio», ossia del «soggetto nei confronti del quale [la confisca] potrebbe essere disposta», e, per altro verso, all'instaurazione del procedimento nei confronti dei successori, ossia di soggetti «totalmente estranei» a qualsiasi valutazione che li riguardi. Le considera censure infondate perché «al successore sono assicurati, nel procedimento in questione, i mezzi probatori e i rimedi impugnatori previsti per il *de cuius*, sicché ciò che può mutare è solo il rapporto di conoscenza che lega il successore stesso ai fatti oggetto del giudizio e in particolare, nella specie, a quelli integranti i presupposti della confisca», la cui disciplina però non è oggetto della questione in esame, che investe, oltre al già menzionato comma 6-bis dell'art. 2-bis, il comma 11 dell'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965 e, dunque, solo la «possibilità di procedere nei confronti dei successori, prevista dalla disposizione censurata»; inoltre, perché la tesi del rimettente circa il *vulnus* al diritto

di difesa e al principio del contraddittorio che deriverebbe da un giudizio «formulato con riferimento ad una persona che non può parteciparvi» è viziata «dall'impropria sovrapposizione dei connotati del procedimento penale a quelli del procedimento per l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale»; infine, ritiene erroneo l'ultimo rilievo del rimettente, secondo il quale gli eredi si troverebbero in «una posizione processuale del tutto peculiare, poiché essi si debbono difendere "come se" fossero il *de cuius*, non essendo sufficiente ad escludere il provvedimento ablatorio la dimostrazione degli elementi di fatto che costituiscono le normali difese dei terzi interessati, che possono dimostrare che il bene si trova nella loro piena disponibilità e non in quella del proposto, o che lo hanno acquistato in buona fede»; secondo il rimettente, dunque, gli eredi non potrebbero difendersi «dimostrando che il bene non è nella disponibilità indiretta del proposto (che è uno dei presupposti imprescindibili dell'ablazione reale)». Questa asserzione, riferita ai beni pervenuti ai successori prima del decesso del «soggetto nei confronti del quale [la confisca] potrebbe essere disposta», non è fondata, in quanto non sussiste alcuna ragione giuridica per escludere che, allo scopo di impedire la confisca, i successori possano far valere i propri diritti legittimamente acquisiti e, dunque, il fatto che i beni da confiscare neanche indirettamente appartenevano al *de cuius*. Pertanto, la qualità di successore non preclude la possibilità di far valere il proprio autonomo diritto sul bene oggetto della proposta di confisca, sicché anche sotto questo profilo la Corte ritiene la questione manifestamente infondata.

(C. cost., ord. 30 luglio 2012, n. 216)

\* \* \*

La Corte costituzionale (sentenza 20 luglio 2012, n. 204), dichiara non fondata la questio-

ne di legittimità costituzionale dell'art. 304, comma 2, c.p.p., «nella parte in cui consente di definire “particolarmente complesso” il dibattimento in cui sia stata disposta una perizia (nella specie la perizia di trascrizione delle intercettazioni telefoniche) che avrebbe potuto o dovuto essere espletata nelle fasi anteriori al dibattimento stesso». La questione è stata sollevata in riferimento agli artt. 3 e 13, comma 5, Cost., posto che la norma censurata violerebbe, per un verso, il principio di uguaglianza, perché la durata della custodia cautelare nella fase dibattimentale sarebbe condizionata dalla «solerzia o meno del pubblico ministero nella richiesta di perizia di trascrizione» e verrebbe ad essere differenziata «in assenza di situazioni obiettive che giustifichino tale differenziazione», così derivandone «una disciplina diseguale per identiche situazioni». Per altro verso, sarebbe in contrasto con il principio della riserva di legge nella predeterminazione dei termini di durata massima della custodia cautelare, perché la sospensione di tali termini sarebbe disposta «non già alla stregua di fatti e situazioni obiettivamente rilevabili e prestabiliti per legge», ma sulla base di scelte del pubblico ministero relative al momento in cui richiedere la perizia (in particolare, quella per la trascrizione delle registrazioni) imponderabili e imprevedibili, in quanto difforni dal sistema legislativo che prevede «l'espletamento della perizia di trascrizione, o più in generale di una perizia laboriosa e di lunga durata, nella fase delle indagini preliminari (o anche in sede di udienza preliminare)».

Per i giudici costituzionali, la questione non è fondata perché l'impostazione del giudice rimettente non considera che, secondo il codice di rito, la perizia è un mezzo di prova che, in presenza dei presupposti di legge, è disposto dal giudice su richiesta delle parti o anche d'ufficio e che nel corso delle indagini preliminari entrambe le parti hanno la facoltà di chiedere una perizia che, se fosse eseguita nel dibattimento, ne potrebbe deter-

minare una sospensione superiore a sessanta giorni (art. 392, comma 2, c.p.p.). Perciò non si può configurare a carico del solo pubblico ministero l'onere di richiedere nella fase delle indagini preliminari una perizia per evitare un eventuale prolungamento del dibattimento. Le ragioni per riservare al dibattimento la valutazione sull'opportunità di una perizia possono essere diverse e non può non rilevarsi che, come ha già sottolineato la Corte costituzionale, «il giudice, senza necessità di disporre perizia, può legittimamente desumere elementi di prova dall'esame dei consulenti tecnici dei quali le parti si siano avvalse» (sentenza n. 33 del 1999), e che quando è stata fatta una consulenza tecnica è possibile che solo nel dibattimento questa si riveli insufficiente. È chiaro dunque che non può formare oggetto di addebito al pubblico ministero il mancato svolgimento nel corso delle indagini di una perizia che poi si è svolta nel dibattimento, e tanto meno può ritenersi che un fatto del genere sia in ogni caso ingiustificato.

In realtà la “concreta dinamica del processo”, in rapporto con le iniziative probatorie delle parti, può essere fonte di effetti diversi, e rispetto a questi non può non essere affidato alla «discrezionalità vincolata» del giudice l'apprezzamento della “particolare complessità del dibattimento”, alla quale l'art. 304, comma 2, c.p.p. collega la sospensione della custodia cautelare. Insomma, l'eventuale iniziativa del pubblico ministero relativa a una perizia rientra nella fisiologia delle dinamiche probatorie, così come rientra nella fisiologia processuale la possibilità di definire, ai sensi della norma censurata, “particolarmente complesso” il dibattimento, quando si debba eseguire una perizia che presenti particolari caratteristiche di difficoltà e durata. Da questo punto di vista la censura in termini di «imprevedibilità» e di «imponderabilità» delle scelte del pubblico ministero relative all'espletamento della perizia, che nella prospettiva del rimettente sta alla base dell'asserita violazio-

ne dell'art. 13, quinto comma, Cost. e del principio di uguaglianza, è priva di fondamento perché non tiene conto del carattere "fisiologico" delle diverse determinazioni che il pubblico ministero può essere di volta in volta chiamato ad adottare nell'ambito delle dinamiche probatorie del processo.

Considerazioni non dissimili vengono espresse dalla Corte anche per quanto più specificamente concerne la trascrizione delle intercettazioni. Si osserva, infatti, che né nella fase delle indagini, né in quella del dibattimento occorre una richiesta di trascrizione da parte del pubblico ministero: l'art. 268, comma 7, c.p.p. prevede infatti che sia il giudice a disporre direttamente «la trascrizione integrale delle registrazioni», e la stessa regola dovrebbe valere anche nel dibattimento, quando nella fase delle indagini non si è svolta la selezione delle intercettazioni prevista dall'art. 268, comma 3, c.p.p. Sono perciò prive di base giuridica le considerazioni del giudice rimettente sulla «solerzia (...) del pubblico ministero nella richiesta di perizia di trascrizione», dato che la richiesta non è prevista. Nella prospettiva del giudice rimettente potrebbe piuttosto farsi riferimento a un'eventuale mancanza di impulso, da parte del pubblico ministero, al procedimento di selezione delle intercettazioni, previsto dall'art. 268, comma 3, c.p.p., al quale, su disposizione del giudice, consegna la trascrizione, ma la questione allora sarebbe diversa.

La Corte si esprime anche sulle censure formulate nei confronti dell'art. 304, comma 2, c.p.p., sulla base del richiamo alla sentenza costituzionale n. 408 del 2005, in tema di "contestazioni a catena", effettuando, nell'ambito della sospensione dei termini della custodia cautelare, una trasposizione dell'affermazione, contenuta in tale sentenza, volta ad evitare ricadute negative sulla durata della custodia cautelare della «imponderabile valutazione soggettiva degli organi titolari del "potere cautelare"». Per i giudici la trasposizione non

ha fondamento. Gli istituti della retrodatazione, in presenza di "contestazioni a catena", e della sospensione della custodia cautelare sono radicalmente diversi: il primo tende ad evitare che, rispetto a una custodia cautelare in corso, intervenga un nuovo titolo che, senza adeguata giustificazione, determini di fatto uno spostamento in avanti del termine iniziale della misura, mentre il secondo, nell'ambito del titolo originario e dei relativi termini, prevede casi di sospensione, pur essi limitati nel tempo, e giustificati da particolari situazioni processuali.

L'introduzione di «parametri certi e predeterminati» nella disciplina delle "contestazioni a catena" risponde all'esigenza di «configurare limiti obiettivi e ineludibili alla durata dei provvedimenti che incidono sulla libertà personale», in assenza dei quali si potrebbe «espandere la restrizione complessiva della libertà personale dell'imputato, tramite il "cumulo materiale" – totale o parziale – dei periodi custodiali afferenti a ciascun reato» (sentenza n. 233 del 2011). La disciplina delle "contestazioni a catena", dunque, si caratterizza per una rigidità indispensabile a scongiurare il rischio di un'espansione, potenzialmente indefinita, della restrizione complessiva della libertà personale, ed è in nome di questa rigidità che la disciplina delle "contestazioni a catena" non tollera alcuna «imponderabile valutazione soggettiva degli organi titolari del "potere cautelare"».

La stessa rigidità non caratterizza anche la disciplina della sospensione dei termini di durata massima, incentrata, per quel che qui rileva, su un provvedimento che attribuisce al giudice l'apprezzamento – "a discrezionalità vincolata" – della "particolare complessità del dibattimento". La circostanza che la "particolare complessità del dibattimento" possa essere condizionata dalla «concreta dinamica del processo» e che questa, a sua volta, si colleghi alle iniziative probatorie delle parti – e segnatamente, per quanto qui rileva, a quelle

del pubblico ministero concernenti una perizia – non determina alcun *vulnus* costituzionale in un sistema che è caratterizzato, tra l'altro, dalla previsione dei «termini finali complessivi, in funzione di limite massimo insuperabile (c.d. massimo dei massimi) anche ove si verificano ipotesi di sospensione, proroga o neutralizzazione del decorso dei termini di custodia cautelare» (sentenza n. 299 del 2005).

Le determinazioni del pubblico ministero sono sottoposte a un duplice vaglio del giudice (il primo, sulla ammissione della perizia; il secondo, sulla "particolare complessità del dibattimento") e rispetto ad esse la disciplina della durata massima della custodia cautelare reagisce non già "sterilizzandone" l'incidenza sulla durata della custodia, ma assicurando una regolamentazione, per riprendere ancora le espressioni della sentenza n. 299 del 2005, che copre «l'intera durata del procedimento» e garantisce «un ragionevole limite di durata della custodia»: è, dunque, questa articolata regolamentazione dei termini che, per un verso, assicura al sistema processuale la compatibilità del ruolo del pubblico ministero nella

«concreta dinamica del processo» – e, segnatamente, in quella probatoria – con l'osservanza della riserva di legge nella predeterminazione dei termini di durata massima e, per altro verso, esclude che il concreto dispiegarsi della dinamica processuale possa determinare disparità di trattamento lesive del principio di uguaglianza.

Un'articolata disciplina dei termini di durata, che preveda «termini finali complessivi, in funzione di limite massimo insuperabile (c.d. massimo dei massimi)», e copra «l'intera durata del procedimento», garantendo «un ragionevole limite di durata della custodia», da un lato, e l'attribuzione al giudice di una «discrezionalità vincolata» nella valutazione della sussistenza dei presupposti per la sospensione *ex art. 304, comma 2, c.p.p.*, dall'altro, fanno escludere alla Corte che le iniziative del pubblico ministero circa l'espletamento della perizia, in grado di influire sulla «concreta dinamica del processo», possano entrare in contrasto con i parametri costituzionali evocati dal rimettente.

(C. cost., sent. 20 luglio 2012, n. 204)

## Sezioni Unite

PAOLA MAGGIO

La decisione delle Sezioni Unite (sent. 7 settembre 2012, n. 34233, da leggere unitamente alla coeva ordinanza 19 aprile 2012, n. 34472) è particolarmente significativa della «mutazione genetica degli effetti» delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (la felice espressione è di Ubertis, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazioni dell'equità processuale*, Balsamo-Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2009, 99. Cartabia, *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, *Giur. cost.*, 2007, 3573, si sofferma sul valore o autorità di «cosa giudicata interpretata»).

Essa esprime infatti l'inarrestabile adeguamento del diritto interno alla Cedu, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo, segnando un ulteriore punto a vantaggio del superamento dell'approccio che vorrebbe l'efficacia dei *dicta* della Corte e.d.u. limitata al caso concreto.

Nell'ipotesi in questione le Sezioni Unite sono state chiamate a stabilire se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte e.d.u. con la sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi intervenute in materia, della norma più favorevole. A venire in rilievo la

situazione giuridica di un soggetto che aveva avanzato la richiesta del rito fra l'entrata in vigore della l. 16 dicembre 1999, n. 479 (cd. legge Carotti) il 2 gennaio 2000, che aveva tra l'altro modificato l'art. 442 c.p.p., consentendo anche agli imputati di tali delitti l'accesso al rito abbreviato, in cambio della riduzione della pena a trent'anni di reclusione e l'entrata in vigore del d.l. 24 novembre 2000 n. 341 del 2000, conv. in l. 19 gennaio 2001, n. 4, che all'art. 7 modificava ulteriormente l'art. 442 c.p.p., disponendo in via di interpretazione autentica l'applicabilità di tale sostituzione soltanto in relazione alla pena dell'ergastolo senza isolamento diurno, mentre l'ergastolo con isolamento diurno avrebbe dovuto essere sostituito con l'ergastolo semplice.

A differenza della prima vicenda Scoppola, nella quale la richiesta del rito era dunque intervenuta durante la vigenza della legge Carotti nella sua formulazione originaria che consentiva la sostituzione dell'ergastolo (con o senza isolamento diurno) con la pena temporanea di trent'anni di reclusione, l'istanza di abbreviato, avanzata solo dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 341 del 2000, rendeva dunque pienamente edotto l'imputato su uno sconto di pena assai più contenuto.

Secondo il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, «in caso di condanna all'esito del giudizio abbreviato, la pena da infliggere per i reati astrattamente punibili con l'ergastolo è quella prevista dalla legge vigente nel momento della richiesta di accesso al

rito. Pertanto, ove quest'ultima sia intervenuta nel vigore dell'art. 7 d.l. n. 341 del 2000, va applicata (ed eseguita) la sanzione prevista da tale norma. Ciò in quanto, tra le diverse leggi succedutesi nel tempo, che prevedono la specie e l'entità della pena da infliggere all'imputato in caso di condanna all'esito del giudizio abbreviato per i reati astrattamente punibili con l'ergastolo, non trova applicazione la legge intermedia più favorevole, se la richiesta di accesso al rito speciale non sia avvenuta durante la vigenza di quest'ultima, ma soltanto successivamente, nel vigore della legge posteriore che modifica quella precedente».

Non v'è dubbio che lo specifico lasso temporale sia stato utile al Supremo consesso per escludere una violazione dei principi del "giusto processo" analoga a quella già ritenuta per la vicenda "madre" e per negare, in particolare, l'adesione alla prospettiva che individuava nella "Carotti" una *lex mitior* sopravvenuta rispetto all'epoca della commissione dei fatti, destinata come tale ad applicarsi a tutti i casi non ancora definiti con sentenza passata in giudicato al momento della sua entrata in vigore, ossia il 2 gennaio 2000.

Nell'ottica delle Sezioni Unite la riduzione della pena prevista dall'art. 442 c.p.p., nella versione più favorevole della legge Carotti, è condizionata al verificarsi di una fattispecie complessa, integrata da un lato dalla commissione di uno o più fatti di reato punibili con la pena dell'ergastolo e, dall'altro, dalla richiesta di rito abbreviato. Soltanto in presenza di entrambi i requisiti può trovare applicazione la più mite disciplina sanzionatoria. Tale fattispecie complessa non si era verificata nel caso di specie, posto che l'imputato aveva formulato l'istanza di rito abbreviato quando ormai era già in vigore la norma – l'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000 – che aveva introdotto la comminatoria dell'ergastolo, sia pure senza isolamento diurno.

Dunque, soltanto per gli imputati, ritenuti responsabili di un reato punibile con l'ergastolo,

che abbiano formulato la richiesta di rito abbreviato nel breve lasso di tempo di vigenza della prima disposizione (periodo compreso tra il 2 gennaio e il 24 novembre 2000), si perfeziona la descritta fattispecie complessa e si pone il problema dell'ingiustificata disparità di trattamento tra soggetti.

In relazione a tale specifico punto, le Sezioni Unite hanno appunto sollevato una questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 del d.l. 341 del 2000, in relazione agli artt. 3 e 117 comma 1 Cost. (Cass., sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472), con un ulteriore approfondimento del tema della rilevanza nel diritto interno delle sentenze della Corte e.d.u.

In particolare si attribuisce alla sentenza Scoppola c. Italia il significato di una "sentenza pilota", intesa a coadiuvare le autorità nazionali nell'eliminare il problema sistematico o strutturale, evidenziato dalla Corte come fatto costitutivo dei casi ripetitivi. Il *decisum* ha infatti evidenziato l'esistenza, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, di un problema dovuto alla non conformità rispetto alla C.e.d.u. dell'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000, non limitabile al singolo caso concreto. In tale direzione si impone allo Stato l'obbligo di rimuovere le evidenziate anomalie per evitare la violazione dei diritti convenzionali di soggetti rivestenti situazione identiche rispetto a quella riscontrata nel singolo caso concreto (Cfr. Corte e.d.u., Grande camera, sent. 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, §§ 188-194, che ha indicato allo Stato convenuto le misure di ordine generale necessarie per evitare il ripetersi di ulteriori violazioni analoghe a quelle sottoposte).

Un obbligo di adeguamento, questo, valevole anche nei confronti dei soggetti che non abbiano proposto ricorso alla Corte europea, imponendosi con effetto retroattivo la sostituzione dell'ergastolo con isolamento diurno con l'ergastolo semplice, e per i soggetti che avevano formulato istanza di giudizio abbreviato.

viato tra il 2 gennaio e il 24 novembre 2000, la sostituzione della pena perpetua con quella temporanea di trent'anni di reclusione (prevista dall'art. 442 c.p.p. nella versione allora in vigore). Sotto questo profilo, la violazione dell'art. 7 Cedu impone l'applicazione della legge più favorevole tra quelle entrate in vigore nel periodo intercorrente fra la commissione del fatto e la pronuncia della sentenza definitiva.

Per lo specifico caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite, nel quale il ricorrente, condannato all'ergastolo con effetti tuttora perduranti in fase esecutiva, invoca una soluzione da parte del giudice italiano, il contrasto con il principio della parità di trattamento tra condannati impone dunque un intervento dell'ordinamento giuridico che elimini, giurisdizionalmente, la situazione di illegalità convenzionale. Nel far questo deve sovvertirsi anche il "dogma" del giudicato, dato che l'esecuzione di una pena ritenuta illegittima dalla Corte europea viene necessariamente meno dinnanzi ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona, che incidono sulla libertà.

La rideterminazione della pena, come avvenuto nel caso Scoppola, potrebbe consentire la sostituzione dell'ergastolo con quella temporanea di trent'anni di reclusione, analogamente a quanto è accaduto in seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della c.d. aggravante di clandestinità di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p., allorché la Cassazione ha riconosciuto al giudice dell'esecuzione il potere di rideterminare la pena inflitta al condannato in via definitiva, con eliminazione della frazione di pena in eccesso, da considerarsi illegittima e, pertanto, non eseguibile (Cass., sez. I, sent. 27 ottobre 2011, n. 977). Le norme di interpretazione autentica racchiuse negli artt. 7 e 8 del d.l. 24 novembre 2000 n. 341, dell'art. 442 c.p.p. nella versione modificata dalla legge Carotti, e come tali aventi efficacia retroattiva a partire dall'entrata in

vigore della norma autoritativamente interpretata (e cioè a partire dal 2 gennaio 2000), appaiono norme inequivocabilmente applicabili, dunque, anche agli imputati che avevano chiesto di essere giudicati con rito abbreviato nel lasso di tempo intercorso tra il 2 gennaio e il 24 novembre 2000.

Tuttavia, riallacciandosi alle note sentenze "gemelle" della Corte costituzionale (Corte cost., sent. 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349) che si sono in particolare occupate del rango delle norme convenzionali nell'ambito della teoria delle fonti del diritto e della auto-esecutività delle medesime, le sezioni unite escludono la possibilità per il giudice italiano di applicare le suddette norme in via diretta, senza ulteriori mediazioni. Com'è noto, la Corte costituzionale ha infatti ritenuto che «il nuovo testo dell'art. 117 Cost.», da un lato, «rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme Cedu rispetto alle leggi ordinarie successive», dall'altro, comporta «l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare le suddette norme con la conseguenza che la norma costituzionale incompatibile con la Cedu (...) viola l'art. 117 Cost.», essendo quella convenzionale «comunemente qualificata come norma interposta». In questo contesto, l'obbligo di conformarsi ai vincoli derivanti dalla Cedu, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo, non autorizza il giudice ordinario italiano a disapplicare la norma di legge nazionale contrastante, né rende praticabile la via di una interpretazione conforme alla Cedu. dei predetti artt. 7 e 8 del d.l. 341 del 2000.

Pertanto, l'unica strada per superare l'antinomia determinata dall'applicazione retroattiva, *in malam partem*, della disciplina sanzionatoria deteriore agli imputati che avevano formulato richiesta di rito abbreviato, in un'epoca in cui il testo dell'art. 442 c.p.p. prospettava loro pena sensibilmente più mite, e l'art. 7 Cedu è quella di rimettere la questione alla Corte costituzionale che sarà chiamata a vagliare la compatibilità tra

dette norme e il duplice parametro rappresentato dall'art. 117 comma 1 Cost. in riferimento all'art. 7 Cedu, così come interpretato dalla sentenza Scoppola.

Ugualmente violato risulta l'art. 3 Cost., sotto il profilo della lesione del principio di ragionevolezza, in quanto l'imputato aveva legittimamente confidato su una misura massima assai più benevola di pena derivante dallo sconto per il rito abbreviato; si sono dunque determinate delle «ingiustificate disparità di trattamento», dipendenti da variabili temporali processuali e legislative tra soggetti con posizioni sostanziali sostanzialmente identiche. Alle delineate ragioni di non manifesta infondatezza si somma la rilevanza della questione dato che, nel caso di accoglimento della medesima, la pena dell'ergastolo, sarebbe illegittimamente inflitta, e dunque inesigibile, dovendo essere sostituita con quella di trent'anni di reclusione, ex art. 30 comma 4 della l. 11 marzo 1953, n. 87, che – a detta delle Sezioni Unite – impedisce anche l'esecuzione della pena o della frazione di pena inflitta in base alla norma dichiarata costituzionalmente illegittima. Questa disposizione possiede infatti una portata più ampia dello stesso art. 673 c.p.p., che si riferisce esclusivamente all'ipotesi dell'abrogazione o della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice.

Come anticipato, la sentenza e l'ordinanza di rimessione toccano *ab imis* il ruolo della Corte europea quale interprete della Convenzione a beneficio dei giudici nazionali, oramai chiamati ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali nell'estensione loro riconosciuta dalla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo. Ciò spiega anche il superamento del "mito" dell'intangibilità del giudicato, destinato a non operare dinnanzi ad «evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona», come quelle conseguenti all'esecuzione di una pena inflitta in violazione di uno di presidi di garanzia

(Cfr. Ruggeri, *La corte costituzionale «equilibrata», tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte Edu*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2011, 1757).

Deve sottolinearsi che la dottrina più sensibile aveva già anticipato la soluzione sposata dalle Sezioni Unite (Viganò, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)), suggerendo addirittura la possibilità di rimuovere la violazione del diritto fondamentale del ricorrente mediante un'interpretazione conforme alla Cedu dell'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000 ad opera dello stesso giudice ordinario, in modo da escluderne l'applicazione a quegli imputati che avessero richiesto il rito abbreviato nel lasso di tempo intercorrente tra il 2 gennaio e il 24 novembre 2000. Interpretazione conforme, peraltro, invocata anche dalla Procura generale presso la Corte di Cassazione.

Le Sezioni Unite, invece, optando per il percorso già ampiamente tracciato dalla giurisprudenza costituzionale, invocano una declaratoria di illegittimità *in parte qua* della disposizione (e dell'art. 8 del medesimo d.l.), che apre così la strada alla rideterminazione della pena per i singoli ricorrenti probabilmente ad opera del giudice dell'esecuzione, o comunque della stessa Cassazione nell'ambito del procedimento di cui all'art. 625 *bis* c.p.p., già utilizzato per porre rimedio alla violazione nel caso Scoppola (Cass., sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507; sul tema delle differenti soluzioni di adeguamento adottate dal nostro ordinamento cfr., Geraci, *La revisione quale rimedio interno dopo le condanne della corte di Strasburgo: un avanzamento di tutela e molte incognite*, *questa rivista*, 2011, n. 4, 93 ss.; Parlato, *Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale «getta il cuore oltre l'ostacolo»*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 833; Ubertis, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, *Giur. cost.*, 2011, 1542).

\* \* \*

Con due ordinanze coeve (Cass., sez. un., ord. 10 settembre 2012, n. 34473, sez. un., ord. 10 settembre 2012, n. 34474) le Sezioni Unite hanno stabilito il principio di diritto secondo cui la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p. opera non solo in occasione dell'adozione del provvedimento genetico della misura coercitiva ma anche in relazione alle vicende successive che attengono alla permanenza delle esigenze cautelari. Sul punto si richiama la pregressa affermazione relativa all'operare della presunzione di cui all'art. 275, comma 3, anche per il momento della sostituzione della misura (Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919), sottolineandosi come una diversa soluzione inciderebbe sulla razionalità del sistema.

Il dibattito interpretativo ha registrato una prima tesi restrittiva secondo cui l'obbligatorietà della custodia in carcere *ex art.* 275, comma 3 c.p.p. concerne soltanto il provvedimento genetico, ovvero l'adozione per la prima volta della misura coercitiva, ma non anche le vicende successive della revoca o sostituzione e del ripristino della misura; in tali casi, occorre valutare la concreta sussistenza della pericolosità sociale e, qualora essa risulti attenuata, la legittima possibilità di applicare una misura meno afflittiva (Cass., sez. VI, 9 aprile 2010, n. 25167; Cass., sez. VI, 13 gennaio 1995, n. 54). Viceversa, l'impostazione prevalente estendeva l'operare della presunzione a ogni vicenda del segmento cautelare in quanto, pur interpretandosi in termini di stretta eccezionalità e rigore la deroga della presunzione assoluta dell'adeguatezza, essa va riferita a tutte le vicende successive della misura e non solo al momento genetico (Cass., sez. V, 22 giugno 2011, n. 35190; Cass., sez. II, 16 febbraio 2011, n. 11749; Cass., sez. II, 13 marzo 2008, n. 16615; Cass., sez. VI, 26 gennaio 2005, n. 20447; Cass., sez. VI, 26 gennaio 2005, n. 9249; Cass., sez. V, 7 maggio 2004, n. 24924; Cass., sez. I, 4 marzo 1993, n. 931; Cass., sez. I, 7 luglio 1992, n. 3274).

L'adesione a quest'ultimo orientamento muove da ragioni di razionalità del sistema e trova pure conforto letterale nelle disposizioni codicistiche: sarebbe infatti foriera di una contraddizione in termini l'affermazione della assolutezza della presunzione nel momento genetico laddove essa potesse tranquillamente venir meno nei frammenti procedurali successivi; una conferma letterale si rinviene poi negli articoli 275 e 299 c.p.p., ove la locuzione «è applicata» e non «è disposta» (meglio riferibile esclusivamente al momento genetico) consente di estenderne la portata anche al momento della revoca o della sostituzione della misura.

Contestualmente, le Sezioni Unite hanno rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità della disposizione che prevede la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, senza far salva l'ipotesi in cui da elementi specifici risulti in concreto che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte da altre e meno afflittive misure, per i reati aggravati dall'art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 conv. in l. 12 luglio 2001, n. 203, prospettando uno specifico contrasto con gli artt. 3, 13 comma 1 e 27 comma 2 Cost.

L'aggravante impone infatti un trattamento sanzionatorio più grave per chi commette reati «avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni» previste dallo stesso articolo.

È evidente il nesso con le numerose pronunce con le quali la Consulta nell'ultimo biennio è intervenuta sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere per i delitti di particolare gravità, trasformandola in relativa, rileggendo i parametri costituzionali individuati negli artt. 3, 13, comma 1, 27 comma 2 Cost. e, soprattutto, restringendo sensibilmente la portata dell'eccezione pensata in origine per i soli delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso (si veda anzitutto Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, relativa

ai delitti a valenza sessuale, commentata da Lorusso, *Reati sessuali: è illegittimo prevedere l'obbligo della detenzione imposta in via cautelare*, Guida dir., 2010, fasc. 35, 60; Marzaduri, *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere*, Leg. pen., 2011, 697; Spangher, *La «neutralizzazione» della pericolosità sociale. Prime riflessioni*, Giust. pen., 2010, I, 407; Tonini, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, Dir. pen. proc., 2010, 949; nonché, Corte cost. 12 maggio 2011, n. 164, in relazione all'omicidio volontario; ed ancora, Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, in tema di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti; Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 331, sul favoreggiamento delle immigrazioni illegali richiamate dall'art. 12 t.u. immigrazione; infine, Corte cost., sent. 3 maggio 2012, n. n. 110, sulla associazione finalizzata alla contraffazione di opere dell'ingegno o di prodotti industriali e di introduzione e commercio nel territorio nazionale di prodotti con segni falsi).

L'originaria presunzione assoluta aveva del resto superato sia il vaglio della Consulta (Corte cost., ord. n. 450 del 1995), sia della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte e.d.u., 6 novembre 2003, Pantano c. Italia § 66) in forza della valorizzata specificità dei predetti delitti, la cui connotazione strutturale astratta (come reati associativi entro un contesto di criminalità organizzata di tipo mafioso, o come reati a questo comunque collegati) rendeva «ragionevole» la presunzione di adeguatezza della sola custodia carceraria, trattandosi, in sostanza, della misura più idonea a neutralizzare il *periculum libertatis* connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato e associazione.

Tuttavia, nel prosieguo, il legislatore aveva improvvidamente abbandonata la strada selettiva, ed esteso il meccanismo presuntivo a tutta una serie di delitti eterogenei, con il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. dall'art. 1 della l.

23 aprile 2009, n. 38, sino a meritare i reiterati «colpi» inferti dalla scure censoria della Consulta (Barrocu, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, Dir. pen. proc., 2012, 224; Marandola, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*, in Giur. cost., 2011, 2163).

Secondo i giudici di costituzionalità, la centralità tradizionalmente assegnata al principio costituzionale del «minore sacrificio necessario» (Corte cost, sent. 22 luglio 2005, n. 299) impone un sistema cautelare ispirato dal modello della «pluralità graduata» e caratterizzato tanto da una gamma di misure alternative, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale, quanto da criteri per scelte «individualizzanti» del trattamento cautelare, coerenti e adeguate alle esigenze configurabili nei singoli casi concreti, pur senza giungere a escludere la possibilità di presunzioni assolute (si vedano Corte cost., sent. 23 gennaio 1980, n. 1, Corte cost., 4 maggio 1970, n. 64). In questo contesto, l'apprezzamento concreto delle esigenze cautelari deve essere lasciato al giudice, mentre la scelta della misura può essere operata dal legislatore nei limiti della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti, anche attraverso generalizzazioni (in questi termini, Corte cost. 24 ottobre 1995, n. 450, annotata da Negri, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275, 3° comma, c.p.p.*, Cass. pen., 1996, 2835) che risultino fornite di congrua «base statistica» e supportate da regole di esperienza «sufficientemente condivise» e giustificate dall'*id quod plerumque accidit*.

La costruzione sulla base di una «prova di resistenza» che escluda l'agevole ipotizzabilità di «accadimenti reali contrari» alla presunzione stessa (in questi termini, Corte cost., sent. 25 febbraio 1999, n. 41; Corte cost., sent. 20 aprile 2011, n. 146), ha circoscritto dunque l'ambito di operatività della medesima assoluta ai delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p., individuando la *ratio* giustificativa di

tale presunzione «nella struttura stessa della fattispecie e nelle sue connotazioni criminologiche, legate alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice». Da tutto ciò «deriva, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure "minori" sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità)». Si tratta a questo punto di comprendere se sussistano regole di esperienza, tratte dalle connotazioni del fatto, da cui desumere che la custodia in carcere sia l'unica misura idonea a soddisfare le esigenze cautelari nella ipotesi di reati aggravati dall'art. 7 l. n. 203 del 1991. Da ciò deriva la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità sul rilievo che anche tali reati «potrebbero, per le loro caratteristiche, non postulare necessariamente esigenze cautelari affrontabili esclusivamente con la custodia in carcere». L'accoglimento della prospettiva della riconducibilità di tali ipotesi delittuose nel novero dei delitti mafiosi, «finirebbe con il parificare sotto il profilo del disvalore sociale e giuridico manifestazioni delittuose del tutto differenti sia con riferimento alla loro portata criminale sia con riferimento alla pericolosità dell'agente», in palese dispregio dell'art. 3 Cost. Inoltre, l'interpretazione estensiva cozzerebbe visibilmente con il principio del «minore sacrificio» necessario deducibile dall'art. 13, comma 1, Cost. e della presunzione di non colpevolezza espressa nell'art. 27, comma 2, perché attribuirebbe alla misura della custodia in carcere funzioni proprie della pena.

In attesa del nuovo pronunciamento della Consulta su un tema così delicato, non può

non segnalarsi l'effetto culturale già indotto dalla giurisprudenza a "pioggia" della Consulta sulla presunzione assoluta. Un progressivo mutamento in termini garantistici è infatti registrabile anche relativamente alle fattispecie associative in senso stretto: «pur nella gravità che assumono i delitti richiamati dal comma 3 dell'art. 275 c.p.p., la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia carceraria, non risultando assistita da adeguato fondamento razionale, deve considerarsi alla stregua di presunzione relativa, dovendo il giudice verificare, sempre ed in ogni caso, che non siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure, tenendo conto del decorso temporale che può, utilmente, essere apprezzato quando, trattandosi di associazione criminale, questa si sia sciolta da tempo» (Cass., sez. VI, 13 ottobre 2011, n. 41351, *Giur. it.*, 2012, 1144.).

\* \* \*

Le Sezioni Unite (sent. 27 luglio 2012, n. 30769) hanno affermato il principio di diritto secondo cui «il mandato di arresto europeo, emesso dall'Autorità giudiziaria italiana nella procedura attiva di consegna (artt. 28 – 29 – 30 l. 22 aprile 2005, n. 69) ed il provvedimento emesso, eventualmente in forma di mandato di arresto europeo, dalla stessa Autorità giudiziaria nella procedura di estensione attiva della consegna (artt. 32 e 36 l. cit.) non sono impugnabili nell'ambito dell'ordinamento interno, neanche ai sensi degli artt. 111, comma settimo, Cost. e 568, comma 2, c.p.p., potendo i vizi riguardanti detti atti essere fatti valere solo nello Stato richiesto qualora incidenti sulla procedura di sua pertinenza e secondo le regole previste nel relativo ordinamento».

Nel provvedimento di investitura della questione erano state profilate delle differenze tra i vari atti della procedura direttamen-

te incidenti sulle impugnazioni esperibili. In particolare, il mandato di arresto europeo, non impugnabile, il provvedimento successivo interno (ordine di esecuzione) quale atto direttamente incidente sulla libertà personale e indi ricorribile in Cassazione, nonché, infine, la richiesta di assenso. Una volta negata l'impugnabilità interna sia del Mae, sia dell'ordine di esecuzione, le Sezioni Unite escludono anche la possibilità di reclamo della richiesta di assenso, in quanto si tratta di atto accessorio non direttamente incidente sulla libertà personale ma piuttosto attinente all'esigenza di superamento del principio di specialità.

A tale proposito la Cassazione conferma che, una volta emesso il Mae, l'autorità che ha ottenuto la consegna potrà procedere anche con riguardo a reati diversi da quelli oggetto della consegna (C. giust. CE, 1 dicembre 2008, causa C388/08, Leymann- Pustoravov) mentre resterà preclusa la possibilità di eseguire nei confronti della persona misure restrittive della libertà personale. In tale direzione per la richiesta di assenso all'estensione della consegna non è dunque necessario un nuovo mandato di arresto (Cass., sez. I, 23 settembre 2011, n. 39240)

La decisione, espressione della regola più generale sulla tassatività delle impugnazioni, appare netta nell'affermazione del principio di diritto che nega l'impugnabilità interna del Mae, sia ove si guardi alla sistematica interna della l. n. 69 del 2005, sia ove ci si soffermi sull'insopprimibile esigenza di tutelare la sovranità dello Stato estero. Essa, tuttavia, sembra deludere per la stringatezza riservata alle altre importanti questioni che pure erano devolute all'attenzione del giudice nomofilattico.

Prima fra tutte la tematica della competenza funzionale a emettere il Mae e delle sanzioni processuali legate alla violazione della medesima regola.

L'identificazione di una nullità assoluta per la possibile incompetenza funzionale del

giudice che aveva emesso il provvedimento impugnato è stata infatti declinata dalla Corte di Cassazione attraverso le pieghe dell'inammissibilità del ricorso senza alcuna effettiva presa di posizione rispetto al contrasto fra le due differenti correnti giurisprudenziali che vedono un primo indirizzo (Cass., sez. I, 23 marzo 2008, n. 26635) orientato a riconoscere la competenza dell'autorità giudiziaria che procede, e un altro filone (Cass. sez. I, 16 aprile 2009, n. 18569; Cass., sez. I, 26 marzo 2009, n. 5200) secondo cui l'emissione spetta all'autorità che ha applicato la misura cautelare, indipendentemente dalla pendenza in atto del procedimento presso un giudice diverso. (Per un più ampio commento del *decisum* si rinvia all'analisi di Bene, *Mandato d'arresto europeo: le sezioni unite non decidono*, *Dir. pen. proc.*, 2012, f. 10. ; critico sulla soluzione anche Romeo, *Le Sezioni unite ed un'occasione mancata riguardo alla questione della competenza per l'emissione del mandato di arresto europeo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); ricostruzioni recenti dei principali aspetti applicativi del Mae, si rinven- gono in Colaiacovo, *La consegna del cittadino e del residente nella giurisprudenza interna e sovranazionale*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 889; Iuzzolino, Plastina, *Mandato d'arresto europeo: rassegna di giurisprudenza*, *Foro it.*, 2012, II, 223).

\* \* \*

Con la decisione in rassegna (Cass., sez. un., 18 luglio 2012, n. 28997), la Suprema Corte ha escluso che l'Autorità giudiziaria possa prendere segretamente cognizione della corrispondenza epistolare dei detenuti in applicazione analogica della disciplina delle intercettazioni telefoniche. «Per la sottoposizione a controllo e la utilizzazione probatoria del contenuto epistolare dovranno seguirsi le forme del sequestro di corrispondenza di cui agli artt. 254 e 353 c.p.p.». Il che implica, naturalmente, la successiva procedura di deposito ed eventualmente di riesame del provvedimento acquisitivo.

Il pronunciamento, dall'impronta garantista, si propone di pacificare gli esiti di un contrasto giurisprudenziale che ha visto inquadramenti giuridici difformi relativamente all'abitudine investigativa di carpire informazioni dalla corrispondenza dei soggetti ristretti in carcere.

Talune prospettazioni giurisprudenziali hanno configurato il provvedimento autorizzativo alla stregua di un sequestro di corrispondenza di cui all'art. 254 c.p.p. (Cass., sez. VI, 13 ottobre 2009, n. 47009), altre si sono richiamate alle intercettazioni di comunicazioni (Cass., sez. V, 18 ottobre 2007, n. 3579), altre ancora, per effetto della fusione con i meccanismi di controllo della corrispondenza del detenuto dettati dall'art. 18 *ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354, hanno fatto richiamo ai mezzi di ricerca della prova atipici (Cass., sez. V, 18 ottobre 2007, n. 3579). Sulla base dell'odierna scelta della Corte, l'accesso ai contenuti della corrispondenza, conseguendo in ogni caso ad un sequestro, non può avvenire segretamente, data se non altro la necessità di deposito del relativo verbale, che può essere al più ritardato per un certo periodo di tempo.

L'effettuazione del controllo dovrà poi seguire la disciplina dell'apposizione ad opera dello stesso art. 18 *ter* di un visto sulla corrispondenza esaminata; in quanto l'eventuale trattenimento della missiva deve essere immediatamente comunicato al detenuto (comma 5) che vanta un diritto di reclamo contro il provvedimento di assoggettamento a verifica (comma 6). La disciplina, adottata a seguito delle numerose sollecitazioni della Corte e.d.u. (Corte e.d.u. 15 novembre 1996, Diana c. Italia, § 32; 6 aprile 2000, Labita c. Italia, § 175), esclude pertanto la possibilità di un'interpretazione analogica mirata a comprimere diritti fondamentali per i quali l'art. 15 Cost. pone, tra l'altro, una riserva di legge. Né è possibile ipotizzare spazi applicativi per le prove atipiche in materia, in presenza di un

espreso divieto di legge che ne vieta l'acquisizione. «L'intercettazione di corrispondenza epistolare» è attuata in violazione della legge, con la conseguente inutilizzabilità, a norma dell'art. 191 c.p.p., delle risultanze acquisite. Dall'applicazione del sequestro consegue evidentemente l'obbligo di osservare le garanzie supplementari apprestate dall'art. 18-*ter* dell'Ordinamento penitenziario ed in particolare, a norma del comma 5, l'immediata comunicazione all'interessato dell'intervenuto controllo, non potendosi dubitare che l'estrazione di copia per fini di documentazione dei contenuti costituisca un pur temporaneo «trattenimento» della missiva (sulla problematica, volendo, Maggio, *Le captazioni occulte della corrispondenza del detenuto: dubbi di qualificazione giuridica e tutela delle garanzie individuali*, questa rivista, 2012, n. 5, 93 ss.).

