

EDITORIALE / EDITORIAL

ADOLFO SCALFATI

Legislazione “a pioggia” sulle cautele <i>ad personam</i>: l’effervescente frammentarietà di un triennio / <i>The highly questionable legislative actions of the last three years on personal pre-trial precautionary measures</i>	1
---	----------

SCENARI / OVERVIEWS

Novità legislative interne / <i>National legislative news</i> (CARLA PANSINI)	11
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> (LUCIO CAMALDO)	15
<i>De jure condendo</i> (MARCELLO D’AIUTO).....	18
Corti europee / <i>European courts</i> (FEDERICO BARDELLE).....	21
Corte costituzionale (ALESSIA ESTER RICCI).....	28
Sezioni Unite (VALERIA MARCHESE).....	32

AVANGUARDIE IN GIURISPRUDENZA /
CUTTING EDGE CASE LAW

Rito abbreviato minorile instaurato a seguito di giudizio immediato: è competente il g.u.p.	39
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 27 febbraio 2014, n. 18292 Nuovi ambiti operativi della competenza funzionale del g.u.p. “minorile” tra specializzazione e specialità del rito / <i>New operating field for the functional competence of the “juvenile” preliminary hearing judge between specialization and speciality</i> (CARLA PANSINI)	44
Accertamento del tasso alcolemico ed assistenza difensiva	53
Corte di Cassazione, Sezione IV, sentenza 25 marzo 2014, n. 13999 Alcoltest ed omesso avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia tra rigidità sanzionatorie ed elasticità ermeneutiche / <i>Alcoltest and failure notice to the defendant to be assisted by a counsel: tough sanctions and elastic hermeneutics</i> (ADRIANO SPINELLI)	56
Divieto di <i>reformatio in peius</i> e reato continuato nel giudizio di rinvio	66
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 14 aprile 2014, n. 16208 Un nuovo contrasto in materia di divieto di <i>reformatio in peius</i> / <i>A new conflict relating to the prohibition of reformatio in peius</i> (ADA FAMIGLIETTI).....	77
Latitante e irreperibile: la diversificazione delle ricerche nella pronuncia delle Sezioni Unite	84
Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 7 maggio 2014, n. 18822 Latitanza e irreperibilità: le Sezioni Unite abbandonano gli irreperibili alla ricerca dei latitanti / <i>Abscondence and untraceability: the Supreme Court sitting en banc leaves the untraceables in search of the absconders</i> (FRANCESCO PORCU)	94
DIBATTITI TRA NORME E PRASSI / DEBATES: LAW AND PRAXIS	
GIUSEPPE BISCARDI	
Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo / <i>Eclipse of the non-appearance proceeding and suspension for untraceability. Legal knowledge versus real knowledge of the trial</i>	103

**ANALISI E PROSPETTIVE /
ANALYSIS AND PROSPECTS**

FEDERICO GUSTAVO PIZZETTI

Il più recente orientamento della Corte costituzionale nel caso Abu Omar: novità sul segreto di Stato? / *Constitutional Court on State Secrecy: the last decision related to the Abu Omar Affair*129

CRISTIANA VALENTINI

La Corte e.d.u. e il diritto alla prova: vecchi canoni, nuove precisazioni / *The European Court of Human Rights contributes to specify the exact meaning of the right to evidence*139**INDICI / INDEX**

Autori / <i>Authors</i>	147
Provvedimenti / <i>Measures</i>	148
Materie / <i>Topics</i>	149

ADOLFO SCALFATI

Professore ordinario di Procedura penale – Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Legislazione “a pioggia” sulle cautele *ad personam*: l’effervescente frammentarietà di un triennio

*The highly questionable legislative actions
of the last three years on personal
pre-trial precautionary measures*

Al legislatore manca una prospettiva di medio-lungo periodo che richiederebbe un generale riassetto del sistema cautelare; gli interventi messi a punto qui e là registrano l’interesse a tamponare esigenze occasionali o, peggio, a realizzare piccole novità a scopo di propaganda. Ne deriva un tessuto normativo “mobile”, dal quale è difficile cogliere e riorganizzare le direttrici.

Recent legislative reforms concerning precautionary measures had a scattered and frenetic approach. The very dramatic result of this is a system lacking coherence and a systematic structure, suitable only for pursuing temporary objectives.

TECNICHE DA RAFFINARE

Gli interventi legislativi in tema di cautele personali approntati nella seconda decade del terzo millennio, perlopiù inclini a tamponare il provvisorio, sono in larga parte collocati in provvedimenti dai contenuti più ampi e, talvolta, eterogenei; dinanzi ad essi l’operatore giudiziario si affanna, di volta in volta, a ritessere la trama di un tessuto positivo divenuto assai mobile.

Le novità – sulle quali si tornerà per categorie – sono state inserite con interventi sparsi in cinque decreti, convertiti con modifiche, e tre leggi¹.

¹E ancora, con d. lgs. 1 luglio 2014, n. 101, in attuazione della direttiva 2012/13/UE sul diritto all’informazione nei procedi-

Non si tratta di atti normativi mirati alla disciplina delle misure *de libertate*: i singoli ritocchi, talvolta al microscopio, caduti qui e lì lungo un percorso tracciato per obbiettivi anche diversi, manifestano il carattere accidentale dell’intervento. Ad esempio, la previsione sulla durata delle cautele interdittive per procedure concernenti taluni reati (art. 308 comma 2 *bis* c.p.p.) è stata introdotta, con un “minuscolo” tratto di penna, dall’art. 1 comma 78 l. 6 novembre

menti penali, sono stati arricchiti i contenuti (tra l’altro) degli artt. 293, 386, 391, comma 2, c.p.p., introducendo l’obbligo di fornire una serie di avvertimenti al sottoposto a misura restrittiva: gli si comunicano per iscritto i diritti di cui dispone, tramite un documento tradotto, nel caso di alloggio, in una lingua a lui nota.

2012 n. 190, nell'ambito di una disciplina molto articolata recante *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*; qui basti dire che l'opera "chirurgica" appare di dubbia ragionevolezza, laddove diversifica i termini massimi delle misure interdittive solo in relazione a taluni delitti privi di una specificità tale da giustificare un trattamento cautelare differenziato.

Inseguendo finalità del tutto eccentriche rispetto al rinnovamento organico della materia, in particolare, spicca la decretazione d'urgenza (dl. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito con modificazioni dalla l. 17 febbraio 2012 n. 9; dl. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013 n. 94; dl. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10; dl. 26 giugno 2014 convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 117) complessivamente orientata a sfoltire il popolo delle carceri. Non c'è dubbio, al riguardo, che l'Italia sia pressata dalla necessità di ridurre il numero dei detenuti (anche) per conformarsi ai moniti europei volti a garantire la minima qualità di vita all'individuo²; ma si tratta di aspetto che non giustifica la dubbia qualità dell'operato legislativo.

Innanzitutto, nonostante il numero dei provvedimenti dedicati al tema, le innovazioni, molte delle quali sul regime esecutivo-penitenziario, leniscono l'affollamento carcerario, che rischia di riespandersi a breve in assenza di interventi strutturali. Del resto, ai compilatori sfugge un orizzonte culturale più solido, dove ripensare al sistema sanzionatorio e ricalibrare i rapporti tra "giudizio sul precetto" e statuizioni "per" la pena, oramai in irreversibile crisi³. Oggi – quando si è sprecato tempo utile per allestire

un intervento organico che ristabilisca l'effettività rieducativa dell'apparato sanzionatorio – il nodo sembra avviato a sciogliersi tramite provvedimenti a sfondo deflativo, i quali costituiscono misura tendenzialmente temporanea, incapace di influire sul livello di credibilità dell'azione giudiziaria⁴.