\* \* \*

Le Sezioni Unite hanno stabilito il principio di diritto secondo cui le sentenze di annullamento con rinvio in relazione alla sussistenza di una circostanza aggravante, che comportano l'irrevocabilità della parte relativa all'affermazione di responsabilità e quindi alla condanna, sono passibili di impugnazione per mezzo del ricorso straordinario per errore di fatto (Cass., sez. un., 17 luglio 2012, n. 28717). La proposizione del rimedio di cui all'art. 625 *bis* c.p.p. interpolato dall'art. 6, comma 6, l. 26 marzo 2001 n. 128, avverso la sentenza della Corte di cassazione che abbia pronunciato l'annullamento con rinvio soltanto in riferimento alla questione relativa alla sussistenza di una circostanza aggravante, viene giustificata muovendo anzitutto dalla determinazione dello *status* di condannato che legittima la proposizione del ricorso.

In particolare, si specifica che il novero restrittivo, già enunciato dalle Sezioni Unite nelle decisioni che avevano affrontato un complesso nugolo di questioni sorte intorno

all'inedito rimedio previsto dall'art. 625 *bis* c.p.p., (Cass., 27 marzo 2002, n. 16101; Cass., 27 marzo 2002, n. 16102; Cass., 27 marzo 2002, n. 16103; Cass., 27 marzo 2002, n. 16104, nonché più di recente Cass., sez. un., 14 luglio 2011, n. 37505), è stato successivamente compendiato dalle più recenti accezioni ricomprendendo anche il condannato ai soli effetti civili e il ricorrente per il quale la sentenza di condanna sia stata confermata, salvo che per la configurabilità di una circostanza aggravante, rinviata al giudice di merito.

Nel caso di specie, l'integrazione dello *status* di condannato si riferiva alle ipotesi di annullamento parziale della sentenza. Per questo il ragionamento muove dalla nozione di giudicato progressivo ritenendosi che, quando l'annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni, la pronuncia acquisita autorità di giudicato nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata. In quest'ottica, una decisione della Suprema corte che definisca la *res iudicata* in relazione al reato contestato e lasci aperta solo la questione concernente la sussistenza di una circostanza, diviene irrevocabile in punto di responsabilità e anche eseguibile (sulla nozione di giudicato progressivo: Cass., sez. un., 23 dicembre 1990, n. 373). Il giudice del rinvio non può interloquire sul giudicato parziale, asserendosi che «l'eseguibilità, anche solo teorica, della parte della sentenza non annullata», impone l'immediata ricorribilità per errore di fatto della pronuncia di annullamento parziale che abbia reso intangibile il riconoscimento della responsabilità penale. La scelta evita anche un'irragionevole disparità di trattamento tra i condannati i cui ricorsi siano stati integralmente respinti – ammessi, pertanto a proporre ricorso straordinario immediatamente, e a fruire di un rimedio che può condurre alla sospensione dell'esecuzione – rispetto ai condannati che abbiano invece visto il loro ricorso in parte accolto con annullamento parziale della sentenza di condanna,

i quali, non potrebbero subito proporre subito ricorso straordinario, al fine di far valere l'errore del giudizio rescindente e prevenire, per questa via, l'eventuale eseguibilità parziale della sentenza di condanna.

La prospettiva delle Sezioni Unite non ha trovato però concordi i primi commentatori che hanno contestato in particolare: la tesi della definizione parziale della *regiudicata*, la nozione di condannato riferita a soggetto per il quale penda ancora il processo, sia pure non più in punto di responsabilità, ed infine, la prospettata equiparazione fra la *res iudicata* e l'eseguibilità della sentenza (Romeo, *Le Sezioni unite sull'ammissibilità del ricorso straordinario per errore di fatto contro la sentenza di legittimità di parziale annullamento con rinvio*, [www.penale.contemporaneo.it](http://www.penale.contemporaneo.it)).

\* \* \*

Praticamente contestuali a quella appena riportata, le due decisioni (Cass., sez. un., 17 luglio 2012, n. 27818; Cass., sez. un., 17 luglio 2012, n. 27819) secondo cui la legittimazione a proporre ricorso straordinario, a norma dell'art. 625 *bis* c.p.p., deve riconoscersi al condannato ai soli fini civili che prospetti un errore di fatto nella decisione della Corte di cassazione relativa a tale capo. Si è così fornita una risposta positiva al quesito circa la possibilità di estendere la nozione di imputato anche ai soggetti nei confronti dei quali sia stata emessa una decisione di legittimità che confermi le statuizioni civili di condanna dell'imputato. Il contrasto giurisprudenziale sul punto vedeva contrapposto un indirizzo restrittivo in base al quale solo la definitiva affermazione di responsabilità legittimava la proposizione del rimedio straordinario (Cass., sez. un., 30 marzo 2002, n. 16103; Cass., sez. un., 30 marzo 2002, n. 16104), cui conseguiva l'applicazione di sanzioni penali (Cass., sez. III, 28 gennaio 2004, n. 6835), a un approccio più possibilista aperto a una nozione omnicomprensiva nel-

la quale fare rientrare fra soggetti legittimati quelli raggiunti da qualsivoglia sentenza di condanna, anche ai soli effetti civili (Cass., sez. I, 12 marzo 2003, n. 12720). L'adesione dell'organo nomofilattico al secondo indirizzo impone il richiamo ai precedenti che avevano ritenuto la legittimazione alla proposizione del ricorso straordinario, anche in capo all'imputato (o al responsabile civile *ex art.* 83 c.p.p.) che risulti condannato al risarcimento dei danni in favore della parte civile, per errore di fatto prodottosi nella decisione della corte di cassazione (Cass., sez. VI, 27 aprile 2010, n. 26485).

Così argomentato, il principio di diritto si inserisce in una visione fortemente garantita del rimedio quale strumento di attuazione costituzionale dei valori di effettività della difesa e riparazione degli errori giudiziari (in conformità a Corte cost., 9 luglio 2009, n. 207; sul tema altresì, Capone, *Ricorso straordinario per errore di fatto*, Enc. giur., Roma, 2004, vol. XXVII; Corbo, *Il «favore del condannato» come presupposto di ammissibilità del ricorso straordinario per errore di fatto*, Cass. pen., 2011, 3063.

\* \* \*

Le Sezioni Unite affermano la possibilità di sollevare la questione dell'incompetenza territoriale nel corso del giudizio abbreviato, precisando che, qualora il rito alternativo venga instaurato nell'udienza preliminare, l'incidente di competenza può essere sollevato solo se già proposto e rigettato nel corso della stessa udienza, mentre nell'ipotesi di abbreviato atipico l'eccezione può essere proposta per la prima volta *in limine* al giudizio speciale nella fase dedicata alla verifica della costituzione delle parti (Cass., sez. un., 13 luglio 2012 n. 27996). In proposito, si erano registrati due orientamenti contrapposti: un primo orientamento aveva ritenuto proponibile la questione di competenza per territorio nel giudizio abbreviato non preceduto dall'udienza pre-

liminare, invocando a sostegno i precetti costituzionali di cui agli artt. 24 e 25, comma 1, Cost., con particolare riguardo al principio del giudice naturale preconstituito per legge e al diritto dell'imputato di ottenere una verifica in merito alla porzione di giurisdizione spettante al singolo giudice (Cass., sez. I, 5 luglio 2011, n. 34686; Cass., sez. I, 10 giugno 2004, n. 37156).

Altra tesi aveva invece negato la proponibilità dell'eccezione in sede di abbreviato soprattutto facendo leva sulla preclusione, insita nel rito, della possibilità di dedurre e rilevare nell'udienza preliminare vizi «non assoluti», e dunque nullità a carattere relativo o intermedio, oltre che inutilizzabilità relative o fisiologiche. Tale orientamento si fonda per un verso sulla portata abdicativa della richiesta di abbreviato e, per altro verso, sul carattere disponibile degli interessi tutelati dalle norme presidiate mediante la sanzione processuale (Cass., sez. VI, 26 maggio 2010, n. 26092; Cass., sez. VI, 18 settembre 2003, n. 44726).

Le Sezioni Unite sovvertono in particolare le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza che aveva fondato sulla natura del rito abbreviato la rinuncia della proponibilità di tutte le questioni e nullità disponibili dalla parte (Cass. sez. un., 21 giugno 2000, n. 16) ed ancora delle nullità a regime intermedio riguardanti gli atti propulsivi dell'azione penale, o comunque di altre patologie attinenti alla validità degli atti (Cass., sez. un., 26 settembre 2006, n. 39298, aveva, ad esempio, escluso la deducibilità nel giudizio abbreviato della nullità generale a regime intermedio per l'omessa traduzione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, poiché la richiesta del rito speciale produce un effetto sanante della patologia suddetta, ai sensi dell'art. 183 c.p.p.).

Dietro le questioni sulla competenza per territorio la Corte di legittimità scorge invece il diritto costituzionalmente garantito al giudice naturale, che non consente semplicemente di riferirsi alla conformità di determinati atti

processuali rispetto al relativo modello legale, né lascia ipotizzare una alternativa “secca” tra l’accesso al rito da parte dell’imputato e il presidio fondamentale di garanzia.

Infine, i profili abdicativi correlati all’abbreviato impongono che la rinuncia a far valere la sanzione processuale, quando maturi *per facta concludentia*, debba essere inoppugnabilmente desumibile dal comportamento dell’interessato, ciò che non può «a maggior ragione» riferirsi alle questioni di competenza territoriale. Quanto ai riverberi più squisitamente procedurali, la Corte sottolinea altresì come, sebbene nel giudizio abbreviato manchi «il segmento processuale dedicato alla trattazione e risoluzione delle questioni preliminari» – tra le quali rientra pure la questione di competenza – non v’è ragione per escludere che nel rito speciale l’imputato possa porre in discussione la competenza territoriale del giudice precedente.

E, a ragione delle caratteristiche di stringatezza dell’accertamento, vengono forniti chiarimenti in ordine alla tempistica dell’eccepibilità di questo vizio: nel c. d. abbreviato atipico (che si innesta nel giudizio immediato o nel procedimento per decreto) l’udienza di apertura del giudizio speciale rappresenta la prima occasione di contraddittorio, dopo il promovimento dell’azione penale, nella quale

l’imputato può contestare le opzioni compiute in punto di individuazione del giudice competente. Nel giudizio abbreviato tipico, ovvero in quello che si innesta nella udienza preliminare, ai sensi dell’art. 21 c.p.p., l’eccezione deve essere formulata «prima della conclusione dell’udienza preliminare». La preclusione contemplata nell’art. 21, comma 2, c.p.p. fa sì che se l’imputato, nell’udienza preliminare, chiede il giudizio abbreviato senza eccepire previamente nulla circa la competenza territoriale del giudice, non potrà proporre quella eccezione, per la prima volta, nell’ambito del giudizio speciale. Il che vale ad impedire che l’imputato si avvantaggi di un’ordinanza di accoglimento della sua domanda presso il giudice da lui stesso ritenuto incompetente. Se proposta e respinta nel corso dell’udienza preliminare, l’eccezione può essere reiterata nel giudizio abbreviato.

La soluzione consente l’indispensabile sindacato sulla decisione giudiziale, inserendola nel contesto delle questioni risolte con la sentenza conclusiva della fase, e dunque riproponibili mediante la relativa impugnazione (sulla tematica generale Barbarano, *Patologia degli atti e giudizio abbreviato*, *Dir. pen. proc.*, 2005, 199; più specificamente, Boiano, *L’incompetenza territoriale nel giudizio abbreviato*, *Cass. pen.*, 2011, 1074).

# Sull'ammissibilità della revisione il parere del pubblico ministero non è previsto

---

**Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 20 aprile 2012, n.15189 – Pres. Lupo;  
Rel. Sandrelli**

*Non essendo previsto parere alcuno da parte del pubblico ministero sulla richiesta di revisione, ove tale parere sia irritualmente acquisito, esso deve essere comunicato a pena di nullità al richiedente, ai fini di una corretta instaurazione del contraddittorio*

---

[Omissis]

1. A. D. è stato condannato alla pena della reclusione, per la durata di diciassette anni, con sentenza della Corte di assise di appello di Trento irrevocabilmente pronunciata il 13 ottobre 1998, essendo stato riconosciuto colpevole del delitto di omicidio volontario in danno di E C.

2. A seguito di proposizione di richiesta di revisione, la Corte di appello di Trieste, con sentenza in data 15 ottobre 2001, pronunciava sentenza di assoluzione.

Proponeva ricorso per cassazione il Procuratore generale territoriale e la Corte di cassazione, con sentenza in data 5 marzo 2003, annullava la sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Trieste.

All'esito del giudizio di rinvio, la Corte triestina, con sentenza del 31 maggio 2004, in riforma della sentenza impugnata, rigettava la domanda di revisione.

Con sentenza in data 7 giugno 2005, la Corte di cassazione rigettava il ricorso avverso quest'ultima decisione.

A seguito di nuova richiesta di revisione proposta in data 5 settembre 2008, la Corte di appello di Trieste, con ordinanza del 16 settembre 2010, ha dichiarato – con procedura *de plano* - inammissibile la richiesta stessa, perché manifestamente infondata.

3. D. ha interposto ricorso per cassazione avverso detta ordinanza eccependo: con un primo (e pregiudiziale) motivo, la nullità della ordinanza attesa la mancata comunicazione al richiedente del parere espresso dal Procuratore generale sulla richiesta di revisione; con un secondo motivo, la violazione degli artt. 530, comma 2, e 631-637 c.p.p., per la mancata considerazione del (necessario) riflesso sulla richiesta di revisione determinato dall'esito liberatorio del giudi-

zio intentato nei confronti di un testimone per l'addebito di falsa testimonianza, osservazione svolta con il richiamo alla formula assolutoria «al di là di ogni dubbio»; con un terzo motivo, la mancanza e la manifesta illogicità della motivazione nel vaglio della prova a carico.

4. Con requisitoria depositata il 5 maggio 2011 il Procuratore Generale presso la Corte di cassazione ha chiesto dichiararsi l'inammissibilità della domanda, sia perché l'ordinamento non richiede alcuna forma di contraddittorio cartolare per il procedimento di revisione, sia perché gli apporti probatori erano inidonei alla prova dell'innocenza nei termini imposti dall'art. 631 c.p.p.

5. Il ricorrente ha poi depositato in data 20 giugno 2011 motivi aggiunti, con cui lamenta l'omessa convocazione e la sua mancata audizione da parte della Corte di appello, nonostante la sua espressa richiesta (seguita da analoga istanza della Corte territoriale) rivolta al Magistrato di Sorveglianza.

6. La Quinta Sezione penale, assegnataria del ricorso, con ordinanza in data 27 ottobre 2011, depositata il successivo 14 novembre, lo ha rimesso alle Sezioni Unite, avendo - quanto al primo motivo - riscontrato un contrasto giurisprudenziale.

Si osserva che con sentenza della Sez. 5, n. 2378 del 25/11/2010, Tantalo, Rv. 249764 è stata esclusa patologia di sorta nella mancata comunicazione all'istante del parere del procuratore generale sull'ammissibilità della richiesta di revisione, poiché la pretesa di una interlocuzione successiva al parere del p.g. darebbe vita ad una fase processuale dall'esito indefinibile, implicando che, a sua volta, il p.g. possa ulteriormente interloquire.

D'altro canto, Sez. 1, sent. n. 29389 del 24/06/2010, Zito, Rv. 248029, e Sez. 3, sent. n. 34917 del 13/07/2011, F., Rv. 250998, hanno ravvisato al riguardo nullità del provvedimento dichiarativo dell'inammissibilità dell'istanza, sottolineando che, quando la corte di appello abbia consentito al p.g. di precisare le proprie richieste, non può essere negato alla parte istante di conoscerle, onde consentire alla medesima di svolgere le proprie difese ed esercitare in tal modo il contraddittorio in condizione di parità, in ossequio all'interpretazione conforme ai più recenti principi affermati dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di tutela dei diritti di difesa dell'imputato. Diversamente si creerebbe un irragionevole ostacolo per il condannato, impossibilitato a svolgere le proprie difese nel contesto del contraddittorio in condizioni di parità. Infatti, se non viola le garanzie difensive la declaratoria di inammissibilità della richiesta di revisione *ex art. 634 c.p.p.*, emessa all'esito di procedimento *de plano*, occorre tuttavia, alla luce della reiterata indicazione della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di garanzia processuale, offrire al ricorrente la possibilità di interloquire in ordine al parere manifestato dalla pubblica accusa, qualora esso, pur non espressamente richiesto dall'art. 634 c.p.p., sia acquisito agli atti (si fa riferimento, in questo senso, anche alla decisione di Sez. 3, n. 11040 del 22/01/2003, Piro, Rv. 227198, che postula, peraltro, l'applicazione del rito dettato dall'art. 127 c.p.p.).

7. Il Primo Presidente, con decreto del 22 novembre 2011, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissandone la trattazione alla odierna udienza.

8. Con successiva requisitoria scritta, depositata il 14 dicembre 2011, il Procuratore Generale ha instato per l'annullamento del provvedimento, con trasmissione degli atti alla Corte di appello competente, rilevando che l'indicazione del principio del contraddittorio debba "espandersi" anche oltre i limiti normativi espressi, sicché allorquando venga depositato parere del pubblico ministero (incombente che la legge non impone) esso debba essere segnalato al condannato per evitare un contraddittorio "zoppo"; dovendosi condividere l'articolata motivazio-

ne di Sez. 5, n. 31132 del 14 giugno 2007, Cucinotta, Rv. 237600, secondo cui risulta ineludibile che le conclusioni del procuratore generale siano comunicate e conoscibili alla controparte che deve, anche in relazione ad esse, essere in grado di svolgere le sue difese ed esercitare il contraddittorio in condizione di parità, come garantito dall'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo.

#### Considerato in diritto

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è riassumibile nei seguenti termini: «*se il parere espresso dal pubblico ministero sulla richiesta di revisione, in caso di procedura de plano, debba essere comunicato a pena di nullità al richiedente, ai fini di una corretta instaurazione del contraddittorio*».

2. Giova preliminarmente chiarire il significato dell'inciso normativo portato dall'art. 634, comma 1, c.p.p., che consente alla corte di appello di dichiarare la domanda inammissibile «anche di ufficio»; dunque, mediante un giudizio espresso senza interlocuzione delle parti.

L'opzione normativa sta a significare che la legge consente al giudice di provvedere con rapidità alle valutazioni preliminari, non connotate da complessità, ma foriere di inammissibilità, sulla richiesta avanzata dalla parte, dovendosi rimettere alla trattazione in sede di giudizio i casi opinabili, con la garanzia del contraddittorio.

3. Nel contesto di questo tracciato, semplificato e privo di contraddittorio, ristretto alla iniziativa dell'istante ed all'esame della corte di appello, il codice di rito non ha previsto la partecipazione del procuratore generale, che, pertanto, non è soggetto coinvolto nella procedura in discorso, salvo che non ne sia il propulsore, ai sensi dell'art. 632, comma 1, lett. b), cod. proc. pen.; conclusione asseverata dalla lettera dell'art. 634, che non lo menziona quale destinatario di uno specifico onere di esprimere un parere sulla richiesta del privato (da ultimo, v. Sez. 5, sent. n. 21296 del 08/04/2010, Scuderi, Rv. 247297).

Ed è soltanto per mera consuetudine, tralattivamente osservata sulla scia del vecchio impianto processuale del 1930, che la prassi giudiziaria, benché oggi priva di sostegno normativo, continua a sollecitare (come pure nel caso qui dedotto) il parere del procuratore generale sulla domanda del condannato.

4. Proprio l'assenza di un obbligo di previa interlocuzione con il procuratore generale (che non sia il soggetto che ha proposto la richiesta di revisione), rende impreveduta ed, anzi, imprevedibile, la presenza agli atti processuali di una requisitoria proveniente da detto ufficio, nel contesto di un rito dominato da una sommara delibazione preliminare da parte della corte di appello.

E poiché non sussiste alcun onere di informazione al pubblico ministero da parte del soggetto richiedente, soltanto un'espressa comunicazione del giudice a colui che ha avanzato la domanda di revisione può assicurare a questo la conoscenza del parere della parte pubblica e può così consentirgli di esprimere la sua difesa anche in relazione al suo contenuto.

In tal modo soltanto è possibile allinearsi alla cogente indicazione della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per cui il diritto a un processo penale basato sul contraddittorio implica, tanto per l'accusa quanto per la difesa, la facoltà di conoscere le osservazioni e gli elementi di prova prodotti dalla controparte, nonché di discuterli (principio in forza del quale è stata giudicata in contrasto con l'art. 6, comma 1, CEDU la circostanza per cui il pubblico ministero avesse potuto presentare una memoria al giudice d'appello, senza darne comunicazione all'imputato: cfr. Corte EDU, 28 agosto 1991, Brandstetter c. Austria, § 67; analogamente 22 febbraio 1996, Bulut c. Austria, § 49; 27 marzo 1998, K.D.B. c. Paesi Bassi, ecc.).

In particolare la sentenza della Corte EDU del 23 ottobre 2006, Fodale c. Italia, impone un rito il quale consenta, concretamente, ad ogni parte una ragionevole possibilità di interlocuzione processuale e non soltanto la mera facoltà di replica alle osservazioni avanzate da una parte (come, invece, non condivisibilmente sostenuto dalla menzionata sentenza Sez. 5, Tantalò).

Soltanto così può concretarsi l'effettiva garanzia del contraddittorio che, ancorché regola non esplicitata positivamente, è indubbiamente sottesa alla previsione dell'art. 6, comma 1, CEDU; e soltanto mediante detta informazione indirizzata alla parte privata si permette la salvaguardia del suo diritto a "farsi sentire", e cioè a potere non soltanto esporre le ragioni proprie, ma, soprattutto, controbattere quelle avversarie.

5. Non giova osservare che le decisioni della Corte EDU (tra cui quelle dianzi citate) escludono dal novero dell'applicazione del principio del contraddittorio i casi in cui la procedura sia volta non già all'avvio di un vero e proprio giudizio, bensì alla revisione di condanna passata in cosa giudicata (cfr., *ex multis*, n. 27659/02 del 6 maggio 2003, Fisher c. Austria; n. 40072/98 del 20 marzo 2001, Kucera c. Austria; n. 34813/97 del 6 gennaio 2000, Sonneleitner c. Austria; n. 40679/98 del 25 maggio 1999, Dankevich c. Ucraina).

Una corretta lettura di questi arresti impone di considerare che la normativa introdotta dal Codice di Procedura del 1988 ha innovato nella formulazione del catalogo dei casi di ammissibilità della domanda di revisione, poiché in esso - atteso il peculiare contenuto della domanda di revisione - il legislatore ha incluso anche le ipotesi di "non manifesta infondatezza", che è requisito ignoto al (parallelo) catalogo che sancisce, in via generale, i casi di inammissibilità dell'atto d'impugnazione (art. 591, comma 1, c.p.p.) e quello della effettiva ricorrenza di "fatti nuovi", che dovrebbero vincere la forza del giudicato.

L'inserimento non è di poco conto ed espande i suoi riflessi anche sull'accertamento giudiziale. Il previgente sistema processuale collocava siffatta delibazione nel contesto della fase rescindente, votata (anche) all'analisi dell'istanza sul piano del fatto. Ed, inverò, per questa categoria di situazioni il giudizio può anche richiedere delicate valutazioni di merito e, di regola, può postulare l'integrazione delle ragioni e delle prove, specificamente indicate, con la richiesta di un sindacato esteso al fatto (come, del resto, previsto dall'art. 633 c.p.p., anche a causa della imprescindibile necessità di apprezzare *ex novo* le prove prima ignote al decidente).

La delicatezza dello scrutinio, sia sulla non manifesta infondatezza, sia sull'idoneità delle prove nuove ad infrangere il giudicato si apprezza sol che si rifletta sulla direzione prognostica del vaglio, proiettato ad un futuro, configurato in termini di ragionevole probabilità, mai di sicura oggettività.

È incontrovertibile, allora, la differenza che viene richiesta a detto giudizio rispetto alla tipologia propria del riscontro circa la ricorrenza delle ulteriori preclusioni formulate dall'art. 634, comma 1, c.p.p., tutte allineate sull'evidente ed immediato accertamento.

Soltanto a queste ultime si attaglia la giurisprudenza europea, non anche per quelle inserite, accanto alle prime, dal legislatore italiano del 1988. Da quanto osservato consegue sia la radicale diversità di queste ultime cause di inammissibilità rispetto alle prime, sia il rilevante margine di opinabilità, anche nel merito, nel loro scrutinio. Circostanza che impone un differenziato trattamento processuale per tutti i casi di possibile controvertibilità di lettura.

In altre parole, quando nella fase rescindente si acquisisce il (pur non dovuto) parere del procuratore generale e questo sia foriero di considerazioni, suscettibili di tradursi in profili di valutazione probatoria, si impone l'applicazione della piena dialettica processuale, consentendo anche alla parte istante di prendere conoscenza del documento.

6. Pertanto (escluso il caso che il procuratore generale non sia egli medesimo istante di revisione), al giudice è inibito l'uso, nella motivazione della propria decisione, dei profili argomentativi insiti nel parere che - al di fuori di ogni obbligo normativo - abbia, tuttavia, richiesto al procuratore generale (ed abbia acquisito agli atti processuali), poiché, in tal modo, incorre nella menzionata patologia della nullità del provvedimento giudiziale.

Nel caso di specie, il pur sintetico parere del requirente contiene un qualche profilo argomentativo, che il giudice della revisione non può trasfondere nella sua motivazione, attesa la pregressa carenza del contraddittorio.

7. Può dunque essere enunciato il seguente principio di diritto: *«non essendo previsto parere alcuno da parte del pubblico ministero sulla richiesta di revisione, ove tale parere sia irritualmente acquisito, esso deve essere comunicato a pena di nullità al richiedente, ai fini di una corretta instaurazione del contraddittorio».*

8. Per queste ragioni il ricorso rinviene fondamento, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato, con rinvio, per nuovo esame, alla Corte di appello di Bologna, ex artt. 634, comma 2, e 11 c.p.p.

*[Omissis]*

STEFANO VITELLI

Giudice per le indagini preliminari – Tribunale di Torino

## Ammissibilità della revisione e contraddittorio: un passo avanti delle regole europee del processo

### *Preliminary analysis on the revisione and contradictory: another step of the European process rules*

Nel risolvere il contrasto giurisprudenziale in tema di diritto della parte privata di interloquire sul parere eventualmente espresso dal pubblico ministero sulla ammissibilità di una richiesta di revisione, le Sezioni unite hanno ampliato gli spazi di operatività del contraddittorio prescrivendone la necessità quante volte il vaglio di ammissibilità della richiesta presenti margini di opinabilità, come nei casi di “non manifesta infondatezza” e di “prove nuove”. Le indicazioni della Convenzione europea e della giurisprudenza della Corte edu, enunciative di un contraddittorio inteso come principio che si erge a fondamento della stessa equità del processo penale europeo, avrebbero dovuto imporre, invece, una soluzione volta ad un riconoscimento di più ampio respiro.

*The sentence of the “Sezioni unite” held that private party has the right to be heard on the persecution party opinion regarding the admissibility of a revision request, when the formula is debatable (“non manifesta infondatezza” – “prove nuove”). But the principle of the right to a fair hearing is of fundamental importance in the European Convention of Human Rights and in the interpretation given by the European Court of Human Rights, so that it should be acknowledged in a wiser way within the judicial system.*

#### **La questione devoluta**

D’ufficio, la Corte d’appello di Trieste aveva dichiarato inammissibile, perché manifesta-

mente infondata, la richiesta di revisione presentata da persona giudicata colpevole del reato di omicidio volontario e, in via defini-

tiva, condannata alla pena di anni diciassette di reclusione.

Nel proporre ricorso per cassazione, la difesa aveva eccepito, come primo e pregiudiziale motivo, la nullità della ordinanza di inammissibilità, a suo dire, carente di contraddittorio, perché pronunciata previo parere del Procuratore generale mai comunicato al richiedente<sup>1</sup>.

Una vicenda, questa, omologa a casi che avevano già dato vita ad interpretazioni difformi, contrapponendosi, in giurisprudenza, orientamenti volti a sostenere che il vaglio di ammissibilità di una richiesta di revisione non è preceduto dal contraddittorio tra le parti<sup>2</sup> e la opposta, maggioritaria tesi assertiva di un diritto del richiedente di interloquire in ordine al parere eventualmente espresso dal Procuratore generale.

Due le principali argomentazioni addotte a sostegno di quest'ultimo orientamento.

La prima, più risalente, fa leva sulla considerazione che il sindacato preliminare di ammissibilità –cui la corte d'appello è tenuta in sede di revisione– ben può concretizzarsi anche in una valutazione di merito, sicché l'importanza ed il carattere penetrante di tale preliminare giudizio impongono (pur nel silenzio, al riguardo, del disposto dell'art. 634 c.p.p.), al fine di dare piena attuazione al diritto di difesa, il rispetto della procedura, in via generale, prevista per i procedimenti in camera di consiglio con conseguente avviso alle parti ed ai difensori<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Nel richiedere la inammissibilità del ricorso, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione –pur ritenendo, nel merito, che gli elementi dedotti erano inidonei a dimostrare (se accertati) che il condannato dovesse essere prosciolto nei termini previsti dall'art. 631 c.p.p.– rilevava, al contrario, che la normativa dettata in sede di revisione non richiede alcuna forma di contraddittorio cartolare.

<sup>2</sup> Cass., sez. V, 25 novembre 2010, n. 2378, *CED Cass.*, 249764: si noti che il relatore di questa sentenza è il medesimo del pronunciamento a Sezioni unite che ha superato quell'indirizzo interpretativo.

<sup>3</sup> Cass., sez. III, 22 gennaio 2003, n. 11040, *CED Cass.*, 227198.

La seconda, oggetto di più ragionata attenzione nei più recenti arresti giurisprudenziali<sup>4</sup>, tende a superare l'incidenza dell'art. 127 c.p.p.<sup>5</sup> e, correlativamente, ad evidenziare la circostanza che consentire al ricorrente di interloquire in ordine al parere eventualmente espresso dalla pubblica accusa<sup>6</sup> non significa applicare all'istituto in questione (al di là di quanto previsto e voluto dalla legge) l'art. 127 c.p.p., bensì fornire un'interpretazione delle norme conforme ai principi affermati dalla giurisprudenza della Corte europea in materia di tutela dei diritti di difesa dell'imputato.

### La decisione delle Sezioni unite

Investite della questione, le Sezioni unite hanno, in sostanza, aderito alla consolidata giurisprudenza della Corte europea testé richiamata<sup>7</sup> e, nel contempo, ribadito la estraneità al giudizio di ammissibilità/inammissibilità della richiesta di revisione della disciplina del rito camerale regolato dal disposto dell'art. 127 c.p.p., ritenendo che, nella procedura d'ufficio, il parere espresso dal pubblico ministero sulla richiesta di revisione, vada, a pena di nullità, comunicato al richiedente<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Cass., sez. V, 14 giugno 2007, n. 31132, *CED Cass.*, 237600; Cass., sez. I, 24 giugno 2010, n. 29389, *CED Cass.*, 248029.

<sup>5</sup> In fondo, la declaratoria di inammissibilità della richiesta di revisione ex art. 634 c.p.p. è pronunciata all'esito di un procedimento "de plano" senza necessità di avviso alle parti interessate e il procedimento in contraddittorio, previsto dall'art. 127 c.p.p., non è esplicitamente richiamato dall'art. 634 c.p.p.

<sup>6</sup> Eventualmente, perché non espressamente richiesto dall'art. 634 c.p.p.

<sup>7</sup> Sviluppata, in relazione alla previsione di cui all'art. 6, comma 1, Cedu., in tema di diritto ad un equo processo.

<sup>8</sup> Rilevante sembra essere stata, nella soluzione prospettata, una "prassi giudiziaria" (sulla quale le Sezioni unite non mancano di soffermarsi) che – sulla scia del codice del 1930 – continua a sollecitare il parere del Procuratore generale sulla domanda del condannato. L'art. 558, comma 3, c.p.p. 1930 prevedeva, infatti, che: «Quando l'istanza di revisione è inammissibile o appare manifestamente infondata, la corte provvede preli-

Il che equivale a dire che, in presenza di parere della parte pubblica, è necessario che il giudice ne renda edotto il condannato richiedente, per consentirgli di esporre le proprie ragioni ma anche di controbattere quelle avversarie.

In tal modo e solo in tal modo (argomentano le Sezioni unite) si concreta l'effettiva garanzia del contraddittorio, regola sottesa alla previsione dell'art. 6, comma 1, della Cedu, come recepito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a fondamento del diritto ad un processo penale equo.

Il rispetto del contraddittorio che quest'ultimo impone implica, dunque, piena legittimazione della accusa e della difesa a conoscere le osservazioni e gli elementi di prova prodotti dalla controparte e a discuterli.

Una ragionevole ed effettiva interlocuzione processuale, insomma, volta a persuadere il giudice in vista, appunto, della sua decisione<sup>9</sup>.

Lungi dal porsi in termini di mera adesione ad uno degli orientamenti in contrasto, la opzione interpretativa prescelta dalla sentenza in commento sembra segnalarsi soprattutto per la *peculiarità* del ragionamento seguito in tema di reciproca influenza tra valutazione preliminare del giudice e garanzia del contraddittorio.

Significativo è, per la Corte, sotto questo specifico aspetto, il sindacato di ammissibilità su una richiesta che non si presenti "manifestamente infondata" o che si connoti di "fatti nuovi" aventi potenziale forza dimostrativa in favore del condannato richiedente.

minarmente, sentito il pubblico ministero, dichiarando inammissibile o rigettando l'istanza stessa".

<sup>9</sup> Le Sezioni unite citano le seguenti sentenze: Corte e.d.u., 28 agosto 1991, Brandstetter c. Austria; Corte e.d.u., 22 febbraio 1996, Bulut c. Austria; Corte e.d.u., 27 marzo 1998, K.D.B. c. Paesi Bassi; Corte e.d.u., 23 ottobre 2006, Fodale c. Italia. In dottrina sul principio del contraddittorio come regola implicita all'art. 6 Cedu, Uberris, *Principi di Procedura penale europea*, Milano, 2009, 49 ss.

La non manifesta infondatezza e l'idoneità delle nuove prove ad infrangere il giudicato renderebbero il giudizio particolarmente delicato, anche perché proiettato, sia pure solo in termini di ragionevole probabilità e mai di sicura oggettività, in direzione prognostica.

Diversamente è a dirsi, invece, per le vicende che si connotano di evidente ed immediato accertamento (art. 634, comma 1, c.p.p.).

È, pertanto, ragionevole e giustificato, a parere del supremo Collegio, che la Corte d'appello dichiari la domanda inammissibile «anche d'ufficio» (cioè mediante un giudizio espresso senza interlocuzione delle parti<sup>10</sup>) quante volte la richiesta si fondi su motivi di agevole ed immediata soluzione. Se il caso risulti, invece, opinabile, la decisione va rimessa alla trattazione in sede di giudizio, con la garanzia del contraddittorio.

Condivisibile nel suo nucleo essenziale, la decisione presta, tuttavia, il fianco a qualche rilievo critico.

Nell'affermare il previo rispetto del contraddittorio allorché ci si occupi di non manifesta infondatezza e di prove nuove (la potenzialità dimostrativa delle quali richiede "delicate valutazioni di merito"), le Sezioni unite esaltano il legame tra contraddittorio e sindacato più o meno penetrante del giudice, nella convinzione che quanto più la valutazione diventa discrezionale ed entra nel merito dei fatti, tanto più irrinunciabile diventa il previo rispetto di quel principio.

Ed inversamente: la garanzia di una previa dialettica fra le parti non è prevista se la decisione del giudice si inserisce in momenti processuali fondati su evidenti e non discrezionali né opinabili accertamenti.

A giudizio di chi scrive, non può non dirsi riduttiva del principio del contraddittorio e della parità delle armi una opzione interpretativa che, mentre esclude la possibilità di

<sup>10</sup> In effetti, l'art. 634 c.p.p. non menziona il Procuratore generale quale destinatario di uno specifico onere di esprimere un parere sulla richiesta del privato.

sottoporre all'attenzione del giudice elementi di convincimento utilizzabili in fase decisoria senza che la controparte abbia potuto conoscerli e quindi discuterli e contestarli, ridimensiona l'operatività degli stessi valori che sta tutelando (parità di armi e contraddittorio) contenendone la portata al solo vaglio di ammissibilità che maggiormente investe il fatto [la non manifesta infondatezza della richiesta e le prove nuove di cui all'art. 630 lett. c) c.p.p.].

Si trascurano, in quest'ottica, probabilmente in omaggio ad esigenze di economia<sup>11</sup>, i giudizi non meno complessi, che pure si impongono in sede di valutazione di ammissibilità di una richiesta di revisione<sup>12</sup>.

Tra questi, ad esempio, quelli aventi ad oggetto, la riconducibilità delle ragioni che sostengono la richiesta ad una delle ipotesi previste (art. 630 c.p.p., come, di recente, modificato<sup>13</sup>) o la congruenza (*ex art. 631 c.p.p.*)

<sup>11</sup> Si è, generalmente, affermato che alla base dell'attribuzione alla Corte d'appello del potere di sindacare in *limine litis* l'ammissibilità di una richiesta di revisione vi è un'esigenza di economia processuale. Si veda Cass., sez. VI, 24 marzo 2009, 15534, *CED Cass.*, 243656. In dottrina, Presutti, *Revisione del processo penale*, *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991.

<sup>12</sup> Il vaglio di ammissibilità è momento processuale tradizionalmente qualificato come fase rescindente del processo di revisione (in questo senso Cass., sez. un., 10 dicembre 1997, n. 18, *Giur. it.*, 1999, II, 806), in relazione al quale, tuttavia, sembrerebbe impropria – come si è di recente osservato, da dottrina e giurisprudenza – detta qualificazione, per la convinzione di non poter distinguere tra una fase rescindente e una fase rescissoria, non essendo più previsto uno stadio della procedura che si concluda con la revoca o l'annullamento della precedente sentenza. In giurisprudenza, fra le altre, si veda Cass., sez. I, 17 giugno 2003, n. 29660, *CED Cass.*, 226140; Cass., sez. III, 13 luglio 2011, n. 34197, *CED Cass.*, 250998. In dottrina, Giuluz, *sub art. 634 c.p.p.*, Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura commentato*, IV, Milano, 2010, 7630.

<sup>13</sup> Il riferimento è a C. cost., sent. 7 aprile 2011 n. 113, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, § 1, Cedu, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

degli elementi su cui la richiesta si basa o della manifesta infondatezza<sup>14</sup>.

Un contesto per nulla lineare e ben articolato, dunque, su cui la decisione in commento inevitabilmente va ad incidere.

Si tratta, pertanto, di riflettere sulla congruità di un approccio di questo tipo.

In fondo, far dipendere il rispetto del contraddittorio dalla natura più o meno discrezionale della decisione, sia pure preliminare, del giudice può portare a soluzioni problematiche di diverso genere.

Non infrequenti sono i casi in cui è controversa la stessa portata del sindacato di inammissibilità.

Si pensi alla riqualificazione giuridica, operata d'ufficio dal giudice, del fatto inizialmente contestato, che sembrerebbe in contrasto col diritto all'equo processo, per come inteso dalla giurisprudenza della Corte europea assertiva della dovuta operatività del principio del contraddittorio in ogni momento e fase del processo penale<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Quanto alla natura di detta vaglio, parte della giurisprudenza pare richiedere una delibazione preliminare di merito intesa a verificare che la nuova prova sia idonea a determinare, da sola o congiuntamente alle altre prove, il proscioglimento dell'imputato (Cass., sez. I, 7 aprile 1999, n. 2824, *CED Cass.*, 213382). Altri tendono, invece, a precisare che il requisito della non manifesta infondatezza è "tutto intrinseco alla domanda" e si concretizza nell'astratta idoneità delle "prove" a fornire elementi tali da verificare le affermazioni contenute nella domanda: essendo riservata alla fase del merito ogni valutazione sulla effettiva idoneità di tale allegazioni a travolgere, anche nella prospettiva del ragionevole dubbio, il giudicato (Cass., sez. V, 14 giugno 2007, n. 31132, cit. In dottrina, tra gli altri, Astarita, *Revisione*, *Dig. pen.*, Agg. II, Torino, 2005, 1536; Dean, *La revisione*, Gaito (a cura di), *Le impugnazioni penali*, II, Torino, 1998, 795; Spangher, *Revisione*, *Dig. pen.*, XII, Torino, 1997, 131.

<sup>15</sup> La questione emersa (in dottrina ed in giurisprudenza) alla luce della sentenza della Corte e.d.u., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, è se il giudice dell'udienza preliminare possa disporre il rinvio a giudizio dell'imputato in relazione ad un fatto qualificato, d'ufficio, giuridicamente in maniera diversa, senza consentire il previo ed effettivo sviluppo del contraddittorio sul punto. In materia, è intervenuta, di recente, la Corte costituzionale (sent. 17 marzo 2010 n. 103) con l'indica-

Si pensi, ancora, al giudizio di ammissibilità, in sede di opposizione alla richiesta di archiviazione da parte della persona offesa, e ai diversi orientamenti (dottrinali e giurisprudenziali) volti a sostenere che, in questa preliminare fase, il giudice deve solo verificare la sussistenza delle condizioni previste dalla legge senza sconfinare in valutazioni afferenti alla rilevanza o all'utilità del supplemento investigativo richiesto dall'opponente o, in senso opposto, ad affermare, invece, che ragioni di economia processuale portano a dilatare i confini del potere di verifica dell'ammissibilità dell'atto presentato dall'offeso, fino a consentire valutazioni afferenti al merito delle prospettazioni avanzate dall'opponente: dunque, ai fini dell'ammissibilità dell'opposizione le indagini suppletive indicate dall'offeso devono apparire idonee a porre in discussione i presupposti della richiesta del pubblico ministero e a determinarne eventualmente il rigetto, con la conseguenza che se l'esperimento delle indagini suppletive indicate dall'offeso risulta superfluo, non pertinente, indifferente ai fini della decisione, o comunque non tale da incidere sulla *notizia criminis* o sull'attività già svolta dal p.m., l'opposizione deve considerarsi inammissibile<sup>16</sup>.

zione di due soluzioni operative-interpretative: il g.u.p. può pronunciare un'ordinanza con la quale informare le parti della diversa qualificazione giuridica e così consentire l'esercizio del diritto di difesa anche in ordine ad essa; oppure può, in analogia a quanto previsto dall'art. 521 c.p.p., restituire gli atti al pubblico ministero perché proceda alla modifica dell'imputazione *in iure*. Per un quadro d'insieme della questione, si veda Giangiacomo, *L'attività del GUP nell'udienza preliminare tra poteri di sollecitazione e integrazione*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 234 e ss. Più generale, in tema di riqualificazione giuridica operata dal giudice anche in fase di appello, v. Cass., sez. VI, 24 maggio 2012, n. 22301, inedita, ove la violazione dell'equità del processo viene subordinata al rilievo se, a seguito della riqualificazione, le ragioni della difesa sia state o meno pregiudicate.