Per altro verso, il proliferare della decretazione d'urgenza, in particolare in materia *de libertate*, produce un *surplus* di disposizioni dal difficile coordinamento, sia a causa delle differenze tra contenuti del decreto legge e modifiche apportate in sede di conversione, sia per l'atomismo degli interventi effettuati a più riprese.

In ogni caso, perseguendo l'esile obiettivo dello sfoltimento carcerario *pro tempore*, il legislatore sembra aver calibrato la propria opera sulla fase dell'esecuzione penitenziaria (puntando a grandi linee alle misure alternative e alla liberazione anticipata) piuttosto che sulla detenzione cautelare. Le spinte innovatrici, sinora, sono poco orientate a riorganizzare il sistema delle misure custodiali *ante iudicium*, nonostante la prassi manifesti un pervicace ricorso a tali strumenti. Il rischio, anzi, è che – esteso l'ambito delle misure penitenziarie alternative – si irrobustisca simmetricamente il fenomeno degenerativo secondo cui è l'imputato anziché il condannato a subire limiti alla libertà personale⁵.

Per finire, i contenuti dei singoli "pacchetti legislativi" non brillano per integrità "interna", considerata l'introduzione, in ciascun provvedimento, di regole del tutto estranee allo scopo dichiarato dalla rubrica del testo normativo. Per esempio, nel decreto legge n. 78 del 2013 (*Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*), destinato allo sfoltimento carcerario dei *condannati*, accanto all'innalzamento del tetto minimo di pena sotto il quale non è permessa la custodia cautelare in carcere dell'imputato (art. 280, comma 2, c.p.p.), figurano, da un lato, una previsione a tutela della persona offesa collocata nella disciplina degli arresti domiciliari (art. 284, comma 1bis, c.p.p.) e, dall'altro, una statuizione di natura organizzativa, che permette alla polizia giudiziaria

² Ricapitola le questioni aperte Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, *Cass. pen.*, 2013, 11 ss.

³ Si allude alle statuizioni sanzionatorie irrogate nel giudizio di cognizione e alla metamorfosi che subiscono tramite la disciplina delle misure alternative, la cui adozione è agevolata dalla libertà anticipata – computata anche sul "presofferto" cautelare – e da eventuali cause di estinzione della pena. Ne emerge un'intuibile distonia che tende a vulnerare, con risultati concreti talvolta privi di ragionevolezza, il *dictum* sulla sanzione. Tra le soluzioni più accreditate, spicca la riforma del sistema punitivo che punta alla pena non carceraria irrogabile in sede cognitiva (in tema, già, Paliero, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 560 ss.; Id, *La riforma del sistema sanzionatorio: percorsi di metodologia comparata*, *Arch. pen.*, 1995, 8 ss.; più recentemente i rilievi di Bartoli, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio*, AA. VV. *Libertà dal carcere libertà nel carcere*, Torino, 2013, 416 ss.). In ogni caso, il trattamento sanzionatorio tagliato sulla progressiva rieducazione dell'individuo richiederebbe di separare strutturalmente, anche sul piano organizzativo, il giudizio sul precetto dal giudizio sulla pena.

⁴ Non sfugge che la recente l. n. 67 del 2014 ha tracciato un percorso deflativo su più fronti, allestendo una delega in tema di nuove pene domiciliari, *abolitio criminis*, trasformazione di reati in illeciti amministrativi e irrilevanza penale del fatto a regime "ordinario"; la disciplina, inoltre, introduce la messa alla prova nel processo per imputati adulti. Ma, nel complesso, si tratta di un intervento ancora poco coraggioso, sia per realizzare un efficace sfoltimento carcerario, sia per tracciare una breccia di solida divergenza dalla matrice essenzialmente reclusiva della pena.

⁵ Cfr., recentemente, i pragmatici rilievi di Amodio, *Segreti e bugie. La libertà dell'indagato nel cappio della cultura inquisitoria*, *Proc. pen. giust.*, 2013, 3, 2.

di trasferire il verbale di arresto al pubblico ministero per via telematica (art. 386, comma 2, c.p.p.).

Ma, ancora sotto l'indicato profilo, si pensi che, tramite il dl. 1° luglio 2013, n. 78 convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 94, sono state toccate le materie più diverse, del tutto lontane dal comparto penale (es. *Disposizioni per il potenziamento del Corpo nazionale dei vigili del fuoco!*), lanciando segnali di vero e proprio smarrimento sul piano della omogeneità dell'intervento.

DEFLAZIONE CARCERARIA

Se ne occupano quattro prodotti legislativi.

Il più antico – forse quello a maggiore coerenza interna – è mirato a ridurre l'ingresso in carcere degli arrestati in flagranza (d.l. 22 dicembre 2011 n. 211, convertito con modificazioni dalla l. 17 febbraio 2012 n. 9); fenomeno effettivamente disutile, sia in vista della dislocazione logistica degli istituti di pena, sia per la capacità di contenimento di questi ultimi, sia, infine, in funzione della più adeguata tutela della persona.

Nell'ipotesi di instaurazione del rito direttissimo con previa richiesta di convalida al dibattimento, nei procedimenti per reati attribuiti alla cognizione del giudice monocratico, è il pubblico ministero a disporre l'eventuale ricovero dell'arrestato nelle strutture della polizia giudiziaria o presso il domicilio, secondo i criteri contemplati dalla legge (artt. 386, comma 4, e 558, commi 4bis e 4ter, c.p.p.).

A prescindere dall'incerto tasso di legalità circa i presupposti della scelta affidata al pubblico ministero, le nuove previsioni, in effetti, hanno determinato qualche frutto sull'affollamento carcerario. Tuttavia, nella stessa ottica, mancavano insormontabili ragioni per le quali la soluzione normativa non fosse estesa ai casi di arresto in flagranza per reati concernenti procedimenti attribuiti alla cognizione di giudici collegiali. In generale, sarebbe stato più congruo all'obbiettivo perseguito l'ampliamento della scelta extracarceraria ad ogni ipotesi di arresto in flagranza o di fermo in attesa della pronuncia del giudice circa le sorti cautelari dell'indiziato.

Il secondo provvedimento (d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 94), introduce un solo elemento in astratto pertinente rispetto alla riduzione del numero di detenuti in attesa di giudizio: l'aumento a cinque anni di reclusione della pena massima prevista per il reato nei confronti del quale si procede quale limite minimo per applicare la custodia cautelare in carcere (art. 280, comma 2, c.p.p.). Non sembra, tuttavia,

un intervento novatore particolarmente efficace. Per un verso, le ipotesi illecite la cui soglia edittale è inferiore nel massimo a cinque anni di detenzione non sono molte di meno di quelle che rientravano nell'art. 280, comma 2, c.p.p. prima della menzionata novella; per altro, il nuovo limite è neutralizzato dalla possibilità di derogare al tetto minimo dei cinque anni nell'ipotesi di arresto in flagranza contemplata dall'art. 391, comma 5, c.p.p. (art. 280, comma 1, c.p.p.) o nei casi di trasgressione a misure cautelari meno gravi precedentemente inflitte.