<sup>16</sup> Nelle stesso senso si è affermato che l'irrilevanza della investigazione suppletiva può essere desunta implicitamente dalla manifesta infondatezza della *notizia criminis*. Per il primo indirizzo, maggiormente conforme al dato letterale che impone che solo la contemporanea

Non è sempre vero, dunque, che la valutazione preliminare si fonda su accertamenti non opinabili e, come dire, di deduttiva evidenza o che non sia il risultato di discrezionali, premesse logiche e/o giuridiche.

Se è vero che lo snodo decisionale può giovare dei contributi delle parti interessate anche con riferimento ad argomenti di carattere logico e/o prettamente giuridico, il contraddittorio dovrebbe imporsi in termini di più diffusa applicazione.

In fondo, una reale previa interlocuzione processuale fra le parti rappresenta un prerequisito per giungere comunque ad un approccio decisionale maggiormente ragionato, articolato e dunque ragionevolmente fondato.

### Il contraddittorio come regola di equità del processo europeo

Il diritto dell'interessato in un processo a "farsi sentire" – ovvero, ad esporre le proprie ragioni e controbattere quelle avversarie – è regola implicita all'art. 6, comma 3, Cedue<sup>17</sup> ed essenza di un principio (il contraddittorio), indicativo, nell'orizzonte dei principi di procedura penale europea, di un valore che va oltre il diritto di difesa in sede.

Ciò per una fondamentale considerazione di fondo, da cui discendono differenze, come dire, di "dettaglio".

presenza dell'inammissibilità dell'opposizione e della infondatezza della notizia fa venir meno l'obbligo del giudice di instaurare l'udienza in camera di consiglio, si veda, fra le altre, Cass., sez. IV, 1 aprile 2004, n. 23264, *CED Cass.*, 228928; Cass., sez. II, 1 ottobre 2004, n. 47980, *CED Cass.*, 230707; in dottrina, Grevi, *Archiviazione per "inidoneità probatoria" ed obbligatoria dell'azione penale*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1274; Di Nicola, *L'opposizione della persona offesa nell'archiviazione*, *Cass. pen.*, 1999, 567. Per il secondo indirizzo, fra le altre, Cass., sez. V, 12 gennaio 1999, n. 53, *CED Cass.*, 213079; in dottrina, Carli, *L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione*, *Riv. dir. processuale*, 1996, 84.; Dotti, *Osservazioni a C VI, 24 gennaio 1991*, *Cass. pen.*, 1991, II, 742.

<sup>17</sup> Come sostenuto dalle stesse Sezioni unite nella sentenza qui commentata, nonché in dottrina si veda Uberty, *Principi di procedura penale europea*, cit., 49.

Il principio del contraddittorio ha un valore oggettivo di carattere epistemologico. Secondo gli approdi giuridico-filosofici oggi più accreditati, il contraddittorio va, infatti, inteso come il miglior metodo concretamente possibile per giungere ad una verità umana ragionevole.

Di evidente chiarezza risulta a questo riguardo il pensiero di uno dei massimi filosofi della conoscenza: «Si capirà meglio cosa intendo per ragionevolezza, se si considera la differenza che passa tra il tentativo di convincere una persona con la discussione e quello di persuaderlo con la propaganda. La differenza non sta tanto nell'impiego della discussione, anche la propaganda si vale spesso del metodo del dibattito, e neppure nella convinzione che i nostri argomenti siano conclusivi e debbano essere riconosciuti per tali da qualsiasi persona ragionevole. Sta piuttosto in un atteggiamento di disponibilità reciproca, in una disposizione, non soltanto a convincere l'altro, ma anche ad essere eventualmente da questi persuaso. Cosa intendo per atteggiamento di ragionevolezza può emergere da un'osservazione di questo tipo: penso di avere ragione, ma posso sbagliarmi, e puoi avere ragione tu; in ogni caso, discutiamo: è probabile infatti che in questo modo ci accostiamo ad una comprensione vera, più che se ognuno si limita ad insistere di avere ragione. Si comprenderà che l'atteggiamento di ragionevolezza, o razionalistico, dal mio punto di vista, presuppone una certa umiltà intellettuale. Forse possono assumerlo solo quanti sono consapevoli di sbagliare talora e non sono soliti dimenticare i loro errori. Esso deriva dalla comprensione del fatto che non siamo onniscienti e che dobbiamo la maggior parte della nostra conoscenza agli altri. È un atteggiamento che consiste nell'applicare, al campo delle opinioni in generale, per quanto possibile, i due principi di ogni procedimento legale: primo, che si devono sempre ascoltare entrambe le parti, e, secondo, che non può giudicare va-

lidamente chi appartiene a una delle parti interessate al caso»<sup>18</sup>.

Ciò posto, è evidente che il principio del contraddittorio vale per ogni processo, non solo per quello penale; rappresenta una garanzia sia per l'indagato-imputato sia per la parte pubblica che svolge le indagini e sostiene l'accusa; una reale, paritaria dialettica fra le parti presuppone (come ben evidenziato dalle riflessioni appena riportate) che la contesa avvenga di fronte ad un organo giudicante indipendente e imparziale, che controlli il corretto esercizio del potere delle parti, poste sullo stesso piano (c.d. principio della parità delle armi), ed assuma le doverose determinazioni dopo avere ascoltato la loro opinione.

Del resto, la differenza concettuale fra contraddittorio ed diritto di difesa viene, oggi, del tutto chiarita dalla Carta costituzionale, che qualifica la difesa come diritto (art. 24, comma 2, Cost.) e il contraddittorio come regola di ogni processo (art. 111, comma 2, Cost.). E che tale "macro-principio" abbia una valenza che investe anche i caratteri della giurisdizione è confermato dal fatto che lo stesso art. 111 Cost. (subito dopo aver affermato il principio del contraddittorio e il correlato principio della "parità" di condizioni "tra le parti") prescrive che «ogni processo si svolge davanti a giudice terzo e imparziale».

Una garanzia (quella assicurata dal principio così posto) che investe il momento di assunzione del dato probatorio (art. 111, comma 4, Cost.)<sup>19</sup> e la "forma" stessa di esplica-

<sup>18</sup> Popper, *Congetture e Confutazioni*, Bologna, 1972, 603.

<sup>19</sup> Si pensi alla rilevante tematica dei testimoni "assenti", ovvero, quelli che, dopo avere reso dichiarazioni antecedentemente al giudizio, non effettuano la propria deposizione in sede dibattimentale: per esempio il teste nel frattempo deceduto, divenuto irreperibile, oppure stranieri che abbiano depresso all'estero senza mai ché la difesa abbia potuto interrogarli. Proprio valorizzando il contraddittorio come metodo di conoscenza dell'attendibilità della prova dichiarativa la giurisprudenza europea (e da ultimo anche recenti sentenze della Corte di cassazione) hanno criticato il giudice italiano il quale,

zione della giurisdizione (art. 111, comma 2, Cost.)<sup>20</sup>.

Anche nella fase di discussione, e quindi della decisione, il giudice è tenuto ad ascoltare tutte le parti interessate, in modo che queste (senza scorciatoie o corsie preferenziali di sorta) possano, in condizioni di reciproca parità, addurre le proprie argomentazioni (in fatto e in diritto), arricchendo il patrimonio di chi è preposto alla decisione.

Se ciò risulta vero, la pronuncia in commento ha contenuti fortemente riduttivi di una garanzia avente potenzialità di più ampio respiro.

Il contraddittorio è un valore oggettivo che accompagna il processo in ciascuna delle sue fasi (ammissione dei mezzi di prova; istruzione dei mezzi di prova ammessi; discussione,

---

valorizzando la causa dell'irripetibilità dell'escussione testimoniale e facendo leva sulla deroga di cui all'art. 111, comma 5, Cost. («accertata impossibilità di natura oggettiva») ha dato esclusivo peso al dato formale dell'ammissibilità di tale prova formatasi unilateralmente senza soffermarsi sul profilo sostanziale della valutazione di tale prova unilaterale: che proprio per tale ragione ha un grado di attendibilità più basso e quindi è necessario, ai fini del giudizio di colpevolezza, la presenza di riscontri esterni capaci di confermare l'attendibilità delle dichiarazioni rese dal testimone sottrattosi per le più disparate ragioni (anche di natura oggettiva e ben giustificate, si pensi alla sopravvenuta morte del dichiarante) al contraddittorio. Per la giurisprudenza europea si vedano Corte e.d.u., 6 dicembre 1988, Barbera, Messeguè e Jabardo c. Spagna, ricorsi n. 10588/83, 10589/83 e 10590/83; Corte e.d.u., 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia, in *Cass. pen.*, 2000, 2483; Corte e.d.u., 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, ric. n. 34896/97. Per la giurisprudenza nazionale v., da ultimo, *Cass.*, sez. VI, 15 giugno 2011, n. 24039, *CED Cass.*, 250109; *Cass.*, sez. un., 25 novembre 2010, n. 27918, *CED Cass.*, 250199. In dottrina, v. Balsamo, *La cultura della prova del giudice nazionale e l'interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Cass. pen.*, 2007, 2029; Ferrua, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte Europea*, *Arch. pen.*, 2008, n. 3, 29; Ubertis, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 371; Pagnano, *Le discrasie del sistema processuale penale italiano in tema di letture e contestazioni*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 1530.

<sup>20</sup> Ubertis, *Principi di procedura penale europea*, cit., 371.

orale e/o scritta) e non se ne dovrebbe contenere la portata al solo giudizio di ammissibilità più vicino al merito, o (secondo quanto espressamente affermato dalle Sezioni unite) al solo giudizio in tema di «manifesta infondatezza» e di «prove nuove».

La revisione, del resto, ben può ancorarsi a «casi» che andrebbero parimenti «garantiti».

Si pensi alla vicenda che si connota di «fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna» che «non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o del giudice speciale» [art. 630, comma 1, lett. a) c.p.p.] o a quella che si connota di «condanna pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato» [art. 630, comma 1, lett. d) c.p.p.]. Due fattispecie che ben potrebbero prospettarsi con alti margini di opinabilità— con particolare riguardo ai requisiti dell'inconciliabilità fra i giudicati<sup>21</sup> nonché del rapporto causale determinante fra la condanna e la falsità o altro reato— rispetto ai quali sarebbe doveroso garantire la previa dialettica tra la parte pubblica (che abbia espresso il proprio motivato parere) e la parte privata richiedente<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Secondo la lettura prevalente della Corte di cassazione, l'inconciliabilità fra sentenze irrevocabili non va intesa quale semplice contraddittorietà logica tra le valutazioni effettuate nelle due decisioni, ma come oggettiva incompatibilità tra i fatti su cui si fondano le rispettive sentenze; v. *Cass.*, sez. I, 9 giugno 2004, n. 36121, *Cass. pen.*, 2006, 613; *Cass.*, sez. IV, 25 ottobre 2001, n. 8135, *CED Cass.*, 221098.

<sup>22</sup> Margini di discrezionalità sembra denunciare anche l'ulteriore caso relativo alla revisione di una sentenza o di un decreto penale di condanna quando ciò sia necessario (ai sensi dell'art. 46, § 1, Cedu), per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea. Con la citata sentenza n.113 del 2011, la Corte costituzionale ha affermato che la «la necessità della riapertura andrà apprezzata» anche «in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata». In argomento, Parlato, *Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale "getta il cuore oltre l'ostacolo"*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 833 e ss.

Nel rispetto di questa portata estensiva del principio, risulta, inoltre, possibile fonte di equivoci affermare (come fa la sentenza in commento) che la patologia dell'ordinanza di inammissibilità si concretizza quando, in mancanza di un previo contraddittorio, il giudice della revisione utilizza il parere della parte pubblica inserendolo nel contenuto della propria ordinanza. E ciò perché non importa – posto che la garanzia (del contraddittorio) sottintende il rispetto dei fondamentali diritti di difesa, di parità delle armi e di contributo ad una decisione “ragionevole” – se il giudice abbia tenuto formalmente conto del parere unilateralmente espresso dalla parte pubblica, poiché ciò che conta è che la parte non sia stata

posta in condizioni di conoscere le argomentazioni della controparte ed eventualmente discutere e contestare con altri dati gnoseologici.

In fondo, l'arricchimento di conoscenza (fattuale e giuridica) che proviene dalla dialettica fra le parti ben può realizzarsi anche con un argomento avversario, capace di stimolare una replica, che può avere effetti demolitori dell'altrui argomentazione, ma anche valore positivo di autonomo elemento di convincimento del giudice.

L'intervento unilaterale di una parte (pure se formalmente non influente per la decisione) impedisce alla controparte di dare l'ulteriore contributo dialettico alla formazione del convincimento del giudice.

## Avviso di conclusione delle indagini, citazione diretta a giudizio e nuovo decreto di irreperibilità

---

**Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 24 maggio 2012, n. 24527 – Pres. Lupo; Rel. Lombardi**

*Il decreto di irreperibilità emesso dal pubblico ministero ai fini della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari di cui all'art. 415-bis cod. proc. pen., conserva efficacia ai fini della notifica del decreto di citazione a giudizio, salvo che il pubblico ministero effettui ulteriori indagini dopo la notifica del menzionato avviso di conclusione delle indagini preliminari.*

---

[Omissis]

Ritenuto in fatto

1. Con sentenza dell'11 maggio 2011 la Corte di appello di Milano ha confermato la sentenza del Tribunale di Milano in data 19 aprile 2007, con la quale (...) era stato dichiarato colpevole dei reati di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni contraffatti; nonché di ricettazione aggravata e condannato alla pena di anni uno, mesi otto di reclusione ed Euro 500,00 di multa, oltre alla misura di sicurezza patrimoniale della confisca ed alle pene accessorie, nonché al risarcimento dei danni ed alla rifusione delle spese in favore della parte civile (...).

La Corte territoriale ha rigettato il motivo di gravame con il quale l'appellante aveva eccepito la nullità della sentenza impugnata per vizi della notifica del decreto di citazione al giudizio di primo grado, eseguito con le forme previste per gli imputati irreperibili, senza che detta notificazione fosse stata preceduta dalle ricerche prescritte dall'art. 159 c.p.p., e dalla emissione del decreto di irreperibilità.

Sul punto la sentenza impugnata ha osservato che il decreto di irreperibilità era già stato emesso dal Pubblico Ministero in occasione della notificazione dell'avviso di chiusura delle indagini preliminari ex art. 415 c.p.p. bis.

Tale provvedimento doveva considerarsi emesso "a conclusione" delle indagini e non "nel corso delle indagini" stesse, con la conseguente inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 160 c.p.p., comma 1, invocata invece dall'appellante.

La Corte territoriale ha inoltre rigettato i motivi di gravame con i quali l'appellante aveva chiesto di essere assolto dai reati ascrittigli, perché il fatto non sussiste o non costituisce reato; chiesto la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello e, in subordine, la riduzione della pena inflitta dal Tribunale.

2. Avverso la sentenza ha proposto ricorso personalmente l'imputato, che, con un primo motivo, deduce, ai sensi dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), l'inosservanza di norme processuali stabilite a pena di nullità.

La sentenza impugnata ha erroneamente rigettato l'eccezione di nullità del decreto di citazione a giudizio e di tutti gli atti ad esso successivi per violazione delle norme processuali in materia di notificazione del predetto decreto di citazione e dell'emissione del decreto di irreperibilità dell'imputato.

Il decreto di citazione a giudizio era stato notificato con le forme previste per gli imputati irreperibili senza che fossero state eseguite le prescritte ricerche e senza un apposito decreto di irreperibilità, con la conseguenza che il giudizio di primo grado si era svolto in contumacia dell'imputato, che non era stato messo in grado di partecipare al procedimento a suo carico. Secondo il ricorrente il decreto di irreperibilità emesso dal P.M. per la notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari ex art. 415-bis c.p.p., rientra tra i provvedimenti che fanno parte del "corso delle indagini" e, pertanto, aventi efficacia limitata a tale fase, ai sensi dell'art. 160 c.p.p., comma 1, e non già "a conclusione" delle stesse, come aveva affermato la Corte di appello.

Solo al decreto di citazione a giudizio può essere riconosciuto l'effetto della *vocatio in iudicium* in grado di condurre alla successiva fase dibattimentale. Nel caso in esame, pertanto, dovevano essere effettuate nuove ricerche dell'imputato ed emesso un nuovo decreto di irreperibilità ad hoc.

[*Omissis*]

3. La Seconda Sezione penale della Corte di cassazione, assegnataria del ricorso, con ordinanza del 13 gennaio 2012 lo ha rimesso alle Sezioni Unite, a norma dell'art. 618 c.p.p..

Con la predetta ordinanza la Sezione rimettente ha ravvisato un contrasto nella giurisprudenza della Corte di cassazione, peraltro già segnalato dall'Ufficio del Massimario, in ordine alla idoneità del decreto di irreperibilità emesso dal p.m. per la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari anche ai fini della notifica del decreto di citazione a giudizio.

L'ordinanza indica un orientamento interpretativo, secondo il quale il decreto di irreperibilità emesso dal p.m. per la notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari conserva efficacia anche ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio (Sez. 2, n. 29914 del 17/05/2007, M., Rv. 237315; Sez. 2, n. 35078 del 24/05/2007, C., Rv. 237756; Sez. 2, n. 18576 del 18/03/2009, P., Rv. 244444; Sez. 2, n. 8029 del 09/02/2010, B., Rv. 246449; Sez. 2, n. 42957 del 18/11/2010, A., Rv. 249122; Sez. 5, n. 34828 del 11/07/2011, A., Rv. 250944).

Secondo l'indirizzo interpretativo espresso dalle pronunce citate, tramite l'avviso previsto dall'art. 415-bis c.p.p. "il pubblico ministero comunica all'indagato la conclusione delle indagini preliminari con l'avvertimento che la documentazione relativa alle indagini espletate è depositata presso la segreteria, con facoltà per l'indagato e il difensore di prenderne visione ed estrarne copia".

In tale momento non sarebbero, perciò, più "in corso" le indagini preliminari e non potrebbe farsi riferimento all'art. 160 c.p.p., comma 1, quanto alla cessazione di efficacia del decreto emesso "nel corso delle indagini preliminari", essendo lo stesso emesso "dopo" la conclusione delle stesse, sì da non essere assimilabile di certo a quello emesso per le finalità investigative indicate dall'art. 160 c.p.p., comma 1.

A tale orientamento se ne contrappone un altro, sempre richiamato dalla sezione rimettente, secondo il quale il decreto di irreperibilità emesso nel corso delle indagini preliminari non può valere ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio, poiché la chiusura delle indagini (art. 160 c.p.p., comma 1), quale momento-limite di efficacia del decreto di irreperibilità emesso nel corso di esse, coincide non già con la “notificazione” del decreto di citazione a giudizio, ma con la “emissione” di quest’ultimo da parte del pubblico ministero. Perciò, ai fini della *vocatio in iudicium*, quale inizio della fase del giudizio realizzata con la notificazione del provvedimento, è necessario un nuovo decreto di irreperibilità la cui omissione determina la nullità del decreto di citazione a giudizio e, nella specie, la nullità del giudizio, della sentenza di primo grado e di quella di appello (Sez. 1, n. 5698 del 28/01/2003, V., Rv. 223312; Sez. 1, n. 29226 del 13/07/2005, S., Rv. 232100; Sez. 2, n.17999 del 03/05/2006, A., Rv. 234760; Sez. 5, n.30072 del 24/03/2009, P., Rv. 244481; Sez. 2, n. 2741 del 14/10/2009, dep. 21/01/2010, T., Rv. 246260).

4. Il Primo Presidente, con decreto del 21 marzo 2012, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione dello stesso l’odierna pubblica udienza.

#### Considerato in diritto

1. La questione sottoposta all’esame delle Sezioni Unite è la seguente: “Se il decreto di irreperibilità per la notifica dell’avviso di conclusione delle indagini preliminari conservi efficacia anche ai fini della notifica del decreto di citazione a giudizio”.

2. L’indirizzo interpretativo che risponde in senso affermativo a detto quesito (Sez. 2, n. 29914 del 17/05/2007, M., Rv. 237315; Sez.2, n. 35078 del 24/05/2007, C., Rv. 237756; Sez. 2, n. 18576 del 18/03/2009, P., Rv. 244444; Sez. 2, n. 8029 del 09/02/2010, B., Rv. 246449; Sez. 2, n. 42957 del 18/11/2010, A., Rv. 249122; Sez. 5, n. 34828 del 11/07/2011, A., Rv. 250944), muove essenzialmente dalla considerazione che l’avviso di conclusione delle indagini preliminari, pur essendo emesso nei confronti di persona “sottoposta ad indagini”, si colloca “oltre la fase di chiusura delle indagini” perché “l’espressione “sottoposta ad indagini” è un’indicazione priva di valenza temporale in termini di attualità e ben può stare ad indicare che si tratta di persona che è stata sottoposta ad indagini, mediante il riferimento ad un fatto storico antecedente” (Sez. 2, n. 29914 del 17/05/2007, M., Rv. 237315). Sulla stessa linea si è affermato che, poiché la lettera della norma fa riferimento alla notifica di un avviso con il quale il pubblico ministero comunica all’indagato “la conclusione delle indagini preliminari”, con l’avvertimento che la documentazione relativa alle indagini espletate è depositata presso la segreteria, con facoltà per l’indagato e il difensore di prenderne visione ed estrarne copia, le indagini preliminari non sarebbero più “in corso”, non potendo dunque farsi riferimento all’art. 160 c.p.p., comma 1, che prevede la cessazione di efficacia del decreto emesso, appunto, “nel corso delle indagini preliminari”.

Peraltro, anche la *ratio* della norma sarebbe, in tal modo, pienamente rispettata considerando che il decreto di irreperibilità per la notifica dell’avviso ex art. 415-bis c.p.p., viene emesso, di regola, in prossimità temporale al decreto di citazione a giudizio, quando la situazione di fatto che riguarda l’indagato non può subire modifiche di rilievo, sicché, in mancanza di “nuove indagini” eventualmente disposte dal pubblico ministero, sarebbe irragionevole richiedere per la notifica del provvedimento che dispone il giudizio un nuovo decreto di irreperibilità, che sarebbe meramente reiterativo di quello precedentemente emesso (Sez. 2, n. 35078 del 24/05/2007, C., Rv. 237756; Sez. 2, n. 18576 del 18/03/2009, P., Rv. 244444; Sez. 2, n. 8029 del 09/02/2010, B., Rv. 246449; Sez. 2, n. 42957 del 18/11/2010, A., Rv. 249122).

Inoltre le cautele previste dall’art. 160 c.p.p., con riguardo alle limitazioni all’efficacia del decreto di irreperibilità, in sostanza volte ad assicurare una più sicura conoscibilità del proce-

dimento a carico dell'interessato, sono da considerarsi rispettate dall'art. 415-*bis* c.p.p., poiché questo fornisce "una sicura conoscenza del procedimento e una consapevole partecipazione della difesa" (Sez. 2, n. 8029 del 09/02/2010, B., Rv. 246449) e va quindi ricondotto ad un momento successivo rispetto a quello delle indagini preliminari.

3. La giurisprudenza che afferma l'inefficacia del decreto di irreperibilità emesso in occasione della notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari ex art. 415-*bis* c.p.p., ai fini della notificazione anche del decreto ex art. 552 c.p.p. (Sez. 1, n. 5698 del 28/01/2003, V., Rv. 223312; Sez. 1, n. 29226 del 13/07/2005, S., Rv. 232100; Sez. 2, n. 17999 del 03/05/2006, P.M. in proc. A., Rv. 234760; Sez. 5, n. 30072 del 24/03/2009, P., Rv. 244481; Sez. 2, n. 2741 del 14/10/2009, dep. 21/01/2010, T., Rv. 246260), muove da una considerazione di ordine generale relativa alla natura del decreto di citazione diretta a giudizio: da un lato lo stesso "costituisce esercizio dell'azione penale con l'effetto di concludere la fase delle indagini preliminari, e dall'altro, con la sua notificazione all'imputato ed alle altre parti, è l'atto di impulso che segna l'inizio di una nuova fase processuale, quella del dibattimento", di talché la chiusura delle indagini preliminari di cui all'art. 160 c.p.p., comma 1, non coincide con la notificazione del decreto di citazione a giudizio, ma con la sua emissione da parte del p.m.; ne consegue che, ai fini della *vocatio in iudicium* dell'imputato, che si realizza con la notificazione del provvedimento, è necessario che il p.m. emetta un nuovo decreto di irreperibilità secondo quanto previsto dall'art. 160 c.p.p., comma 2, (Sez. 1, n. 5698 del 28/01/2003, V., Rv. 223312).

Le pronunce espressive di tale indirizzo, richiamando espressamente Sez. U, n. 28807 del 29/05/2002, M., Rv. 221999, a sua volta riproduttiva di quanto già affermato da Sez. U, n. 13390 del 28/10/1998, B., Rv. 211904, rilevano che il decreto di citazione a giudizio, che è l'atto con il quale il pubblico ministero esercita l'azione penale, produce effetti anche indipendentemente dalla sua notificazione, interrompendo la prescrizione già dalla data della sua emissione. In altri termini, dunque, poiché l'art. 160 c.p.p. limita l'efficacia del decreto di irreperibilità emesso nel corso delle indagini preliminari sino alla conclusione di detta fase, l'inizio di una nuova fase (quella del giudizio), inaugurata dalla notifica del decreto di citazione richiede necessariamente, essendo ormai caducato il precedente, un nuovo decreto di irreperibilità.

4. La questione rimessa alle Sezioni Unite comporta l'esame delle conseguenze della modifica al codice di procedura penale vigente, apportata dalla L. 16 dicembre 1999, n. 79, art. 17, che ha introdotto l'art. 415-*bis* c.p.p..

Tale art. 415-*bis* c.p.p. si colloca nel Libro Quinto denominato:

"Indagini preliminari e udienza preliminare" ed in tale ambito nel Titolo Ottavo intitolato: "Chiusura delle indagini preliminari".

L'art. 415-*bis* c.p.p. reca la rubrica: "Avviso all'indagato della conclusione delle indagini preliminari".

L'avviso di conclusione delle indagini, che contiene la sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede, delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatto, deve essere inviato dal pubblico ministero, prima della scadenza del termine previsto dall'art. 405 c.p.p., comma 2, anche se prorogato, se non deve essere formulata richiesta di archiviazione ai sensi degli artt. 408 e 411 c.p.p..

L'avviso contiene altresì l'avvertimento che la documentazione relativa alle indagini è depositata presso la segreteria del pubblico ministero e che l'indagato ed il suo difensore possono prenderne visione ed estrarne copia.

Si tratta dunque di un atto preordinato, in base agli elementi fino a quel momento noti al pubblico ministero, alla richiesta di rinvio a giudizio o all'emissione del decreto di citazione a giudizio, dal momento che è subordinato alla condizione negativa che non debba essere richiesta l'archiviazione.

Con il compimento di tale atto il pubblico ministero rende inoltre noti all'indagato ed al suo difensore gli atti di indagine compiuti, eloquente segno, al di là della collocazione e della rubrica, che l'organo inquirente ritiene concluse le indagini preliminari.

Con riferimento al momento dell'introduzione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari non è prevista alcuna norma di coordinamento con l'art. 160 c.p.p..

Tale articolo, nel comma 1, stabilisce che il decreto di irreperibilità emesso dal giudice o dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari cessa di avere efficacia con il provvedimento che definisce l'udienza preliminare ovvero, quando questa manchi, con la chiusura delle indagini preliminari.

Come efficacemente hanno precisato le Sezioni Unite di questa Corte con sentenza n. 21833 del 22/02/2007, I., Rv. 236372, "il deposito degli atti segnala soltanto la fine della attività investigativa del pubblico ministero" (pag. 21 sentenza citata) e quindi in conseguenza di tale atto le ordinarie indagini preliminari hanno termine, salvo il solo eventuale compimento di ulteriore attività, d'iniziativa o a richiesta della persona sottoposta ad indagini o del suo difensore.

5. La tesi secondo la quale, ai fini della emissione di decreto di citazione a giudizio, il decreto di irreperibilità emesso ai fini della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari non ha efficacia, muove dall'assunto che, al momento dell'emissione e della notifica di tale avviso la fase delle indagini preliminari non si sia ancora conclusa, poiché le stesse si concludono solo con l'esercizio dell'azione penale.

Questo argomento è la base sulla quale gli indirizzi di giurisprudenza e dottrina, orientati alla necessità di emissione di un nuovo decreto di irreperibilità, fondano l'affermazione che il precedente decreto emesso ai fini della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini sia idoneo a consentire la notifica del decreto di citazione a giudizio.

Infatti, affermano tali indirizzi, solo con l'emissione di tale decreto possono considerarsi concluse le indagini preliminari, perché con esso viene esercitata l'azione penale.

6. L'assunto richiamato sembra però riposare su un equivoco interpretativo. L'art. 160 c.p.p., comma 1, non pone come discriminante per la efficacia del decreto di irreperibilità l'esercizio dell'azione penale, tant'è vero che, nell'ipotesi di richiesta di rinvio a giudizio, la stessa sarà validamente notificata, insieme all'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, sulla base del decreto emesso dal giudice o dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari.

Quindi l'atto di esercizio dell'azione penale (la richiesta di rinvio a giudizio) ed un atto successivo a tale esercizio (l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare) sono notificati sulla scorta del decreto di irreperibilità emesso ai fini dell'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p., per espressa disposizione di legge (il citato art. 160 c.p.p., comma 1).

Quando invece l'udienza preliminare manchi, il limite di efficacia è posto dalla stessa norma nella chiusura delle indagini preliminari, ma non nell'esercizio dell'azione penale.

La fase delle indagini preliminari sembra, dopo l'introduzione dell'art. 415-bis c.p.p., essere stata scissa in due distinti periodi, quello delle indagini del pubblico ministero e quello, successivo all'avviso all'indagato della conclusione delle indagini, relativo alla possibilità per la persona sottoposta ad indagini di chiedere ulteriori attività investigative, di depositare me-

torie, documenti, documentazione relativa ad investigazioni difensive o di chiedere di essere interrogato.

È possibile che vengano, dopo la notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, compiute ulteriori indagini sia su richiesta dell'indagato che d'iniziativa del pubblico ministero, ma ciò non potrà che aver luogo a *discovery* avvenuta.

7. Irrilevante è il richiamo effettuato all'art. 160 c.p.p., comma 2, operato nelle pronunzie che sostengono la non efficacia del decreto di irreperibilità emesso ai fini della notifica dell'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p., anche ai fini della notifica del decreto di citazione a giudizio, dal momento che tale disposizione si limita ad affermare che "Il decreto di irreperibilità emesso dal giudice per la notificazione degli atti introduttivi dell'udienza preliminare nonché il decreto di irreperibilità emesso dal giudice o dal pubblico ministero per la notificazione del provvedimento che dispone il giudizio cessano di avere efficacia con la pronuncia della sentenza di primo grado", ma nulla dice circa l'efficacia del decreto di irreperibilità emesso ai fini della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini, né potrebbe dire alcunché di ulteriore, posto che tale norma è anteriore all'introduzione dell'art. 415-bis c.p.p..

8. In definitiva non sembrano sussistere ragioni ostative a ritenere che il decreto di irreperibilità, emesso dal pubblico ministero ai fini della notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, dispieghi efficacia ai fini della notifica del decreto di citazione a giudizio.

Siffatta soluzione presenta altresì il pregio di assimilare l'efficacia del menzionato decreto di irreperibilità sia ai fini della notifica della richiesta di rinvio a giudizio (unitamente all'avviso di fissazione dell'udienza preliminare) sia ai fini della notifica del decreto di citazione a giudizio, rendendolo prodromico all'esercizio dell'azione penale.

9. Non sembrano avere fondamento neppure gli argomenti che tendono a limitare la efficacia del decreto di irreperibilità alla sola notifica dell'avviso di conclusione delle indagini richiamando la tutela del diritto al contraddittorio.

Benché sia apprezzabile l'intenzione del legislatore di far compiere ogni sforzo per instaurare un reale contraddittorio addivenendo al rintraccio dell'irreperibile attraverso la reiterazione delle ricerche, non sembra, salva l'ipotesi di cui si dirà di ulteriori indagini effettuate dal pubblico ministero, che la effettuazione di nuove ricerche ad un intervallo brevissimo di tempo dalle precedenti, possa essere di qualche concreta utilità al fine di addivenire al rintraccio dell'irreperibile.

La Corte Europea dei Diritti Umani, con sentenza 11 novembre 2004, S. ha affermato che è onere dell'Autorità giudiziaria "compiere ogni sforzo per procurare all'accusato la conoscenza reale del procedimento, condizione essenziale di una rinuncia consapevole e non equivoca a comparire".

Tale onere implica però il compimento di sforzi che siano idonei al fine perseguito, cioè che abbiano una qualche utilità concreta sotto il profilo della possibilità di addivenire al rintraccio della persona irreperibile e che non si risolvano nella mera formale reiterazione di atti da poco compiuti, che nulla possono aggiungere per individuare il luogo dove la persona sottoposta ad indagini si possa trovare, al fine di renderla edotta dell'accusa mossa suo carico.

Il procedimento a carico di irreperibili rimane una anomalia rispetto al diritto di difesa sancito tanto dalla Costituzione quanto dalle Convenzioni internazionali, ma tale anomalia non può certo essere elisa da adempimenti di carattere solo formale senza nessuna concreta idoneità a rendere possibile una reale conoscenza in capo all'accusato del procedimento.

La necessità di assicurare nel processo penale un vero contraddittorio, anche ai fini dell'allineamento alla normativa convenzionale, dovrà ragionevolmente essere ricercata dal legislatore

in soluzioni del tutto diverse, che eliminino il processo a carico di persone irreperibili, salvo che la irreperibilità sia stata volontariamente determinata dalla persona sottoposta alle indagini che si sia resa irreperibile per sottrarsi al procedimento.

10. Diversa soluzione deve essere adottata invece nell'ipotesi in cui il pubblico ministero, dopo la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, svolga ulteriore attività di indagini.

Va premesso che è irrilevante, in proposito, l'interrogatorio della persona sottoposta ad indagini, poiché, laddove l'interrogatorio avvenisse, cesserebbe la situazione di irreperibilità dell'interrogato.

Invece quando il pubblico ministero, su sollecitazione del difensore o autonomamente, svolga ulteriori indagini, si deve ritenere che il decreto di irreperibilità emesso ai fini della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini cessi di avere efficacia ai fini della notifica del decreto di citazione a giudizio, e ciò per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo perché in tale ipotesi le indagini non sarebbero state in concreto concluse.

In secondo luogo perché verrebbe meno l'arco temporale ristretto che rende in concreto superflua l'effettuazione di nuove ricerche e l'emissione di un nuovo decreto di irreperibilità.

In tale ipotesi diventerebbe pertanto utile la reiterazione delle ricerche e la emissione di un nuovo decreto di irreperibilità, giacché il decorso del tempo può comportare nuovi accadimenti rilevabili con le nuove ricerche effettuate.

11. Si deve pertanto affermare che "il decreto di irreperibilità emesso dal pubblico ministero ai fini della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari di cui all'art. 415-bis c.p.p., conserva efficacia ai fini della notifica del decreto di citazione a giudizio, salvo che il pubblico ministero effettui ulteriori indagini dopo la notifica del menzionato avviso di conclusione delle indagini preliminari".

[*Omissis*]

GIUSEPPE BISCARDI

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

## Avviso di conclusione indagini e citazione a giudizio dell'irreperibile: (non felicemente) risolto il contrasto di giurisprudenza

### *Notice of investigation closing and direct summoning of an untraceable person: a (not happily) solved contrast of decisions*

---

Le Sezioni Unite hanno affermato che il decreto di irreperibilità, emesso dal pubblico ministero ai fini della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, conserva efficacia anche agli effetti della citazione a giudizio, salvo il caso in cui, posteriormente alla notifica di tale avviso, le indagini preliminari proseguano. La soluzione accolta non sembra soddisfacente, alla luce dell'art. 160, comma 1, c.p.p. oltre che dell'inegabile diversità degli atti a raffronto. Inoltre, occorre approntare tutte le cautele possibili per favorire la conoscenza del processo da parte dell'irreperibile, specie alla luce del "nuovo" art. 111, comma 3, Cost.

*The joint sitting of the divisions of the Corte di cassazione stated that any decree by which a person is declared untraceable, rendered by a public attorney and aimed at serving a notice of preliminary investigation closing, is valid for direct summoning too, unless preliminary investigation continues after the notice serving. Such a solution does not sound convincing, if one keeps in mind art. 160, 1<sup>st</sup> paragraph of the code of criminal procedure and the diversity of the two legal documents. Also, knowledge of the pending proceeding from any untraceable person should be pursued to the maximum extent by all means, especially because of the "new" provision under art.111, 3<sup>rd</sup> paragraph of the Constitution.*

---

## Il problema e la sua soluzione

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono state chiamate a pronunciarsi sul quesito se, ai fini della citazione diretta a giudizio (art. 552 c.p.p.) dell'imputato irreperibile, sia sufficiente il decreto emesso dal pubblico ministero per la notifica dell'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p.<sup>1</sup>. Ovvero occorra un nuovo decreto di irreperibilità, ovviamente preceduto da nuove ricerche a norma dell'art. 159 c.p.p.<sup>2</sup>. I giudici di legittimità hanno concluso nel primo senso.

## Le ragioni a sostegno della decisione

Le Sezioni Unite hanno risolto in tal modo l'indicato contrasto di giurisprudenza, motivando la conclusione come segue:

- il decreto di irreperibilità, emesso nel corso delle indagini preliminari, conserva efficacia anche ai fini della notifica della richiesta di rinvio a giudizio e dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare (art. 160, comma 1, c.p.p.).
- Conseguentemente, non è esatto affermare<sup>3</sup> che l'esercizio dell'azione si pone quale discriminante ai fini dell'emissione di un nuovo decreto di irreperibilità.

<sup>1</sup> In tal senso Cass., sez. V, 5 dicembre 2011, n. 8592, *CED Cass.*, 251948; Cass., sez. V, 11 luglio 2011, n. 34828, *CED Cass.*, 250944; Cass., sez. II, 18 novembre 2010, n. 42957, *CED Cass.*, 249122; Cass., sez. II, 9 febbraio 2010, n. 8029, *Cass. pen.*, 2011, 1171; Cass., sez. II, 18 marzo 2009, n. 18576, *CED Cass.*, 244444; Cass., sez. II, 24 maggio 2007, n. 35078, *Cass. pen.*, 2008, 4275; Cass., sez. II, 17 maggio 2007, n. 29914, *Cass. pen.*, 2008, 4723; Cass., sez. III, 28 febbraio 2007, n. 19029, *Cass. pen.*, 2008, 3777.

<sup>2</sup> In questi termini Cass., sez. II, 14 ottobre 2009, n. 2741, *Cass. pen.*, 2011, 670; Cass., sez. V, 24 marzo 2009, n. 30072, *CED Cass.*, 244481; Cass., sez. III, 15 marzo 2007, n. 16000, *Guida dir.*, 2007, 22, 66; Cass., sez. I, 13 luglio 2005, n. 29226, *Cass. pen.*, 2007, 712; Cass., sez. I, 28 gennaio 2003, n. 5698, *Dir. e giustizia*, 2003, 15, 108; Cass., sez. III, 5 ottobre 2000, n. 11720, *Cass. pen.*, 2002, 2161.

<sup>3</sup> Come fa la giurisprudenza "soccumbente" nel contrasto: *supra*, nota 2.

- Quindi, l'espressione «*chiusura delle indagini*», di cui al testo dell'art. 160, comma 1, c.p.p., non equivale all'esercizio dell'azione. Identificandosi viceversa nella conclusione delle stesse a norma dell'art. 415-bis c.p.p..
- Nella fattispecie, la disposizione di cui all'art. 160, comma 2, c.p.p. - che come noto contempla un riferimento espresso al decreto di irreperibilità emesso per la notificazione del provvedimento che dispone il giudizio - non è applicabile.
- Tra la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari e la notifica del decreto di citazione diretta a giudizio intercorre un tempo molto breve. In quanto tale inidoneo a mutamenti della situazione di irreperibilità, con conseguente inutilità di nuove ricerche a norma dell'art. 159 c.p.p..

## Inapplicabilità del *dictum* in caso di prosieguo delle indagini

Tuttavia, sempre secondo la sentenza annotata, la soluzione offerta non è valevole laddove, dopo la notifica dell'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p., le indagini proseguano. Ciò, in quanto:

- nella fattispecie, queste ultime non potrebbero ritenersi «*in concreto*»<sup>4</sup> concluse.
- Verrebbe meno la sopra riportata valutazione di inidoneità per così dire "temporale", poiché il prosieguo delle indagini condurrebbe, sotto tale profilo, ad un apprezzabile intervallo tra la notifica dell'avviso *de quo* e la notifica del decreto di citazione diretta a giudizio. Pertanto legittimando e giustificando nuove ricerche dell'irreperibile.

## Osservazioni critiche

La conclusione cui giungono le Sezioni Unite della Corte di Cassazione non convince, per le ragioni che seguono.

<sup>4</sup> Cfr. testo della sentenza annotata.

Occorre premettere, come del resto fa la sentenza annotata, che come noto il testo dell'art. 160 c.p.p., pur modificato dall'art. 4, d.lgs. 14 gennaio 1991, n. 12, è anteriore all'introduzione dell'art. 415-bis c.p.p., avvenuta ad opera dell'art. 17, comma 2, l. 16 dicembre 1999, n. 479. Se quest'ultima disposizione non esistesse, senza dubbio l'espressione «*chiusura delle indagini*», di cui all'art. 160, comma 1, c.p.p., equivarrebbe ad esercizio dell'azione penale<sup>5</sup>. Quindi non vi sarebbe ragione di evidenziare le differenze di trattamento, tra processi con o senza udienza preliminare, all'interno della disposizione di cui all'art. 160, comma 1, c.p.p.. È probabile che nel primo caso il legislatore abbia optato per una soluzione meno rigorosa –nel senso sopra illustrato– giacché all'epoca si disconosceva alla fase dell'udienza preliminare il carattere di vero e proprio «giudizio», solo successivamente affermato dalla Corte costituzionale<sup>6</sup>; ed oggi indiscutibile<sup>7</sup>. Rimane quindi un solo punto essenziale: se chiusura delle indagini possa significare conclusione delle stesse ai sensi dell'art. 415-bis c.p.p. La risposta negativa sembra più plausibile, sia sul piano tecnico che sul piano sistematico. Sotto il primo profilo, la chiusura delle indagini di cui all'art. 160, comma 1, c.p.p., sembra rimandare con forza ad un dato oggettivo. Viceversa, la conclusione delle stesse, prefigurata nell'art. 415-bis c.p.p., rimanda ad un convincimento soggettivo della parte pubblica<sup>8</sup>. Convincimento sempre modifica-

bile, con conseguente prosieguo delle indagini, anche dopo la notifica dell'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p.. Proseguito, a sua volta, possibile tanto per autonoma determinazione del pubblico ministero<sup>9</sup>, che per effetto di sollecitazioni difensive (art. 415-bis, commi 3 e 4, c.p.p.). Le quali oltretutto, laddove si manifestino nella richiesta di interrogatorio dell'indagato, diventano imperative per l'indagante (art. 415-bis, comma 3, ultimo periodo, c.p.p.). Ora: se è possibile – e in un caso come visto obbligatorio – tale prosecuzione<sup>10</sup>, è evidente che di oggettiva chiusura delle indagini, con riferimento alla fattispecie ora in rilievo, non possa parlarsi; né in senso logico, né in senso giuridico. Pertanto, detta chiusura, in assenza di altri ed univoci indicatori normativi, non può che identificarsi con l'esercizio dell'azione, come asserito dalla giurisprudenza «sconfessata» dalla sentenza che si annota<sup>11</sup>. Ne consegue che la *vocatio in iudicium*, derivante da detto esercizio (art. 552, comma 3, c.p.p.), dovrà necessariamente essere preceduta da nuove ricerche (art. 160, comma 4, c.p.p.). Ed, eventualmente, da un decreto di irreperibilità nuovo, rispetto a quello emesso per la notifica dell'avviso di conclusione indagini.