È singolare, invece, che la novazione legislativa in esame eccettui il delitto di finanziamento illecito ai partiti, consentendo l'emissione della misura carceraria anche al di sotto della soglia minima dei cinque anni sopra detta: si tratta di una scelta assai criticabile la quale si presenta, per la sua scarsa assimilabilità alla *ratio* posta a base delle altre deroghe contemplate dall'art. 280, commi 1 e 3, c.p.p., a rischio di legittimità costituzionale per difetto di ragionevolezza⁶.

Si tratta, in linea di fondo, di una manipolazione non certo risolutiva: gli strumenti tramite i quali ridurre il numero dei detenuti in attesa di processo sono ben altri e vanno calibrati sulle condizioni generali per emettere le misure, sulla rivisitazione dei termini di fase e sull'effettiva autonomia delle opzioni decisorie del giudice per le indagini preliminari rispetto alle richieste del pubblico ministero.

Il terzo atto legislativo (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10) – a parte l'introduzione dell'incerta figura del Garante dei detenuti (anche in custodia cautelare) – promuove la deflazione carceraria imponendo che la misura degli arresti domiciliari sia accompagnata dall'istallazione del cd. braccialetto elettronico, salvo a non ritenerlo necessario per la tenuità del *periculum* (art. 275bis, comma 1, c.p.p.): l'auspicio legislativo è di ricorrere più frequentemente alla privazione domiciliare, in luogo di quella carceraria, stante l'*obbligo* (anziché la possibilità), in tal caso, di predisporre l'ulteriore antidoto a tutela delle esigenze cautelari; la qual cosa, simmetricamente, mette a nudo, dopo aver constatato lo scarso impiego del cd. braccialetto elettronico fino ad oggi, la consapevolezza del legislatore che la prassi indulge alla misura custodiale più restrittiva⁷.

⁶ Coglie sinteticamente il dato, Arasi, *Legge 9 agosto 2013, n. 94: un primo passo per debellare il sovraffollamento carcerario?*, *Proc. pen. giust.*, 2014, 1, 87.

⁷ Si noti che il cd. braccialetto elettronico può essere adottato come forma di controllo della persona sottoposta alla misura dell'allontanamento dalla casa familiare (art. 282 bis, comma 6,

Ma non è detto che la nuova formula legislativa dell'art. 275bis, comma 1, c.p.p. risolva il problema, tanto per l'inidoneità del controllo telematico a fronteggiare taluni rischi cautelari, quanto per la constatata difficoltà culturale a ritenere la misura carceraria come *extrema ratio*; senza considerare che lo scopo legislativo è destinato a scontrarsi con l'esiguo numero di strumenti elettronici attualmente disponibili: la presunzione (relativa) di adeguatezza della misura di controllo a distanza e la non facile reperibilità dei mezzi potrebbe persino accrescere la preferenza della custodia carceraria in luogo degli arresti domiciliari.

(SEGUE): CUSTODIA CAUTELARE E NUOVE PROGNOSI SULLA PENA

Caratterizzato dalle usuali modalità di frammentazione normativa, sebbene dotato di maggiore potenzialità sul terreno della deflazione carceraria, emerge l'art. 8 d.l. n. 92 del 2014 (conv. con modificazioni dalla l. n. 117 del 2014) La disciplina influenza l'art. 275, comma 2bis, c.p.p. con tre novità

Innanzitutto, manipolando la lettera della norma, si stabilisce che cautela carceraria e arresti domiciliari sono preclusi se il giudice prevede l'applicazione della sospensione condizionale della pena; in verità, confrontato alla precedente versione, il nuovo dato normativo può apparire persino più stringente: il «non può essere disposta la misura della custodia cautelare...» in tali casi, secondo l'*incipit* dell'art. 275, comma 2bis, c.p.p. anteriore alla riforma, costituiva una formula (nonostante incertezze giurisprudenziali al riguardo) comprensiva di ogni provvedimento privativo, inclusi arresti domiciliari, ricovero presso case di cura e detenzione in luoghi di custodia attenuata. Oggi, l'esplicita indicazione secondo cui la prognosi favorevole della sospensione condizionale vieta arresti domiciliari e carcere sembra non coinvolgere le residue misure custodiali; ma sarebbe irragionevole consentire – in questi casi – le misure “a regime intermedio” sostenendo che la norma letteralmente sancisca un divieto solo per arresti domiciliari e custodia in carcere.

Del resto, nessuna forma di detenzione cautelare sarebbe concepibile se la pena reclusiva non dev'essere eseguita.

L'ulteriore innovazione è più consistente: la custodia in carcere è preclusa se il giudice ritiene che,

in giudizio, si applicherà una pena detentiva non superiore a tre anni; nella versione definitiva del testo sono state introdotte deroghe che rendono la disciplina “più digeribile” rispetto a talune obiezioni a sfondo repressivo: la regola generale è superata nelle ipotesi di precedente trasgressione delle misure cautelari non carcerarie, oltre che nei casi in cui si procede per delitti indicati dall'art. 4bis, l. 26 luglio 1975, n. 354 e dagli artt. 423bis, 572, 612bis e 624bis del codice penale; a tal ultimo proposito, si tratta di vicende penali (*quasi*) coincidenti con quelle contemplate dall'art. 656, comma 9 lett. a), c.p.p., in vista delle quali non opera la sospensione dell'ordine di esecuzione.

La disciplina darà luogo a incertezze applicative, in particolare, quanto ai criteri sui quali fondare la prognosi; l'impiego dell'espressione “in giudizio” (e non “in dibattimento”) può alludere anche ad una prognosi che tenga conto della sanzione irrogata a seguito di procedure premiali, soprattutto quando il giudice deve esprimersi sulla revoca della misura dopo che la richiesta di rito sommario è stata avanzata dall'imputato.

Quanto alla terza integrazione dell'art. 275, comma 2bis, c.p.p., il legislatore – con una sintesi barocca – intende dire che, pur dinanzi alle ipotesi di pena irrogabile non superiore a tre anni, la custodia carceraria è destinata a sostituire gli arresti domiciliari quando l'indiziato non ha la disponibilità di una dimora in cui sottoporsi a detta misura. È evidente che si tratta di casi in cui non sarebbero adeguati gli strumenti di cautela meno aggressivi (lo scrive finanche il legislatore); ma è altrettanto chiaro che ipotesi del genere postulano, comunque, una prognosi negativa circa l'adozione della sospensione condizionale della pena. La regola – largamente seguita dalla prassi – formalizza una disparità di trattamento tra individui che condividono pericoli cautelari della stessa indole ma che versano in condizioni socio-economiche differenziate; per questi ultimi, la custodia in carcere dipenderebbe da elementi estranei alle condizioni legittimanti la misura, con ogni implicazione circa il principio di eguaglianza in tema di libertà personale *ante iudicatum*.

In linea di fondo, comunque, il recente intervento legislativo acuisce l'ipertrofia della vicenda cautelare, con ricadute sistemiche: il giudizio di merito vero e proprio rischia di perdere *appeal* (anche) nel momento dosimetrico della pena. È facile intuire come, di fatto, la motivazione sugli aspetti prognostici affrontati in sede cautelare – soprattutto quando gli argomenti a sostegno superano la prova di resistenza dinanzi alla Corte di cassazione – influen-

c.p.p.); innovazione legislativa mal formulata, introdotta dalla legge di conversione del d.l. n. 93 del 2013, che suscita le critiche di Diddi, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, *Proc. pen. giust*, 2014, 2, 97-98).

zi le scelte finali sull'imputazione non solo quanto all'alternativa proscioglimento-condanna.

PRE-CAUTELE

In controtendenza – sintomo di un disequilibrio ancora più evidente – nello stesso arco temporale in cui ci si muove per risolvere il sovraffollamento carcerario, non mancano le tendenze repressive che nascono dalla necessità "politica" di fornire risposte a fatti di cronaca o colmare, con strategie semplicistiche, i deficit di fedeltà alle fonti sovranazionali; è accaduto così con la l. 1° ottobre 2012 n. 172 (ratifica della Convenzione di Lanzarote a tutela dei minori) e con il dl. 93 del 2013 convertito con modifiche nella l. n. 119 del 2013 (disciplina per la sicurezza pubblica e contro la violenza di genere), nelle parti in cui hanno allargato le ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza (art. 380, comma 2 lettere d *ter* ed e), c.p.p.).

Si tratta della cattiva abitudine di ampliare progressivamente le condizioni della pre-cautela – disciplina oramai di difficilissima lettura – estendendo di volta in volta la lista dei delitti per i quali la misura è permessa; al grido d'allarme contro forme di criminalità, amplificata dalla stampa, il legislatore risponde con strumenti penali più afflittivi e con il simmetrico anticipo repressivo affidato alla polizia giudiziaria⁸. A prescindere dalla dubbia rispondenza di tali interventi al principio della "necessità" espresso dall'art. 13 comma 3 Cost., il *modus operandi* del legislatore costituisce un cliché tramite cui gli organi istituzionali fronteggiano disagi sociali e disabilità culturali che richiederebbero antidoti di ben altro tipo, educativi più che repressivi.

Risponde alla stessa logica del "pronto soccorso giudiziario" – ancorché di attenuato impatto sulla libertà personale – il nuovo art. 384bis c.p.p. (introdotto dal d.l. n. 93 del 2013 convertito con modifiche dalla l. 119 del 2013), che attribuisce alla polizia autorizzata dal pubblico ministero il potere di disporre l'allontanamento dall'abitazione familiare di chi è colto in flagranza di reati che coinvolgono minori o di violenza domestica, anche di natura sessuale; previsione alla quale corrisponde persino una nuova ipotesi di giudizio direttissimo (attuale art. 449, comma 5, c.p.p.), evidentemente volta a manifestare la presenza di un intervento giudiziario esemplare e tempestivo fuori dai casi di arresto. Ma qui è diffici-

le negare come le logiche autoritarie *tout court* mal si concilino con le dinamiche familiari, molto più complesse di quanto appaiano ad un pubblico ufficiale che bussa alla porta di casa munito esclusivamente di un potere d'imperio.

IL COINVOLGIMENTO DELLA PERSONA OFFESA

Frutto dell'intervento legislativo sulla "violenza di genere", si arricchisce la figura dell'offeso da reato, enucleandosene un ruolo autonomo nell'ambito della procedura di adozione, revoca o sostituzione delle misure personali contemplate dagli artt. 282bis, 282ter, 283, 284, 285, 286 c.p.p..

Non si amplia solo la sfera giuridica della vittima accrescendo i suoi diritti di natura recettizia, rappresentati dalla comunicazione dei provvedimenti che applicano le misure *de libertate* appena indicate (299, comma 2bis, c.p.p., rispetto all'art. 282 *quater* stesso codice); ma si impone che le siano notificate le richieste di revoca e sostituzione di dette misure (art. 299, commi 3 e 4bis, c.p.p.), salvo quelle formulate in sede di interrogatorio di garanzia.

Il legislatore statuisce un limite (vacuo) all'operatività di tali discipline: che si tratti di "delitti commessi con violenza alle persone", genere dall'inquadramento incerto, che obbliga ad effettuare una scelta (arbitraria) in relazione alla modalità della condotta, alla qualità dell'aggressione e all'effetto prodotto.

In materia di modifica dello *status* cautelare dell'imputato, l'innovazione è più corposa e appesantisce non poco la procedura.

In primo luogo, la notificazione della richiesta è curata dalla parte – perlopiù, la difesa dell'indiziato – con tutte le incertezze quanto all'individuazione soggettiva e logistica dell'avente diritto privo di difensore e al numero dei destinatari nell'ipotesi di pluralità di persone. Inoltre, si tratta di un vero e proprio onere, considerando che la richiesta è addirittura inammissibile se non è stata effettuata la notificazione. Infine, la conoscenza della richiesta permette all'offeso di esprimersi tramite memorie entro termini prefissati, decorsi i quali il giudice decide.

In linea di fondo, il potenziamento della persona offesa⁹ durante la procedura cautelare non si limita più al soggetto debole nei delitti consumati in ambito domestico. Si tratta di una tendenza confermata

⁸ Cfr., tra gli altri, Marzaduri, *Il ricorso alla decretazione di urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale*, Guida dir., 2009, 10, 40 s.; Spangher, *Giuliano Vassalli e l'evoluzione del processo penale*, Cass. pen., 2011, 4535 ss.

⁹ Obiettivo, in parte, già perseguito tramite la l. n. 172 del 2012, in attuazione della Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa del 2007 per la protezione dei minori contro lo sfruttamento sessuale e l'abuso sessuale, entrata in vigore il 1° luglio 2010. In tema, Lorusso, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, Dir. pen. proc., 2013, p.881.

dalla chiosa introdotta all'art. 284 comma 1 bis c.p.p. (d.l. 1° luglio 2013 n. 78 convertito con modifiche dalla l. 9 agosto 2013 n. 94), laddove stabilisce genericamente che la scelta di adottare gli arresti domiciliari va sempre calibrata anche "sulle esigenze di tutela della persona offesa dal reato".

Tuttavia, osservando le cose da un punto di vista panoramico, l'intervento legislativo, in progressiva quanto disorganica espansione, risulta ancora parziale considerando la direttiva europea sulla tutela della vittima del reato¹⁰, disciplina che imporrebbe una coordinata e generale rivisitazione del ruolo processuale di quest'ultima.

LIMITI DETENTIVI PER IL GENITORE

Dominata dall'esigenza di tutela verso il nascituro e la prole in età puerile, la l. 21 aprile 2011, n. 61 emenda gli artt. 275, comma 4, 284, comma 1, c.p.p. e introduce nella disciplina codicistica l'art. 285 bis, statuendo che la loro efficacia decorra dal 1° gennaio 2014; il presupposto delle norme di favore è che si tratti di donna incinta o di madre (di padre, in sua assenza) di bambini di età non superiore a sei anni.

E così, dalla trama positiva, secondo i requisiti precisati, emergono tre distinte modalità cautelari: 1) la restrizione presso penitenziari a "custodia attenuata", adatti alla vita comune tra genitore e figlio, nel caso in cui i *pericula* siano di eccezionale rilevanza ma, comunque, fronteggiabili nonostante lo stato di detenzione particolare; 2) gli arresti domiciliari presso una "casa famiglia protetta" quando le esigenze cautelari non possiedono il carattere dell'eccezionalità ma meriterebbero, in casi comuni, la misura carceraria; 3) la custodia in carcere se le esigenze cautelari siano di eccezionale rilevanza e non tutelabili tramite i cd. istituti a custodia attenuata.

Il fine legislativo è nobile; tuttavia, la disciplina è perfettibile e, allo stato, di non facile attuazione¹¹.