D'altro canto, anche l'affermazione per cui, nella fattispecie, non vi sarebbe spazio per l'operatività dell'art. 160, comma 2, c.p.p., *melius re perpensa* sembra necessitare di qualche precisazione<sup>12</sup>. Come noto, quest'ultimo si riferisce testualmente al decreto di irreperibilità

<sup>5</sup> Nella fattispecie mediante deposito del decreto di citazione diretta a giudizio nella segreteria del pubblico ministero (art. 552, comma 4, c.p.p.).

<sup>6</sup> Sentt. 6 luglio 2001, n. 224, *Cass. pen.*, 2001, 3304; 12 luglio 2002, n. 335, *Giur. cost.*, 2002, 2567.

<sup>7</sup> Ragion per cui, ove non si condividessero le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza con la pronuncia annotata, apparirebbe urgente sotto tale profilo la riscrittura dell'art. 160, comma 1, c.p.p. (*infra*).

<sup>8</sup> Negli stessi termini, del resto, la sentenza annotata: «Con il compimento di tale atto il pubblico ministero rende noti all'indagato ed al suo difensore gli atti di indagine compiuti, eloquente segno che l'organo inquirente ritiene concluse le indagini preliminari».

<sup>9</sup> In tal senso, peraltro incontestabile, anche la sentenza annotata. Cfr., altresì, Aprile, *Osservazioni a Cass.*, sez. II, 17 maggio 2007, n. 29914, cit. *supra*, nota 1, 4725; ed *amplius* Bene, *L'avviso di conclusione delle indagini*, Napoli, 2004, 149 ss..

<sup>10</sup> E non la «ripresa» delle indagini. Che, in quanto tale, postulerebbe un'interruzione delle stesse e pertanto una loro riapertura autorizzata dal giudice, come esattamente argomenta, sebbene in contesto parzialmente diverso, Aprile, *Osservazioni*, cit., 4726.

<sup>11</sup> *Supra*, nota 2.

<sup>12</sup> *Contra*, infatti, Cass., sez. II, 17 maggio 2007, n. 29914, cit. *supra*, nota 1, che pure conclude in senso conforme alla sentenza annotata.

emesso dal giudice o dal pubblico ministero<sup>13</sup> «per la notificazione del provvedimento che dispone il giudizio»; sebbene allo specifico fine di stabilirne la cessazione di efficacia al momento della pronuncia di primo grado. Tuttavia, non sembra irragionevole ricavare dallo stesso un obbligo inderogabile e generalizzato di effettuare nuove ricerche, ed eventualmente di emettere un nuovo decreto, ai fini della *vocatio in iudicium*. Senza che tale prescrizione possa ritenersi superflua a fronte della notifica di cui all'art. 415-bis c.p.p.; ovvero superata per effetto dell'introduzione di quest'ultimo. Né il rilievo può essere smentito obiettando che lo stesso art. 160, comma 2, c.p.p. si riferisce anche al decreto emesso per la notificazione degli atti introduttivi dell'udienza preliminare. Come visto non necessario<sup>14</sup>, qualora la declaratoria di irreperibilità sia stata emessa nel corso delle indagini preliminari (art. 160, comma 1, c.p.p.). Con la conseguenza che la disposizione ora in esame non potrebbe essere invocata per affermare la necessità di un nuovo decreto ai fini della citazione diretta a giudizio. Il richiamo all'udienza preliminare si spiega infatti considerando che, anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 415-bis c.p.p., quest'ultima poteva essere fissata senza che l'imputato avesse conoscenza delle indagini a suo carico, se condotte a prescindere dall'adozione di atti "garantiti" (art. 369 c.p.p.). Oggi, pertanto, tale richiamo può ritenersi assorbito all'interno della disciplina di cui all'art. 160, comma 1, c.p.p., e quindi non più operante, proprio per effetto dell'introduzione dell'art. 415-bis c.p.p.. Ma detta elisione non può valere laddove l'udienza preliminare manchi. In altri, e più sintetici, termini: l'art. 160, comma 2, c.p.p., nel prevedere espressamente una declaratoria di irreperibilità finalizzata alla

notifica della citazione a giudizio, obbliga alla relativa pronuncia in tutti i casi. Quindi a prescindere dalla previsione di cui all'art. 415-bis c.p.p.. Legittimandosi anche per tal via l'equazione chiusura delle indagini – esercizio dell'azione.

Circa l'argomento per cui nuove ricerche dell'irreperibile, ai fini della sua citazione diretta a giudizio, a fronte dell'innovazione di cui all'art. 415-bis c.p.p. sarebbero in sostanza sfinite di utilità - attesa la vicinanza temporale degli atti *de quibus* - va anzitutto obiettato che si tratta di rilievo puramente fattuale e funzionale<sup>15</sup>. E per questo inidoneo a mutare conclusioni interpretative che sembrano discendere con chiarezza dall'esegesi della normativa. In secondo (e subordinato) luogo, il rilievo *de quo* è suscettibile di smentita. L'asserita esiguità dell'intervallo di tempo - tra notifica dell'avviso di conclusione indagini e notifica del decreto di citazione a giudizio - non è, in effetti, riscontrabile in ogni circostanza<sup>16</sup>.

Non basta. A smentire la valutazione di inidoneità "temporale", su cui la sentenza annotata fonda il suo convincimento, intervengono altre considerazioni presenti proprio nella motivazione di detta sentenza. La quale, come già ricordato, opta per soluzione antitetica a quella patrocinata laddove alla notifica di cui all'art. 415-bis c.p.p. facciano seguito nuove indagini. In quanto, nella fattispecie, si materializzerebbe il requisito dell'apprezzabile intervallo temporale tra i due atti. Ferme le riserve in precedenza formulate sulla pura fattualità di tale prospettazione, anche a volerla accettare essa potrebbe rivelarsi errata. Giacché le nuove indagini potrebbero svolgersi in tempi brevissimi<sup>17</sup>. Senza che tale circostanza possa valere a negare l'approdo interpretativo

<sup>13</sup> Circa i parametri da adottare per risolvere l'alternativa tra tali soggetti v. Silvestri, *Osservazioni* a Cass., sez. II, 3 maggio 2006, n. 17999, *Cass. pen.*, 2008, 655.

<sup>14</sup> Disciplina lacunosa e discutibile, come visto *supra*, nota 7.

<sup>15</sup> In termini, sebbene con riferimento ad altro aspetto, Aprile, *Osservazioni*, cit., 4726.

<sup>16</sup> La prassi giudiziaria, come noto, testimonia che l'intervallo *de quo* consiste ormai in svariati mesi, sino a giungere non infrequentemente all'anno solare.

<sup>17</sup> Si pensi, ad esempio, ad una (cosiddetta) richiesta di esibizione di documenti.

cui giungono le Sezioni Unite: ossia la ricordata insufficienza del decreto di irreperibilità, emesso ai fini dell'avviso di conclusione indagini, in caso di prosieguo di queste ultime<sup>18</sup>. Insomma: la soluzione del problema in esame non può essere condizionata ed inquinata, si ripete, da considerazioni, oltretutto labili e contraddittorie, di puro fatto (o "buon senso" che si voglia)<sup>19</sup>.

### Considerazioni sistematiche e prospettive de lege ferenda

Oltretutto, la conclusione opposta a quella accolta dalla sentenza annotata ha il pregio di un'aderenza lineare e rigorosa ai dettami dell'art. 160 c.p.p.. Come noto ispirati al principio di circoscrizione della declaratoria di irreperibilità a singole fasi, e singoli gradi, del procedimento e del processo<sup>20</sup>. Il che, per inciso, costituisce tratto differenziale tra la disciplina vigente e quella prevista nell'art. 170 c.p.p. 1930<sup>21</sup>. Del resto, ed in conclusione, non può che convenirsi con le considerazio-

ni, pure espresse nella sentenza in esame, circa la necessità – al di là di aggiustamenti di dettaglio e contingenti – di un ripensamento complessivo del rito da celebrare con imputati irreperibili<sup>22</sup>. Quest'ultimo infatti, pur in presenza dei miglioramenti indotti dalla l. 22 aprile 2005, n. 60<sup>23</sup>, è ancora caratterizzato da forme di conoscenza legale<sup>24</sup>, la cui compatibilità con i principi costituzionali del giusto processo è altamente problematica<sup>25</sup>. Basti pensare, in proposito, che i rimedi apprestati dall'art. 175 c.p.p. si limitano, sostanzialmente, alla possibilità di impugnare la sentenza emessa *in absentia*. Verificandosi in tal modo compromissione, totale o parziale, del diritto alla prova, nonché della possibilità di accedere a riti differenziati<sup>26</sup>. E che l'art. 420-bis, comma 1, c.p.p., impedisce nei casi in esso previsti la rinnovazione dell'avviso di udienza preliminare o della citazione a giudizio (art. 484, comma 2-bis, c.p.p.), qualora l'imputato sia – appunto - stato dichiarato irreperibile<sup>27</sup>. Stando così le cose, parte della dottrina<sup>28</sup> ritiene l'insufficienza, al riguardo, di rimedi di carattere meramente restitutorio / risarcitorio. Affermando viceversa la necessità, *in subiecta materia*, di strumenti preventivi, consistenti in via principale nella sospensione del processo

<sup>18</sup> Del resto, e in modo corretto, la stessa giurisprudenza favorevole alle conclusioni raggiunte dalla sentenza annotata (si veda Cass., sez. V, 5 dicembre 2011, n. 8592, cit. *supra*, nota 1; Cass., sez. II, 9 febbraio 2010, n. 8029, cit. *supra*, nota 1), afferma che anche la sola richiesta di interrogatorio di cui all'art. 415-bis, comma 3, c.p.p., costituisce fattore che obbliga a nuove ricerche ed (eventualmente) a nuovo decreto di irreperibilità. A tal proposito, appare scarsamente comprensibile il rilievo per cui «è irrilevante l'interrogatorio della persona sottoposta ad indagini, poiché, laddove l'interrogatorio avvenisse, cesserebbe la situazione di irreperibilità dell'interrogato» (v. testo sentenza che si annota).

<sup>19</sup> Senza considerare, paradossalmente, che, vista la rammentata imperatività della richiesta di interrogatorio, la "sufficienza" o "insufficienza" del decreto di irreperibilità, emesso ai fini della notifica dell'avviso di conclusione indagini, dipenderebbe da scelte potestative e private.

<sup>20</sup> Galantini, sub art. 160 c.p.p., Amodio - Dominioni (diretto da), *Comm. del nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, 1989, 199 ss.

<sup>21</sup> Soprattutto in base alle considerazioni, pertanto ancora attuali, di C. cost., sent. 9 luglio 1974, n. 215, *Giust. pen.*, 1975, I, 12; C. cost., sent. 22 marzo 1971, n. 54, *Giur. it.*, 1971, I, 788.

<sup>22</sup> Tralaltro in considerevole aumento, a fronte dell'espandersi e radicarsi dell'immigrazione "irregolare" (Iafisco, *Il giusto processo all'imputato irreperibile all'esame della Corte costituzionale*, *Giur. cost.*, 2007, 1133).

<sup>23</sup> Di conversione, con modifiche, del d.l. 21 febbraio 2005, n. 17. In argomento v. Quattrococo, *Rito degli irreperibili e principi del giusto processo*, *Cass. pen.*, 2006, 2955 ss..

<sup>24</sup> Quattrococo, *Rito degli irreperibili*, cit., 2956.

<sup>25</sup> Iafisco, *Il giusto processo*, cit., 1125 ss.; Varraso, *La Corte costituzionale salva il rito degli irreperibili*, *Giur. cost.*, 2007, 1142 ss..

<sup>26</sup> *Amplius* Milani, *Il processo contumaciale tra garanzie europee e prospettive di riforma*, *Cass. pen.*, 2009, 2182 ss..

<sup>27</sup> Come opportunamente ricorda Varraso, *La Corte costituzionale salva il rito degli irreperibili*, cit., 1143.

<sup>28</sup> Tra gli altri Iafisco, *Il giusto processo*, cit., 1125; Varraso, *La Corte costituzionale salva il rito degli irreperibili*, cit., 1145; Caprioli, *Giusto processo e rito degli irreperibili*, *Legislazione pen.*, 2004, 590 ss..

a carico degli irreperibili; sulla falsariga della previsione, pur attinente ad altra fattispecie, dell'art. 71 c.p.p.<sup>29</sup>. Ciò, nonostante la compatibilità al giusto processo dei rimedi puramente restitutori sia stata affermata dalla Consulta<sup>30</sup>. E nonostante la Corte europea dei diritti dell'uomo sia sinora rimasta, in sostanza, neutrale di fronte ai possibili rimedi (restitutori o preventivi) approntati dai legislatori dei singoli Stati<sup>31</sup>. In attesa di nuovi, e più luminosi, orizzonti<sup>32</sup>, non pare tuttavia inopportuno od inutile adottare soluzioni interpretative favorevoli alla verifica quanto più puntuale e ripetuta -in base agli strumenti normativi vigenti- della situazione di irreperibilità. Al riguardo, ed infine, occorre considerare che, sul piano logico e delle garanzie difensive, la notifica dell'avviso di conclusione indagini e quella del decreto di citazione diretta a giudizio non sono equiparabili. La prima certamente realizza la *discovery* degli atti di indagine sino a quel momento compiuti; ma non è insita, in essa, la certezza del processo<sup>33</sup>. Giacché, come più volte ricordato, le indagini potrebbero proseguire, con la relativa possibilità di un epilogo

<sup>29</sup> *Amplius* Iafisco, *Il giusto processo*, cit., 1136 ss..

<sup>30</sup> C. cost., sent. 5 aprile 2007, n. 117, *Giur. cost.*, 2007, 1118; cui *adde* - prima della riscrittura dell'art. 111 Cost. ad opera della l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 - C. cost., sent. 12 dicembre 1998, n. 399, *Cons. stato*, 1998, 1788.

<sup>31</sup> Come ricorda Milani, *Il processo contumaciale*, cit., 2180. V., in proposito Corte e.d.u., 10 novembre 2004, S. c. Italia, *Guida dir.*, 2005, 5, 92.

<sup>32</sup> Per un sintetico quanto efficace *excursus* delle ipotesi di modifica della disciplina in esame, v. Milani, *Il processo contumaciale*, cit., 2186 ss..

<sup>33</sup> Con tutto quel che ne consegue (art. 50 c.p.p.). Anche sotto il profilo di opzioni difensive soggette a termini di decadenza (liste testimoniali, scelte di riti alternativi, etc.).

preprocessuale<sup>34</sup>. Inoltre, mentre come noto l'avviso di conclusione indagini contiene la «*sommatoria*» enunciazione del fatto addebitato, il decreto di citazione diretta a giudizio è necessariamente molto più analitico. Imponendosi tale enunciazione «*in forma chiara e precisa*», a pena di nullità (art. 552, comma 1, lett. c), e comma 2, c.p.p.). Ciò premesso, e non sembrando discutibile, sotto tale ultimo profilo la sentenza annotata pare disallinearsi da altri orientamenti, giurisprudenziali<sup>35</sup> e non<sup>36</sup>, per i quali, in ipotesi di rito *in absentia* -anche e soprattutto causato da irreperibilità<sup>37</sup>- deve essere compiuto ogni possibile tentativo affinché l'imputato venga posto a conoscenza dell'accusa (*id est* citazione a giudizio).

<sup>34</sup> Laddove queste ultime dovessero condurre ad una richiesta di archiviazione, e questa fosse accolta dal giudice. In tema cfr. Milani, *Il processo contumaciale*, cit., 2187, nota 25.

<sup>35</sup> Cass., sez. IV, 14 maggio 2008, n. 23137, *CED Cass.*, 240311. Iafisco, *Il giusto processo*, cit., 1131, rammenta che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo afferma la validità del processo contumaciale -anche quando presupposto di quest'ultimo è la declaratoria di irreperibilità- solo a condizione che l'interessato abbia avuto comunicazione ufficiale -appunto- del processo a suo carico e della data dell'udienza. Tuttavia Barbara, *Investigazioni difensive*, *Dig. pen.*, aggiornamento, Torino, 2011, 309, rammenta che l'art. 6 Cedu non distingue tra procedimento e processo.

<sup>36</sup> La risoluzione 11/1975 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Indice pen.*, 1976, 538, ritiene valido il processo in contumacia a condizione che l'imputato sia stato effettivamente raggiunto da «*citazione*».

<sup>37</sup> Nel senso dell'improcrastinabile necessità di distinguere il rito a carico di irreperibili da quello a carico di contumaci non irreperibili, sotto l'aspetto di un rafforzamento delle garanzie nella prima ipotesi, v. Quatrocchio, *Rito degli irreperibili*, cit., 2963.

# È incompatibile il giudice dibattimentale che in precedenza, durante il rito direttissimo, non ha convalidato l'arresto per insussistenza del reato, restituendo gli atti al pubblico ministero

---

**Corte costituzionale, sentenza 21 giugno 2012, n. 153 – Pres. Quaranta; Est. Frigo**

*Non è fondata, nei termini espressi in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 34 c.p.p., sollevata in riferimento agli articoli 3, 111, comma 2, e 117, comma 1 Cost., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a celebrare il giudizio dibattimentale del giudice che, già investito della richiesta di convalida dell'arresto e di celebrazione del rito direttissimo in relazione allo stesso reato posto a carico del medesimo imputato, non abbia convalidato l'arresto per insussistenza del reato ed abbia disposto la restituzione degli atti al pubblico ministero. La Corte ha reiteratamente avuto modo di affermare il principio in forza del quale il giudice che si è pronunciato in una diversa fase processuale sulla libertà personale dell'imputato, formulando un apprezzamento prognostico (positivo o negativo) in ordine alla sua responsabilità (ancorché su base indiziaria e allo stato degli atti), diviene incompatibile all'esercizio della funzione di giudizio sul merito dell'accusa; e rilevato che tale principio può considerarsi ormai penetrato, come paradigma "di sistema", nel vigente ordinamento processuale penale, ne deriva che di esso il giudice rimettente può fare direttamente applicazione nell'ipotesi in esame.*

---

[Omissis]

1.- Il Tribunale di Lecce, sezione distaccata di Nardò, dubita della legittimità costituzionale dell'articolo 34 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che non possa esercitare le funzioni di giudice del dibattimento il giudice che, precedentemente investito della richiesta di convalida dell'arresto dell'imputato e di contestuale giudizio direttissimo, non abbia convalidato l'arresto per ritenuta insussistenza del reato e abbia conseguentemente disposto la restituzione degli atti al pubblico ministero.

Ad avviso del giudice a quo, la norma censurata violerebbe, per questo verso, i principi di terzietà e imparzialità del giudice, enunciati dall'art. 111, secondo comma, Cost., giacché la decisione precedentemente assunta, la quale si colloca in una distinta fase processuale, esplicherebbe effetti pregiudicanti sul successivo giudizio di merito in ordine alla fondatezza dell'accusa.

Sarebbe violato, altresì, l'art. 3 Cost., per l'irragionevole disparità di trattamento della fattispecie considerata rispetto all'ipotesi – in assunto, del tutto affine – in cui a pronunciarsi in senso negativo sulla convalida dell'arresto e sull'applicazione di una misura cautelare sia il giudice per le indagini preliminari, il quale, in conseguenza di ciò, non può partecipare al giudizio, alla luce di quanto disposto dall'art. 34, comma 2-bis, c.p.p.

La norma censurata lederebbe, da ultimo, l'art. 117, primo comma, Cost., ponendosi in contrasto con l'art. 6 della CEDU – che garantisce il diritto di ogni persona ad essere giudicata da un tribunale indipendente e imparziale – così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

2.– La questione non è fondata, nei sensi di seguito precisati.

Per costante giurisprudenza di questa Corte, le norme sulla incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento presidiano i valori della sua terzietà e imparzialità – attualmente oggetto di espressa previsione nel secondo comma dell'art. 111 Cost., aggiunto dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione), ma già in precedenza pacificamente insiti nel sistema costituzionale. Tali norme risultano in particolare volte ad evitare che la decisione sul merito della causa possa essere o apparire condizionata dalla "forza della prevenzione" – ossia dalla naturale tendenza a confermare una decisione già presa o a mantenere un atteggiamento già assunto – scaturente da valutazioni cui il giudice sia stato precedentemente chiamato in ordine alla medesima res iudicanda (sentenza n. 224 del 2001).

Questa Corte ha da tempo precisato, in termini generali, le condizioni in presenza delle quali la previsione dell'incompatibilità del giudice deve ritenersi costituzionalmente necessaria. Anzitutto – benché l'architettura del nuovo rito penale richieda, in linea di principio, che le conoscenze probatorie del giudice si formino nella fase del dibattimento – non basta a generare l'incompatibilità la semplice «conoscenza» di atti anteriormente compiuti, ma occorre che il giudice sia stato chiamato a compiere una «valutazione» di essi, strumentale all'assunzione di una decisione. In secondo luogo, detta decisione deve avere natura non «formale», ma «di contenuto»: essa deve comportare, cioè, valutazioni che attengono al merito dell'ipotesi dell'accusa, e non già al mero svolgimento del processo. Da ultimo, affinché insorga l'incompatibilità, è necessario che la precedente valutazione si collochi in una diversa fase del procedimento, essendo del tutto ragionevole che, all'interno di ciascuna delle fasi, resti comunque preservata «l'esigenza di continuità e di globalità»: prospettiva nella quale il giudice chiamato al giudizio di merito non incorre in incompatibilità allorché compia valutazioni preliminari, anche di merito, destinate a sfociare in quella conclusiva (venendosi altrimenti a determinare una «assurda frammentazione» del procedimento, che implicherebbe la necessità di disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere) (sentenza n. 131 del 1996).

3.– In questo quadro, la Corte ha avuto modo di occuparsi reiteratamente dello specifico tema evocato dalla questione di legittimità costituzionale oggi in esame: vale a dire del possibile vulnus all'imparzialità della funzione giudicante recato dalla precedente assunzione di decisioni attinenti alla libertà personale dell'imputato.

Al riguardo, superando un originario orientamento di segno contrario, volto a configurare il merito dell'accusa e le cautele come ambiti distinti per oggetto e funzione (sentenze n. 124 del 1992 e n. 502 del 1991; ordinanza n. 516 del 1991), questa Corte ha ritenuto che le decisioni relative all'applicazione delle misure cautelari siano, in linea di principio, idonee a compromettere (o comunque a fare apparire compromessa) l'imparzialità della decisione conclusiva sulla responsabilità dell'imputato, in quanto presuppongono sempre un giudizio prognostico su detta responsabilità: giudizio che – non solo alla luce del nuovo codice di rito, ma anche delle modifiche introdotte dalla legge 8 agosto 1995, n. 332 (Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa) – è divenuto più approfondito che in passato e tale da superare, ai fini che interessano, la distinzione tra valutazioni di tipo indiziario, rilevanti ai fini della cautela, e giudizio sul merito dell'accusa, basato su elementi di prova (sentenze n. 131 del 1996 e n. 432 del 1995).

Su tale premessa, la Corte ha quindi pronunciato numerose sentenze dichiarative dell'illegittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p., nella parte in cui non rendeva incompatibile alla funzione di giudizio il giudice che, in altra fase del procedimento, avesse adottato decisioni di libertà. Tali pronunce hanno riguardato, anzitutto, l'incompatibilità alla funzione di giudizio dibattimentale del giudice per le indagini preliminari che abbia applicato una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato (sentenza n. 432 del 1995); per poi estendersi al componente del tribunale del riesame o dell'appello di libertà che si sia pronunciato su una di dette misure: con la precisazione che, rispetto al componente del tribunale dell'appello (la cui cognizione, a differenza di quella del tribunale del riesame, è limitata ai motivi proposti), l'incompatibilità opera a condizione che egli si sia pronunciato «su aspetti non esclusivamente formali» dell'ordinanza che provvede sulla misura cautelare (sentenza n. 131 del 1996).

L'effetto di pregiudizio derivante dal complesso di decisioni in materia di libertà personale ora ricordate è stato indi ravvisato anche in rapporto alla partecipazione al giudizio abbreviato e all'applicazione della pena su richiesta delle parti, trattandosi di riti speciali che implicano anch'essi un giudizio sul merito dell'accusa. In pari tempo, sono stati inclusi nell'area delle pronunce pregiudicanti anche i provvedimenti con i quali il giudice per le indagini preliminari disponga la modifica, la sostituzione o la revoca di misure cautelari personali, ovvero rigetti la richiesta di applicazione, modifica, sostituzione o revoca di una misura cautelare, formulata dal pubblico ministero o dall'imputato: ciò, in quanto, anche in tali casi, la pronuncia comporta una decisione sull'esistenza delle condizioni legittimanti la cautela personale, suscettibile di tradursi in «un'anticipazione di valutazioni della medesima natura di quelle afferenti al merito della causa» (sentenza n. 155 del 1996).

4.– In sede di attuazione della delega legislativa per l'istituzione del giudice unico di primo grado (d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, recante «Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado»), il legislatore ha aggiunto all'art. 34 c.p.p. il comma 2-bis, che sancisce, in termini generali, l'incompatibilità alla funzione di giudizio (oltre che alla funzione di giudice dell'udienza preliminare o all'emissione del decreto penale di condanna) del magistrato che, nel medesimo procedimento, abbia esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari, fatta eccezione per le ipotesi in cui si sia limitato ad assumere uno dei provvedimenti (di marginale rilievo o anticipatori dell'istruzione dibattimentale) specificamente elencati nei successivi commi 2-ter e 2-quater.

Con tale disposizione – come emerge dalla relazione al d.lgs. n. 51 del 1998 – il legislatore ha inteso recepire le numerose dichiarazioni di illegittimità costituzionale pronunciate in pre-

cedenza da questa Corte in tema di incompatibilità del giudice per le indagini preliminari – tra cui, prime fra tutte, quelle dianzi ricordate – accorpandole in una previsione unitaria di più immediata leggibilità, che peraltro ne supera l'ambito con la configurazione di una incompatibilità di tipo "funzionale", nella precipua prospettiva di prevenire ulteriori pronunce del medesimo segno.

Tra i provvedimenti atti a determinare l'incompatibilità, ai sensi dell'art. 34, comma 2-bis, c.p.p., rientrano tipicamente quelli assunti dal giudice per le indagini preliminari nell'ambito del giudizio di convalida dell'arresto: subprocedimento entro il quale possono, peraltro, collocarsi – e solitamente si collocano – anche decisioni in ordine all'applicazione di misure coercitive nei confronti dell'arrestato (art. 391, comma 5, c.p.p.).

Per effetto delle ricordate sentenze di questa Corte, nonché del loro recepimento legislativo nei termini ora indicati, deve ritenersi ormai presente nell'ordinamento processuale penale il principio in forza del quale – anche fuori dei casi indicati dal citato art. 34, comma 2-bis, c.p.p. – l'adozione di provvedimenti inerenti alla libertà personale dell'imputato, i quali implicino una valutazione prognostica in ordine alla sua responsabilità, ancorché su base indiziaria e allo stato degli atti, impediscono al giudice che li ha emessi di partecipare al giudizio, sempre che i provvedimenti in questione si collochino in una fase processuale distinta da quella pregiudicata.

5.– Uno dei tratti peculiari del giudizio direttissimo è rappresentato, peraltro, dal possibile innesto del subprocedimento di convalida dell'arresto all'interno della medesima fase processuale in cui si esercita la funzione di giudizio: quando l'arresto non sia stato già in precedenza convalidato (art. 449, comma 5, c.p.p.), l'arrestato può essere, infatti, presentato in *vinculis* al giudice del dibattimento per la convalida e il contestuale giudizio (artt. 449, comma 1, e 558, commi 1 e seguenti, c.p.p., con riferimento, rispettivamente, al giudizio davanti al tribunale collegiale e al tribunale monocratico). In tale ipotesi, l'esito positivo del procedimento di convalida è condizione affinché possa procedersi con il rito speciale: qualora l'arresto non sia convalidato, il giudice deve, infatti, restituire gli atti al pubblico ministero, salvo che l'imputato e il pubblico ministero consentano che il giudizio si svolga nella forma speciale (art. 449, comma 2, e 558, comma 5, c.p.p.).

A tale riguardo, questa Corte – in linea con il principio dianzi indicato – ha reiteratamente escluso che l'art. 34 c.p.p. possa ritenersi costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio direttissimo il giudice che ha convalidato l'arresto ed applicato una misura cautelare nei confronti dell'imputato presentato a dibattimento per detto giudizio. In tale caso, non è infatti configurabile una menomazione dell'imparzialità del giudice, in quanto le decisioni di libertà si collocano all'interno della medesima fase processuale che si ipotizza pregiudicata, assumendo una valenza prodromica o incidentale rispetto al giudizio attribuito allo stesso giudice del dibattimento. Con la convalida dell'arresto, il giudice del dibattimento si pronuncia pregiudizialmente sull'esistenza dei presupposti che gli consentono di procedere immediatamente al giudizio ed è, altresì, competente ad adottare incidentalmente misure cautelari, attratte nella competenza per la cognizione del merito (sentenza n. 177 del 1996; ordinanze n. 90 del 2004, n. 40 del 1999, n. 286 del 1998, n. 433, n. 316 e n. 267 del 1996).

6.– La fattispecie ora sottoposta all'esame della Corte è, tuttavia, strutturalmente diversa da quella in precedenza scrutinata.

Secondo quanto si riferisce nell'ordinanza di rimessione, il rimettente – chiamato a convalidare l'arresto e ad applicare una misura cautelare (la custodia in carcere) nei confronti dell'im-

putato presentatogli per il giudizio direttissimo – ha, infatti, negato la convalida, sul rilievo che non sussistessero elementi per ritenere configurabile, nel caso di specie, il reato contestato (evasione). In tal modo, il giudice a quo non si è limitato a pronunciarsi sulla convalida – come sembra presupporre l'Avvocatura dello Stato, nel formulare le sue difese – ma ha anche disatteso, sulla base di una prognosi negativa circa la responsabilità dell'imputato, la richiesta di applicazione della misura coercitiva, adottando così un provvedimento cui questa Corte ha già specificamente annesso possibili effetti pregiudicanti. In conseguenza di ciò, il rimettente ha restituito gli atti al pubblico ministero, il quale ha poi tratto nuovamente a giudizio l'imputato nelle forme ordinarie.

Il provvedimento di restituzione degli atti al pubblico ministero, determinando la regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, ha creato una evidente frattura tra la fase – prodromica al giudizio direttissimo – in cui è stata assunta la decisione negativa sulla convalida e sulla richiesta di applicazione della misura cautelare, e la successiva fase dibattimentale ordinaria, instaurata per effetto della citazione diretta a giudizio dell'imputato da parte del pubblico ministero. In tale situazione, la decisione precedentemente assunta, "a monte" della disposta restituzione degli atti, non può essere, dunque, qualificata come decisione preordinata o incidentale rispetto al giudizio dibattimentale ordinario del quale il rimettente è attualmente investito, inidonea, in quanto tale, a compromettere (o fare apparire compromessa) l'imparzialità della funzione giudicante.

Come lo stesso giudice a quo correttamente evidenzia, una volta venuta meno l'unicità di fase, la decisione anteriormente assunta in nulla si differenzia da quella adottata dal giudice per le indagini preliminari, che – investito della richiesta di convalida dell'arresto e di applicazione di una misura cautelare nei confronti dell'indagato – parimenti la respingesse, divenendo con ciò incompatibile alla funzione di giudizio nel dibattimento ordinario.

7.– Considerato, dunque, che – come in precedenza evidenziato – questa Corte ha reiteratamente avuto modo di affermare il principio in forza del quale il giudice che si è pronunciato in una diversa fase processuale sulla libertà personale dell'imputato, formulando un apprezzamento prognostico (positivo o negativo) in ordine alla sua responsabilità (ancorché su base indiziaria e allo stato degli atti), diviene incompatibile all'esercizio della funzione di giudizio sul merito dell'accusa; e rilevato che – per quanto detto – tale principio può considerarsi ormai penetrato, come paradigma "di sistema", nel vigente ordinamento processuale penale, ne deriva che di esso il giudice rimettente può fare direttamente applicazione nell'ipotesi in esame, senza la necessità di invocare una nuova pronuncia additiva di questa Corte sul punto, che sarebbe del tutto superflua.

La questione va dichiarata, pertanto, in questi termini, non fondata in rapporto a tutti i parametri invocati.

[*Omissis*]

PAOLO TROISI

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

## Un nuovo capitolo in tema di incompatibilità endoprocessuale: la Corte supera la “logica” casistica

### *A new chapter on the incompatibility of the judge: the Court over the casuistic “logic”*

(Peer reviewers: Prof. Agostino De Caro; Prof. Angelo Pennisi)

---

Abbandonando il metodo casistico impiegato per oltre un decennio, la Corte costituzionale ha ricavato, per via interpretativa, dal tessuto dell’art. 34 c.p.p., il principio per cui è incompatibile alla funzione di giudizio sul merito dell’accusa il giudice che abbia adottato, in una diversa fase processuale, provvedimenti cautelari personali. La scelta “esegetica” compiuta dalla Corte può costituire il punto di partenza per una rimediazione del sistema delle incompatibilità endoprocessuali, che conduca al superamento della regola della “valutazione contenutistica” e valorizzi la distinzione tra le funzioni esercitate dall’organo giurisdizionale in ragione dell’evoluzione, per fasi e gradi, del procedimento penale.

*Abandoning the casuistic method used for over ten years, the Constitutional Court has derived, through the interpretation of the article 34 of the Code of Criminal Procedure, the principle that the judge is incompatible to the function of judgment on the merits of the imputation if he has issued personal precautionary measures in a different phase of the trial. This “exegetical” choice of the Court may be the starting point for reconsidering the system of the incompatibilities: it may lead to the overcoming of the “evaluation on the merits” as the ruling reason for the incompatibility and to the valorization of the distinction between the functions exercised by judge in the different phases of criminal proceedings.*

---

## Premessa

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 153 del 2012, ha scritto l'ennesimo capitolo della travagliata vicenda che, fin dall'entrata in vigore del codice del 1988, ha caratterizzato l'istituto della «incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento». Una vicenda segnata da oltre centocinquanta interventi del giudice delle leggi, di cui ben diciannove dichiarativi dell'illegittimità dell'art. 34 c.p.p.: «un record assoluto» – si è detto – che «ha un che di misterioso, se si pensa che il medesimo istituto dell'incompatibilità del giudice, delineato in termini sostanzialmente analoghi dall'articolo 61 c.p.p. 1930, aveva vissuto senza traumi di sorta la sua lunga vita»<sup>1</sup>.

L'imponente giurisprudenza, che si è dispiegata sull'esile corpo dell'art. 34 c.p.p., ha dato vita ad un mosaico affatto variopinto, in cui iniziali scelte esegetiche hanno indotto ad individuare, in via progressivamente crescente, aree a rischio di illegittimità, determinando il susseguirsi «a cascata» di declaratorie di incostituzionalità scaturite, tutte, come per «gemmazione»<sup>2</sup>, dai «dati assiomatici»<sup>3</sup> messi a fuoco, non senza contraddizioni, sin dalle prime pronunce della serie.

La sostanziale riscrittura della disposizione è avvenuta, pur nella continuità degli asseriti di fondo, attraverso un percorso contrassegnato da periodiche svolte e ripensamenti, alcune delle quali hanno rappresentato vere e proprie rotture sistematiche, dalle potenzialità dirompenti e imprevedibili, cui hanno fatto seguito successive correzioni di tiro, tese a frenare il processo, oramai avviatosi, di in-

controllata espansione delle cause di incompatibilità<sup>4</sup>.

Ne è risultato un quadro straordinariamente eterogeneo, dominato da incertezze, anomalie, contraddizioni, in cui ha preso corpo, ad un certo punto, «la consapevolezza che il fenomeno stesse sfuggendo di mano ai suoi stessi creatori», con la necessità, in progresso di tempo, di adottare contromisure idonee «a riportare il convoglio sotto controllo»<sup>5</sup> e condurlo ad un approdo «stabile» e «sicuro».

La sentenza in esame si segnala, in questo contesto, come ulteriore tentativo di porre fine alla parabola che, per oltre un decennio, ha «destabilizzato» il sistema delle incompatibilità endoprocessuali, attraverso il confuso e disorganico moltiplicarsi dei casi di *iudex suspectus* per atti compiuti nel medesimo procedimento.

## La svolta «esegetica» della Corte

Investita della questione di legittimità dell'art. 34 c.p.p. – in riferimento agli artt. 3, 111, comma 2, e 117, comma 1, Cost. – «nella parte in cui non prevede che non possa esercitare le funzioni di giudice del dibattimento il giudice che, precedentemente investito della richiesta di convalida dell'arresto dell'imputato e di contestuale giudizio direttissimo, non abbia convalidato l'arresto per ritenuta insussistenza del reato e abbia conseguentemente disposto la restituzione degli atti al pubblico ministero», la Corte ha riconosciuto la dedotta incompatibilità. Lo ha fatto, però, non attraverso un nuovo intervento additivo,

<sup>1</sup> Così G. Conti, *L'incompatibilità del giudice tra microconflittualità costituzionale e prospettive di riforma ordinamentale*, AA. VV., *I nuovi binari del processo penale. Tra giurisprudenza costituzionale e riforme* (atti del convegno di Napoli), Milano, 1996, 198.

<sup>2</sup> L'espressione è di G. Conti, *L'incompatibilità del giudice*, loc. cit.

<sup>3</sup> Di Chiara, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Torino, 2000, 110

<sup>4</sup> Si pensi alla vicenda cui ha dato avvio C. cost., sent. 2 novembre 1996, n. 371, in *Foro it.*, 1997, I, 15, nel far confluire nell'ambito di operatività dell'art. 34, comma 2, c.p.p. anche decisioni adottate in altri procedimenti. La Corte ha, successivamente, tentato di porre rimedio alle potenzialità «deflagranti» di tale pronunciato con le sentenze dell'1 ottobre 1997, n. 306, n. 307 e n. 308 (in *Foro it.*, 1997, I, 2721).

<sup>5</sup> Le parole sono di Di Chiara, *L'incompatibilità*, cit., 110 e 136.

ma andando alla ricerca di canali ermeneutici che consentissero di superare il dubbio di costituzionalità.

Già in passato, a dire il vero, i giudici di Palazzo della Consulta, pur senza abiurare il dogma della tassatività delle fattispecie di incompatibilità e, con esso, il divieto di interpretazione estensiva e analogica, avevano provato a percorrere la "via dell'interpretazione" al fine di arginare la "deriva" della parcellizzazione casistica della previsione di cui all'art. 34 c.p.p.

Da un'attenta analisi esegetica della disposizione codicistica – anche sulla scorta degli immediati precedenti in tema di rinnovata fisionomia dell'udienza preliminare<sup>6</sup> – la Corte, con la sentenza n. 335 del 2002, aveva ricavato l'incompatibilità del giudice dell'udienza preliminare, che abbia pronunciato il decreto che dispone il giudizio, a celebrare l'udienza preliminare dello stesso procedimento a seguito di regressione in conseguenza della dichiarazione di nullità del decreto ad opera del giudice del dibattimento: basta assumere – si affermava nella sentenza – che l'udienza preliminare è divenuta «un momento di "giudizio" perché essa rientri pienamente nelle previsioni dell'art. 34 del codice che dispongono per l'appunto l'incompatibilità a giudicare del giudice che già abbia giudicato sulla medesima *res iudicanda*»<sup>7</sup>.

Profondo era il solco che separava tale *decisum* dalla linea metodologica seguita per i precedenti sviluppi della classe del "giudizio" pregiudicabile<sup>8</sup>: la riconduzione, in quest'am-

bito, del patteggiamento, del procedimento per decreto e dell'udienza preliminare minore era avvenuta per il tramite di sentenze di incostituzionalità.

E tuttavia, la speranza – resa concreta dai successivi sviluppi giurisprudenziali, tesi a sollecitare ai giudici remittenti un più adeguato utilizzo dello strumento interpretativo<sup>9</sup> – che si fosse raggiunto, almeno sul fronte metodologico, un nuovo, auspicato approdo<sup>10</sup> è stata ben presto infranta: la Corte, risolvendo il metodo casistico impiegato per oltre un decennio, è pervenuta ad una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 34 c.p.p. – nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla trattazione dell'udienza preliminare del giudice che abbia ordinato, all'esito di precedente dibattimento, la trasmissione degli atti al pubblico ministero a norma dell'art. 521, comma 2, c.p.p.<sup>11</sup> – agevolmente evitabile attraverso un accorto utilizzo delle regole ermeneutiche<sup>12</sup>.

*patibilità e natura dell'udienza preliminare: appunti sul più recente espandersi dell'area del «giudizio» pregiudicabile, Giur. cost., 2002, 3305, in cui l'A. sottolinea come tale sentenza offra all'interprete «un novum metodologico di non poco momento».*

<sup>9</sup> Cfr., tra le altre, C. cost., ord. 16 gennaio 2004, n. 20, *Giur. cost.*, 2004, 339; C. cost., ord. 22 luglio 2003, n. 271, *ivi*, 2003, 2228; C. cost., ord. 22 luglio 2003, n. 269, *ibidem*, 2216.

<sup>10</sup> Cfr. Cascone, *Articolo 34 c.p.p. e udienza preliminare. Revirement della Corte costituzionale, Dir. e giustizia*, 2002, 33, 65, il quale parla di «punto d'arrivo di un lungo percorso, che sembra mettere fine ad ulteriori possibili incertezze». V., anche, Ranaldi, *Udienza preliminare e incompatibilità à la carte, Giur. cost.*, 2002, 3312.