In primo luogo, il limite di età (non superiore a sei anni) fissato per il minore da salvaguardare è affetto da arbitrio; il legislatore farebbe bene a interpellare degli esperti per stabilire un tetto anagrafico più meditato, al di sopra del quale la relazione tra genitore e figlio può essere inter-

rotto (meno traumaticamente) dalla detenzione carceraria. Peraltro, nell'ipotesi di minore disabile, la relazione genitoriale diventa necessaria in età ancora più avanzata o, persino, in via permanente; anzi, a tal riguardo, la disciplina manifesta segni di incongruità laddove non equipara quest'ultima figura a quella del minore sul piano delle tutele.

Inoltre, il diritto del fanciullo è subordinato all'istituzione di idonee strutture penitenziarie che permettano lo svolgimento del predetto rapporto familiare; la qual cosa è destinata a provocare difformità di trattamento sul territorio nazionale, a beneficio delle aree a più ridotto impatto criminale o di istituti più facilmente riconvertibili a tale scopo. Naturalmente, c'è da dubitare che le soluzioni da adottare in concreto siano semplici, considerando l'emergenza (cronica) dell'affollamento carcerario quale inevitabile priorità da affrontare.

Infine, anche la possibilità di ricorrere agli arresti presso case famiglie protette – ipotesi che in astratto permetterebbe un miglior controllo sulla persona *in vinculis* e che potrebbe meglio garantire le esigenze cautelari spronando ad un limitatissimo uso della cautela carceraria – è condizionata alla loro effettiva presenza sul territorio; la qual cosa ripropone le stesse riserve già espresse sul piano della concreta attuazione della riforma.

DE JURE CONDENDO

Racchiuso nel disegno di legge n. C – 631/B approvato con modifiche dal Senato il 4 aprile 2014 e, allo stato, all'esame della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati in seconda lettura – l'intervento legislativo *in itinere* è globalmente indirizzato a ridurre l'impiego della custodia cautelare, ancorché qualche previsione non sia dedicata al tema specifico.

La disciplina si arricchirebbe di vincoli diretti a contenere la discrezionalità giudiziaria in materia, indubbiamente incline all'impiego dello strumento cautelare in chiave di "risposta" istituzionale ai fenomeni criminali.

In linea di fondo, il disegno di legge – non immune da una matrice reattiva rispetto agli orientamenti della giurisprudenza sulla disciplina vigente – si muove lungo quattro direttrici.

Innanzitutto, si precisano i caratteri dei *pericula* cautelari, da un lato, contrassegnandoli esplicitamente con il requisito della "attualità" e, dall'altro, rimarcando che la "gravità del reato" oggetto di procedimento non è da sola sufficiente a integrare

¹⁰ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2012, istitutiva di norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

¹¹ Cfr., Scomparin, *Una piccola riforma del sistema penitenziario nel segno della tutela dei diritti dell'infanzia*, Legislazione pen., 2011, 600-601.

le esigenze cautelari; si tratta, in effetti, di sottolineature che potrebbero apparire inutili se non fossero emerse talune linee di tendenza dirette a svalutarle.

In secondo luogo, si incide sulle regole di adeguatezza e gradualità della misura custodiale, prospettando la necessità di preferire l'adozione cumulativa di misure personali prescrittive e interdittive rispetto a forme cautelari detentive.

In argomento si è anche riscritto il capitolo della "doppia" presunzione custodiale in vista di determinati delitti – sulla base delle indicazioni fornite negli ultimi tre anni dalla Corte costituzionale¹² – facendo, tuttavia, un po' di confusione sul testo dell'art. 275 comma 3 c.p.p. integrato dal Senato; al di là di sfumature nei raccordi linguistici, il difetto più grossolano è l'aver incluso l'art. 74 d.p.r. n. 309 del 1990 nel catalogo dei delitti che richiedono un trattamento più restrittivo nonostante i Giudici della Consulta l'abbiano escluso con sentenza 19 luglio 2011, n. 231.

Significativa – e fonte di più solidi rilievi critici – è la clausola che non permetterebbe l'impiego di misure custodiali quando il giudice ritiene che l'esecuzione della pena possa essere sospesa per effetto dell'art. 656, comma 5, c.p.p. Si tratterebbe di innestare una prognosi agganciata ad una serie di variabili, incluse le opzioni relative alla riconducibilità dei delitti per i quali si procede nelle categorie d'illecito che precludono la sospensione dell'ordine di esecuzione.

In effetti, l'*intentio legis* si è parzialmente tramutata nell'art. 8, d.l. n. 92 del 2014, nella parte in cui esclude la custodia in carcere quando il giudice ritiene che la pena detentiva irrogabile in giudizio non superi i tre anni¹³.

Passando alla terza direttrice seguita dal legislatore, emerge il rafforzamento della motivazione cautelare e del suo ruolo durante il riesame dell'ordinanza applicativa.

Si prescrive, in primo luogo, che il giudice dica perché, al posto della custodia in carcere, non sono adeguati gli arresti domiciliari con braccialetto elettronico.

Si impone, poi, che i motivi a sostegno dell'ordinanza siano muniti di "autonoma valutazione", perseguendo l'intento di evitare motivazioni costruite con i "copia e incolla" o tramite disinvolute stesure *per relationem*¹⁴; anche se, in materia, sono

già intervenute a garanzia talune precisazioni della giurisprudenza.

A completamento di tale ultimo profilo segue il (condivisibile) limite posto ai poteri integrativi del tribunale del riesame in ordine al difetto di motivazione, laddove la riforma *in fieri* – intervenendo sull'art. 309, comma 9, c.p.p. – richiede l'annullamento dell'ordinanza che sia priva di "valutazione autonoma" relativamente alle condizioni cautelari.

L'ultimo percorso seguito dall'intervento legislativo riguarda la procedura di riesame, articolandosi in quattro punti che, salvo limature, meritano accoglimento: a) irrobustimento dell'autodifesa tramite il diritto alla comparizione personale dell'interessato; b) differimento della data d'udienza su semplice richiesta dell'imputato o d'ufficio – nei casi di particolare complessità – con sospensione del decorso dei tempi per la decisione; c) fissazione di un termine perentorio di deposito dell'ordinanza con decadenza della misura nell'ipotesi di inutile decorso (novità riprodotta in sede di rinvio dopo l'annullamento in cassazione); d) preclusione a rinnovare la misura nel caso maturi la decadenza per mancato rispetto dei termini, salvo "eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate".

In linea di fondo, è facile notare che l'intervento *de jure condendo* non tende a rinnovare l'impianco cautelare, ma ritocca semplicemente la disciplina esistente. Un legislatore coraggioso può fare di più: riscrivendo soprattutto le regole dei termini di durata delle misure custodiali, oramai quasi neutralizzati dalle deroghe soprattutto nelle singole fasi; esplicitando meglio i rapporti tra cautele *de libertate* e interdittive, con preferenza per queste ultime; irrobustendo il ruolo del giudice per le indagini preliminari, in particolare nelle procedure di controllo postumo sulla misura; (re)introducendo la libertà su cauzione¹⁵.

Resta da dire, in ogni caso, che nessuna riforma è effettiva se gli operatori giudiziari non sono pronti ad applicarla recependone le ragioni ispiratrici; così, se prevale la logica culturale secondo cui la misura custodiale rappresenta un mezzo di "lotta alla criminalità", ogni novità legislativa diretta a ricondurre il potere cautelare nella sua dimensione fisiologica è destinata all'insuccesso.