<sup>11</sup> C. cost., sent. 5 dicembre 2008, n. 400, *Giur. cost.*, 2008, 4683.

<sup>12</sup> Sarebbe stato sufficiente richiamare le conclusioni raggiunte dalle sentenze 30 dicembre 1994, n. 455, *Giur. cost.*, 1994, 3940 (che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 34, comma 2, c.p.p. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice che abbia, all'esito di precedente dibattimento, riguardante il medesimo fatto storico a carico del medesimo imputato, ordinato la trasmissione degli atti al magistrato del pubblico ministero a norma dell'art. 521, comma 2, c.p.p.) e 12 luglio 2002, n. 335, cit. Di contrario avviso è Rivello, *È incompatibile ad esercitare le funzioni di g.u.p. il giudice che abbia precedentemente ordinato la trasmissione*

<sup>6</sup> Il riferimento è a C. cost., sent. 6 luglio 2001, n. 224, *Cass. pen.*, 2001, 3304, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 34, comma 1, c.p.p. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare sentenza, poi, annullata, nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto.

<sup>7</sup> C. cost., sent. 12 luglio 2002, n. 335, *Foro it.*, 2003, I, 30.

<sup>8</sup> Di Chiara, *Osservazioni a C. cost. 12 luglio 2002, n. 335, Foro it.*, 2003, 30. V., anche, Id., *Sistema delle incom-*

La sentenza che si commenta segna, allora, un'ulteriore inversione di rotta.

Ritornando sui suoi passi, la Corte ha ritenuto «del tutto superfluo» adottare «una nuova pronuncia additiva». Gli itinerari già percorsi dalla giurisprudenza costituzionale, riletti anche alla luce della novella legislativa che ha condotto all'interpolazione, nell'art. 34 c.p.p., del comma 2-*bis*, consentono di formulare, per via esegetica, il principio generale – «ormai penetrato, come paradigma “di sistema”, nel vigente ordinamento processuale penale» – secondo cui «il giudice che si è pronunciato in una diversa fase processuale sulla libertà personale dell'imputato, formulando un apprezzamento prognostico (positivo o negativo) in ordine alla sua responsabilità (ancorché su base indiziaria e allo stato degli atti), diviene incompatibile all'esercizio della funzione di giudizio sul merito dell'accusa».

E siccome il rigetto della domanda di giudizio direttissimo e la conseguente restituzione degli atti al magistrato precedente determinano una evidente frattura rispetto alla successiva fase dibattimentale, instaurata dall'organo del pubblico ministero con decreto di citazione diretta a giudizio, il detto principio consente di ritenere già inclusa, nel catalogo dell'art. 34 c.p.p., l'incompatibilità al dibattimento del giudice che abbia respinto l'invocato giudizio direttissimo per effetto di decisione negativa sulla convalida dell'arresto e sulla richiesta di applicazione di misura cautelare<sup>13</sup>.

degli atti al p.m., ex art. 521, comma 2, c.p.p., Cass. pen., 2009, 2360, che ha considerato imposta da «esigenze di certezza» la declaratoria di incostituzionalità.

<sup>13</sup> L'incompatibilità non sussiste, invece, quando la decisione sulla richiesta di convalida e di applicazione della misura cautelare ed il successivo dibattimento (nella forma del giudizio direttissimo) si collochino della medesima fase (cfr., *ex multis*, C. cost., sent. 31 maggio 1996, n. 177, *Giur. cost.*, 1996, 1629). V'è da dire, tuttavia, che la Corte ha anche escluso l'incompatibilità del giudice che, in precedenza investito del giudizio direttissimo conseguente ad arresto in flagranza di reato per lo stesso fatto nei confronti delle stesse persone, all'esito

Questo non significa che la Corte abbia voluto abbandonare il divieto di analogia e di interpretazione estensiva, inevitabile portato del principio di tassatività. Ha, invece, assolto all'obbligo dell'interprete di individuare – alla luce della sua ragion d'essere – l'effettivo ambito di operatività della disposizione.

### La “valutazione contenutistica” come chiave di lettura dell'incompatibilità

L'opzione metodologica seguita dalla Corte può costituire, allora, il punto di partenza per una rimediazione esegetica – o, in mancanza, legislativa – del sistema delle incompatibilità endoprocessuali.

La causa della “incompletezza” dell'art. 34 c.p.p., che ha condizionato «tutta la storia futura della norma»<sup>14</sup>, va identificata proprio nella «fuga dall'interpretazione» che, sin dai primi mesi di vigore del nuovo codice, ha indotto la giurisprudenza a preferire la via del sindacato di costituzionalità, anziché adoperarsi nella ricerca della soluzione esegetica idonea a evitare il moltiplicarsi di interventi manipolativi<sup>15</sup>.

La logica sottesa al sistema inaugurato dal codice del 1988 avrebbe dovuto imporre uno “sforzo” interpretativo tendente ad una lettura “sistematicamente orientata” della disposizione, che la rendesse adeguata alle istanze accusatorie codificate dal legislatore e che avrebbe potuto evitare le future declaratorie di incostituzionalità.

Di tale “sforzo”, però, non vi è traccia. L'inserirsi dell'art. 34 c.p.p., nella sua formulazione originaria, in una linea di continuità rispetto alle precedenti esperienze codicisti-

del giudizio di convalida e di applicazione di misura cautelare personale abbia diversamente qualificato il reato originariamente contestato e, sulla base di tale diversa qualificazione, abbia dichiarato il proprio difetto di cognizione in favore del tribunale collegiale (sent. 14 maggio 2010, n. 177, *Giur. cost.*, 2010, 2118).

<sup>14</sup> G. Conti, *L'incompatibilità del giudice*, cit., 199.

<sup>15</sup> In tal senso v. Di Chiara, *L'incompatibilità*, cit., 107.

che, il modellarsi secondo logiche di rigorosa tassatività – ampiamente professate dalla giurisprudenza di legittimità in relazione all'art. 61 c.p.p. 1930 – e il far riferimento, in rubrica, ad una "incompatibilità per atti" hanno naturalmente indotto gli interpreti a porsi nel "solco" della tradizione, a riprendere indirizzi maturati nella vigenza del precedente codice, trascurando di considerare che quella disposizione, sia pure analoga nella impostazione all'art. 61 c.p.p. 1930, collocandosi in un "sistema" che doveva rappresentare una frattura rispetto al passato, nel segno della scelta accusatoria, avrebbe dovuto ricevere un "trattamento interpretativo" diverso.

Ed invece, i giudici di merito, rifuggendo qualsiasi tentativo di rileggere il disposto codicistico alla luce della rinnovata struttura del procedimento, hanno cominciato, fin dal varo della disposizione, a prospettare vuoti di tutela.

La Corte, da parte sua, ha adottato, come chiave di lettura dell'istituto, la "lente" della "valutazione contenutistica", individuando l'ostacolo all'esercizio di una nuova funzione decisoria nella "valutazione di merito" formulata in una diversa fase del procedimento: è in tale valutazione che si incardina – secondo la nota lezione carneluttiana<sup>16</sup> – la "forza di prevenzione", intesa come la naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento.

L'elaborazione della regola della "valutazione contenutistica", come causa efficiente dell'incompatibilità, ha dato vita ad una sorta di «mutazione cromosomica»<sup>17</sup> nel *dna* dell'art.

34 c.p.p., che ha reso inevitabilmente lacunoso l'elenco apprestato dal legislatore, aprendo le porte alla funzione di supplenza del giudice delle leggi.

### La ristrutturazione normativa delle fattispecie

L'incedere senza sosta della giurisprudenza costituzionale nella riorganizzazione del sistema delle incompatibilità endoprocessuali, secondo un criterio idoneo a palesare continui vuoti di tutela ed a rendere, quindi, continuamente instabile l'architettura di volta in volta rifinito, ha reso necessario codificare l'incompatibilità a rendere il decreto penale di condanna, a tenere l'udienza preliminare e a partecipare al giudizio del giudice che abbia esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari (art. 34, comma 2-*bis*, c.p.p.)<sup>18</sup>.

Si è voluta, in tal modo, consacrare un'incompatibilità assoluta tra le funzioni di giudice per le indagini preliminari e le funzioni decisorie destinate ad esplicarsi, in fasi successive, nell'ambito della medesima regiudicanda, realizzando un programma che il legislatore della riforma aveva ideato e che non aveva portato a termine per contingenti ragioni di economia.

La scelta, nel solco della logica accusatoria, è sintomatica della volontà di abbandonare la regola della "valutazione contenutistica" quale causa efficiente dell'incompatibilità, tipizzando situazioni di pregiudizio della credibilità della funzione giurisdizionale al di là della previa adozione di provvedimenti sul merito dell'imputazione: qualsiasi decisione, anche dal contenuto meramente interlocutorio, espressione di una competenza funzionale comune ad una fase diversa, è ritenuta idonea a radicare l'incompatibilità<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, 1946, 264, secondo cui «un giudizio intorno a se medesimo, oltre che intorno alle parti, ricorre ogni qualvolta un giudice sia chiamato a giudicare nuovamente intorno a un'imputazione, sulla quale abbia giudicato»: in tal caso «egli non potrebbe, infatti, giudicarne ancora senza giudicare se la prima volta abbia o non bene giudicato».

<sup>17</sup> L'espressione è di G. Conti, *L'incompatibilità del giudice*, loc. cit. Nello stesso senso, Di Chiara, *L'incompatibilità*, cit., 110.

<sup>18</sup> Il comma 2-*bis* dell'art. 34 c.p.p. è stato inserito dall'art. 171 d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51.

<sup>19</sup> Così si esprime Cimadomo, *Un giudice «unico» per il processo penale minorile*, *Contributo allo studio*

È, dunque, l'esercizio della funzione, quale che sia stato il provvedimento reso, a precludere la successiva potestà decisoria.

L'idea è che, in un sistema modellato secondo rigide separazioni di fasi e di ruoli, il medesimo giudice-persona fisica non possa sommare funzioni relative a fasi aventi, nell'economia procedurale, finalità diverse senza, nel contempo, perdere la sua credibilità e veder svilito il ruolo di garanzia che dovrebbe, al contrario, esprimere.

Né la scelta è stata contraddetta dalle deroghe successivamente affiancate alla nuova previsione.

Se le fattispecie indicate nei commi 2-ter e 2-quater dell'art. 34 c.p.p. fossero intese come ipotesi in cui il giudice per le indagini preliminari non è incompatibile, perché non compie alcuna "valutazione contenutistica"<sup>20</sup>, si renderebbe intrinsecamente contraddittoria una disposizione che, da un lato, preveda un'incompatibilità funzionale assoluta (comma 2-bis), dall'altro mortifichi la scelta attraverso un ventaglio di opzioni derogatorie – fondate sull'assenza di ogni discrezionalità valutativa che generi possibili pregiudizi – dalla dubbia ragionevolezza perché fatalmente lacunoso<sup>21</sup>.

Difficile sarebbe, in quest'ottica, negare l'incompletezza dell'elenco, con il rischio di spianare la strada ad un sindacato di costituzionalità di carattere inverso rispetto a quello fin ora esaminato, volto ad aggiungere al novero delle "eccezioni" i casi, non compresi, in cui il giudice adotti provvedimenti che escludano una delibazione di merito<sup>22</sup>.

dell'incompatibilità del giudice, Padova, 2002, 116. Cfr. anche, Cass., sez. I, 15 marzo 2000, n. 1970, in *Riv. pen.*, 2001, 304.

<sup>20</sup> Così Rivello, *Commento agli artt. 10-11 l. 16/12/1999, Dir. pen. proc.*, 2000, 175.

<sup>21</sup> Così Di Chiara, *L'incompatibilità*, cit., 234. In altra direzione, si pone, invece, Ranaldi, *Sull'incompatibilità tra g.i.p. e g.u.p.: ratio e questioni problematiche*, *Dir. pen. proc.*, 2000, 1003, secondo cui le deroghe non incrinano l'opzione che s'è compiuta per un'incompatibilità "funzionale" tra g.i.p. e g.u.p.

<sup>22</sup> Tale processo è stato fin dal principio "bloccato"

Ma, in realtà, non è l'assenza di "valutazione contenutistica" a caratterizzare il catalogo delle deroghe. In esso, a ben vedere, confluiscono atti che, a giudizio del legislatore, non incarnano il *proprium* della funzione giurisdizionale destinata ad esplicarsi nella fase investigativa, non sono espressione, cioè, delle funzioni di giudice per le indagini preliminari<sup>23</sup>.

### L'esigenza di una rimediazione del sistema delle incompatibilità endoprocessuali

La previsione confluita nel comma 2-bis, sovvertendo gli ordinari criteri interpretativi recepiti dalla Corte costituzionale, impone – si è detto – una nuova lettura dell'istituto dell'incompatibilità endoprocessuale<sup>24</sup>.

La scelta metodologica compiuta dalla sentenza in commento apre, in quest'ottica, importanti spiragli.

dalla Corte costituzionale con l'ord. 25 luglio 2002, n. 406, *Giur. cost.*, 2002, 2938. Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, accanto ad un orientamento che esclude la tassatività delle opzioni derogatorie, affermando che l'incompatibilità del g.i.p. vada esclusa ogni qual volta manchi una decisione pregiudicante (Cass., sez. IV, 27 novembre 2002, n. 12744, *CED Cass.*, 223921), altro indirizzo ammette la possibilità di estendere l'elenco delle eccezioni solo allorché il provvedimento adottato dal giudice condivide la medesima *ratio* sottesa alle opzioni derogatorie (Cass., sez. V, 12 dicembre 2007, n. 371, *Cass. pen.*, 2008, 3332). In dottrina, Aprati, *L'incompatibilità del giudice per atti compiuti nel procedimento*, *Cass. pen.*, 2008, 3336.

<sup>23</sup> È la tesi di Cimadomo, *Un giudice «unico»*, cit., 115, secondo cui: per quanto riguarda gli atti *sub a*) hanno natura sostanzialmente amministrativa; quanto ai provvedimenti in tema di autorizzazioni e permessi penitenziari, si tratta di esercizio di competenza funzionale connessa alla fase esecutiva; la restituzione in termini e la dichiarazione di latitanza sono provvedimenti che originano dalla mera rilevazione di una situazione processuale conseguente ad un comportamento individuale o ad un fatto di natura oggettiva; nel caso dell'incidente probatorio potrebbe dirsi che non si tratta di una vera e propria funzione di giudice per le indagini preliminari quanto, piuttosto, di una anticipazione delle funzioni di giudice del dibattimento.

<sup>24</sup> Cimadomo, *Un giudice «unico»*, loc. cit.

La Corte, come anticipato, ha tratto dall'art. 34 c.p.p. una regola che, volendola astrarre dal settore della libertà personale, potrebbe essere così enunciata: è incompatibile al giudizio il giudice che, in una fase diversa, abbia compiuto atti che importano un apprezzamento sul fatto addebitato all'indagato o all'imputato<sup>25</sup>.

La volontà di non contraddire i propri precedenti, rimanendo fedele ai dati esegetici progressivamente elaborati, ha, forse, impedito al giudice delle leggi di andare oltre questa affermazione.

Eppure, in motivazione, non solo ha posto l'accento sulla natura "funzionale" dell'incompatibilità confluita nell'art. 34, comma 2-bis, c.p.p., ma ha, altresì, riconosciuto che la decisione assunta dal giudice del dibattimento nel rigettare la richiesta di giudizio direttissimo «in nulla si differenzia da quella adottata dal giudice per le indagini preliminari, che – investito della richiesta di convalida dell'arresto e di applicazione di una misura cautelare nei confronti dell'indagato – parimenti la resping[er]a, divenendo con ciò incompatibile alla funzione di giudizio nel dibattimento ordinario».

È a questo punto possibile compiere il salto di qualità: se l'incompatibilità del giudice per le indagini preliminari deriva non dal contenuto dell'atto, ma dall'esercizio della funzione, lo stesso dovrebbe dirsi per il giudice del dibattimento che abbia respinto la richiesta di convalida dell'arresto e restituito gli atti al magistrato del pubblico ministero, esercitando, nella sostanza, funzioni proprie dell'organo giurisdizionale chiamato ad intervenire nella fase investigativa.

<sup>25</sup> Regola analoga è contenuta nel Progetto elaborato dalla Commissione «Dalia» per la riforma del codice di procedura penale (d.d.l. n. C-323 XV legislatura), il cui art. 42, comma 3, prevede che «è, comunque, incompatibile ad esercitare funzioni di giudice, in fasi o gradi diversi, chi, in precedenza, ha emesso un provvedimento che ha riguardato l'esame di merito sul fatto addebitato all'indagato o all'imputato»

Sotteso al ragionamento della Corte è, dunque, il collegamento dell'incompatibilità all'esercizio di una funzione connessa ad una diversa fase del procedimento.

La conclusione è perfettamente in linea con l'ideologia sottostante al sistema: in un procedimento strutturato secondo inequivoche scelte tendenti ad operare fondamentali distinzioni di fasi, con conseguente separazione di funzioni tra i soggetti preposti alla gestione di ciascuna di esse, il regime dell'incompatibilità deve essere modellato sullo schema di separazione di fasi, gradi e ruoli<sup>26</sup>.

La logica accusatoria, voluta dal legislatore del 1988, induce ad escludere che possa essere giudice del giudizio colui che sia intervenuto nella fase finalizzata alle determinazioni del magistrato del pubblico ministero o nella fase volta alla verifica della fondatezza delle ragioni che hanno giustificato l'esercizio dell'azione<sup>27</sup>.

Induce, altresì, ad evitare commistioni in capo al medesimo giudice-persona fisica del ruolo di giudice "per" le indagini e di giudice "sulle" indagini<sup>28</sup>. Se ha esercitato funzioni di controllo o di garanzia nel corso del procedimento preliminare – perché, ad esempio, ha esaminato una richiesta di convalida dell'arresto o una richiesta di misure cautelari, personali o reali, ha autorizzato intercettazioni di comunicazioni o conversazioni, ha prorogato il termine di durata delle indagini – non è più organo credibile a rendere un "giudizio" sui risultati delle indagini. E ciò non solo nel caso si proceda all'udienza preliminare, ma ogni

<sup>26</sup> In questo senso Cimadomo, *Un giudice «unico»*, cit., 96. Sulla logica della separazione delle fasi che caratterizza il sistema processuale penale del 1988, v. Ferraioli, *La separazione delle fasi: limiti e proiezioni di uno schema*, AA. VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 280.

<sup>27</sup> Cfr. Ubertis, *Sul progetto preliminare del codice di procedura penale*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 1296.

<sup>28</sup> Sulla distinzione, si rinvia a Ferraioli, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 2006, 62 ss.

volta che, chiusa la fase investigativa, sia chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di giudizio immediato o sulla richiesta di archiviazione<sup>29</sup>.

La distinzione tra le funzioni esercitate nelle diverse fasi del procedimento merita, dunque, di essere presidiata dalla previsione di un'incompatibilità "funzionale" tra i ruoli di giudice "per" le indagini, giudice "sulle" indagini e giudice del giudizio.

L'organo che è intervenuto in una fase, esercitando le funzioni proprie di tale fase, non può adottare provvedimenti in fasi successive, così come non può partecipare ai successivi gradi del procedimento.

E v'è di più. Non può neanche occuparsi, nuovamente, quante volte vi sia una regressione del procedimento, della medesima fase o grado che abbia già definito o concorso a definire<sup>30</sup>.

Del resto, unicamente se si abbandona il dogma della "valutazione contenutistica" e si riconduce la ragion d'essere dell'incompatibilità nell'ambito della separazione delle fasi, e, dunque, delle relative, diverse funzioni svolte nel medesimo procedimento, si riesce a comprendere – senza limitarsi ad invocare esigenze pratico-operative – la ragione per la quale non sussiste, invece, incompatibilità nell'ipotesi in cui la valutazione sia endofasica.

Solo per tale via si possono, altresì, superare le aporie in cui è incorsa la Corte costituzionale nei casi in cui un giudizio sulla consistenza dell'ipotesi di accusa sia espresso in altro procedimento. La sistemazione della materia, *in parte de qua*, si deve alla sentenza

<sup>29</sup> V'è da dire, tuttavia, che la giurisprudenza ha sempre escluso l'incompatibilità del g.i.p. che abbia adottato un'ordinanza cautelare personale a decidere sulla richiesta di giudizio immediato (Cass., sez. III, 18 gennaio 2011, n. 5349, *Cass. pen.*, 2012, 178) o sulla richiesta di archiviazione (cfr. C. cost., ord. 10 febbraio 2003, n. 54, *Cass. pen.*, 2003, 2285).

<sup>30</sup> È il caso, ad esempio, del g.u.p. che, dopo aver pronunciato decreto che dispone il giudizio o sentenza di non luogo a procedere, poi annullati, si trovi a dover definire nuovamente l'udienza preliminare nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto.

n. 283 del 2000, che, sulla scia dei principi elaborati dalla c.d. trilogia del 1997<sup>31</sup>, ha ricondotto, nell'ambito degli istituti dell'astensione e della rikusazione, la valutazione formulata, in altro procedimento, anche non penale, sullo stesso fatto e nei confronti del medesimo soggetto<sup>32</sup>.

La "valutazione contenutistica", quale fonte del pregiudizio, risponde, in effetti, alla medesima logica delle cause di rikusazione (e di astensione), condividendo la *ratio* di preservare la credibilità del giudice che ha, a vario titolo, un interesse nel procedimento oppure ha manifestato il suo convincimento sull'oggetto del processo. Tali cause prescindono da qualunque riferimento alla struttura del processo e alla necessità del rispetto della logica intrinseca ai suoi diversi momenti di svolgimento<sup>33</sup>.

Le incompatibilità di cui all'art. 34 c.p.p. sono, al contrario, astrattamente tipizzate dal legislatore, in modo da soddisfare – in vista della salvaguardia dell'imparzialità del giudice – la necessità di preventiva organizzazione della giurisdizione, attraverso la ripartizione di ruoli, in ragione dell'evoluzione, per fasi e gradi, dell'accertamento penale<sup>34</sup>. Solo qualora non si riesca ad evitarle attraverso atti di preventiva organizzazione, si convertono in motivi di astensione e di rikusazione (artt. 36, lett. g), e 37, lett. a), c.p.p.).

<sup>31</sup> C. cost., sent. 1 ottobre 1997, n. 306, n. 307 e n. 308, cit.

<sup>32</sup> C. cost., sent. 14 luglio 2000, n. 283, *Giur. cost.*, 2000, 2186. Più di recente, C. cost., ord. 1 dicembre 2010, n. 347, *Cass. pen.*, 2011, 4, 1372. In argomento v., tra gli altri, Di Chiara, *Appunti in tema di imparzialità del giudice penale, rikusabilità «per invasione» e previa manifestazione «non indebita» di convincimento sui fatti di causa*, *Cass. pen.*, 2001, 1101; Potetti, *Le tappe della giurisprudenza costituzionale verso la terzietà ed imparzialità del giudice, dal sistema delle incompatibilità a quello dell'astensione e rikusazione*, *ibidem*, 1108.

<sup>33</sup> Cfr. Spangher, *Art. 34 c.p.p.: i punti fermi della giurisprudenza costituzionale*, *Giur. cost.*, 2003, 1144.

<sup>34</sup> Si tratta di un aspetto ben messo in evidenza dalla Corte costituzionale con la c.d. trilogia del 1997.

Insopprimibili esigenze di ordine logico e sistematico impongono, insomma, di legare l'incompatibilità regolata dall'art. 34 c.p.p. al mero esercizio, nell'ambito del medesimo procedimento, di una pregressa, non endofasica funzione giurisdizionale<sup>35</sup>.

Al di fuori di queste fattispecie, la "valutazione contenutistica" – intesa come previa manifestazione da parte del giudice del proprio convincimento sull'oggetto del processo, espresso al di fuori dell'esercizio delle funzioni (art. 36, lett. c), c.p.p.) o rivelato "indebitamente" prima della sentenza o, ancora, formulato

legittimamente in altro procedimento (art. 37, lett. b), c.p.p.) – giustifica la ricusazione, previo apprezzamento in concreto dell'idoneità a minare la credibilità dell'organo giudicante, incrinando l'immagine di imparzialità e, dunque, la fiducia che dovrebbe ispirare alle parti e alla collettività<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Cfr. Cimadomo, *Un giudice «unico»*, cit., 136.

<sup>36</sup> È ben noto che l'incompatibilità è categoria giuridica posta a garanzia di un giudice che non solo sia imparziale, ma che appaia imparziale e, quindi, credibile nel suo operato (cfr. Dalia-Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2010, 99, secondo cui l'incompatibilità sta ad indicare la condizione del giudice che non è credibile nell'esercizio della funzione giurisdizionale).

# Alt al “copia e incolla” integrale per la motivazione del provvedimento cautelare

---

**Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 24 maggio 2012, n. 22327 – Pres. Garribba; Rel. Aprile**

*In tema di misure cautelari, il giudice non può limitarsi a riprodurre integralmente nel corpo della propria ordinanza, verosimilmente mediante il sistema del “copia ed incolla” informatico, il testo della richiesta cautelare del pubblico ministero; pertanto, l’obbligo di motivazione non può dirsi adempiuto, e la stessa risulta apparente, quando il giudice, effettuando una malcelata opera di collage, non dimostri di aver valutato criticamente gli specifici elementi indiziari emersi nel corso delle indagini. Affinché il tribunale del riesame possa integrare la parte motiva del primo giudice, occorre che una motivazione vi sia; pertanto, nell’ipotesi patologica appena descritta, il giudice del gravame non può compiere un’opera di “supplemento”, integrando una motivazione che, benché graficamente presente, risulti in realtà apparente.*

---

[Omissis]

Ritenuto in fatto

1. Con l’ordinanza sopra indicata il Tribunale di Napoli, adito ai sensi dell’art. 309 cod. proc. pen., annullava il provvedimento del 16/11/2011 con il quale il Giudice per le indagini preliminari di quel Tribunale aveva disposto l’applicazione della misura della custodia cautelare in carcere nei confronti di omissis e omissis in relazione ai reati di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 74, comma 1, 2 e 3, (capo A), art. 81, cpv., e art. 110 cod. pen., D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73 commi 1 e 3, L. n. 146 del 2006, artt. 3 e 4 (capi C e seguenti).

Rilevava il Tribunale come il primo Giudice, dopo aver trascritto i capi d’imputazione ed avere, nella parte iniziale del suo provvedimento, effettuato alcune valutazioni generali e generiche sull’utilizzabilità delle intercettazioni e sulla configurabilità del contestato delitto associativo, aveva fatto riferimento ad una serie di circostanze del tutto estranee alla vicenda giudiziaria in esame; inoltre, da pag. 21 a pag. 300 di quella ordinanza si era limitato a riprodurre integralmente e senza virgolettature il contenuto della richiesta cautelare del P.M., pure riproponendo la stessa nomenclatura dei paragrafi; infine, nelle pagine finali aveva proposto una lunga motivazione in ordine alle esigenze di cautela ed ai criteri di scelta della misura cautelare, ancora

una volta, però, con il richiamo sia a circostanze fattuali estranee ai fatti oggetto di contestazione, che a norme giuridiche inapplicabili nella fattispecie.

Reputava, pertanto, il Tribunale come l'ordinanza oggetto di riesame dovesse essere annullata per mancanza dei requisiti richiesti, a pena di nullità, dall'art. 292 cod. proc. pen., in particolare per difetto di motivazione, avendo il Giudice per le indagini preliminari proposto una parte motiva solo apparente, carente di qualsivoglia indicazione delle ragioni di adesione alla istanza della pubblica accusa, anzi dimostrando di non avere neppure preso cognizione del contenuto di quella richiesta, il cui tenore era stato acriticamente trasferito nel corpo del provvedimento genetico della misura cautelare.

2. Avverso tale ordinanza ha presentato ricorso il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli il quale, con un unico motivo, ha dedotto la violazione di legge processuale, per avere quel Collegio erroneamente dichiarato la nullità del provvedimento oggetto di riesame, disattendendo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità che, in siffatte ipotesi, per un verso consente che, nell'ordinanza applicativa di una misura cautelare personale, il giudice possa trasfondere integralmente ed alla lettera la richiesta del P.M., laddove abbia comunque preso cognizione del contenuto delle ragioni dell'atto richiamato, ritenendole coerenti alla sua decisione; per altro verso, permette al tribunale del riesame, in presenza di una piena e trasparente instaurazione del contraddittorio delle parti, di integrare l'apparato argomentativo, eventualmente lacunoso, del provvedimento impugnato.

Considerato in diritto

1. Ritiene la Corte che il ricorso sia infondato.

2. L'art. 292 cod. proc. pen., commi 2 e 2 bis, prevede che l'ordinanza che dispone la misura cautelare debba contenere, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio, "l'esposizione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali assumono rilevanza", nonché "la valutazione degli elementi a carico" dell'indagato.

Tale norma, anche dopo la riscrittura operata con dalla L. n. 332 del 1995, viene pacificamente interpretata dalla giurisprudenza di questa Corte nel senso che il provvedimento restrittivo della libertà personale e l'ordinanza che decide sul riesame sono tra loro strettamente collegati e complementari, con la conseguenza che la motivazione dell'ordinanza del tribunale della libertà ben possa integrare e completare le eventuali carenze di quella del G.i.p., a condizione, però, che si faccia solo questione della sufficienza, congruità ed esattezza delle indicazioni presenti nel provvedimento cautelare concernenti gli indizi e le esigenze cautelari (così, tra le tante, Sez. 5, n. 16587 del 24/03/2010, Rv. 246875).

Il tribunale adito ai sensi del l'art. 309 cod. proc. pen., dunque, non essendo giudice di mera legittimità bensì anche del merito, pure in ragione dell'effetto interamente devolutivo di tale specifica forma di gravame, non deve dichiarare la nullità di un provvedimento applicativo della misura laddove lo stesso contenga una motivazione insufficiente, incongrua o inesatta, dovendo operare una integrazione dell'ordinanza stessa, che va annullata solo in casi di *extrema ratio* (così Sez. 2, n. 39383 del 08/10/2008, Rv. 241868).

E, tuttavia, perché il tribunale del riesame possa e debba compiere quest'opera di supplenza, integrando la motivazione del primo giudice, occorre che una motivazione vi sia, vale a dire che sia riconoscibile un adeguato percorso argomentativo che permetta di rilevare che quel giudice ha compiuto un effettivo vaglio degli elementi di fatto allegati, spiegando quale valenza dimostrativa essi posseggano e, perciò, quale sia la loro rilevanza ai fini dell'affermazione della sus-

sistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari con riferimento alla posizione di ciascun indagato destinatario della misura. Ciò è conforme al consolidato orientamento di questa Corte che ha negato che di presenza di una motivazione del giudice si possa parlare, non solamente nelle ipotesi in cui la motivazione sia mancante in senso grafico, ma anche quando il giudice, operando un rinvio al contenuto di altro atto del procedimento ovvero recependone integralmente il contenuto (tale equiparazione è stabilita espressamente da Sez. 2, n. 39383 del 08/10/2008, cit.), si sia limitato all'impiego di mere clausole di stile o all'uso di frasi apodittiche, senza dare contezza alcuna delle ragioni per cui abbia fatto proprio il contenuto dell'atto richiamato ovvero lo abbia considerato coerente rispetto alle sue decisioni (così, *ex pluribus*, oltre a quelle innanzi citate, Sez. 3, Sentenza n. 33753 del 15/07/2010, Rv. 249148; Sez. 4, n. 4181 del 14/11/2007, Rv. 238674; Sez. 3, Sentenza n. 41569 del 11/10/2007, Rv. 237903; Sez. 4, n. 45847 del 08/07/2004, Rv. 230415).

La situazione patologica appena descritta va riconosciuta anche laddove, a fronte di articolate e complesse risultanze delle investigazioni condotte dalla polizia giudiziaria, il G.i.p. - come nella fattispecie è accaduto - si sia limitato a riprodurre integralmente nel corpo della propria ordinanza, verosimilmente mediante il sistema del copia ed incolla informatico, il testo della richiesta cautelare del P.M., senza dare dimostrazione di averne valutato criticamente il contenuto e di averne recepito il tenore perchè funzionale alle proprie determinazioni.

3. Di tali principi di diritto il Tribunale di Napoli ha fatto, nel caso di specie, buon governo, dal momento che ha evidenziato come il Giudice per le indagini preliminari, che aveva disposto l'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere, dopo una generica premessa sulla utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche, si fosse impegnato a sostenere l'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza a carico degli indagati in ordine al delitto di associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti, evidentemente "ricopiando", in maniera disattenta quanto maldestra, il passo motivazionale di altro provvedimento emesso in un diverso procedimento penale - come si evince dal riferimento, tra l'altro, alla "presenza di numerosi spacciatori identificati nel corso delle indagini", alla "invariabilità del locus *commissi delicti*", al "capillare controllo del territorio nel quale si svolge l'attività illecita con continue perlustrazioni delle strade circostanti a piedi e/o a bordo di moto" per prevenire interventi delle forze dell'ordine", nonché alla "commercializzazione di sostanze stupefacenti di diverso tipo" - benché l'associazione per delinquere oggetto del procedimento de quo fosse stata contestata in relazione ad un ipotizzato sodalizio attivo nel traffico internazionale di grossi quantitativi di un unico tipo di droga, la cocaina, importata dalla Spagna e ceduta in diverse località campane, dunque con una palese variabilità dei loci *commissi delicti*, senza interessarsi di alcuna "capillare" distribuzione dello stupefacente attraverso piccoli spacciatori, dei quali giammai era stata effettuata la identificazione.

La conferma che, nel caso di specie, il Giudice per le indagini preliminari si fosse limitato ad una poca accorta opera di "copia ed incolla" informatica, lo si desume anche dalla lettura della parte finale del provvedimento genetico delle misure cautelari (rubricato come capitolo 7), nel quale - come argutamente sottolineato dal Tribunale del riesame nell'ordinanza oggetto dell'odierno ricorso - erano state proposte le ragioni inerenti all'affermazione della sussistenza delle esigenze cautelari, lì dove si legge di una organizzazione qualificata dalla "detenzione di armi", dal traffico di cospicue quantità di sostanze stupefacenti anche di diversa qualità" e dal "pieno coinvolgimento di ciascuno nelle realizzazione delle finalità dell'associazione camorristica": laddove il procedimento in questione aveva avuto ad oggetto, come si è anticipato, un

sodalizio criminale dedito al traffico internazionale di un unico tipo di stupefacente, senza la contestazione di alcuna disponibilità di armi e senza l'addebito di alcuna fattispecie associativa ex art. 416 bis cod. pen. ovvero di altri reati eventualmente aggravati ai sensi della L. n. 203 del 1991, art. 7.

Ed allora, completo, congruo e logicamente corretto è l'apparato argomentativo della ordinanza del Tribunale di Napoli, nella parte in cui è stato evidenziato il mancato rispetto, da parte del primo Giudice, dei "requisiti previsti per la tipologia di motivazione consistente nel rinvio o nella materiale ricezione" di altro atto procedimentale, quale la richiesta cautelare del P.M.. Ciò tenuto conto che quel Giudice, lungi dal dare dimostrazione di aver compiuto un'autonoma valutazione degli specifici elementi indiziari emersi nel corso delle indagini, si era limitato a ad effettuare una malcelata opera di collage, per un verso "copiando" parti di motivazione di ordinanze cautelari emesse nell'ambito di differenti vicende giudiziarie; per altro verso "copiando" integralmente il contenuto della richiesta formulata dal rappresentante della pubblica accusa, senza alcuna virgolettatura e riportando persino frasi (quali "la presente richiesta", "si richiede la cattura" oppure "le schede personali di ciascuno degli indagati... parte integrante della presente richiesta") inequivocabilmente riferibili alla parte pubblica che aveva avanzato l'istanza e non anche al giudice che quelle argomentazioni aveva solo formalmente fatte proprie, del tutto acriticamente inserendole in un proprio provvedimento.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

EVA MARIUCCI

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

**“Collage informatico”  
di contenuti esplicativi, validità  
della motivazione cautelare  
e poteri del tribunale del riesame**

***“Computer collage”  
of explicable contents, validity  
of preventive measure’s motivation  
and Court of re-examination’s powers***

(Peer reviewers: Prof. Agostino De Caro; Prof. Angelo Pennisi)

---

La Suprema corte individua un’ipotesi di motivazione apparente – e non *per relationem* – quando il giudice riproduce integralmente, nel testo dell’ordinanza cautelare, attraverso il sistema informatico del “copia ed incolla”, gli argomenti formulati nella richiesta del pubblico ministero, senza aver compiuto un adeguato vaglio critico; si tratta di ipotesi nelle quali al tribunale del riesame non resta che annullare il provvedimento per violazione dell’art. 292, comma 2, lett. c) c.p.p.

*Supreme court of Cassation affirmed that preventive measure’s motivation is seeming – and not per relationem – when the judge has integrally reproduced in the text of his order, with the system of “computer collage”, the content of public prosecutor’s request, without a critical assessment of it; this lack of argument doesn’t allow integrations by Court of re-examination, who can only overrule this illegitimate preventive measure’s order.*

---

## La vicenda

Con la pronuncia in commento la Suprema corte ha individuato, quale vizio dell'ordinanza cautelare, l'integrale riproduzione nell'impianto motivazionale della richiesta del pubblico ministero, senza che il giudice abbia sviluppato ulteriori argomenti in grado di provare una propria autonoma indagine critica. Nello specifico, è stato il malcelato utilizzo del meccanismo informatico del "copia ed incolla", con il quale la richiesta cautelare era stata completamente trasferita nella motivazione, senza virgolettature e addirittura riproducendo la medesima nomenclatura dei paragrafi, a far rilevare, tanto al tribunale del riesame quanto alla Suprema corte, il difetto di motivazione nel quale era incorso il giudice per le indagini preliminari. Già il tribunale del riesame aveva riscontrato il carente profilo motivazionale, annullando l'ordinanza sul presupposto che l'adesione non argomentata all'istanza della pubblica accusa, unitamente al mero trasferimento di quest'ultima nel provvedimento *de libertate*, si sarebbero tradotte in una sostanziale inosservanza dell'art. 292 c.p.p., configurando un'ipotesi di nullità della motivazione, poiché questa, sebbene graficamente apprezzabile, risultava giuridicamente inconsistente.

La Suprema Corte, a sostegno di quanto disposto dai giudici del gravame, ha confermato tale linea interpretativa. Al collegio *de libertate* viene così esplicitamente riconosciuto il discusso potere di annullare ordinanze cautelari viziate per assenza di motivazione, attesa l'impossibilità, anche per tale specifico organo giurisdizionale di merito, di colmare un apparato argomentativo meramente apparente.

## La motivazione cautelare: brevi cenni

Nel 1995 il legislatore ha novellato la disciplina cautelare e, tra le modifiche strutturali realizzate con la legge n. 332, particolare rilievo

hanno assunto quelle relative al contenuto dell'ordinanza *de libertate*<sup>1</sup>. L'art. 292, comma 2, c.p.p. prescrive oggi che, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio, il provvedimento restrittivo della libertà personale deve contenere, oltre agli elementi strettamente formali (quali le generalità dell'imputato e la descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate), l'esposizione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e delle ragioni della ritenuta rilevanza. Ai fini della validità della motivazione cautelare devono inoltre essere esplicitati i motivi per i quali non è stato possibile tenere conto degli elementi forniti dalla difesa, nonché, qualora sia stata disposta la custodia cautelare, le concrete e specifiche ragioni che hanno impedito l'adozione di una misura meno afflittiva, avuto riguardo anche al tempo trascorso dalla commissione del reato<sup>2</sup>.

Sono noti i delicati risvolti costituzionali connessi all'uso delle misure cautelari: la necessità di tutelare la libertà personale (art. 13 Cost.), il diritto di difesa (art. 24 Cost.), la presunzione di innocenza (art. 27 Cost.), il principio del contraddittorio (art. 111 Cost.). Pertanto, in una fase in cui la strumentalità dei provvedimenti *de libertate* rischia di divenire essa stessa pericolo per l'integrità dei valori costituzionali, la motivazione dell'ordinanza impositiva rappresenta un modello argomentativo rafforzato<sup>3</sup>, al fine di tutelare il diritto

<sup>1</sup> Cfr. Spangher, sub art. 292 c.p.p., Giarda – Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, 2010, 3089.

<sup>2</sup> Per un'analisi critica della legge 332/1995 si veda Giostra, *Sul vizio di motivazione dell'ordinanza cautelare ovvero sul degrado della tecnica legislativa*, Cass. pen., 1995, 2428 ss.

<sup>3</sup> Grilli, *Considerazioni sulla motivazione dell'ordinanza cautelare emessa a seguito di riesame*, Cass. pen., 2005, 132. Si veda anche Tonini, *Manuale di procedura penale*, 2009, Milano, 406. L'Autore evidenzia che la motivazione cautelare, a seguito della riforma della l. 8 agosto

alla libertà personale in un frangente processuale ancora in divenire.

Tra l'altro, l'applicazione di misure cautelari custodiali è negli anni divenuta sempre più frequente nel nostro Paese<sup>4</sup>, ove il contenzioso penale è ipertrofico soprattutto dinanzi al tribunale del riesame: l'esigenza di un obbligo di ampia motivazione<sup>5</sup> va quindi considerata proprio alla luce di un simile disinvolto uso processuale dei provvedimenti *de quibus*.

### Motivazione apparente e "collage" di argomenti eteronomi

Secondo la Corte, gli stringenti parametri individuati dall'art. 292 c.p.p. non possono dirsi rispettati ove il giudice, per sostenere l'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza, si limiti all'integrale riproduzione della richiesta del pubblico ministero, posto che l'atto di impulso può essere recepito solo come base alle determinazioni giurisdizionali. La pronuncia presenta profili di indubbio interesse, atteso che l'orientamento precedente sembrava ritenere legittima la suddetta prassi, imponendo

un autonomo dovere motivazionale solo nelle ipotesi in cui il giudicante si fosse discostato dalle ragioni poste a fondamento dell'atto dell'inquirente<sup>6</sup>.