¹² In tema, la ricostruzione e le prospettive tracciate da Giuluz, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali*, *Proc. pen. giust.*, 2013, 6, 111 ss.

¹³ Cfr., *supra*, § (Segue): custodia cautelare e nuove prognosi sulla pena.

¹⁴ Anche per una completa ricognizione degli orientamenti,

Aprile, *La motivazione delle ordinanze cautelari e l'impiego della tecnica informatica del "copia e incolla": usi e abusi nella prassi giudiziaria*, *Proc. pen. giust.*, 2012, 6, 105 ss.

¹⁵ Cfr., le lucide riflessioni di Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, *Cass. pen.*, 2014, 22 ss.

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE / NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Carla Pansini

NORME TRANSITORIE E IMPUTATI IRREPERIBILI

(L. 11 agosto 2014, n. 118, «Introduzione dell'articolo 15-bis della legge 28 aprile 2014, n. 67, concernente norme transitorie per l'applicazione della disciplina della sospensione del procedimento penale nei confronti degli irreperibili»)

La legge 11 agosto 2014, n. 118, inserendo l'art. 15 bis all'interno della l. n. 67 del 2014, detta norme transitorie «per l'applicazione della disciplina della sospensione del procedimento penale nei confronti degli irreperibili». Invero, non pochi problemi applicativi aveva generato l'assenza di una norma *ad hoc* volta ad individuare, stante il principio *tempus regit actum*, il *discrimen* di operatività tra precedente e nuova previsione.

Ai sensi dell'art. 1, comma 1, l. n. 118/2014, lo spartiacque tra vecchio e nuovo è costituito dalla pronuncia del dispositivo della sentenza di primo grado. Sicché, se nei processi penali in corso alla data di entrata in vigore della l. n. 67/2014 (17 maggio 2014) sia già stato pronunciato suddetto dispositivo, questi continueranno il loro cammino verso l'epilogo decisorio con le regole pregresse: occorrerà, quindi, procedere alla notifica dell'avviso di deposito della sentenza di primo grado all'imputato contumace (art. 548, comma 3, c.p.p.) ed è dal giorno dell'esecuzione dell'avviso che comincerà a decorrere il termine per proporre impugnazione (art. 585, comma 2, lett. d), c.p.p.); sarà operativa la previgente disciplina sull'appello e ricorso per cassazione nonché la c.d. "restituzione nel termine" di cui all'art. 175 c.p.p. Va da sé che in questi processi non potrà trovare spazio il nuovo rimedio della «recessione del giudicato», introdotto con l'art. 625 bis c.p.p. dall'art. 11, comma 5 della l. n. 67/2014.

Viceversa, se alla data di entrata in vigore della l. n. 67/2014 non sia stato ancora pronunciato il dispositivo di primo grado, il legislatore delinea due differenti condizioni a seconda che l'imputato sia stato o meno già dichiarato contumace.

Nello specifico, se non è stata ancora emessa ordinanza dichiarativa di contumacia, il processo andrà avanti con le nuove norme, che troveranno completa applicazione non solo con riferimento alla eventuale dichiarazione di assenza, ma anche relativamente alla possibilità di sospendere il processo nei confronti dell'irreperibile e di attivare i rimedi "ripristinatori" in sede di impugnazioni ordinarie e straordinarie.

Qualora, invece, l'imputato sia stato già dichiarato contumace, occorrerà procedere ad una ulteriore valutazione.

Se la dichiarazione di contumacia è accompagnata dall'emissione del decreto di irreperibilità troveranno immediata applicabilità le nuove norme nel loro complesso. Al contrario, se la dichiarazione di contumacia non è stata seguita dal decreto di irreperibilità, resteranno vive le disposizioni previgenti.

* * *

MODIFICHE ALL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO (ANCHE DEI MINORI)

(L. 11 agosto 2014, n. 117)

La l. n. 117 del 2014 ha convertito con modificazioni il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, contenente «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile».

Con un primo intervento, il legislatore ha soppresso il comma 3 dell'art. 97 bis disp. att. c.p.p. – introdotto dall'art. 4 d.l. n. 92 del 2014 – con il quale si prevedeva che, in caso di sostituzione della misura cautelare della custodia carceraria con quella degli arresti domiciliari, congiunta alla prescrizione del

controllo elettronico *ex art. 275 bis c.p.p.*, qualora il direttore del carcere avesse ritenuto impossibile l'esecuzione immediata della misura per «specifiche esigenze di carattere tecnico», il giudice avrebbe potuto differirne l'adozione fino alla materiale disponibilità delle necessarie apparecchiature elettroniche. Probabilmente, la soppressione è stata dettata dalla constatata indisponibilità di un numero sufficiente di dispositivi elettronici che avrebbe di fatto prodotto differimenti lunghi – se non addirittura *sine die* – dei provvedimenti di sostituzione con la misura cautelare meno gravosa in un numero statisticamente elevato di casi.

Il secondo intervento modificativo ha riguardato le norme di attuazione del “processo minorile” operando un *revirement* rispetto alla iniziale estensione, sino al venticinquesimo anno di età, delle speciali disposizioni e modalità esecutive dei provvedimenti limitativi della libertà personale. L'art. 24 d.lgs. n. 272 del 1989, come residua dal *restyling* della legge di conversione, prevede che l'esecuzione di misure cautelari, alternative, sanzioni sostitutive, pene detentive e misure di sicurezza avvenga secondo «le norme e con le modalità previste per i minorenni anche nei confronti di coloro che nel corso dell'esecuzione abbiano compiuto il diciottesimo ma non il venticinquesimo anno di età» sempreché, però, «per quanti abbiano già compiuto il ventunesimo anno, non ricorrano particolari ragioni di sicurezza valutate dal giudice competente, tenuto conto altresì delle finalità rieducative».

Al di là di alcune disposizioni in materia di attribuzione di funzioni a magistrati e di gestione dei programmi di edilizia penitenziaria, la modifica di maggiore rilevanza riguarda sicuramente l'art. 275, comma 2 *bis*, c.p.p.; il legislatore, nel convertire il precedente decreto-legge, ha circoscritto l'ambito operativo del divieto di custodia cautelare introdotto dal precedente d.l. n. 92/2014. Fatte salve le eccezioni espressamente previste, la custodia cautelare in carcere non potrà più essere applicata qualora il giudice ritenga che, «all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni» (art. 8, comma 1, d.l. n. 117/2014). Si è fatto, così, coincidere tale limite edittale con quello richiesto dall'art. 656, comma 5, c.p.p. per la sospensione dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, per consentire al condannato di presentare richiesta di ammissione alle misure alternative alla detenzione o alla detenzione domiciliare senza fare ingresso in carcere.

Tale preclusione non si applica, però, «nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-*bis*, 572, 612-*bis* e 624-*bis* del codice penale, nonché all'artico-

lo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1» del codice di rito penale. Ragionevolmente, poi, il legislatore ha limitato lo spettro di applicabilità del divieto di custodia cautelare, introducendo la clausola di salvezza degli artt. 280, comma 3 e 276, co. 1 *ter* c.p.p. Il primo di questi articoli consente il ricorso alla custodia cautelare in carcere, indipendentemente dalla misura della pena edittale prevista per il reato oggetto del procedimento in corso in caso di trasgressione degli obblighi dipendenti dall'adozione di misure cautelari diverse. Il secondo, viceversa, prevede la conversione obbligatoria degli arresti domiciliari in custodia cautelare in carcere in caso di violazione del divieto di allontanarsi dalla propria dimora.