Nel caso di specie, il filone interpretativo meno garantista è stato superato, a fronte di una fattispecie concreta nella quale la stessa modalità di recezione del materiale investigativo (*collage* informatico) ha prestato il fianco a talune critiche. In primo luogo, il giudice per le indagini preliminari nella propria motivazione ha fatto interamente riferimento alla richiesta della pubblica accusa, al punto che, lasciandosi "sfuggire la mano", ha addirittura riportato intere proposizioni dal contenuto squisitamente "accusatorio", quali «la presente richiesta», «si richiede la cattura» ed altre. Dal tenore complessivo degli argomenti, inoltre, non è emerso l'esame critico circa la valenza dimostrativa degli atti di indagine, escludendo la possibilità di riconoscere un modello di motivazione *per relationem*. Al riguardo, le Sezioni Unite hanno contribuito ad individuare in maniera tendenzialmente organica i presupposti della motivazione *per relationem*, stabilendo che il ricorso a tale pratica deve ritenersi legittimo quando il provvedimento giudiziale contenga la prova della presa di cognizione, da parte del giudicante, tanto delle ragioni poste alla base dell'atto incorporato, quanto della loro coerenza rispetto alla sua decisione<sup>7</sup>, nonché una sintetica e sommaria

1995, n. 332, ha assunto cadenze simili alla motivazione della sentenza dibattimentale. Cfr. pure Cass., sez. un., 22 marzo 2000, n. 11, *Cass. pen.*, 2000, 2238 che, con riferimento alle sentenze emesse dal Tribunale del riesame, ha evidenziato che la motivazione della decisione, dal punto di vista strutturale, deve essere conformata al modello delineato dall'art. 292 c.p.p., ispirato al modulo di cui all'art. 546 c.p.p., con gli adattamenti resi necessari dal particolare contenuto della pronuncia cautelare, non fondata su prove, ma su indizi e tendente all'accertamento non della responsabilità, bensì di una qualificata probabilità di colpevolezza.

<sup>4</sup> Secondo il VII Rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione, curato dall'Associazione Antigone (un riassunto del quale è reperibile sul sito [www.associazioneantigone.it](http://www.associazioneantigone.it)), nel 2010 nei 206 istituti di pena italiani, degli oltre 68 mila detenuti, più del 43% era costituito da imputati (record europeo). Il dato è rimasto sostanzialmente stabile (con una lievissima diminuzione inferiore all'1%) nel 2011.

<sup>5</sup> Cfr. Spagnoletti, *Brevi riflessioni sulla c.d. motivazione «apparente» in tema di provvedimenti de libertate*, *Cass. pen.*, 2006, 661 ss.; Verrina, *Sulla motivazione delle ordinanze de libertate*, *Giur. it.*, 1996, II, 441 ss.

<sup>6</sup> Spangher, *sub art. 292 c.p.p.*, cit., 3096. Cass., sez. V, 11 febbraio 2000, *CED Cass.*, 216243.

<sup>7</sup> Così Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, *Dir. pen. proc.*, 2001, 621. Sono tre i presupposti tratteggiati dalla Corte affinché la motivazione *per relationem* possa considerarsi legittima: 1) essa deve fare riferimento, recettizio o di semplice rinvio, ad un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; 2) essa deve fornire la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; 3) l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, deve essere conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto

analisi dei contenuti dell'atto propulsivo<sup>8</sup>. Una mera recezione grafica dello stesso non può dunque ritenersi esaustiva, perché elusiva dello stesso principio di *reddere rationem*, substrato vitale di ogni provvedimento giurisdizionale, considerata la forte incidenza della decisione giudiziale sulla libertà personale, la cui indisponibilità si lega indissolubilmente alla necessità di scongiurare un uso distorto e sommario del dovere motivazionale.

A conferma delle osservazioni svolte, non stupisce che la Suprema corte avesse da tempo riscontrato, nel provvedimento *de libertate* contenente mere *clausole di stile*<sup>9</sup>, una carenza di motivazione, poiché «evanescente e disancorata da precisi riferimenti ai presupposti giustificativi dell'irrogata misura cautelare»<sup>10</sup>. Tale precedente presenta aspetti comuni con la pronuncia in esame, tanto che l'approdo ermeneutico è il medesimo: seppur con condotte argomentative diverse, in entrambi i casi, ha riscontrato una situazione patologica appartenente al medesimo tipo. Così, nonostante nell'un caso la parte motiva sia costruita con formule stilistiche di mera circostanza, mentre in quello in analisi sia di puro riman-

meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione. La pronuncia è stata applicata anche in fattispecie analoghe a quella in esame, nelle quali il giudice per le indagini preliminari aveva integralmente recepito la richiesta del pubblico ministero, Cass., sez. IV, 14 novembre 2007, n. 4181, *CED Cass.*, 238674. Cfr. anche Cass., sez. III, 11 ottobre 2007, n. 41569, *Cass. pen.*, 2009, 269; Cass., sez. IV, 8 luglio 2004, n. 45847, *CED Cass.*, 230415.

<sup>8</sup> Cfr. Cass., sez. V, 16 aprile 2003, n. 21725, *CED Cass.*, 224553, laddove la Corte ha ritenuto perfettamente valido il provvedimento contenente un rinvio alla richiesta del pubblico ministero, quantomeno per quanto concerne l'individuazione del fatto contestato.

<sup>9</sup> Cass., sez. II, 8 ottobre 2008, n. 39383, *CED Cass.*, 241868; Cass. sez. VI, 14 luglio 2005, n. 27856, *Dir. e giustizia*, 2005, 37, 48. Cfr. anche Cass., sez. II, 22 ottobre 2004, n. 43646, *Cass. pen.*, 2006, 658, con nota di Spagnoletti.

<sup>10</sup> Spagnoletti, *Brevi riflessioni sulla c.d. motivazione «apparente»*, cit., 662.

do materiale al testo della richiesta cautelare, l'impianto motivazionale è – in ambedue le ipotesi affrontate dalla Corte – affetto da una lacuna invalidante. Pertanto, anche la motivazione cautelare nella quale il giudice per le indagini preliminari, attraverso il ricorso al “copia ed incolla” informatico, trasponga integralmente il testo della richiesta del pubblico ministero, omettendo qualsiasi dimostrazione della valutazione critica del contenuto dell'atto recepito, è stata ritenuta inesistente, in quanto rivelatrice di una mera *apparenza* argomentativa.

Finora il perimetro entro il quale la giurisprudenza di legittimità ammetteva la motivazione cautelare fondata sull'attività recettiva della richiesta del pubblico ministero era delineato dalla esposizione delle *ragioni di adesione* del giudicante al contenuto degli atti investigativi<sup>11</sup>, nonché dalla possibilità di consentire al giudice del riesame ed a quello di legittimità di controllare, nell'ambito delle reciproche competenze, la correttezza dell'*iter* logico seguito<sup>12</sup>. Un simile approccio ermeneutico di favore nei confronti della motivazione *per relationem*, pur nei limiti evidenziati, non ha comunque impedito che la Corte, anche in passato, censurasse provvedimenti cautelari dove la parte motiva si fosse tradotta in un mero *affastellamento di fotocopie* di atti investigativi, atteso che l'esigenza di economia processuale, che si manifesta nel riconoscimento della suddetta attività argomentativa di recezione, impone comunque al giudice di compiere una analisi soggettiva degli atti presentati dall'accusa<sup>13</sup>. Ad esempio, nel caso di intercettazioni telefoniche, le trascrizioni delle conversazioni captate non avrebbero potuto considerarsi, ad avviso della Corte, implici-

<sup>11</sup> Cass., sez. un., 26 febbraio 1991, *Cass. pen.*, 1991, 490. Cass., sez. V, 11 febbraio 2000, cit.

<sup>12</sup> Cass., sez. II, 26 gennaio 2011, n. 6966, *CED Cass.*, 249681.

<sup>13</sup> Cfr. Cass., sez. V, 17 dicembre 1996, *CED Cass.*, 206337 e Spangher, sub art. 392 *c.p.p.*, cit., 3099.

tamente dotate di forza probante e di "auto-evidenza" probatoria, quando il percorso logico-argomentativo non fosse stato preceduto da una riflessione personale del giudice sulla loro idoneità dimostrativa<sup>14</sup>. Ancora, era stato dichiarato illegittimo il provvedimento di custodia cautelare motivato mediante il mero rinvio alle schede personali redatte dalla polizia giudiziaria, «senza alcuna delibazione valutativa degli elementi di prova raccolti»<sup>15</sup>. In aderenza a tale quadro ermeneutico, ordinanze cautelari la cui motivazione era stata fondata sulla *meccanica riproduzione* dell'atto del pubblico ministero sono state considerate viziate anche dalla giurisprudenza di merito, laddove mancanti di autonome valutazioni del giudice per le indagini preliminari ulteriori rispetto a quelle compiute dall'inquirente<sup>16</sup>.

Aspre critiche furono sin da allora mosse ad un simile *modus operandi*<sup>17</sup>. Il profilo più controverso era quello di una motivazione frutto di un processo di «immedesimazione del gip nella persona del pm», se alle argomentazioni contenute nella richiesta del magistrato non fosse seguita un'analisi personale, tecnicamente e giuridicamente apprezzabile, del giudicante nell'impianto motivazionale<sup>18</sup>.

Così, il sistema del "collage informatico", sebbene possa astrattamente considerarsi legittimo (specie alla luce del risparmio temporale connesso al suo utilizzo)<sup>19</sup>, può facilmente tradursi in una pratica abnorme ed ingiustifi-

cata, ove la motivazione sia strutturalmente "sconnessa" e sostanzialmente vaga nei contenuti dimostrativi. Non solo, se la laconicità dell'impianto motivazionale è tale che il solo profilo argomentativo rilevante è quello desumibile dal richiamo alla richiesta cautelare, la parte motiva è apparente, poiché, seppur graficamente apprezzabile, non è in grado di spiegare la propria funzione di garanzia, né di essere sottoposta al vaglio critico del giudice del gravame chiamato a valutare la correttezza del percorso argomentativo. In ultima analisi, dunque, l'intero provvedimento cautelare viene travolto, laddove non sia possibile ricostruire il percorso logico e le ragioni di adesione del giudice alla richiesta del pubblico ministero.

La questione è intrigante, non solo se valutata dal punto di vista oggettivo dell'adeguatezza di una motivazione meramente "recettizia", ma anche avuto riguardo agli atti investigativi posti a suo fondamento. Il richiamo al contenuto della richiesta cautelare può infatti variare a seconda degli atti d'indagine raccolti, e cioè alla loro maggiore o minore suscettibilità ad essere letti criticamente. Così, ad esempio, tornando al caso delle intercettazioni telefoniche, se ad essere graficamente recepite sono le conversazioni captate, già riprodotte nella richiesta cautelare, l'ordinanza non può solo per questo considerarsi viziosa per carenza di motivazione, posto che l'attività argomentativa del giudice non potrebbe spingersi sino a forzare il "dato letterale" contenuto in quei dialoghi. Nondimeno, il difetto di motivazione dovrà essere rilevato qualora il giudicante si sia limitato a tale recepimento grafico, considerandolo di per sé solo idoneo e sufficiente a fondare il proprio convincimento, senza offrire la ricostruzione dell'iter logico-interpretativo seguito. Insomma, *nulla quaestio* se il giudice per le indagini preliminari si avvale del contenuto di un atto investigativo, anche se frutto di un *collage* informatico dell'atto propulsivo dell'accusa, purché quel

<sup>14</sup> Cass., sez. VI, 3 aprile 2003, n. 15733, *Cass. pen.*, 2005, 127 ss.

<sup>15</sup> Cass., sez. VI, 1 febbraio 2007, *CED Cass.*, 237841.

<sup>16</sup> Trib. Bologna, sez. riesame, 9 aprile 2002, *Critica del diritto*, 2002, 139 ss., con nota di Bevere.

<sup>17</sup> Bevere, *Scandalosa ordinanza*, *Critica del diritto*, 2002, 142 ss.

<sup>18</sup> Si veda a proposito Trib. Bologna, sez. riesame, 9 aprile 2002, cit., 139 ss.

<sup>19</sup> In senso critico, cfr. Amodio, voce *Motivazione della sentenza penale*, *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 228. Secondo l'Autore, alla base della asserita legittimità della prassi di motivare *per relationem* c'è una «volontà pratica di arginare la valanga di ricorsi per difetto di motivazione e salvare una parte delle sentenze impugnate».

contenuto, anche se non suscettibile di ulteriori letture critiche, sia sorretto da congrua motivazione e non lasciato a se stesso, ritenuto cioè idoneo a costituire *in re ipsa* fattore di auto-evidenza. Ogni motivazione, infatti, deve essere in grado di spiegare all'esterno il percorso logico e razionale che ha consentito al giudice di pervenire alla propria decisione. Si rischierebbe altrimenti di eludere l'obbligo stesso di motivazione, legittimando attività manuali di mera copiatura<sup>20</sup>, che solo formalmente appagherebbero la disciplina positiva imposta dall'art. 292 c.p.p., sacrificando nella sostanza la *ratio* della tassativa e determinata struttura dei provvedimenti giurisdizionali, unitamente allo spirito delle sovrastanti garanzie costituzionali.

Sebbene la giurisprudenza di legittimità, valorizzando una «politica giudiziaria di sanatoria»<sup>21</sup> di ordinanze *de libertate* motivate carenti, sembri negli anni aver assimilato la prassi dei giudici di recepire la richiesta cautelare, permane un interrogativo di fondo, ovvero se il nostro sistema processuale, anche sotto questo versante, sia davvero in grado di garantire efficacemente il principio della separazione delle funzioni tra Ufficio dell'accusa e Ufficio giudicante.

### Nuovi orizzonti sull'annullamento in sede di riesame

Resta da analizzare la questione della possibilità, da parte del tribunale del riesame, di integrare, in ipotesi quali quella analizzata, una motivazione *per relationem* frutto di *collage* informatico.

La natura totalmente devolutiva del mezzo di gravame lascerebbe intendere che integrazioni di tal fatta del provvedimento *de libertate*, al fine di completare una eventuale

carenza argomentativa del primo giudice, siano senz'altro consentite. Tuttavia, come sancito dalla sentenza annotata, «perché il tribunale del riesame possa e debba compiere quest'opera di supplenza [...] occorre che una motivazione vi sia»; di conseguenza, se questa è apparente perché frutto di un maldestro "copia ed incolla" informatico, nessuna integrazione riparatrice è possibile. Con la pronuncia in esame si presentano vecchi e nuovi problemi: da un lato, quello già segnalato in passato, ed ancora attuale, di stabilire con precisione quali siano le ipotesi nelle quali l'integrazione del collegio *de libertate* possa essere effettivamente disposta<sup>22</sup>; dall'altro, la sentenza aggiunge una tessera ad un mosaico che negli anni si sta arricchendo di riferimenti più omogenei.

Negli anni sono stati due gli orientamenti giurisprudenziali che si sono susseguiti e alternati in tema di poteri integrativi del tribunale del riesame.

Un primo indirizzo (tra l'altro prevalente) ha da sempre ammesso integrazioni argomentative di ordinanze cautelari prive di motivazione, legittimando interventi surrogatori anche di panorami motivazionali totalmente carenti, negando il potere di annullamento in capo al collegio<sup>23</sup>. Fondamento ermeneutico di tale concezione è la teoria della c.d. "fattispecie unitaria e complessa"<sup>24</sup>, in base alla quale

<sup>22</sup> Ventura, *Annullamento o integrazione nel giudizio di riesame*, *Giur. it.*, 1999, 822.

<sup>23</sup> Anche recentemente tra le tante Cass., sez. III, 2 febbraio 2011, n. 15416, *CED Cass.*, 250306; Cass., sez. VI, 14 giugno 2004, n. 35993, *Riv. pen.*, 2005, 1404.

<sup>24</sup> Si tratta di una lettura che presuppone un rapporto di stretta consequenzialità cronologica tra due atti, per cui il primo non è perfezionato in mancanza del secondo. Poiché nel caso di specie il primo atto (ordinanza impositiva della custodia cautelare) è in sé perfetto ed efficace, tale impostazione, che ricorda quella delle c.d. "fattispecie complesse a formazione progressiva", è stata criticata. Ad avviso di Ceresa Gastaldo, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, 48, «solo a costo di una vistosa forzatura concettuale» si potrebbe intendere il procedimento di riesame come una prosecuzione del primo giudizio, dovendosi altrimenti

<sup>20</sup> Carrai, *Sui limiti di ammissibilità della motivazione per relationem*, *Cass. pen.*, 1996, 545.

<sup>21</sup> Bevere, *Scandalosa ordinanza*, cit., 142.

lo stretto legame cognitivo tra ordinanza impugnata e ordinanza di riesame postulerebbe una reciproca integrabilità tra i due provvedimenti, configurando un vero e proprio poterdovere di supplenza del collegio *de libertate*.

D'altro lato, già in passato si sono registrate aperture giurisprudenziali di segno contrario, che hanno negato al tribunale della libertà un potere di sanatoria di motivazioni assenti<sup>25</sup>. Tale indirizzo è stato ritenuto già allora più conforme alla natura del giudizio cautelare di riesame, quale strumento di controllo del provvedimento *de libertate* (e non del rapporto cautelare), attraverso il quale rilevare anche gli eventuali profili patologici dell'atto impugnato<sup>26</sup>. Il potere di annullamento viene così inteso in termini di pregiudizialità rispetto alle valutazioni di merito, consentendo al collegio di sindacare anzitutto la legittimità formale del provvedimento<sup>27</sup>.

Il tribunale del riesame, all'esito di tale esegesi, dovrebbe pertanto annullare tutte le ordinanze prive di motivazione, attivando il proprio intervento surrogatorio solo con riferimento ai provvedimenti cautelari contenenti motivazioni insufficienti od incomplete. In questi casi, infatti, non potrebbe negarsi il po-

---

ritenere che quest'ultimo dia luogo ad un provvedimento *in itinere*, efficace ma in sé non perfetto. Si cfr. anche Ceresa Gastaldo, *Il riesame sulla legittimità dell'ordinanza cautelare: cade il teorema della «motivazione argomentatrice»*, *Cass. pen.*, 1995, 1922; Turco, *La motivazione dell'ordinanza di riesame: limiti al potere di integrazione*, *Cass. pen.*, 2001, 3100.

<sup>25</sup> Tra le prime pronunce in tal senso *Cass.*, sez. III, 27 ottobre 1995, *Cass. pen.*, 1996, 1519 ss. con nota di Orlandi; *Cass.*, sez. VI, 14 giugno 1994, *Cass. pen.*, 1995, 1915 ss. con nota di Ceresa Gastaldo. Successivamente *Cass.*, sez. II, 8 ottobre 2008, n. 39383, *CED Cass.*, 241868; *Cass.*, sez. III, 11 ottobre 2007, n. 41569, *Cass. pen.*, 2009, 1, 269; *Cass.*, sez. II, 4 dicembre 2006, *CED Cass.*, 235622; *Cass.*, sez. II, 19 marzo 2002, n. 26888, *CED Cass.*, 246712; *Cass.*, sez. VI, 10 gennaio 2000, n. 52, *CED Cass.*, 215433.

<sup>26</sup> Ceresa Gastaldo, *Il riesame sulla legittimità dell'ordinanza cautelare: cade il teorema della «motivazione argomentatrice»*, cit., 1921.

<sup>27</sup> Ferraioli, *Il riesame dei provvedimenti sulla libertà personale*, Milano, 1989, 588.

tere integrativo, poiché all'indagato/imputato verrebbe consentito di apprezzare le ragioni logico-giuridiche che sorreggono il provvedimento<sup>28</sup>, sia pure in misura limitata. Tuttavia, nel riconoscere tale potere di annullamento in capo al tribunale della libertà, la Corte ha precisato che la dichiarazione di nullità dell'ordinanza dovrebbe pur sempre intendersi come ultima *ratio*<sup>29</sup> delle determinazioni adottabili dal collegio, poiché lo stretto coordinamento fra l'art. 292, comma 2, lett. c) e c-bis) c.p.p. e l'art. 309 c.p.p. si appunta primariamente sulla soluzione del contrasto sostanziale tra libertà del singolo e necessità coercitiva<sup>30</sup>.

Ad ogni modo, è stato rilevato che lo stesso potere di annullamento postula un fondamento costituzionale non trascurabile: la tutela della libertà personale e del diritto di difesa. È infatti da tali riferimenti della Carta fondamentale che si ricava la necessità di motivare i provvedimenti restrittivi della libertà personale, evitando arbitrarie restrizioni di un diritto inviolabile e consentendo all'imputato l'esercizio di un effettivo contraddittorio anche dinanzi al tribunale della libertà<sup>31</sup>.

Del resto, l'orientamento giurisprudenziale di esclusione di un potere integrativo, con riferimento alle ordinanze *prive* di motivazione, sembra confortato anche dalle argomentazioni di chi ha ragionevolmente sostenuto che il riesame è un «rimedio volto al controllo del titolo cautelare e non un giudizio *ex novo* sulla libertà personale»<sup>32</sup>. D'altro canto, consentire al tribunale del riesame "sanatorie" di motivazioni mancanti, potrebbe tradursi in una mo-

---

<sup>28</sup> Ventura, *Annullamento o integrazione nel giudizio di riesame*, cit., 822.

<sup>29</sup> Così *Cass.*, sez. III, 2 febbraio 2011, n. 15416, *CED Cass.*, 24534.

<sup>30</sup> In tal senso, *Cass.*, sez. VI, 14 gennaio 2008, n. 6867, *Guida dir.*, 2008, 12, 82.

<sup>31</sup> Ventura, *Annullamento o integrazione nel giudizio di riesame*, cit., 822.

<sup>32</sup> Ceresa Gastaldo, *Il riesame sulla legittimità dell'ordinanza cautelare: cade il teorema della «motivazione argomentatrice»*, cit., 43.

difica genetica dell'istituto, trasformandolo in strumento per ottenere tardivamente ciò che l'imputato avrebbe diritto di conoscere al momento di emissione dell'ordinanza restrittiva della libertà personale<sup>33</sup> (posticipando così di fatto la conoscenza delle ragioni di emissione della misura alla fase del gravame) ed esponendolo a censure di incostituzionalità<sup>34</sup>.

La pronuncia annotata può dunque ritenersi cautamente innovativa, perché, rafforzando il suddetto indirizzo giurisprudenziale, aggiunge il c.d. *collage* informatico a quelle ipotesi, già in precedenza individuate (mancanza grafica, uso di clausole di stile, richiamo integrale ed esclusivo al contenuto di atti investigativi ecc.), in cui il potere integrativo del collegio *de libertate* era stato decisamente escluso. L'utilizzo del *collage* informatico rappresenta difatti un artificio argomentativo: graficamente una motivazione c'è, ma di fatto

non è in grado di rispondere a quell'esigenza di ragionevolezza alla base dei provvedimenti giurisdizionali. Pertanto, se il tribunale del riesame rileva tale inidoneità argomentativa – e l'apparenza della parte motiva – ipotizzare un suo intervento suppletivo significherebbe ritenere plausibile la creazione di una motivazione inizialmente omessa. L'opera di integrazione, invece, dovrebbe sempre partire da una base argomentativa che, benché insufficiente, possa essere *completata* e non creata *ex novo*. La scelta del tribunale del riesame di procedere all'annullamento del provvedimento non può tuttavia tradursi a sua volta in un'analisi arbitraria, frutto di un'automatica interpretazione di inesistenza, dovendosi indicare «le ragioni per le quali non sarebbe possibile esercitare il potere di integrazione della motivazione»<sup>35</sup>, ovvero i motivi per i quali più che un'opera di supplenza il collegio *de libertate* avrebbe dovuto dare vita ad una vera e propria attività di creazione.

<sup>33</sup> Orlandi, *Riesame del provvedimento cautelare privo di motivazione*, Cass. pen., 1996, 1523.

<sup>34</sup> Turco, *La motivazione dell'ordinanza di riesame: limiti al potere di integrazione*, cit., 3101.

<sup>35</sup> Così Cass., sez. III, 3 maggio 2012, n. 19112, inedita.

ERCOLE APRILE

*Consigliere della Corte di Cassazione*

## La motivazione delle ordinanze cautelari e l'impiego della tecnica informatica del "copia e incolla": usi e abusi nella prassi giudiziaria

### *The motivation of orders of arrest and the use of computer technology in the "copy and paste": uses and abuses in judicial practice*

(Peer reviewers: Prof. Agostino De Caro; Prof. Angelo Pennisi)

---

Il non infrequente fenomeno dell'adozione di ordinanze di applicazione delle misure cautelari personali aventi un contenuto motivazionale frutto di una mera operazione di "copia ed incolla" del testo di altri atti del procedimento (spesso della richiesta cautelare del pubblico ministero) pone il problema di delineare i confini entro i quali una siffatta tecnica redazionale possa considerarsi legittima e di definire l'ambito dei poteri di controllo spettanti al tribunale adito dall'indagato con una istanza di riesame del provvedimento genetico della misura.

*The not infrequent adoption of ordinances for the implementation of precautionary measures containing motivational result of a mere process of "copy and paste" text from other documents in the case (often the request of prosecutor) is the problem of delineate the boundaries in which a drafting technique can be considered legitimate and of define the scope of the powers of judge for reconsideration the decision of the genetic measure.*

---

### In generale, sull'obbligo di motivazione dei provvedimenti cautelari

Tra i principali obblighi che il giudice penale è tenuto a rispettare vi è quello di motivare i propri provvedimenti, cioè di illustrare gli elementi di fatto e le ragioni di diritto poste a base della propria decisione, spiegando l'iter logico seguito per arrivare alla conclusione in concreto privilegiata. Si tratta, come è noto, di un obbligo previsto dalla Costituzione (art. 111, comma 6, Cost.: «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati») e dal codice di rito, che, all'art. 125, comma 3, stabilisce che tutte le sentenze e le ordinanze, e, nei casi espressamente prescritti dalla legge, i decreti del giudice, devono essere motivati a pena di nullità.

L'adempimento di tale obbligo assicura una duplice funzione. Una di natura generale, per così dire "extraprocedimentale", che è quella di permettere alla collettività un controllo sul delicato esercizio del potere giurisdizionale; l'altra di natura più specifica, "endoprocedimentale", che è quella di consentire alle parti di verificare il modo in cui, nel procedimento penale che li ha riguardati, il giudice ha esercitato quel potere, soprattutto in sede di valutazione delle prove (art. 192, comma 1, c.p.p.), e, dunque, di consentirne un controllo successivo da parte del giudice dell'impugnazione<sup>1</sup>.

In materia di misure cautelari personali tale obbligo è "rafforzato" in quanto l'art. 292 c.p.p., nel testo modificato dalla legge 8 agosto 1995 n. 332, prevede che il giudice del provvedimento genetico della misura debba

in esso inserire, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio, «l'esposizione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del fatto» (comma 2, lett. c); nonché «l'esposizione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, in caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. non possono essere soddisfatte con altre misure» (art. 292, comma 2, lett. c *bis* c.p.p.); ed ancora, che «l'ordinanza è nulla se non contiene la valutazione degli elementi a carico [...] dell'imputato» (art. 292, comma 2 *ter* c.p.p.). Si tratta di una disposizione – che trova il suo corrispondente sovranazionale nell'art. 5, paragr. 2, Cedu, lì dove è previsto che la persona arrestata debba essere informata, nel più breve tempo possibile e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto – dal contenuto forse eccessivamente analitico e talora pleonastico<sup>2</sup>, con la quale evidentemente il legislatore, in ragione della speciale natura degli effetti, ha imposto al giudice penale una motivazione dell'ordinanza cautelare non solo adeguata, bensì avente un contenuto argomentativo conforme ad una "sintassi strutturale" ben delineata dalla disposizione in argomento.

<sup>1</sup> Sulla funzione della motivazione del provvedimento del giudice penale la bibliografia è amplissima. Per una prima analisi e per l'individuazione di ulteriori richiami, cfr. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 181; Fortuna, *Sentenza (sentenza penale)*, *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1991, 1; Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997; Nappi, *Sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 1.

<sup>2</sup> Particolarmente discussa è stata la questione relativa alla natura della nullità ivi prevista, di natura relativa ma rilevabile d'ufficio, dunque una sorta di anomalo *tertium genus*: sul punto v., tra i tanti, Manzoni, sub art. 292, Chiavario (a cura di), *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, III agg., Torino, 242; Riviezzo, *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, 1995, 93; Spangher, sub art. 292, Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, 3087.

### **I problemi posti da talune (ci si augura ancora rare) prassi giudiziarie**

L'esperienza quotidiana permette fondatamente di ritenere che l'esercizio di tale invasivo potere giurisdizionale avviene, nella maggior parte dei casi, nel rispetto della considerata prescrizione codicistica, anche perché le funzioni di giudice per le indagini preliminari (cui spetta, di norma, l'adozione di siffatti provvedimenti limitativi della libertà personale dell'indagato) sono esercitate da magistrati per i quali l'ordinamento giudiziario richiede il possesso di particolari requisiti professionali, dunque che tendenzialmente hanno oramai acquisito una pluriennale esperienza in materia penale.

E, tuttavia, non sono infrequenti alcune "cadute di stile", in cui le ordinanze cautelari sono motivate in maniera incompleta o incongrua: circostanze nelle quali l'impiego del *personal computer*, strumento che, in generale, ha migliorato la qualità ed i "tempi di risposta" del lavoro non solo dei magistrati, ma di tutti gli operatori forensi, può condurre ad eccessi. Si vuol far riferimento al diffuso impiego della nota tecnica informatica del "copia ed incolla", che consente all'ufficiale di polizia giudiziaria di stendere corposissime informative di reato, al pubblico ministero di utilizzarne poi il contenuto nei suoi provvedimenti e nelle sue richieste, al giudice cautelare, infine, di trasfondere nei suoi provvedimenti il testo delle istanze del rappresentante della pubblica accusa, così come all'avvocato di trasferirne il tenore nelle sue richieste o nei suoi atti di impugnazione. E ciò è tanto più vero nei procedimenti penali aventi ad oggetto lunghe ed articolate investigazioni, numerosi indagati e/o molteplici e complesse imputazioni, soprattutto, se il materiale acquisito durante le indagini è vasto e magmatico, come avviene, ad esempio, nelle non rare ipotesi di prolungata esecuzione di operazioni di intercettazione di conversazioni o comunicazioni: attività di ricerca degli elementi di prova che mettono a disposizione delle parti e del giudice esiti di

investigazioni che graficamente risultano di sterminata lunghezza.

Non si vuole, sia bene inteso, qui "demonizzare" un meccanismo che, di regola, permette di migliorare e qualificare positivamente il lavoro di tutti i protagonisti del procedimento penale, e che, in particolare, consente al giudice di fornire una più dettagliata descrizione degli elementi di fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento delle sue decisioni, anche in materia cautelare. Si vuole, invece, richiamare l'attenzione su quei contesti, nella prassi per fortuna marginali, nei quali l'impiego di quella tecnica del "copia ed incolla" può indurre il giudice ad una acritica e deresponsabilizzante opera di adeguamento a descrizioni di vicende ed a impostazioni valutative da altri predisposte. Il che, oltre a risultare eticamente e professionalmente censurabile, può finire per determinare una violazione del principio di terzietà del giudice rispetto alle parti.

L'esperienza giudiziaria ha proposto le più disparate situazioni di ordinanze di applicazione di misure cautelari personali nelle quali viene più o meno integralmente trasfuso il contenuto informatico della richiesta formulata dal pubblico ministero. In passato, talora ciò avveniva in forma più riconoscibile, con la materiale fotocopiatura di parte o di tutte le pagine di quella richiesta e l'allegazione dei relativi fogli direttamente al provvedimento del giudice (talvolta stilato, almeno nel primo periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1989, su stampati predisposti dal Ministero); da qualche anno avviene in maniera non sempre "trasparente", con il trasferimento nel provvedimento del giudice di tutto o di parte del testo *word* della domanda cautelare.

### **La questione della legittimità di una "tecnica motivazionale"**

Ora, le questioni che si pongono paiono essenzialmente due. La prima è se ed in che misura

questa tecnica redazionale della motivazione sia legittima. La seconda riguarda, invece, i poteri di cognizione e di decisione spettanti al tribunale del riesame, cui l'indagato o il suo difensore abbia inoltrato una richiesta *ex art.* 309 c.p.p., ovvero alla Cassazione, in ipotesi di presentazione di un ricorso immediato a mente dell'art. 311, comma 2, c.p.p..

Sotto il primo punto di vista, è fin troppo agevole rilevare come quella in esame sia, in pratica, assimilabile alla tecnica della motivazione *per relationem* che, come è pacifico, è configurabile quando uno o più punti della motivazione di una decisione siano "coperti" da un rinvio al contenuto motivazionale di altro provvedimento: vi è, dunque, un rinvio, recettizio o meno, operato dal provvedimento da motivare ad altro provvedimento o atto già motivato. La giurisprudenza di legittimità è oramai consolidata nel senso di ritenere che tale tecnica – chiaramente ravvisabile in relazione a qualsivoglia tipo di provvedimento giudiziale, sia esso una sentenza, un'ordinanza o un decreto – sia legittima, a condizione che il riferimento, recettizio o di semplice rinvio, venga effettuato ad un atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; che fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento, le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; e che l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> In questo senso l'oramai pacifico indirizzo della giurisprudenza di legittimità, a partire da Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, *Cass. pen.*, 2001, 69.

Il "copia ed incolla" informatico è, perciò, una forma di richiamo recettizio, ma perché possa ritenersi non affetto da alcuna invalidità deve rispettare i requisiti innanzi elencati, tra i quali vanno qui segnalati l'esigenza che il rinvio venga eseguito esplicitamente, sia cioè riconoscibile dai lettori della motivazione, e, soprattutto, che il giudice che opera il rinvio dimostri che di aver "preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento" e di averle "meditate e ritenute coerenti con la sua decisione".

Nella pratica può accadere, invece, che il rinvio recettizio non sia affatto riconoscibile, in quanto il giudicante omette di virgolettare il contenuto dell'atto richiamato, che viene "assorbito" nella motivazione diventandone un tutt'uno, ovvero che il giudicante non effettui alcuna personale aggiunta da cui poter desumere che abbia realmente "metabolizzato" il contenuto dell'altro atto, anziché recepirne supinamente il tenore. Sono stati denunciati, infatti, episodi nei quali il provvedimento genetico della misura cautelare era costituito totalmente o quasi integralmente dal contenuto della richiesta cautelare del pubblico ministero (dalla quale non erano state neppure eliminate formule chiaramente espressive della sua provenienza, del tipo "questo ufficio di procura reputa..." o "questo pubblico ministero ritiene..."), al quale il giudice si era limitato ad aggiungere poche righe, semmai parafrasando il dettato normativo (con l'impiego solo di periodi del tipo "sussistono gravi indizi di colpevolezza desumibili da..." o "sono riconoscibili le esigenze cautelari" di cui all'art. 274 lett. a) e c) c.p.p.), senza integrare l'apparato argomentativo con alcuna personale valutazione dei fatti o delle ragioni di diritto; e, persino, casi nei quali il provvedimento applicativo della misura cautelare era formato con una tecnica di *collage* informatico, "assemblando" nella motivazione parti di uno o più atti oppure provvedimenti, ad esempio il contenuto di altre ordinanze cautelari inerenti a

vicende giudiziarie affatto differenti da quelle oggetto del procedimento in cui è stata emessa l'ordinanza.

In tali circostanze è davvero arduo sostenere che esista una reale ed autonoma motivazione del giudice autore dell'ordinanza cautelare ovvero che siano rispettati i requisiti prescritti dalla Cassazione per la legittimità di una siffatta tecnica di argomentazione. Si tratta, invero, di provvedimenti palesemente nulli per la violazione del sopra richiamato obbligo di motivazione imposto, a pena di invalidità, dai citati artt. 125 e 292 c.p.p..

### **La questione dei poteri spettanti al giudice dell'impugnazione *de libertate***

Sotto un secondo e diverso punto di vista, va esaminata la questione inerente ai poteri spettanti all'organo di controllo davanti al quale sia stato proposta l'impugnazione *de libertate*.

È evidente che il problema non si pone laddove l'indagato o il suo difensore decidano di dedurre la nullità del provvedimento genetico della misura impugnandolo direttamente con un ricorso per cassazione, presentato *per saltum* a norma dell'art. 311, comma 2, c.p.p., in quanto la doglianza riguarderebbe una violazione di una norma di diritto processuale che si traduce in un vizio immediatamente censurabile dai giudici di legittimità. In tali ipotesi, l'annullamento avviene, di regola, con rinvio, con la conseguenza che la misura cautelare applicata conserva la sua efficacia. La tematica – in qualche modo estranea al tema affrontato in questa sede – è di spinosissima rilevanza teorica e pratica: sta di fatto che l'esclusione, in siffatte circostanze, di un effetto estintivo della misura cautelare derivante dalla pronuncia di annullamento del Supremo Collegio, finisce nella sostanza per dissuadere gli indagati dal valorizzare questo strumento del ricorso immediato.

La nullità è certamente deducibile con il ricorso per cassazione presentato *ex art.* 311,

comma 1, c.p.p., avverso l'ordinanza, adottata dal tribunale del riesame, di conferma del provvedimento genetico della misura, laddove l'acritico ed indiscriminato impiego della tecnica informatica del "copia ed incolla" dovesse aver negativamente qualificato la motivazione della decisione di quel tribunale. Peraltro, nel caso di presentazione del ricorso ordinario, a differenza di quanto avviene per il ricorso immediato, lo spettro del potere di cognizione del Supremo Collegio è più ampio potendo con l'impugnazione essere articolati, come motivi del ricorso, non solo quelli inerenti a violazioni di legge, bensì anche quelli concernenti i vizi di motivazione.

Di più difficile soluzione è il caso laddove l'indagato o il suo difensore proponano contro l'ordinanza applicativa della misura cautelare personale una richiesta di riesame *ex art.* 309 c.p.p..

Tradizionalmente si sostiene che il tribunale del riesame non è giudice della legittimità, ma del merito del provvedimento impugnato, e che, ponendosi nella stessa posizione in cui si trovava il primo giudice, potendo pure confermare l'ordinanza gravata «per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso» (come espressamente stabilito dall'art. 309, comma 9, c.p.p.), non possa dichiarare – nelle situazioni sopra rappresentate – la nullità dell'ordinanza oggetto di riesame, dovendo sempre integrarne il contenuto motivazionale. In particolare si è detto che il tribunale del riesame non può annullare il provvedimento cautelare impugnato ravvisandovi un difetto di motivazione, potendo il solo giudice di legittimità pronunciare il relativo annullamento per tale vizio, ma deve sempre provvedere ad integrarne la portata motivazionale, eventualmente con una nuova ed autonoma valutazione degli elementi già portati all'attenzione del giudice delle indagini preliminari<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Così Cass., sez. II, 30 novembre 2011, n. 7967/12, C.E.D. Cass., n. 252222.

In altri termini, il tribunale adito ai sensi dell'art. 309 c.p.p., non essendo giudice di mera legittimità bensì anche del merito, pure in ragione dell'effetto interamente devolutivo di tale specifica forma di gravame, non deve dichiarare la nullità del provvedimento applicativo della misura laddove lo stesso contenga una motivazione insufficiente, incongrua o inesatta, dovendo in ogni caso operare una integrazione dell'ordinanza stessa<sup>5</sup>. E ciò, si è aggiunto, quand'anche le carenze argomentative dell'ordinanza oggetto del riesame siano tali da integrare le nullità, rilevabili d'ufficio, previste dall'art. 292, comma 2, lett. c) e c bis), c.p.p.<sup>6</sup>, ad esempio perchè la succinta motivazione si sia concretizzata in una mera adesione alla descrizione dei fatti operata dalla polizia giudiziaria:<sup>7</sup> la giurisprudenza di legittimità è arrivata, dunque, a legittimare, in siffatti casi, l'iniziativa del tribunale del riesame che formula la motivazione mancante nel provvedimento gravato, esplicitando le ragioni giustificative della misura cautelare, pur eseguita qualche giorno prima<sup>8</sup>.

In seguito si è sviluppato un orientamento giurisprudenziale intermedio che, nel tentativo di trovare una soluzione più equilibrata, ha chiarito che il coordinamento fra il disposto dell'art. 292, comma 2, lett. c) e c bis), c.p.p., e quello dell'art. 309 c.p.p., consente di affermare che al tribunale del riesame deve essere riconosciuto il ruolo di giudice collegiale e

di merito sulla vicenda *de libertate*, onde allo stesso è demandata tanto la valutazione della legittimità dell'atto, quanto la cognizione della vicenda sottostante e, quindi, primariamente la soluzione del contrasto sostanziale tra libertà del singolo e la necessità coercitiva, con la conseguenza che la dichiarazione di nullità dell'ordinanza impositiva deve essere relegata a ultima *ratio* delle determinazioni adottabili: nullità dichiarabile solo ove il provvedimento custodiale sia mancante di motivazione in senso grafico ovvero, qualora, pur esistendo una motivazione, essa si risolva in una clausola di stile, onde non sia possibile, interpretando e valutando l'intero contesto, individuare le esigenze cautelari il cui soddisfacimento si persegue.<sup>9</sup> Resterebbe, perciò, fuori dalla portata applicativa di tale principio di diritto la fattispecie in questione, nella quale esiste una completa motivazione in senso grafico, anche se integralmente 'copiata' dal giudice da altro atto del procedimento.

Tali opzioni interpretative non convincono del tutto.

In primo luogo perché la lettera delle norme codicistiche autorizza un differente esito ermeneutico: sia perché l'art. 309, comma 9, c.p.p. prevedendo che il tribunale del riesame può confermare il provvedimento impugnato per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione dello stesso provvedimento, presuppone ovviamente che quest'ultimo abbia una

<sup>5</sup> Così Cass., sez. II, 8 ottobre 2008, n. 39383, C.E.D. Cass., n. 241868. Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. III, 2 febbraio 2011, n. 15416, C.E.D. Cass., n. 250306; Cass., sez. V, 7 dicembre 2006, n. 3255/08, C.E.D. Cass., n. 236036; Cass., sez. II, 24 gennaio 1997, n. 292, C.E.D. Cass., n. 207137.

<sup>6</sup> In questi termini la più risalente Cass., sez. II, 5 novembre 1996, n. 4325, in C.E.D. Cass., n. 206494, cfr. in seguito, Cass., sez. II, 21 novembre 2006, n. 6322/07, C.E.D. Cass., n. 235825; Cass., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 8590, C.E.D. Cass., n. 233499; Cass., sez. I, 2 ottobre 1998, n. 4753, C.E.D. Cass., n. 211887.

<sup>7</sup> Cass., sez. III, 8 novembre 2002, n. 27, C.E.D. Cass., n. 223197.

<sup>8</sup> Cass., sez. II, 4 dicembre 2006, n. 1102/07, C.E.D. Cass., n. 235622; Cass., sez. VI, 20 gennaio 1997, n. 193, C.E.D. Cass., n. 208888.

<sup>9</sup> Cass., sez. IV, 8 luglio 2004, n. 45847, C.E.D. Cass., n. 230415; Cass., sez. V, 5 luglio 2004, n. 31110, C.E.D. Cass., n. 230021; Cass., sez. V, 16 aprile 2003, n. 21725, C.E.D. Cass., n. 224553; Cass., sez. I, 31 gennaio 2003, n. 14419, C.E.D. Cass., n. 223800; Cass., sez. IV, 10 ottobre 2002, n. 41435, C.E.D. Cass., n. 223005; Cass., sez. II, 19 marzo 2002, n. 26888, C.E.D. Cass., n. 221802; Cass., sez. IV, 26 febbraio 2002, n. 11551, C.E.D. Cass., n. 221239; Cass., sez. VI, 6 dicembre 2000, n. 9246/01, C.E.D. Cass., n. 218507; Cass., sez. V, 10 gennaio 2000, n. 52, C.E.D. Cass., n. 215433; Cass., sez. VI, 1 febbraio 2000, C.E.D. Cass., n. 218488; Cass., sez. VI, 10 gennaio 2000, n. 52, C.E.D. Cass., n. 215433; Cass., sez. V, 7 dicembre 1999, n. 5954/00, C.E.D. Cass., n. 215258; Cass., sez. I, 11 gennaio 1999, n. 244, C.E.D. Cass., n. 212640; Cass., sez. I, 17 dicembre 1996, n. 6868, C.E.D. Cass., n. 206760.

reale propria motivazione e non anche un testo espositivo e/o valutativo formato in altra sede e meramente recepito nell'ordinanza cautelare; sia anche perché l'art. 292, comma 2, lett. c) e c *bis*), c.p.p., stabilendo la rilevabilità anche d'ufficio della nullità *de qua*, parrebbe attribuire un siffatto potere di rilevanza al giudice dell'impugnazione cautelare, compreso il tribunale dell'appello *ex art.* 310 c.p.p..

Vi è, poi, l'interpretazione logica che conduce ad una diversa conclusione in quanto negare al tribunale del riesame il potere di annullare il provvedimento redatto con un abusivo sistema di "copia ed incolla" significherebbe, per le ragioni sopra esposte, 'neutralizzare' in pratica la portata operativa della disposizione dettata dall'art. 292 c.p.p. Il riconoscimento al tribunale del riesame del potere di integrazione della motivazione dell'ordinanza cautelare impugnata presuppone che una motivazione vi sia, non in senso puramente grafico formale, ma in senso sostanziale, vale a dire che il primo giudice abbia dato reale contezza del fatto di aver valutato criticamente il contenuto dell'atto richiamato, facendo propri gli argomenti illustrati nella motivazione del diverso atto riprodotto.

Escludere che, in siffatte circostanze, il tribunale adito ai sensi dell'art. 309 c.p.p. possa annullare una tale ordinanza comporterebbe l'effetto paradossale di un indagato che, privato della libertà personale, non sia messo in condizione di conoscere quale sia stato il reale *iter* motivazionale del giudice che ha emesso il relativo provvedimento applicativo della misura, e venga a conoscenza della reale spiegazione del *decisum* solo diversi giorni dopo, con l'adozione della successiva ordinanza del tribunale della libertà.

Appare, pertanto, preferibile il diverso, minoritario orientamento giurisprudenziale per il quale il tribunale del riesame ha sì giurisdizione di merito sulla vicenda *de libertate*, di talché può integrare la motivazione lacunosa o incompleta dell'ordinanza applicativa della misura cautelare personale; provvedimento che, però, deve essere annullata non

solo quando la motivazione risulti assente in senso grafico, ma anche quando essa, per le modalità della sua composizione (ed in particolare per la pedissequa corrispondenza alla motivazione di atti diversi), sia apparente, non consentendo di attestare che il giudice abbia valutato criticamente atti e richiesta, abbia fatto propri gli argomenti illustrati, e solo per tale ragione li abbia riprodotti nel proprio provvedimento<sup>10</sup>.

In tale ottica, è persuasiva l'indirizzo in base al quale si è affermato che, perché il tribunale del riesame possa e debba compiere quest'opera di "supplenza", integrando la motivazione del primo giudice, occorre che una motivazione vi sia, vale a dire che sia riconoscibile un adeguato percorso argomentativo che permetta di rilevare che il primo giudice ha compiuto un effettivo vaglio degli elementi di fatto allegati, spiegando quale valenza dimostrativa essi posseggano e, perciò, quale sia la loro rilevanza ai fini dell'affermazione della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari con riferimento alla posizione di ciascun indagato destinatario della misura. Di presenza di una motivazione non si può parlare, dunque, quando il giudice, operando un rinvio al contenuto di altro atto del procedimento ovvero recependone integralmente il contenuto, si sia limitato all'impiego di "mere clausole di stile" o all'uso di frasi apodittiche, senza dare contezza alcuna delle ragioni per cui abbia fatto proprio il contenuto dell'atto richiamato ovvero lo abbia considerato coerente rispetto alle sue determinazioni finali<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Così Cass., sez. VI, 24 maggio 2012, n. 22327, *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>11</sup> *Ex pluribus*, Cass. sez. III, 15 luglio 2010, n. 33753, C.E.D. Cass., n. 249148; Cass., sez. IV, 14 novembre 2007, n. 4181/08, C.E.D. Cass., n. 238674; Cass., sez. III, 11 novembre 2007, n. 41569, C.E.D. Cass., n. 237903; Cass., sez. IV, 8 luglio 2004, n. 45847, C.E.D. Cass., n. 230415; Cass., sez. I, 19 settembre 1997, n. 5122, C.E.D. Cass., n. 208586; Cass., sez. V, 15 gennaio 1997, n. 131, C.E.D. Cass., n. 207280.

ROBERTA CASIRAGHI

*Assegnista di ricerca in Procedura penale – Università degli Studi di Milano-Bicocca*

## Corte europea dei diritti dell'uomo e *iura novit curia*

### *European court of human rights and iura novit curia*

(Peer reviewers: Prof. Agostino De Caro; Prof. Angelo Pennisi)

---

Per consolidata giurisprudenza europea, un imputato non può essere definitivamente condannato sulla base di una nuova qualificazione giuridica mai comunicata nel corso del procedimento e sulla quale non sia stato posto in grado di discutere, nei suoi profili sia fattuali che giuridici: l'art. 521, comma 1, c.p.p. non pare quindi rispettoso dell'art 6, commi 1 e 3, lett. a) e b) Cedu. Da ciò una possibile dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma. Nel frattempo, un rimedio in grado di permettere l'adeguamento alle decisioni della Corte di Strasburgo potrebbe provenire dalla sentenza costituzionale n. 113 del 2011.

*According to the European case law, a defendant can not be finally convicted on the basis of legal characterisation never communicated during the procedure and on which he is not entitled to contest in respect of legal and factual aspects: therefore, art. 521 paragraph 1 c.p.p. does not appear to respect art. 6 paragraph 1 and 3 lett. a and b Cedu and, accordingly, it appears incompatible with Constitution. Meanwhile, a remedy to comply with a European court's decision could come from the constitutional judgment n. 113 of 2011.*

---

#### **Il caso D.M.T. e D.K.I.**

La Corte europea, con la recente pronuncia D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria<sup>1</sup>, ha confermato l'inderogabilità di alcuni presupposti affinché

il potere del giudice di condannare in base a un *nomen iuris* diverso da quello contenuto in imputazione non violi i diritti difensivi. Sintetizzando la vicenda, il ricorrente, in primo grado, è condannato con una pena detentiva di vent'anni per corruzione passiva. Dopo la conferma in appello, la Corte di cassazione

---

<sup>1</sup> Corte e.d.u., 24 luglio 2012, D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria.

annulla la condanna e rinvia gli atti alla Corte d'appello, ritenendo che i giudici di primo e secondo grado non avessero correttamente qualificato i fatti addebitati. In particolare, si rileva la necessità di raccogliere nuovi elementi al fine di determinare se il fatto s'inscrive nel reato di frode consumata o in quello di frode tentata. Nel corso del processo d'appello, le richieste di prova a discarico sono rigettate e l'imputato viene nuovamente condannato per il reato di corruzione. In cassazione, il giudice di ultima istanza assolve il ricorrente dall'accusa di corruzione passiva e riqualifica il fatto in tentativo di frode. Di qui, il ricorso alla Corte europea per l'asserita violazione dei diritti difensivi.

### Le conclusioni della Corte europea

Il ricorso si è concluso con la condanna della Bulgaria per l'inosservanza dell'art. 6, commi 1 e 3, lett. *a* e *b* Cedu. Infatti, secondo il giudice europeo la norma in parola implica che l'accusato debba essere informato in modo dettagliato non solo dei fatti materiali addebitati, ma altresì della loro qualificazione giuridica. Tale informazione - precisa e completa dell'accusa - costituisce una «condizione essenziale» per un processo equo, rappresentando il necessario presupposto per apprestare un'adeguata difesa. Di conseguenza, l'autorità giudicante, se dispone di «riqualificare i fatti di cui si[a] regolarmente investit[a]», deve assicurare agli accusati «l'opportunità di esercitare i loro diritti di difesa sul punto in maniera concreta ed effettiva», informandoli «in modo dettagliato e in tempo utile»<sup>2</sup> della nuova qualificazione giuridica. Nel caso in esame,

<sup>2</sup> Per questa e le precedenti citazioni, Corte e.d.u., 24 luglio 2012, D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria, § 74-75. Similmente, cfr., tra le altre, Corte e.d.u., 25 settembre 2008, Seliverstov c. Russia, § 18 ss.; Corte e.d.u., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, § 34; Corte e.d.u., 20 aprile 2006, I.H. e altri c. Austria, § 33 ss.; Corte e.d.u., 25 marzo 1999, Pélissier e Sassi c. Francia, § 52 ss.

viceversa, in nessun momento del procedimento, l'accusato ha ricevuto l'informazione sull'*emendatio iuris*, non potendosi considerare tale l'invito che la Corte di cassazione ha rivolto alla Corte d'appello di rinominare - in sede di giudizio di rinvio - il fatto. Il mancato recepimento di quest'indicazione da parte del giudice di seconde cure ha, quindi, indotto l'imputato a mantenere la propria difesa con riguardo al reato di corruzione passiva. Evidenziata la diversità degli elementi materiali delle due infrazioni penali, il giudice di Strasburgo ritiene che la linea difensiva sarebbe stata plausibilmente diversa, qualora l'accusato fosse stato edotto del diverso *nomen iuris*. Per questi motivi, la Corte di cassazione bulgara «avrebbe dovuto dare la possibilità al ricorrente di discutere delle nuove accuse di tentativo di frode aggravata ..., ad esempio aggiorn[ando] l'udienza per permettere alle parti d'espone i loro argomenti o ancora indic[ando] loro di presentare memorie scritte su questa questione»<sup>3</sup>.

Considerato che la predetta violazione rende iniquo il procedimento, la Corte europea evita d'esaminare separatamente la seconda doglianza relativa al rifiuto del giudice d'appello d'acquisire le prove a discarico, dopo il proscioglimento in cassazione<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Corte e.d.u., 24 luglio 2012, D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria, § 83.

<sup>4</sup> In argomento, si rammenta come il giudice europeo ritenga iniqua una condanna avvenuta per la prima volta in sede d'impugnazione sulla scorta di una mera rivalutazione delle testimonianze assunte nei precedenti gradi di giudizio senza che sia disposta una rinnovazione dell'istruttoria, in quanto chi è chiamato a decidere sulla colpevolezza di un soggetto deve, in linea di principio, sentire personalmente i testimoni per valutarne correttamente la credibilità: v. già Corte e.d.u., 26 giugno 2012, Găitătaru c. Romania, § 32; Corte e.d.u., 19 giugno 2012, Mihai Moldoveanu c. Romania, § 63-64; Corte e.d.u., 5 luglio 2011, Dan c. Moldova, § 32-33; Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Destrehem c. Francia, § 43-45. Da ciò un possibile contrasto con l'art. 6 Cedu dell'art. 603 c.p.p., il quale non riconosce all'imputato prosciolto in primo grado il diritto alla rinno-

### Similitudini con la vicenda Drassich

La sentenza qui sintetizzata richiama alla memoria il caso Drassich che ha visto l'Italia condannata dalla Corte di Strasburgo per la violazione dell'art. 6, commi 1 e 3, lett. a) e b) Cedu., in quanto il ricorrente era stato definitivamente condannato in cassazione per una fattispecie non indicata nel rinvio a giudizio e mai comunicata in alcun momento del procedimento alla difesa<sup>5</sup>. Al fine di dare esecuzione alla condanna europea<sup>6</sup>, la Corte di cassazione ha individuato nel ricorso straordinario *ex art.* 625 c.p.p. il mezzo idoneo a dare attuazione al *dictum* europeo: secondo la nostra Corte<sup>7</sup>, per il rispetto dei precetti europei è sufficiente riconoscere alle parti il diritto a un contraddittorio argomentativo sulla diversa definizione del fatto operata *ex officio* dal giudice<sup>8</sup>.

Tralasciando le critiche in merito allo strumento adottato<sup>9</sup>, nemmeno il risultato a cui è giunta la Corte di cassazione può dirsi soddisfacente, in quanto, ritenendo che un intervento *ex officio* sul *nomen iuris* imponga solo il diritto delle parti a un intervento *in iure*, non

vazione dell'istruttoria per riesaminare i testi già escussi.

<sup>5</sup> Corte e.d.u., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia.

<sup>6</sup> Per una più completa ricostruzione della vicenda, cfr. Caianiello, *La riapertura del processo ex art. 625-bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Cass. pen.*, 2009, 1465-1466; Quattrococo, *Giudicato interno e condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: la Corte di cassazione "inaugura" la fase rescissoria*, *ivi*, 2623 ss.

<sup>7</sup> Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, *Cass. pen.*, 2009, 1457 ss., con note di Caianiello e De Matteis.

<sup>8</sup> Per un orientamento analogo, v. recentemente Cass., sez. VI, 24 maggio 2012, n. 22301, *www.dirittopenalecontemporaneo.it*; Cass., sez. I, 18 febbraio 2010, n. 9091, *Dir. pen. proc.*, 2011, 75, che reputa sufficiente un contraddittorio argomentativo sul *nomen iuris* avvenuto nel procedimento *de libertate*.

<sup>9</sup> Cfr. Aimonetto, *Condanna europea e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti de iure condendo*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1514 ss.; Pierro, *Equità del processo e principio di legalità processuale*, *Dir. pen. proc.*, 2009, 1522 ss.; Zacchè, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, *ivi*, 2009, 784-785.

offre all'imputato un pieno recupero delle proprie prerogative difensive. L'errore è già rilevabile a monte, nella presupposta netta separazione tra *questio facti* e *questio iuris*, da cui trae origine lo stesso art. 521 c.p.p. Viceversa, i due aspetti sono uniti in una relazione reciproca, cosicché modifiche nei profili normativi inevitabilmente si ripercuotono sulla componente fattuale<sup>10</sup>: «il fatto 'in quanto tale' non può mai essere posto in una posizione dicotomica rispetto al diritto in 'quanto tale'»<sup>11</sup>. L'attività di riconduzione del fatto a una previsione normativa non rappresenta una del tutto prevedibile attività meccanica e ricognitiva: infatti, «la modifica del *nomen iuris* richiede, comunque, un'attività di carattere valutativo che si spinge al di là di una mera constatazione o dell'accertamento di un fatto evidente»<sup>12</sup>, poiché «la qualificazione giuridica non è frutto di una semplice e automatica sussunzione del fatto nella norma che gli dà rilevanza penale»<sup>13</sup>.

Pertanto, non si può pretendere che l'imputato, di fronte al fatto addebitato, diriga la propria linea difensiva verso tutti i suoi possibili approdi definitivi<sup>14</sup>. Né l'espressa previ-

<sup>10</sup> Per quest'impostazione, cfr. Caianiello, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, *Giust. pen.*, 2007, I, 171; Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: considerazioni sul caso Drassich*, *Giur. it.*, 2009, 2522-2523; Zacchè, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, *cit.*, 786. Viceversa, a favore di una salda distinzione fra fatto e diritto, cfr. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 296-297.

<sup>11</sup> Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 73.

<sup>12</sup> Parlato, *Riapertura del processo iniquo per modifica "viziata" del nomen iuris*, *Dir. pen. proc.*, 1588.

<sup>13</sup> Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, *cit.*, 298.

<sup>14</sup> Come osserva Ferrua, *Difesa (diritto di)*, *Dig. pen.*, III, Torino, 1989, 470, deve ritenersi «scorretto postulare un onere dell'imputato di difendersi, avendo avuto riguardo a tutte le ipotetiche qualifiche del fatto contestato, indipendentemente dalla loro enunciazione (originaria o successiva) nell'atto d'accusa». *Contra* Marini,

sione normativa del principio *iura novit curia* può far ritenere l'accusato in grado di prevedere l'eventualità di un aggiornamento del *nomen iuris* assegnato al fatto contestato<sup>15</sup>: ai fini dell'effettività della difesa, «il mero riferimento all'astratta possibilità che un tribunale possa giungere a conclusioni diverse dall'organo dell'accusa in relazione alla qualificazione di un reato è chiaramente insufficiente»<sup>16</sup>.

D'altronde, l'*emendatio iuris* potrebbe aprire nuovi temi probatori rimasti precedentemente ignorati, la cui verifica potrebbe esigere l'acquisizione di nuovi mezzi e/o fonti di prova. Premesso che «la qualificazione dell'illecito rappresenta l'unità di misura, la lente attraverso cui avviene la determinazione del fatto principale», «se si sostituisce la lente, cambiano pure i punti oggetto dell'indagine, con il risultato che temi secondari o inesplorati nell'ottica di un'imputazione potrebbero assumere un'altra luce in un diverso contesto»<sup>17</sup>: ad esempio, «i fatti incompatibili, possibile oggetto delle prove contrarie, variano a seconda della qualificazione giuridica che ad essa si voglia dare»<sup>18</sup>.

sub art. 521 c.p.p., Chiavario (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, Torino, 1991, 476, secondo cui «le garanzie dovute ex art. 24 comma 2 Cost. sono sostanzialmente rispettate allorché la difesa ha potuto interloquire sull'intero fatto contestato ed ha così avuto la possibilità di affrontare - volendo - anche gli aspetti nascenti di una qualificazione giuridica diversa da quella ipotizzata dall'accusa».

<sup>15</sup> Inoltre, c'è il rischio che un'«eccessiva diligenza» da parte della difesa, «portandola a più ampie disquisizioni, apra orizzonti impensati, suggerendo al giudice, sia pure al fine di negarla, una responsabilità diversa e più grave di quella contestata» (Calamandrei, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1996, 655).

<sup>16</sup> Corte e.d.u., 20 aprile 2006, I.H. e altri c. Austria, § 34, in replica all'obiezione del Governo secondo cui il difensore esperto avrebbe dovuto informare l'imputato di una simile eventualità.

<sup>17</sup> Zacchè, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drasich*, cit., 786, da cui è tratta anche la citazione precedente.

<sup>18</sup> Capone, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, 2010, 64.

Anche la Corte europea ha sottolineato come l'effettività della difesa implichi che, nella fase d'impugnazione successiva alla riqualificazione giuridica del fatto, l'imputato abbia l'opportunità di contestare la condanna nei suoi profili tanto fattuali quanto giuridici<sup>19</sup>. In effetti, la violazione dell'art. 6, commi 1 e 3, lett. a) Cedu si riflette inevitabilmente su tutte le facoltà difensive elencate di seguito: è evidente che solo un'adeguata conoscenza dei «motivi» - cioè dei profili fattuali - e della «natura» - vale a dire degli aspetti normativi - dell'accusa permette un'effettiva difesa, la quale esige che l'accusato, per far fronte a un aggiornamento dell'imputazione, disponga del «tempo» e delle «facilitazioni necessarie». Fra queste ultime va innegabilmente inclusa la possibilità di procedere a nuove acquisizioni probatorie funzionali alla dimostrazione dei nuovi temi di prova emersi, la cui importanza è rimarcata dall'autonoma considerazione che il diritto alla prova riceve all'interno della norma convenzionale, nel suo comma 3 lett. c).

La violazione della lett. a) dell'art. 6, comma 3, Cedu comporta inevitabilmente il disconoscimento delle susseguenti facoltà, con la conseguenza che un giudizio sul nuovo *nomen iuris* davanti alla Corte di legittimità è strutturalmente inidoneo a garantire il rispetto delle garanzie convenzionali, non potendosi estendere al merito della questione e non contemplando un momento dedicato all'attività istruttoria, nel corso del quale l'accusato possa far valere il proprio diritto alla prova.

### ***iura novit curia nei giudizi di primo e secondo grado: profili critici***

Queste osservazioni estendono la propria portata al di là di una riqualificazione giuridica

<sup>19</sup> Corte e.d.u., 21 febbraio 2002, Sipavicius c. Lituania, § 31-33; Corte e.d.u., 1° marzo 2001, Dallos c. Ungheria, § 50-52. V., però, Quattrocchio, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011, 287 ss., secondo cui i giudici di Strasburgo sembrano accontentarsi di un contraddittorio argomentativo.

del fatto operata in Cassazione. Infatti, qualora il principio *iura novit curia* sia applicato dalla corte d'appello ai sensi dell'art. 597, commi 2 e 3, c.p.p., all'imputato sono comunque precluse successive acquisizioni probatorie, essendo possibile il solo ricorso in cassazione. Al riguardo, va rammentata la vicenda I.H. e altri c. Austria, in cui si è sottolineato proprio come la sola impugnazione di legittimità non assicuri all'accusato una reale opportunità d'avvalersi in modo effettivo delle proprie facoltà defensionali in relazione al mutato *nomen iuris*<sup>20</sup>.

È vero che, nel caso in cui l'appellante sia il solo imputato, il divieto di *reformatio in pejus* esclude che il giudice possa irrogare un trattamento sanzionatorio più grave; nondimeno, questo divieto non può compensare il mancato esercizio dei diritti difensivi in ordine al nuovo titolo di reato, non sembrando condizionale la tesi che «il diritto al contraddittorio non [vada] assicurato alla difesa ... nel caso di derubricazione, o comunque di sostituzione con un'ipotesi criminosa più lieve»<sup>21</sup>. Infatti, nella vicenda D.M.T. e D.K.I., la Corte europea ha dichiarato l'iniquità del procedimento nonostante il ricorrente, a seguito del nuovo *nomen iuris* meno grave, avesse beneficiato di una considerevole riduzione della pena, poiché l'imputato non ha potuto difendersi in ordine al reato per cui è stato definitivamente condannato<sup>22</sup>.

Quanto all'applicazione del principio *iura novit curia* nel processo di primo grado, indubbiamente l'imputato potrebbe disporre di un'impugnazione di merito. Ciononostante, l'art. 603 c.p.p. non sembra riconoscere alle parti il diritto incondizionato a una rinnova-

zione dell'istruttoria a fronte di una nuova riqualificazione del fatto operata in sentenza<sup>23</sup>, con la conseguenza che l'accusato, con riguardo al complesso delle facoltà consacrate nella Convenzione europea, non è reintegrato nella sua posizione antecedente alla violazione del diritto alla corretta informazione - in fatto e in diritto - dell'addebito<sup>24</sup>.

### Prospettive di soluzione fra potenziali questioni di legittimità costituzionale e "revisione europea"

Per porre rimedio agli evidenziati *deficit* difensivi, pare quindi convincente (con riguardo ai giudizi sia di merito che di legittimità) l'opinione che evidenzia l'illegittimità costituzionale dell'art. 521 comma 1 c.p.p. (nonché dell'art. 597, commi 2 e 3, c.p.p.) rispetto agli art. 76 e 77, comma 1, 111, comma 3, e 117 Cost., laddove non estende alla riqualificazione giuridica le medesime regole previste per la modifica del fatto<sup>25</sup>.

La trasmissione degli atti al pubblico ministero per le conseguenti determinazioni ex art. 521 c.p.p., in ogni grado di giudizio (previa la dichiarazione di nullità della sentenza

<sup>23</sup> Quattrococo, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, cit., 147-148, evidenzia come «l'attività di assunzione (o di riassunzione) di prove nell'appello subisc[a] il pesante limite dei criteri di cui ai commi 1-4 dell'art. 603 c.p.p.». Sul tentativo d'accedere a «un'interpretazione elastica del concetto di "prova nuova" di cui all'art. 603 comma 2 c.p.p.», senza però ulteriori spiegazioni, v. Parlato, *Riapertura del processo iniquo per modifica "viziata" del nomen iuris*, cit., 1589.

<sup>24</sup> Date queste premesse, non può ritenersi pienamente soddisfacente Cass., sez. VI, 19 febbraio 2010, n. 20550, *CED Cass.*, 247371, laddove, affermando che «la garanzia del contraddittorio in ordine alle questioni inerenti alla diversa qualificazione giuridica del fatto deve essere concretamente assicurata all'imputato sin dalla fase di merito in cui si verifica la modifica dell'imputazione», dispone l'annullamento con rinvio alla Corte d'appello.

<sup>25</sup> Così Zacchè, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, cit., 786.

<sup>20</sup> Corte e.d.u., 20 aprile 2006, I.H. e altri c. Austria, § 37-38.

<sup>21</sup> Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: considerazioni sul caso Drassich*, cit., p. 2518.

<sup>22</sup> Corte e.d.u., 24 luglio 2012, D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria, § 82.

impugnata ad opera della Corte d'appello<sup>26</sup> o previo il suo annullamento senza rinvio *ex art. 620 lett. l) c.p.p. in cassazione*<sup>27</sup>), permetterebbe non solo di conformarsi pienamente ai canoni europei, riconoscendo all'accusato la possibilità di disporre di un termine a difesa, d'attuare una nuova strategia difensiva e di chiedere l'acquisizione di nuove prove; a differenza di altre soluzioni escludenti una regressione del procedimento<sup>28</sup>, assicurerebbe altresì una parità di trattamento fra gli imputati, garantendo anche in ordine a un addebito qualificato tardivamente sia i tre gradi di giudizio<sup>29</sup> sia l'accesso ai riti deflativi. L'inevitabile allungamento dei tempi processuali non può certo costituire un ostacolo: come ha rammentato il giudice costituzionale «il principio di ragionevole durata del processo non può comportare la vanificazione degli altri valori costituzionali che in esso sono coinvolti, primo fra i quali il diritto di difesa»<sup>30</sup>.

Va, peraltro, osservato come la Corte costituzionale, chiamata a valutare la legittimità

<sup>26</sup> Cfr., con riguardo alle modifiche fattuali, Cass., sez. un., 6 dicembre 1991, n. 2477, *Cass. pen.*, 1992, 1484; più recentemente, Cass., sez. II, 19 novembre 2004, n. 47976, *CED Cass.*, 230954.

<sup>27</sup> Cfr. Zacchè, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, cit., p. 787.

<sup>28</sup> Quale, ad esempio, nel caso in cui l'aggiornamento della qualificazione giuridica avvenisse per la prima volta in cassazione, il rinvio al giudice di merito (come la Corte d'appello), «funzionale alla sola integrazione probatoria ... mentre il giudizio rescissorio (oltre a quello rescindente) sulla questione di diritto andrebbe comunque riservato» al giudice di legittimità (Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: considerazioni sul caso Drassich*, cit., 2524-2525).

<sup>29</sup> Infatti, confinare il contraddittorio successivo all'*emendatio iuris* in appello, se potrebbe essere conforme agli insegnamenti europei «in applicazione del criterio di valutazione globale delle vicende esaminate», determinerebbe una «comunque discriminatoria privazione del contraddittorio in un grado di giudizio su uno dei temi decisori» (Ubertis, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Torino, 2009, 57, da cui è tratta anche la citazione precedente).

<sup>30</sup> C. cost., ord. 19 novembre 2002 n. 458, *Giur. cost.*, 2002, 3811.

costituzionale degli art. 424, 429 e 521, comma 1, c.p.p. con riguardo agli art. 3, 24, 111, comma 3, e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui non è estesa all'*emendatio iuris* la disciplina dettata per l'*emendatio libelli*, abbia dichiarato inammissibile la questione<sup>31</sup>. Nonostante l'inammissibilità sia stata principalmente fondata sull'«insufficiente motivazione in punto di rilevanza della questione»<sup>32</sup>, essa si basava altresì sulla considerazione che «il rimettente sollecita[va] una pronunzia additiva, non avente carattere di soluzione costituzionalmente obbligata, ma rientrante nell'ambito di scelte discrezionali riservate al legislatore»<sup>33</sup>, rilevando che «la soluzione prospettata dal giudice *a quo* tende[va] ad ottenere la parificazione di situazioni processuali tra loro non omogenee, quali l'accertamento che un fatto debba essere diversamente qualificato e la constatazione che il fatto è differente da quello descritto nel decreto che dispone il giudizio».

Sebbene la vicenda da cui è scaturita la questione di legittimità riguardasse una riqualificazione giuridica avvenuta in udienza preliminare<sup>34</sup>, il discorso della Corte costituzionale, laddove sottolinea la diversità sostanziale fra l'*emendatio iuris* e l'*emendatio libelli*, pare riguardare in termini generali la disciplina del principio *iura novit curia*. Se questo dubbio fosse confermato, mancando

<sup>31</sup> C. cost., sent. 17 marzo 2010 n. 103, *Giur. cost.*, 2010, 1151 ss., con nota di Rafaraci. In precedenza, aveva manifestato dubbi sulla circostanza che una questione di costituzionalità del genere potesse essere accolta De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, Balsamo - Kostoris (a cura di) *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 230-231.

<sup>32</sup> C. cost., sent. 17 marzo 2010 n. 103, cit., 1158.

<sup>33</sup> C. cost., sent. 17 marzo 2010 n. 103, cit., 1159-1160, da cui è tratta anche la citazione successiva.

<sup>34</sup> In una simile evenienza, il rischio di una condanna europea sembra scongiurato, in quanto sia il diritto di difendersi sia quello alla prova sulla nuova *contestatio iuris* trovano adeguato spazio nella fase dibattimentale. V. però Mazza, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare* (2008), in Id., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 53.

uno strumento per evitare preventivamente il contrasto con i precetti convenzionali, non resterebbe che verificare l'esistenza di rimedi in grado di permettere l'adeguamento all'eventualmente future condanne europee.

A tale scopo giunge in soccorso la sent. cost. n. 113 del 2011, con cui è stata dichiarata «l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza ... penale al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario ... per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo»<sup>35</sup>. Escluso qualsiasi automatico collegamento fra condanna europea e revisione<sup>36</sup>, in caso di una nuova condanna dell'Italia in materia di *iura novit curia*, la «necessità della riapertura» pare essere giustificata sia dalla «natura oggettiva della violazione accertata»<sup>37</sup> sia dalle «indicazioni contenute nell[e] sentenz[e]» europee in argomento<sup>38</sup>.

In ottemperanza a quanto statuito dalla Corte costituzionale<sup>39</sup>, il giudice della revisione potrebbe prima dichiarare la nullità

<sup>35</sup> C. cost., sent. 7 aprile 2011 n. 113, *Giur. cost.*, 2011, 1542, con note di Ubertis, Repetto e Lonati.

<sup>36</sup> Come osserva Ubertis, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, *Giur. cost.*, 2011, 1546, «la prima non implica l'uso di tale mezzo di impugnazione quando manchi il requisito ... della 'necessaria' riapertura del processo per raggiungere lo scopo della *restitutio in integrum*».

<sup>37</sup> C. cost., sent. 7 aprile 2011 n. 113, cit., 1540, da cui è tratta anche la citazione successiva.

<sup>38</sup> Cfr. Corte e.d.u., 24 luglio 2012, D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria, § 139; Corte e.d.u., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, § 46.

<sup>39</sup> ... che ha invitato il giudice della revisione a «valut[are] anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli» (sent. cost. n. 113 del 2011, cit., 1541). In argomento, cfr. Gialuz, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, *Cass. pen.*, 2011, 3315 ss.; Tabasco, *Decisioni CEDU, processo iniquo e nuovo giudizio*, *Dir. pen. proc.*, 2011, 1411-1412; Ubertis, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, cit., 1547.

della sentenza con cui il giudice, *ex art. 521*, comma 1, c.p.p., abbia riqualificato il fatto per violazione dell'art. 178 lett. c) c.p.p. (così come convenzionalmente interpretato)<sup>40</sup> e poi disporre una «ripresa del procedimento implicante il compimento di attività istruttorie o argomentative»<sup>41</sup>: per quanto qui interessa, le parti disporranno così del più ampio riconoscimento del diritto alla prova, essendo applicabili, ai sensi dell'art. 636, comma 2, c.p.p., le regole dettate per il giudizio di primo grado.

Sembra però necessario un ulteriore passaggio. Premesso che, ai sensi dell'art. 46 Cedu, incombe sullo Stato anche l'obbligo di adottare le misure generali necessarie a prevenire il ripetersi di violazioni dei diritti umani analoghe a quelle già accertate<sup>42</sup> e che l'effetto delle sentenze europee si spinge oltre i confini dello Stato convenuto, con la conseguenza che ad esse dovrebbero adeguarsi anche tutti gli altri Paesi internazionalmente obbligati dalle norme pattizie ai sensi dell'art. 32 Cedu<sup>43</sup>, si è auspicato di ampliare «con un provvedimento legislativo (corredato di una norma transitoria analoga a quella di cui all'art. 6 l. 24 marzo 2001 n. 89 ...) o con un nuovo intervento della Corte costituzionale ... il risultato della sent. cost. n. 113 del 2011 così da tutelare i diritti umani, senza la necessità di un previo ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, nei casi analoghi a quelli in cui la stessa sia già intervenuta con una pronuncia di con-

<sup>40</sup> In argomento, per opposte opinioni, cfr. Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e invalidità processuali secondo le regole interne*, *Legislazione pen.*, 2011, 479; Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Cass. pen.*, 2011, 814.

<sup>41</sup> Ubertis, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, cit., 1546.

<sup>42</sup> Così Cartabia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Balsamo - Kostoris (a cura di) *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 60.

<sup>43</sup> Cfr. Gardino Carli, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo. Profili processuali*, Milano, 2005, 140.

danna tanto nei confronti dell'Italia quanto ... di altri Stati parte della Convenzione di Roma e dei suoi protocolli»<sup>44</sup>. La sentenza Drassich e le analoghe condanne europee nei confron-

<sup>44</sup> Ubertis, *Diritti umani e mito del giudicato*, [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 5 luglio 2012, 6.

ti degli altri Stati rappresenterebbero quindi i precedenti che giustificano, in materia di *iura novit curia*, il ricorso alla revisione per le sentenze passate in giudicato all'esito di un processo in cui, dopo l'*emendatio iuris*, il diritto di difesa, anche nella sua dimensione probatoria, non fosse stato adeguatamente salvaguardato.

MARILENA COLAMUSSI

Professore aggregato – Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”

## Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa

### *Adult probation according to the model of restorative justice*

(Peer reviewers: Prof. Agostino De Caro; Prof. Angelo Pennisi)

---

Il successo riscontrato nell'esperienza applicativa della “messa alla prova” nel rito minorile ha indotto il legislatore, in più occasioni, a mutuarne le regole nel processo penale ordinario. Da ultimo, il disegno di legge governativo (d.d.l. 29 febbraio 2012, n. 5019) lascia ampio spazio alle logiche punitive travisando lo spirito dell'istituto principalmente incardinato sul modello della giustizia riparativa, così come si evince anche dalle regole europee sulla messa alla prova.

*The success observed in the practical experience of probation for youth offenders pushed the legislator to introduce the probation rules in the ordinary system, in several occasions. In the last, a recent government bill (d.d.l. 29 february 2012, n. 5019) did not fully welcome the principle of restorative justice, as indicated in the European rules of probation, but mostly preserved the model of retributive justice.*

---

#### **La ricerca di nuovi equilibri tra sistema retributivo e modello riparativo**

Da lungo tempo si avverte l'esigenza di “modernizzazione”<sup>1</sup> del sistema sanzionatorio, muovendo dalla constatazione che il monopolio della risposta repressiva non soddisfa

pienamente il binomio delle pretese punitive e rieducative di cui lo Stato si fa portavoce.

Al sistema retributivo classico negli apparati normativi più moderni europei ed extra-europei si affianca il modello riparativo, che - va subito precisato - non ha la pretesa di sostituire la risposta tradizionalmente punitiva ma di rappresentare una valida alternativa, utile a migliorare l'efficacia e l'efficienza del sistema giustizia. La prospettiva in cui si pone

---

<sup>1</sup> Paliero, *L'autunno del patriarca*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1994, 1250.

il paradigma della giustizia riparativa ha, dunque, una rilevanza di carattere integrativo<sup>2</sup> e, pertanto, merita di essere armonizzata e collocata negli spazi processuali idonei senza perdere di vista la tutela delle garanzie fondamentali.

La ricomposizione del conflitto generato dal reato non è più demandata totalmente allo Stato, coinvolgendo in modo più diretto e attivo le parti principali. Alla base il fatto di reato inteso non soltanto come un'azione posta in essere contro lo Stato, bensì contro la persona offesa che, pertanto, diventa il principale destinatario dell'attività riparatoria. Accanto alla più immediata soddisfazione della vittima e alla responsabilizzazione dell'autore del reato, impegnato in prima persona a sanare direttamente o indirettamente le conseguenze dell'azione criminosa, ne trae beneficio anche l'amministrazione della giustizia che vede ridotti costi, tempi e mole di lavoro.

Nel panorama internazionale sono note molteplici strategie e tecniche di giustizia riparativa (*family group conferences, conferencing, sentencing circles, community conferencing, community justice forums, victim-offender mediation etc.*), praticate giudizialmente oppure extragiudizialmente per poi trasferirne i risultati nell'ambito del sistema tradizionale<sup>3</sup>. Denominatore comune è l'obiettivo di favorire la conciliazione tra la persona offesa e l'autore del reato chiamato a porre in essere condotte riparatorie utili a neutralizzare e/o compensare i danni cagionati, se e quando suscettibili di riparazione<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Favorevole al processo di "integrazione" tra diritto penale e giustizia riparativa risulta Paliero, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Urbino, 23-24 settembre 2005), Milano, 2007, 113 ss.

<sup>3</sup> V., per tutti, Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.

<sup>4</sup> Precisa all'uopo Scalfati, *Premessa*, Scalfati (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*,

Tale modello fa ingresso timidamente nel rito minorile attraverso l'istituto della "sospensione del processo e messa alla prova"<sup>5</sup>, che introduce per la prima volta lo strumento della mediazione penale, quale *species* nel *genus* dei metodi di giustizia riparativa. Nella dinamica della "messa alla prova", infatti, le pratiche riparatorie sono concepite solo in termini eventuali, nel senso che - secondo il dettato normativo - con l'ordinanza di sospensione del processo il «giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa» (art. 28, comma 2, d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448).

Osservando i risultati delle indagini statistiche<sup>6</sup> e delle ricerche empiriche si nota che nella prassi applicativa le prescrizioni di natura riparatoria non solo rappresentano un elemento imprescindibile del "progetto di intervento" (art. 27 d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272), ma si assestano quale chiave di volta dell'istituto della messa alla prova che proprio attraverso tali modalità consegue gli obiettivi auspicati sia per l'esito positivo della prova nei limiti di durata della misura che comporta l'estinzione del reato, sia a distanza di lungo tempo dalla conclusione della prova, in termini di non ricaduta del soggetto nel circuito penale (*reoffending*). La messa alla prova, dunque, sembra, perseguire effetti tendenzialmente neutralizzanti sulla recidiva<sup>7</sup>.

Un primo confronto con la risposta retri-

Padova, 2001, XV: «Opportunità di questo tipo tenderanno a manifestarsi solo con riguardo a fattispecie penali in cui la persona offesa - inevitabilmente coinvolta nelle sequenze conciliative - è identificabile, e non anche rispetto a reati contravvenzionali con oggetto indeterminato o nei quali il bene protetto si riferisce ad entità non ben individuate».

<sup>5</sup> Per ulteriori approfondimenti sul punto sia consentito citare Colamussi, *La messa alla prova*, Padova, 2010.

<sup>6</sup> [www.giustiziaminorile.it](http://www.giustiziaminorile.it)

<sup>7</sup> Colamussi-Mestitz, *Devianza minorile e recidiva. Prosciogliere, punire o responsabilizzare?*, Milano, 2012.

butiva classica fa emergere indiscriminate politiche indulgenziali (si pensi all'istituto della sospensione condizionale della pena) che - di fatto - finiscono per favorire l'"incertezza" della pena, diffondere l'"insicurezza" sociale e fornire il lasciapassare per condotte recidivanti generate dalla inevitabile convinzione che tempi e modalità di accertamento della rilevanza penale dei fatti appaiono talmente dilatati da garantire una quasi certa impunità per l'autore del reato.

Tutto questo ha lentamente creato le premesse ideologiche per lo sviluppo di un cambiamento nella prospettiva sanzionatoria tradizionale, alla ricerca di nuovi equilibri che senza prescindere dalla irrinunciabile pena detentiva<sup>8</sup>, affidano agli interventi di *diversion* le risposte alternative e integrative al tempo stesso. Si tratta di tracciare un binario complementare rispetto a quello solcato dalla giustizia ordinaria, caratterizzato dalla immediatezza nell'intervento in termini di operatività, come pure nella verifica dei risultati per i quali si ha un riscontro pressoché istantaneo, che coinvolge la persona offesa garantendole un più elevato grado di soddisfazione derivante dal meccanismo di mediazione/riparazione. E quand'anche tale soluzione non dovesse funzionare si può, anzi si deve, ricorrere alla sanzione tradizionale che rimanendo sullo sfondo produce un effetto deterrente utile a favorire il percorso conciliativo.

Ai riscontri positivi che si prospettano in termini di recupero della funzione rieducativa della pena, deflazione del carico giudiziario, decongestione del sovraffollamento carcerario, maggiore e più immediata soddisfazione delle vittime, si aggiungono le continue e oramai datate sollecitazioni provenienti dalla

<sup>8</sup> Paliero, *La riforma del sistema sanzionatorio tra utopia e realtà*, Pisa (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti (Genova, 15 novembre 2006), Torino, 2008, 274.

normativa internazionale al fine di introdurre la mediazione in ambito penale, nonché il riconoscimento processuale degli eventuali accordi raggiunti tra persona offesa e autore del reato<sup>9</sup>. Ora, fatta eccezione per la disciplina delle definizioni alternative del procedimento dinanzi al giudice di pace, a tutt'oggi, lo Stato italiano risulta inadempiente alla decisione quadro adottata dal Consiglio dell'Unione Europea, il 15 marzo 2001, per potenziare la tutela della "posizione della vittima nel processo penale"<sup>10</sup>.

Da ultimo la «Raccomandazione R(2010)1 relativa alle regole europee sulla messa alla prova», adottata dal Comitato dei Ministri il 20 gennaio 2010<sup>11</sup>, detta le caratteristiche principali della misura invitando gli Stati aderenti all'Unione Europea ad adeguare le legislazioni interne, le politiche criminali e le prassi applicative, senza circoscrivere l'intervento al settore minorile, viceversa estendendolo a qualunque autore di reato.

Invero, l'orientamento progressista in parola non rappresenta una novità assoluta nel fermento delle riforme normative che

<sup>9</sup> Cfr. artt. 10 e 17 Decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale; nonché Raccomandazione N.R.(99) 19, 15 settembre 1999, del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che obbligava i Paesi membri dell'Unione Europea ad adottare la mediazione penale nei propri ordinamenti entro il 2006.