Un ultimo ritocco degno di menzione, operato dalla l. n. 117 del 2014 riguarda l'art. 678 c.p.p., convertito senza modifiche ma implementato da un nuovo comma 3 *bis*, a norma del quale il tribunale di sorveglianza e il magistrato di sorveglianza, nelle materie di rispettiva competenza, quando debbano provvedere su richieste di provvedimenti incidenti sulla libertà personale di persone condannati da Tribunali o Corti penali internazionali, devono dare «immediata comunicazione della data dell'udienza e della pertinente documentazione al Ministro della giustizia, che tempestivamente ne informa il Ministro degli affari esteri e, qualora previsto da accordi internazionali, l'organismo che ha pronunciato la condanna» (art. 3 d.lgs. 117/2014).

* * *

DIRITTO ALL'INFORMAZIONE NEL PROCESSO PENALE
(D.lgs. 1° luglio 2014, n. 101, «Attuazione della Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali»)

Con il d.lgs. 1° luglio 2014, n. 101 viene data concreta attuazione alla Direttiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, così come indicato nella l. 6 agosto 2013, n. 96 di delega al Governo. È appena il caso di ricordare come quella Direttiva fosse stata adottata al fine di rafforzare i diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, stabilendo norme minime comuni – in un'ottica di rafforzamento della fiducia reciproca tra gli Stati membri – da applicare in tema di informazioni relative ai diritti e all'accusa.

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

Se è vero, come affermato nella *Relazione illustrativa* al d.lgs. 101/2014, che l'ordinamento italiano «riconosce rilievo costituzionale al diritto della persona accusata di un reato di essere, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa a suo carico» (art. 111, commi 1 e 2, Cost.), e che il c.d. giusto processo «non possa prescindere dal diritto della persona accusata di essere tempestivamente informata dei diritti e delle facoltà concesse dall'ordinamento processuale, al fine di comprendere appieno l'addebito e di disporre del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa»; è altrettanto vero che era necessario introdurre previsioni *ad hoc*, «maggiormente in linea con le disposizioni sovranazionali contenute nelle Carte dei Diritti fondamentali dell'Unione europea», volte a colmare alcune lacune del sistema di rito penale in tema di effettività del diritto all'informazione sui diritti processuali.

Il legislatore, tuttavia, sembra essere intervenuto limitandosi ad assolvere gli obblighi "europei", senza una visione di sistema, implementando oneri e incombenze di soggetti processuali, che daranno adito a non pochi problemi applicativi.

"INFORMAZIONE SUI DIRITTI" E STATUS CUSTODIAE

La Direttiva 2012/13/UE si sofferma in maniera piuttosto analitica sulle prerogative e garanzie minime da assicurare al soggetto ristretto, soprattutto con riguardo allo *status custodiae* e al mandato d'arresto europeo. Sotto questo aspetto, il d.lgs. n. 101 del 2014 sostanzialmente ripropone in maniera pedissequa le previsioni della fonte europea, introducendo tre adempimenti informativi legati all'applicazione di misure cautelari custodiali, alle dinamiche procedurali dell'arresto e del fermo nonché all'operatività del mandato d'arresto europeo.

Così, viene modificato l'art. 293 c.p.p., il cui primo comma viene totalmente riscritto mentre vengono aggiunti i commi 1 *bis* e 1 *ter*. Nello specifico, il novellato co. 1 dell'art. 293 c.p.p. oggi impone agli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria incaricati di eseguire un'ordinanza dispositiva di una misura custodiale di consegnare all'imputato (ma anche, ovviamente, all'indagato, in virtù di quanto disposto dall'art. 61 c.p.p.) copia del provvedimento restrittivo «unitamente a una comunicazione scritta, redatta in forma chiara e precisa» – e per chi non conosca la lingua italiana anche «tradotta in una lingua comprensibile» – con cui lo si informa: «a) della facoltà di nominare un difensore di fiducia e di essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge;

b) del diritto di ottenere informazioni in merito all'accusa;
c) del diritto all'interprete ed alla traduzione di atti fondamentali;
d) del diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere;
e) del diritto di accedere agli atti sui quali si fonda il provvedimento;
f) del diritto di informare le autorità consolari e di dare avviso ai familiari;
g) del diritto di accedere all'assistenza medica di urgenza;
h) del diritto di essere condotto davanti all'autorità giudiziaria non oltre cinque giorni dall'inizio dell'esecuzione, se la misura applicata è quella della custodia cautelare in carcere ovvero non oltre dieci giorni se la persona è sottoposta ad altra misura cautelare;
i) del diritto di comparire dinanzi al giudice per rendere l'interrogatorio, di impugnare l'ordinanza che dispone la misura cautelare e di richiederne la sostituzione o la revoca».

Peraltro, ove una siffatta comunicazione scritta non fosse prontamente reperibile in una lingua nota al soggetto alloglotto, gli appartenenti alle forze dell'ordine dovranno attivarsi per fornire le informazioni «oralmente, salvo l'obbligo di dare comunque, senza ritardo, comunicazione scritta all'imputato» (art. 293, comma 1 *bis*, c.p.p.).

Non solo. In base a quanto disposto dal nuovo comma 1-*ter* dell'art. 293 c.p.p. – inserito dall'art. 1, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 101/2014 – l'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria incaricato di eseguire l'ordinanza cautelare è tenuto sia a informare «immediatamente il difensore di fiducia eventualmente nominato dal prevenuto ovvero quello d'ufficio designato a norma dell'art. 97» c.p.p., sia a redigere verbale «di tutte le operazioni compiute», facendo esplicita menzione della consegna della comunicazione scritta o dell'espletamento della formalità orale. Il verbale, poi, dovrà essere «immediatamente trasmesso al giudice che ha emesso l'ordinanza e al pubblico ministero», per consentire le verifiche contemplate dall'art. 294 comma 1-*bis* c.p.p. Quest'ultimo articolo, difatti, implementato in fine del comma 1 *bis*, impone al giudice, in sede di interrogatorio di garanzia, di verificare «che all'imputato in stato di custodia cautelare in carcere o agli arresti domiciliari sia stata consegnata la comunicazione scritta di cui all'art. 293, comma 1, c.p.p. o che, comunque, sia stata resa l'informazione orale di cui all'art. 293 comma 1-*bis*» c.p.p. Dal canto suo, il giudice che rilevi delle carenze sul versante informativo, sarà tenuto a colmarle, integrando i rispettivi adempimenti, scritti od orali che siano.

Nessuna sanzione è, però, espressamente individuata in caso di inottemperanza a tali adempimenti informativi, anche se sembra evidente come violazioni siffatte determinino un *vulnus* nel concreto esercizio del diritto di difesa, anche nell'ottica delle impugnazioni cautelari.