<sup>10</sup> Sul punto si segnala l'art. 53, l. 4 giugno 2010, n. 96, «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità europea - Legge comunitaria 2009» (G.U., 25.6.2010, n. 146, *Suppl. ord.* n. 138/L) che detta «Principi e criteri direttivi di attuazione della decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale» e che pur attribuendo alla persona offesa diritti inediti, in materia di informazioni, prova testimoniale e notizie qualificate di reato, nulla riferisce in tema di mediazione penale.

<sup>11</sup> Per la traduzione italiana del testo ufficiale in lingua francese, Grevi-Giostra-Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, II, Padova, 2011, 1549 ss.

sia a livello globale<sup>12</sup> sia a livello parziale<sup>13</sup> si sono succedute e che costantemente ricorrono all'estensione dell'istituto della messa alla prova per gli adulti, segno che una precisa scelta di politica criminale in tale direzione è maturata da tempo. Tuttavia, prima di passare in rassegna gli ultimi disegni di legge, sembra opportuno guardare all'esperienza della messa alla prova nel rito minorile per selezionare i punti di forza e quelli di debolezza della disciplina suscettibili di essere mutuati nel sistema ordinario.

### Quanto si può mutuare dall'esperienza del rito minorile

I buoni risultati conseguiti dalla sperimentazione della messa alla prova nel processo penale minorile<sup>14</sup> fanno propendere per l'adozione dello strumento di *diversion* nel rito ordinario, ma non è pensabile traghettare l'istituto da un sistema all'altro senza gli opportuni adattamenti. È apparso «ovvio che non di mero trapianto può, specie in questo caso, trattarsi attese le caratteristiche della messa alla prova

minorile (finalità di socializzazione della personalità non ancora strutturata; ampio accesso al meccanismo senza previsione di limiti editali o qualitativi per titolo di reato) e la loro inesportabilità meccanica nell'universo della giustizia ordinaria»<sup>15</sup>.

La messa alla prova rappresenta nel rito minorile l'istituto "simbolo" in cui si concentra la funzione educativa primaria che il processo si propone di realizzare. In buona sostanza al minorenni viene offerta una *chance* che gli consente di dimostrare, attraverso la "prova", un cambiamento di rotta che parte dalla sua personalità e consistente nel definitivo abbandono della scelta deviante. Diversamente, mettere alla prova un adulto, dalla personalità già strutturata, risponde a differenti esigenze e prevalentemente ad una logica rieducativa più che educativa, mediante un coinvolgimento diretto e mirato a saldare il proprio debito con la giustizia in una prospettiva riparativa più che retributiva.

Conseguentemente il giudizio sulla opportunità della misura per un soggetto adulto si dovrebbe fondare su parametri di riferimento di natura oggettiva più che soggettiva. Ad eccezione della prognosi di non recidiva che impone un'indagine riguardante la personalità, già nota ad altri istituti affini applicati nel sistema ordinario, per estendere la prova agli adulti occorre selezionare dei criteri obiettivi di immediata individuazione, incentrati più che altro sulla tipologia e sulla gravità del reato per circoscrivere gli spazi applicativi anche in prospettiva delle logiche riparative.

Molto del "non detto" in sede di legislazione minorile, va invece espressamente precisato come il portato dell'esperienza applicativa

<sup>12</sup> Cfr.: Lavori Commissione Pisapia, istituita con d.m. 30 luglio 2006, con l'incarico di predisporre uno schema di disegno di legge delega di riforma del codice penale, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it); Lavori Commissione di studio per la riforma del codice di procedura penale, c.d. Commissione Riccio, istituita con d.m. 27 luglio 2006, [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). Per ulteriori approfondimenti sul punto Vignoni, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Milano, 2011, 314 ss.

<sup>13</sup> Cfr.: d.d.l. 16 maggio 2007, n. 2664, «Disposizioni per l'accelerazione e la razionalizzazione del processo penale, nonché in materia di prescrizione dei reati, recidiva, e criteri di ragguaglio tra pene detentive e pene pecuniarie», e in tema cfr. Martini, *La sospensione del processo con la messa alla prova: un nuovo protagonista per una politica criminale già vista*, *Dir. pen. proc.*, 2008, 237 ss.; d.d.l. 9 marzo 2010, n. 3291, «Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno e sospensione del procedimento con messa alla prova»; d.d.l. 12 maggio 2010, n. 3291-ter (stralcio artt. 3-9 d.d.l. n. 3291), «Disposizioni relative alla sospensione del procedimento penale con messa alla prova», [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

<sup>14</sup> [www.giustiziaminorile.it](http://www.giustiziaminorile.it)

<sup>15</sup> Così Di Chiara, *Le forme della semplificazione avanzata: dall'irrelevanza del fatto alla mediazione*, in *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Lecce, 23-25 ottobre 2009), Milano, 2012, 338.

e della prassi giurisprudenziale maturata in tale sede e da trasferire nel rito ordinario.

Sul piano della disciplina generale occorre, innanzitutto, rivedere l'ampia discrezionalità rimessa al giudice minorile per decidere sulla opportunità della messa alla prova, che in quella sede rappresenta una precisa scelta di politica criminale, opportuna nella misura in cui garantisce l'"individualizzazione"<sup>16</sup> dell'intervento, mentre può rivelarsi un boomerang nel sistema ordinario per il potenziale pregiudizio al principio di uguaglianza sostanziale.

Più in particolare, sembra necessario fissare dei paletti in ordine alla fruibilità della messa alla prova per gli adulti rispetto alla gravità del reato, priva di qualsiasi limitazione nel rito minorile<sup>17</sup>. Non va sottaciuto che non tutte le fattispecie criminose sono suscettibili di mediazione/riparazione. Ve ne sono talune «talmente gravi da risultare ontologicamente inconciliabili con qualsiasi forma di composizione negoziata»<sup>18</sup>, ovvero prive di persona offesa immediatamente identificabile, od ancora di generale deplorazione da parte della collettività tanto da far perdurare in modo significativo la pretesa punitiva dello Stato.

La sfera di applicabilità, allora, può ben essere estesa al di là dei reati bagatellari<sup>19</sup>, ma per le fattispecie più gravi stridente appare la conseguenza che si prospetta all'esito positivo della prova che comporta l'estinzione del reato. Si potrebbe, allora, concepire l'adozione dell'istituto per gli adulti differenziata nelle diverse fasi processuali a seconda della gravità

del reato. La prospettiva è quella del processo bifasico, in cui la messa alla prova viene rinviata alla fase di esecuzione della pena limitatamente alle fattispecie di reato di una certa gravità, così che all'esito positivo della misura non corrisponderebbe più l'estinzione del reato dall'esistente giuridico bensì l'estinzione della pena. La prova, dunque, rivisitata - sulla scia del modello d'origine anglosassone<sup>20</sup> - quale causa estintiva della pena per i reati più gravi, mentre per quelli di lieve e media entità continuerebbe a collocarsi nel corso del processo comportandone la sospensione e all'esito positivo l'estinzione del reato<sup>21</sup>.

Quanto ai presupposti applicativi, che nell'attuale disciplina risultano impliciti e che, invece, occorrerebbe puntualizzare, si annovera il previo accertamento del fatto penalmente rilevante e della responsabilità dell'imputato in ordine al medesimo<sup>22</sup>. L'orientamento in parola, confermato anche dalla giurisprudenza costituzionale<sup>23</sup> si fonda sulla natura giuridica della prova che è una misura penale, dal contenuto afflittivo, e in quanto tale deve essere coniugata con i principi di legalità e di presunzione di non colpevolezza. Si tratta di un accertamento che tecnicamente non può essere contrassegnato dalla pienezza, ma dai caratteri della sommarietà e provvisorietà, anche in ragione della fase processuale in cui ha ingresso la messa alla prova (udienza preliminare o dibattimento), nonché del provvedimento di sospensione del processo disposta in forma di ordinanza e non di sentenza<sup>24</sup>.

<sup>16</sup> Patanè, *L'individualizzazione del processo penale minorile. Confronto con il sistema inglese*, Milano, 1999.

<sup>17</sup> Vigoni, *La metamorfosi della pena*, cit., 312 ss.

<sup>18</sup> Così Patanè, *Mediazione penale e norme*, Mestitz (a cura di) *Mediaries - Prospettive di mediazione penale*, 2005, 214.

<sup>19</sup> Cfr.: Moretti, *Mediazione e reati violenti contro la persona: nuovi confini per i paradigmi di giustizia riparativa?*, Mannozi (a cura di), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004, 106; Paliero, *La mediazione penale*, cit., 130; Patanè, *Mediazione penale e norme*, cit., 212.

<sup>20</sup> Morris -Tonry, *Between Prison and Probation. Intermediate punishments in a rational sentencing system*, Oxford, 1990.

<sup>21</sup> La questione è già stata affrontata in termini più analitici in altra sede, a cui pertanto si rinvia: Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 274 ss.

<sup>22</sup> Pulitanò, *La giustizia minorile: dopo una battaglia vinta, quali prospettive?*, *Legislazione pen.*, 2004, 191.

<sup>23</sup> Cfr. C. cost., sent. 14 aprile 1995, n. 125, *Giur. cost.*, 1995, I, 972.

<sup>24</sup> Per ulteriori approfondimenti sul punto v. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., 101 ss.

Un altro presupposto essenziale emerso dalla prassi giurisprudenziale e non esplicitato nella disciplina in vigore per i minorenni riguarda l'adesione alla messa alla prova da parte del beneficiario, che si manifesta con un espresso consenso all'adozione della misura, in generale, a al progetto di intervento che il soggetto si impegna a seguire, in modo particolare. Il consenso si basa sul carattere pattizio dell'istituto dalla connotazione rieducativo-premiale e, pertanto, preserva le garanzie del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e del "giusto processo", manifestandosi quale rinuncia espressa al contraddittorio (art. 111, comma 5, Cost.).

Quelle finora descritte sono le sommarie indicazioni sui vuoti normativi da colmare desunti dall'esperienza applicativa della messa alla prova nel rito minorile, senza trascurare le potenzialità che tale istituto può sviluppare nel sistema ordinario, specie se nel progetto di prova le prescrizioni di natura riparatoria vengono intese quale momento essenziale (e non solo facoltativo) per una efficace *diversion*<sup>25</sup>. Il ricorso a strumenti e tecniche di riparazione diretta od indiretta del danno derivante dal reato, appare una soluzione utile perché restituisce maggiore dignità alla persona offesa dal reato, accelera la definizione del rito in omaggio alla durata ragionevole del processo, riduce il carico giudiziario e, per finire, rappresenta una delle vie percorribili per contenere il problema del sovraffollamento carcerario.

### **...senza prescindere dalle regole europee sulla messa alla prova**

Le ultime linee guida dell'Unione europea sulla messa alla prova, come già anticipato nella premessa, sono dettate dalla Raccoman-

<sup>25</sup> Conso, *Mediazione penale: un optional o una cosa dovuta?*, Mestitz (a cura di) *Mediaries – Prospettive di mediazione penale*, 2005, 31 ss.

dazione CM/Rec(2010)<sup>126</sup> che adotta una definizione quanto mai ampia di tale istituto, inteso quale complesso di misure alterative alla detenzione e funzionali al reinserimento sociale del reo con il supporto dei «Servizi di messa alla prova». Questi ultimi sono chiamati a svolgere un ruolo polifunzionale di carattere: a) *consultivo* nei confronti dell'autorità giudiziaria decidente; b) *operativo* durante l'esecuzione della misura per favorirne l'esito positivo, attraverso una collaborazione diretta e attiva con l'autore del reato (artt. 1-2); c) *di controllo* in ordine all'andamento della "prova"; d) *assistenziale* nei riguardi delle vittime del reato (art. 3).

Gli interventi di messa alla prova possono operare sia come misure alternative alla detenzione, sia durante l'esecuzione della pena detentiva e, ancora, nella fase successiva alla scarcerazione.

Tra i principi fondamentali del provvedimento in esame particolare attenzione è dedicata alla individualizzazione dell'intervento, tenendo conto «... delle peculiarità, della situazione e dei bisogni individuali dell'autore del reato, in modo tale che ciascun caso venga trattato con giustizia ed equità» (art. 4).

Merita di essere segnalato anche il profilo concernente la natura consensuale della messa alla prova desunto dall'esigenza di procedere a qualsiasi intervento con il consenso informato e la collaborazione del reo (artt. 6-7).

In sintesi, gli interventi di messa alla prova mirano a ridurre il rischio di recidiva, incoraggiare un ampio ricorso alle misure alternative alla detenzione, per favorire il reinserimento sociale degli autori del reato coinvolgendo organismi pubblici e/o privato sociale attraverso un approccio interdisciplinare (artt. 11-12).

Da non trascurare le procedure di reclamo avverso le attività poste in essere con la prova che devono risultare «facilmente accessibili, imparziali ed efficaci» (art. 14).

<sup>26</sup> v. nota 11.

Considerando il ruolo di primo piano attribuito ai servizi di messa alla prova nello sviluppo dinamico delle misure di questa natura, alcune norme della Raccomandazione CM/Rec(2010)1 stabiliscono puntualmente le caratteristiche organizzative di tali organi, i requisiti di formazione e specializzazione richiesti al personale ivi preposto (artt.18-34) e la regolamentazione dei loro rapporti con l'autorità giudiziaria (artt. 35-46).

Tra gli interventi di messa alla prova espressione del paradigma della *restorative justice* si annovera «il lavoro di pubblica utilità» (artt. 47-52), inteso quale sanzione o misura alternativa alla detenzione che consiste in un'attività lavorativa svolta in favore della collettività, «a titolo di riparazione effettiva o simbolica del danno causato dall'autore del reato» (art. 47). Detta attività non deve avere effetti stigmatizzanti su chi la presta e garantire, al tempo stesso, la sicurezza sociale (art. 49).

Sono, inoltre, contemplate altre misure che comportano la presa in carico del reo da parte dei servizi, prima, durante e dopo il processo, tipo la libertà provvisoria, la liberazione dietro cauzione, la sospensione condizionata del processo, la sospensione condizionale della pena, semplice o con messa alla prova, la liberazione anticipata, da scegliere in conformità con il diritto nazionale e in base alle esigenze individuali dell'autore del reato. Quando necessario, la presa in carico da parte dei servizi, comprende anche interventi utili alla formazione, al miglioramento delle capacità personali del reo, offerte di lavoro e misure di trattamento (artt. 53-55).

Per ridurre il rischio di recidiva, i servizi di messa alla prova operano anche nella fase successiva alla scarcerazione del condannato allo scopo di facilitare il suo reinserimento sociale e professionale (artt. 59-62).

Nella pianificazione dell'intervento di messa alla prova più adatto alla personalità dell'autore del reato occorre tener conto di una valutazione svolta a monte dai servizi, i quali concordano la misura con l'interessato.

Detti servizi hanno anche il compito di monitorare costantemente l'andamento del percorso intrapreso e il corretto adempimento delle prescrizioni imposte, al fine di verificare il raggiungimento degli obiettivi stabiliti e riferire ufficialmente l'esito della misura all'autorità giudiziaria che l'ha disposta (artt. 66-92).

Tra i compiti ulteriori assegnati ai servizi di messa alla prova non va trascurato il lavoro promosso in favore delle vittime del reato che - ove individuabili - possono essere destinatarie di interventi di mediazione/riparazione realizzati anche attraverso l'ausilio di agenzie specializzate in materia. Lo scopo è quello di aiutare le persone offese a superare le conseguenze del danno morale e materiale subito, nonché responsabilizzare l'autore del reato in ordine al pregiudizio arrecato alla vittima. Le pratiche di giustizia riparativa devono essere appropriate e strumentali ad eliminare le conseguenze del reato (artt. 93-97).

Le indicazioni provenienti dalla normativa internazionale, sommariamente descritte, offrono utili spunti di riflessione per valutare in che misura i disegni di legge volti ad inserire l'istituto della messa alla prova nel rito ordinario rispondono a tali criteri e cogliere i suggerimenti più utili ad adeguare la disciplina ai più moderni orientamenti comunemente accolti.

### **Gli ultimi progetti di riforma. Criticità**

Nel panorama delle proposte di riforma che hanno caratterizzato l'ultimo decennio costante appare il riferimento all'istituto della messa alla prova per gli adulti<sup>27</sup>. Per brevità in

<sup>27</sup> Cfr.: proposta di legge recante «Disposizioni in materia di messa alla prova dell'imputato», presentata il 4 dicembre 2002 (XIV Leg., Atti parlamentari, Camera dei Deputati, stampato n. 3452), approvato con modifiche dalla Commissione Giustizia della Camera il 1° luglio 2004 (stampato n. 3452-A); altra proposta di legge identica nel titolo e nel testo approvato in sede referente dalla precedente legislatura, presentata il 26 maggio 2006 (XV Leg., Atti parlamentari, Camera dei Deputati, stampa-

questa sede, si intendono passare in rassegna solo i più recenti progetti legislativi che rappresentano il punto di arrivo di una riflessione avviata oramai da tempo e che richiede quel naturale passaggio dalla fase dell'elaborazione a quella dell'attuazione, anche in ossequio alle indicazioni provenienti dalla normativa internazionale.

Tra gli ultimi disegni di legge di iniziativa governativa si segnala il d.d.l. 16 maggio 2007, n. 2664, recante «Disposizioni per l'accelerazione e la razionalizzazione del processo penale, nonché in materia di prescrizione dei reati, recidiva, e criteri di ragguaglio tra pene detentive e pene pecuniarie». La proposta si limita ad introdurre un'unica norma nell'ambito del codice penale (art. 168-bis c.p.) che disciplina autonomamente i presupposti applicativi della messa alla prova per gli adulti, mentre i profili procedurali e il contenuto della prova vengono incorporati nel codice di procedura penale (artt. 420-sexies-420-octies, 491-bis, 657-bis c.p.p. e art. 190-bis norme att. c.p.p.), a riprova della natura giuridica ancepite di tale istituto.

Ad una prima lettura del disegno di legge piuttosto ambizioso, si nota che lo spazio dedicato a questo istituto è, invece, quanto mai contenuto, a partire dalla collocazione sistematica che fa apparire la messa alla prova come un'alternativa all'istituto della sospensione condizionale della pena, benché non abbia con quest'ultima alcuna affinità<sup>28</sup>. Si aggiungono le enormi limitazioni, di natura oggettiva, relative alla sfera di applicabilità circoscritta ai reati punibili con la sola pena pecuniaria o, in alternativa, con una pena detentiva non superiore a due anni, precludendo così un ampio margine di ricorso alla misura, e di conseguenza di ritorno utile anche al

proclamato fine di migliorare l'efficienza del processo.

Sul terreno procedurale, la disciplina ricalca per grandi linee il sistema previsto per i minorenni, muovendo dalla sospensione del processo, attraverso l'elaborazione del progetto di prova concordato con i servizi sociali (corrispondenti con gli uffici locali dell'esecuzione penale esterna), per giungere all'esito positivo della misura che comporta l'estinzione del reato, ovvero la riattivazione del processo in caso di esito negativo. È prevista anche la revoca del provvedimento in caso di gravi e ripetute violazioni delle prescrizioni imposte, con un espresso scorporo del periodo di prova già decorso dal *quantum* di pena definitiva, secondo determinati parametri di conversione. Una variante interessante è rappresentata dall'iniziativa dell'imputato al quale è rimessa, in termini esclusivi, la richiesta della misura, per sottolineare la natura consensuale del provvedimento e la implicita rinuncia al contraddittorio (art. 111 Cost.). In definitiva, l'istituto sembra ridotto a semplice strumento deflattivo del carico giudiziario, purtroppo con scarse prospettive di successo anche in tale direzione considerando la sfera di applicabilità ai soli reati di modesto allarme sociale, così come già consacrato nel procedimento dinanzi al giudice di pace (art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274). Si rileva anche l'assenza significativa di qualsiasi raccordo con il paradigma della giustizia riparativa, sintomatico di un'ennesima occasione persa di adeguamento alle indicazioni provenienti dalla normativa internazionale.

Un'altra, più recente, iniziativa ministeriale degna di nota è rappresentata dal d.d.l. 9 marzo 2010, n. 3291, recante «Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno e sospensione del procedimento con messa alla prova», che subisce uno stralcio in un momento successivo, per delimitare il dibattito sullo specifico tema del *probation* per gli adul-

to n. 916); e, ancora, altra proposta di legge, presentata l'8 maggio 2008 (XVI Leg., Atti parlamentari, Camera dei Deputati, stampato n. 879) che riprende espressamente titolo e testo precedentemente varato in sede referente.

<sup>28</sup> Vigoni, *La metamorfosi della pena*, cit., 316 ss.

ti, come si evince dal d.d.l. 12 maggio 2010, n. 3291-ter, recante «Disposizioni relative alla sospensione del procedimento penale con messa alla prova».

Rispetto ai precedenti, questo disegno di legge appare più articolato sia nei contenuti sia nelle più ampie prospettive applicative. Sul piano sistematico si conferma la scelta di introdurre l'istituto nell'apparato normativo di diritto sostanziale (artt. 168-bis-168-quinquies c.p.) con una disciplina ben più dettagliata, riservando i profili processuali al codice di rito (artt. 464-bis-464-sexies, 555, 657-bis c.p.p., e art. 191-bis norme att. c.p.p.), a conferma del rapporto di complementarietà che lega i due sistemi.

La prima novità si legge già nel titolo della proposta che introduce la messa alla prova sin dal momento procedimentale delle indagini preliminari, per estenderla anche alla fase esecutiva, ampliando così l'orbita di applicazione della misura sia in senso longitudinale sia con riferimento ai limiti edittali di pena relativi ai reati per i quali è ammessa. Si tratta dei reati punibili con la pena pecuniaria o con una pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni, sola o congiunta con la pena pecuniaria. Nel computo della pena non si tiene conto delle circostanze del reato, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisca una pena di specie diversa rispetto a quella ordinaria o ad effetto speciale.

Compare per la prima volta il riferimento al lavoro di pubblica utilità - in linea con le regole europee appena illustrate - che diventa *conditio sine qua non* per accedere alla prova. Altra novità è la fissazione di un limite all'adozione della misura, che non può essere concessa più di una volta in relazione alla commissione di delitti della stessa indole e, in ogni caso, non più di due volte. Il beneficio è, inoltre, inibito nel caso di recidiva reiterata, di colui che abbia riportato condanne per delitti della stessa indole di quello per cui si procede (art. 168-bis c.p.). Ora, l'aver delimi-

tato in modo così puntuale la concessione del *probation* è sintomatico della volontà di interpretare l'istituto in termini premiali, nel senso che lo Stato rinuncia ad applicare una pena ma in cambio richiede un impegno che sul piano soggettivo rileva quale prognosi di non recidiva, mentre dal punto di vista oggettivo si sostanzia - secondo il modello riparativo - nella prestazione di un lavoro reso in favore della collettività.

A tale ultimo proposito, il disegno di legge fissa in modo dettagliato: contenuti, modalità, destinatari, tempi e luoghi di sviluppo dell'attività lavorativa di pubblica utilità (art. 168-quinquies c.p.). Trattasi di prestazioni lavorative non remunerate, rese a vantaggio della collettività, quale forma risarcitoria indiretta del danno cagionato dal reato. Destinatari possono essere enti pubblici o cosiddetto "privato sociale". L'attività lavorativa può avere una durata minima di dieci giorni e massima di due anni, con un tetto non superiore a quattro ore giornaliere. Essa si svolge possibilmente nel luogo di residenza o domicilio del condannato, o nella sfera della provincia, senza creare pregiudizio alle esigenze personali di lavoro, studio, famiglia e salute. Va ancora evidenziata la natura consensuale della modalità riparativa, tanto che l'assenza del consenso preclude l'applicazione degli istituti la cui concessione è subordinata alla prestazione del lavoro di pubblica utilità, tra cui la messa alla prova.

Non constano novità in ordine al meccanismo classico della sospensione del procedimento, durante il quale si congela il corso della prescrizione del reato, si esegue il progetto di prova e all'esito positivo consegue l'estinzione del reato, mentre all'esito negativo corrisponde il prosieguo dell'*iter* ordinario (art. 168-ter c.p.). Viceversa, la revoca del provvedimento può dipendere dal rifiuto di svolgere il lavoro di pubblica utilità, o a causa delle gravi e ripetute violazioni delle prescrizioni imposte od, ancora, in caso di condotta reci-

divante posta in essere durante lo svolgimento della prova (art. 168-*quater* c.p.). Come nel precedente disegno di legge, in caso di revoca, si prevede lo scomputo del periodo di prova decorso dalla pena definitiva, in base a precisi parametri di conversione (cinque giorni di prova sono equiparati a un giorno di pena detentiva ovvero a 250 euro di pena pecuniaria) (art. 657-*bis* c.p.p.). Tanto in caso di esito negativo della prova, quanto a seguito di revoca della misura, la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova è definitivamente preclusa (art. 464-*sexies* c.p.p.).

Novità assoluta si registra nella collocazione sistematica della disciplina della messa alla prova per gli adulti in sede processuale, dove entra a far parte dei procedimenti speciali, configurandosi così quale formula anticipatoria di proscioglimento e corsia preferenziale per ridurre il carico giudiziario e contenere i tempi del processo.

Rispetto ai precedenti disegni di legge risulta confermata la natura consensuale della misura che può essere applicata solo su iniziativa dell'imputato, espressa personalmente o tramite un procuratore speciale. La richiesta di messa alla prova può essere formulata, in termini innovativi, sin dalla fase delle indagini preliminari, dando luogo alla celebrazione dell'udienza camerale per consacrare il contraddittorio, o seguendo la versione tradizionale durante l'udienza preliminare e fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento. Si segnala l'*iter* procedurale prescritto nel caso in cui la richiesta è avanzata durante le indagini preliminari, quando si impone l'implicito esercizio dell'azione penale attraverso l'acquisizione necessaria del consenso da parte del pubblico ministero, sollecitato in tal senso dal giudice (art. 464-*ter* c.p.p.). Lo schema processuale presenta notevole affinità con quello dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, anche in considerazione del filtro giurisdizionale relativo alla corretta qualificazione giuridica del fatto, all'insussistenza dei presupposti per la declaratoria *ex art.* 129 c.p.p.,

cui si aggiunge la prognosi di non recidiva dell'imputato<sup>29</sup>. La sospensione del procedimento può avere la durata di due anni, se si procede per reati punibili con pena detentiva, sola o congiunta con la pena pecuniaria, ovvero di un anno per i reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria (art. 464-*quater* c.p.p.).

Il giudice dispone la sospensione con ordinanza e affida l'imputato al servizio sociale per tutta la durata della prova, affinché esso possa riferire periodicamente in ordine all'andamento della misura. Come nel disegno di legge appena illustrato, anche in questo le funzioni del servizio sociale risultano affidate agli uffici locali di esecuzione penale esterna del Ministero della giustizia (art. 191-*bis* nome att. c.p.p.).

Quanto all'ordinanza di sospensione del procedimento, oltre alle indicazioni riguardanti il lavoro di pubblica utilità, essa descrive in modo dettagliato una serie di prescrizioni inerenti il contenuto della prova, che consistono in regole comportamentali, modalità di interazione con il servizio sociale, obblighi di *facere* e *non facere*, limiti alla libertà di movimento, divieti di frequentare determinati luoghi. Particolare attenzione è dedicata alle prescrizioni di natura riparatoria / risarcitoria e di riconciliazione con la persona offesa dal reato ove identificabile. Per sottolineare ulteriormente la natura pattizia della misura, nonché l'impegno assunto in prima persona dall'imputato, una novità normativa è rappresentata dalla sottoscrizione del verbale di messa alla prova allegato alla suddetta ordinanza (art. 464-*quinquies* c.p.p.).

La sospensione di regola congela lo sviluppo di qualsiasi attività processuale, tuttavia se ricorrono particolari ragioni di urgenza il giudice può procedere all'assunzione di prove non rinviabili.

Avverso l'ordinanza con la quale il giudice decide sulla richiesta di sospensione del pro-

<sup>29</sup> Vigoni, *La metamorfosi della pena*, cit., 329.

cedimento con messa alla prova sono previsti specifici meccanismi di gravame che fanno salvo anche il ruolo della persona offesa dal reato, la quale può sollecitare il pubblico ministero a promuovere il ricorso per cassazione (art. 464-*quater* c.p.p.).

Evidenti appaio i progressi della disciplina descritta nel d.d.l. n. 3291-*ter*/2010 rispetto ai precedenti tentativi di introdurre l'istituto della messa alla prova per gli adulti, ma c'è ancora tanta strada da fare. Anche alla luce delle linee guida tracciate dalla normativa europea sembrano recepiti tiepidamente i profili concernenti la consensualità della misura, l'intervento attivo dei servizi sociali, la centralità della vittima, i meccanismi di gravame, ma soprattutto la *ratio* dell'istituto ispirata al modello di giustizia riparativa, attuabile mediante diversi canali tra i quali emerge in termini quasi esclusivi il lavoro di pubblica utilità. Rimane scarsa l'attenzione verso gli strumenti di mediazione utili a riconoscere maggiore dignità alla persona offesa dal reato.

Di segno positivo appare l'ampliamento dello spazio applicativo della misura che include anche la fase procedimentale delle indagini preliminari, e permette di anticipare l'attivazione dell'intervento di *diversion* con i conseguenti benefici in termini di efficienza del sistema giustizia. Tuttavia, sempre nell'ottica di sviluppare ulteriormente la diffusione della messa alla prova, vi sono altre due vie percorribili. Innanzitutto è auspicabile un'ulteriore dilatazione della sfera di gravità dei reati per i quali ammettere la misura, che si potrebbe realizzare assestando il parametro di riferimento, piuttosto che al limite edittale di pena astrattamente considerato, alla pena concretamente applicabile computando le circostanze<sup>30</sup>. Ed, ancora, seguendo le indicazioni della Raccomandazione CM/Rec(2010)1 si potrebbe ampliare la prospettiva longitudinale di applicazione dell'istituto, con riferimen-

to alla fase di esecuzione della pena, limitatamente ai reati di più consistente gravità, per i quali una volta accertata la responsabilità penale con una sentenza di condanna, la messa alla prova dovrebbe funzionare quale misura alternativa alla detenzione, e all'esito positivo della prova comportare l'estinzione della pena anziché del reato.

Per concludere, nessun passo avanti risulta compiuto rispetto ai progetti legislativi sinora illustrati dal più recente d.d.l. 29 febbraio 2012, n. 5019 recante «Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili»<sup>31</sup>. L'art. 3 d.d.l. n. 5019/2012 riprende i tratti essenziali del d.d.l. n. 3291-*ter*/2010 inserendo l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova nel codice di procedura penale. Unica importante novità rispetto al precedente disegno di legge consiste nell'innalzamento del limite edittale di pena, da tre a quattro anni di pena detentiva, sola o congiunta alla pena pecuniaria, relativo ai reati per i quali è ammessa la misura (art. 3, lett. a), d.d.l. n. 5019/2012). Tuttavia, appare in parte tradito lo spirito di questo istituto che meriterebbe una più ampia applicazione. Esso, infatti, può costituire una valida misura alternativa alla risposta carceraria funzionale al recupero e alla risocializzazione dell'autore del reato, soprattutto attraverso l'attivazione dei meccanismi di mediazione/riparazione utili a rimuovere le conseguenze del reato per favorire la conciliazione con la persona offesa. Ancora una volta, la vittima sembra rimanere ai margini della riforma piuttosto che recuperare un ruolo centrale. Ad eccezione del lavoro di pubblica utilità, quale formula riparatoria, tutte le altre prescrizioni sono concepite solo in termini "eventuali" (art. 3,

<sup>30</sup> Vigoni, *La metamorfosi della pena*, cit., 333.

<sup>31</sup> In data 4 ottobre 2012 il disegno di legge ministeriale risulta in corso di esame in commissione giustizia della Camera dei deputati (C. 5019).

lett. c), d.d.l. n. 5019/2012) e manca qualsiasi riferimento allo strumento della mediazione penale e agli organismi esterni che si possono interpellare per favorire tale intervento. Forse non è chiaro che si tratta di modalità che richiedono una forte connotazione specialistica in tal senso, non comune all'inter-

no degli organi giudiziari. L'impressione è che si prospetti una ennesima occasione persa per adeguare la normativa interna alle indicazioni provenienti da quella comunitaria, incentrata sul ridimensionamento del sistema retributivo in favore del paradigma della giustizia riparativa.

# INDICI / INDEX

## AUTORI / AUTHORS

### **Gastone Andreazza**

Novità legislative interne / *National Legislative News* .....9

### **Ercole Aprile**

La motivazione delle ordinanze cautelari e l'impiego della tecnica informatica del "copia e incolla": usi e abusi nella prassi giudiziaria / *The motivation of orders of arrest and the use of computer technology in the "copy and paste": uses and abuses in judicial practice* .....105

### **Giuseppe Biscardi**

Avviso di conclusione indagini e citazione a giudizio dell'irreperibile: (non felicemente) risolto il contrasto di giurisprudenza / *Notice of investigation closing and direct summoning of an untraceable person: a (not happily) solved contrast of decisions* .....71

### **Michele Bonetti**

Novità sovranazionali / *Supranational News* .....12

### **Roberta Casiraghi**

Corte europea dei diritti dell'uomo e *iura novit curia* / *European court of human rights and iura novit curia* .....115

### **Marilena Colamussi**

Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa / *Adult probation according to the model of restorative justice* .....123

### **Donatella Curtotti**

Corte costituzionale .....31

### **Marcello D'Aiuto**

*De jure condendo* .....18

### **Paola Maggio**

Sezioni Unite .....36

### **Eva Mariucci**

"Collage informatico" di contenuti esplicativi, validità della motivazione cautelare e poteri del tribunale del riesame / *"Computer collage" of explicable contents, validity of preventive measure's motivation and Court of re-examination's powers* .....95

### **Alessio Scarcella**

Corti europee / *European Courts* .....23

### **Andrea Scella**

Inflazione dei ricorsi e perdita di autorevolezza della Corte suprema: quali riforme per il giudizio penale di cassazione? / *Inflation of cases and loss of authority of the Supreme Court: What reforms to the criminal procedure in the Corte di cassazione?* .....1

**Paolo Troisi**

Un nuovo capitolo in tema di incompatibilità endoprocedurale: la Corte supera la "logica" casistica / *A new chapter on the incompatibility of the judge: the Court over the casuistic "logic"* ..... 82

**Stefano Vitelli**

Ammissibilità della revisione e contraddittorio: un passo avanti delle regole europee del processo / *Preliminary analysis on the revisione and contradictory: another step of the European process rules* ..... 56

**PROVVEDIMENTI / MEASURES***Corte costituzionale*

sentenza 21 giugno 2012, n. 153 ..... 77  
 sentenza 20 luglio 2012, n. 204 ..... 32  
 ordinanza 30 luglio 2012, n. 216 ..... 31

*Corte di cassazione – Sezioni Unite penali*

sentenza 20 aprile 2012, n. 15189 ..... 51  
 sentenza 24 maggio 2012, n. 24527 ..... 64  
 sentenza 13 luglio 2012, 27996 ..... 46  
 sentenza 18 luglio 2012, n. 28997 ..... 43  
 sentenza 17 luglio 2012, n. 28717 ..... 44  
 sentenza 17 luglio 2012, n. 27818 ..... 45  
 sentenza 17 luglio 2012, n. 27819 ..... 45  
 sentenza 27 luglio 2012, n. 30769 ..... 42  
 sentenza 7 settembre 2012, n. 34233 ..... 36  
 ordinanza 10 settembre 2012, n. 34473 ..... 40  
 ordinanza 10 settembre 2012, n. 34474 ..... 40

*Corte di cassazione – Sezioni semplici*

Sezione VI, 24 maggio 2012, n. 22327 ..... 91

*Corte europea dei diritti dell'uomo*

17 luglio 2012, *S. c. Italia* ..... 23  
 31 luglio 2012, *M. e altri c. Italia e Bulgaria* ..... 24  
 6 settembre 2012, *S. c. Belgio* ..... 27  
 18 settembre 2012, *U. c. Russia* ..... 26  
 18 settembre 2012, *J., L. e W. C. Regno Unito* ..... 28

*Atti sovranazionali*

Quarto Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione del 20 settembre 2012 ..... 12

*Norme interne*

Legge 1° ottobre 2012, n. 172 «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno*» ..... 9

De jure condendo

Disegno di legge C. 4825 « <i>Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del medesimo codice, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, in materia di accelerazione e razionalizzazione del processo penale, nonché alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di concessione di benefici penitenziari. Istituzione dell'ufficio per il processo e delega al Governo per l'istituzione dell'assistente di studio del giudice</i> » .....	18
Disegno di legge S. 2156-B « <i>Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione</i> » .....	20
Disegno di legge S. 3326 « <i>Modifiche del codice di procedura penale in materia di partecipazione della persona offesa alle varie fasi del processo</i> ».....	22

**MATERIE / TOPICS**

**Corte europea dei diritti dell'uomo**

• <i>efficacia delle decisioni</i> Cass., sez. un., 7 settembre 2012, n. 34233 .....	36
---	----

**Estradizione**

Quarto Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione del 20 settembre 2012 .....	12
--	----

**Giudice**

• <i>incompatibilità</i> È incompatibile il giudice dibattimentale che in precedenza, durante il rito direttissimo, non ha convalidato l'arresto per insussistenza del reato, restituendo gli atti al pubblico ministero (C. cost., sent. 21 giugno 2012, n. 153), con nota di Paolo Troisi .....	77
--	----

**Indagini preliminari**

• <i>avviso di conclusione delle indagini preliminari</i> Avviso di conclusione delle indagini, citazione diretta a giudizio e nuovo decreto di irreperibilità (Cass., sez. un., 24 maggio 2012, n. 24527), con nota di Giuseppe Biscardi .....	64
--	----

**Mandato d'arresto europeo**

• <i>procedura attiva di consegna</i> Cass., sez. un., 27 luglio 2012, n. 30769 .....	42
--	----

**Minori**

Legge 1° ottobre 2012, n. 172 « <i>Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno</i> » .....	9
---	---

**Misure cautelari personali**

• <i>adeguatezza e proporzionalità</i> Cass., sez. un., ord. 10 settembre 2012, n. 34473 .....	40
Cass., sez. un., ord. 10 settembre 2012, n. 34474 .....	40
• <i>motivazione del provvedimento cautelare</i> Alt al "copia e incolla" integrale per la motivazione del provvedimento cautelare (Cass., sez. VI, 24 maggio 2012, n. 22327), con nota di Eva Mariucci .....	91
La motivazione delle ordinanze cautelari e l'impiego della tecnica informatica del "copia e incolla": usi e abusi nella prassi giudiziaria / <i>The motivation of orders of arrest and the use of computer technology in the 'copy and paste': uses and abuses in judicial practice</i> , di Ercole Aprile .....	105

- *sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare – perizia*  
C. cost., sent. 20 luglio 2012, n. 204 ..... 32

#### Ordinamento giudiziario

- *istituzione dell'assistente di studio del giudice*  
Disegno di legge C. 4825 «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del medesimo codice, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, in materia di accelerazione e razionalizzazione del processo penale, nonché alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di concessione di benefici penitenziari. Istituzione dell'ufficio per il processo e delega al Governo per l'istituzione dell'assistente di studio del giudice*» ..... 18

#### Ordinamento penitenziario

- *affidamento in prova degli adulti*  
Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa / *Adult probation according to the model of restorative justice*, di Marilena Colamussi ..... 123
- *benefici penitenziari*  
Disegno di legge C. 4825 «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del medesimo codice, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, in materia di accelerazione e razionalizzazione del processo penale, nonché alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di concessione di benefici penitenziari. Istituzione dell'ufficio per il processo e delega al Governo per l'istituzione dell'assistente di studio del giudice*» ..... 18
- *corrispondenza del detenuto*  
Cass., sez. un., 18 luglio 2012, n. 28997 ..... 43
- *divieto di pene o di trattamenti inumani o degradanti*  
Corte e.d.u., 17 luglio 2012, S. c. Italia ..... 23  
Corte e.d.u., 31 luglio 2012, M. e altri c. Italia e Bulgaria ..... 24  
Corte e.d.u., 18 settembre 2012, U. c. Russia ..... 26

#### Persona offesa

- *partecipazione al processo*  
Disegno di legge S. 3326 «*Modifiche del codice di procedura penale in materia di partecipazione della persona offesa alle varie fasi del processo*» ..... 22

#### Ricorso per cassazione

- *Inflazione dei ricorsi e perdita di autorevolezza della Corte suprema: quali riforme per il giudizio penale di cassazione? / Inflation of cases and loss of authority of the Supreme Court: What reforms to the criminal procedure in the Corte di cassazione? (di Andrea Scella)* ..... 1
- *ricorso straordinario per errore materiale o di fatto*  
Cass., sez. un., 17 luglio 2012, n. 28717 ..... 44  
Cass., sez. un., 17 luglio 2012, n. 27818 ..... 45  
Cass., sez. un., 17 luglio 2012, n. 27819 ..... 45

#### Procedimenti speciali

- *giudizio abbreviato*  
– *eccezione di incompetenza territoriale*  
Cass., sez. un., 13 luglio 2012, n. 27996 ..... 46

#### Processo penale

- *in genere*  
Disegno di legge C. 4825 «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del medesimo codice, di cui al decreto legislativo 28 lu-*

<i>gli</i> o 1989, n. 271, in materia di accelerazione e razionalizzazione del processo penale, nonché alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di concessione di benefici penitenziari. Istituzione dell'ufficio per il processo e delega al Governo per l'istituzione dell'assistente di studio del giudice» .....	18
Corte europea dei diritti dell'uomo e <i>iura novit curia</i> / <i>European court of human rights and iura novit curia</i> , di Roberta Casiraghi .....	115
• <i>giusto processo</i> – <i>contraddittorio</i> Corte europea dei diritti dell'uomo e <i>iura novit curia</i> / <i>European court of human rights and iura novit curia</i> , di Roberta Casiraghi .....	115
• <i>diritto alla libertà e alla sicurezza</i> Corte e.d.u., 6 settembre 2012, S. c. Belgio .....	27
Corte e.d.u., 18 settembre 2012, J., L. e W. C. Regno Unito .....	28
• <i>diritto all'assistenza di un avvocato di fiducia</i> Corte e.d.u., 6 settembre 2012, S. c. Belgio .....	27
• <i>successione di leggi nel tempo</i> Cass., sez. un., 7 settembre 2012, n. 34233 .....	36
<b>Pubblica amministrazione</b> Disegno di legge S. 2156-B «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione» .....	20
<b>Revisione</b> • <i>ammissibilità</i> Sull'ammissibilità della revisione il parere del pubblico ministero non è previsto (Cass., sez. un., 20 aprile 2012, n. 15189), con nota di Stefano Vitelli .....	51
<b>Sicurezza pubblica</b> • <i>criminalità mafiosa</i> C. cost., ord. 30 luglio 2012, n. 216 .....	31