Analoghe previsioni vengono riproposte per quanto riguarda la fase immediatamente successiva all'arresto o al fermo. Con la riscrittura del primo comma dell'art. 386 c.p.p., gli ufficiali o agenti che abbiano eseguito l'arresto e il fermo o che abbiano preso in consegna l'arrestato devono procedere a consegnare una comunicazione scritta, «redatta in forma chiara e precisa» ed eventualmente tradotta in lingua comprensibile, con la quale il soggetto viene messo al corrente degli stessi diritti – peraltro analiticamente ed espressamente ripetuti – indicati nell'art. 294 c.p.p. Inoltre, come per l'esecuzione dell'ordinanza cautelare, anche in caso di arresto e fermo si attribuisce la facoltà agli ufficiali o agenti di sopperire all'eventuale mancanza di un testo scritto prontamente reperibile con la comunicazione in forma orale, alla quale poi seguirà la comunicazione scritta appena possibile. Con una parziale modifica del comma 3 dell'art. 386 c.p.p. viene, poi, imposto che resti traccia nel verbale dell'avvenuta esecuzione delle formalità informative, in modo tale da consentire al giudice dell'udienza di convalida di operare le opportune verifiche del caso (art. 391, comma 2, c.p.p., modificato).

In ultimo, il d.lgs. n. 101 del 2014 è intervenuto anche sulla disciplina del mandato d'arresto europeo. Con un'operazione chirurgica di estrema precisione, nel conteso dell'art. 12, co. 1, primo periodo della l. 22 aprile 2005, n. 69, si è aggiunto l'obbligo per la polizia giudiziaria di consegnare all'interessato «una comunicazione scritta, redatta in forma chiara e precisa» che lo informi delle prerogative indicate in quella norma.

DIRITTO ALL'INFORMAZIONE SULL'ADDEBITO E SUL DIRITTO DI DIFESA

Il secondo ambito nel quale è intervenuto il legislatore in attuazione della Direttiva europea con-

cerne il diritto all'informazione nella differente accezione di diritto a conoscere gli estremi dell'addebito.

Sotto questo profilo, la norma novellata è l'art. 369 c.p.p. Nello specifico, il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 369 c.p.p. impone al pubblico ministero di informare la persona sottoposta alle indagini o la persona offesa, destinatari di un'informazione di garanzia, «del diritto alla comunicazione previsto dall'articolo 335, comma 3,» c.p.p. ovvero della possibilità per tali soggetti di conoscere eventuali iscrizioni nel registro delle notizie di reato.

L'apparente superfluità di tale disposizione, legata alla conoscibilità di notizie già ostentate nella stessa "informazione di garanzia", trova differente spiegazione se letta unitamente al comma 2 dell'art. 335 c.p.p. che riconosce al pubblico ministero l'onere di curare l'aggiornamento delle iscrizioni delle notizie di reato, qualora «nel corso delle indagini preliminari mut[i] la qualificazione giuridica del fatto ovvero questo risult[i] diversamente circostanziato». Sicché l'interessato oggi viene edotto della possibilità di verificare le eventuali modifiche e aggiornamenti dell'addebito a suo carico nel prosieguo delle indagini preliminari.

L'INFORMAZIONE SUL DIRITTO DI DIFESA

Terzo e ultimo profilo riguarda l'informazione della persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa. L'art. 1, comma 1, lett. d), d.lgs. 101 del 2014 modifica il primo comma dell'art. 369 *bis* c.p.p., puntualizzando come l'informazione in discorso debba essere notificata «al più tardi, contestualmente all'avviso della conclusione delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 415 *bis*» c.p.p. Inoltre, il comma 2 dell'art. 369 *bis* si arricchisce di una lettera d-*bis*) che aggiunge alle comunicazioni relative all'obbligatorietà della difesa, alle generalità e ai recapiti del difensore d'ufficio nominato e ad una serie di istruzioni relative alla difesa tecnica, anche l'informazione del diritto ad un interprete, nonché alla traduzione di atti fondamentali relativi al procedimento penale a proprio carico.

NOVITÀ SOVRANAZIONALI / SUPRANATIONAL NEWS

di Lucio Camaldo

ACCORDO TRA ITALIA E USA SULLO SCAMBIO DI DATI PERSONALI PER LA PREVENZIONE E LA LOTTA ALLE FORME GRAVI DI CRIMINALITÀ INCLUSO IL TERRORISMO

Con la legge 3 luglio 2014, n. 99 (in *G.U.* 16 luglio 2014, n. 163 – Serie generale) è stato ratificato l'Accordo tra Italia e Stati Uniti d'America, sottoscritto a Roma il 28 maggio 2009, volto a rafforzare la cooperazione nella prevenzione e lotta alle forme gravi di criminalità, tra cui, in particolare, il terrorismo.

Come rilevato dalla Commissione giustizia nel parere formulato in sede consultiva, l'Accordo presenta "connotati innovativi poiché, più che individuare nuovi settori di collaborazione, si incentra sulle nuove metodologie di contrasto al crimine, quale ad esempio quella basata sui grandi progressi recenti nella rilevazione delle tracce di DNA e delle impronte digitali".

A tal riguardo, è opportuno ricordare che lo scambio di dati personali, incluse le informazioni dattiloscopiche e i profili del DNA, è stato recentemente disciplinato dal Trattato di Prüm, sottoscritto il 27 maggio 2005 – un accordo multilaterale tra sette Stati membri dell'Unione europea (Austria, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo, Spagna e Paesi Bassi) allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e l'immigrazione illegale – al quale, come è noto, l'Italia ha aderito con la legge 30 giugno 2009, n. 85. In particolare, tale legge ha previsto (art. 5) l'istituzione della banca dati nazionale del DNA (presso il Ministero dell'Interno – Dipartimento della pubblica sicurezza) e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA (presso il Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria), nonché la creazione, nel Corpo di polizia penitenziaria, di ruoli tecnici nei quali inquadrare il personale da impiegare nelle attività del laboratorio centrale (art. 18).

Richiamando espressamente il Trattato di Prüm, l'Accordo bilaterale Italia-USA prevede una collabo-

razione investigativa fondata su "criteri di disponibilità delle informazioni e di reciprocità, in conformità con le rispettive legislazioni nazionali e con la normativa internazionale applicabile in materia di protezione dei dati personali".

Le informazioni riguardano i profili del DNA (di cui l'art. 1 dell'Accordo fornisce una precisa definizione) e "qualsiasi altra informazione relativa a una persona fisica identificata o identificabile", inclusi i "dati dattiloscopici e i relativi riferimenti" (dati identificativi delle impronte digitali).

Nell'ambito delle attività di prevenzione e di indagine, le due Parti contraenti si sono impegnate a garantire la disponibilità dei predetti dati dattiloscopici e dei profili di DNA contenuti nei sistemi nazionali automatizzati di identificazione delle impronte digitali o negli schedari dei profili di DNA e a consentire ai rispettivi punti di contatto nazionali – che ciascuna delle Parti è tenuta a designare – di effettuare interrogazioni alle predette banche dati. Le competenze dei punti di contatto e le modalità di accesso alle banche dati sono disciplinate dalla legislazione nazionale (artt. 4 e 5). Non sono consentiti raffronti collettivi, poiché le interrogazioni possono essere effettuate soltanto caso per caso e nel rispetto della legislazione nazionale.

Le modalità tecniche e procedurali relative alle interrogazioni effettuate dovranno essere definite tramite una normativa di attuazione, con cui sarà anche possibile stabilire eventuali limiti quantitativi alle richieste ovvero individuare i reati che formeranno oggetto di cooperazione ai sensi delle rispettive legislazioni nazionali, per i quali sia prevista una pena detentiva, che dovrà essere superiore nel massimo ad un anno, o pene più severe.

Qualora dal raffronto dei dati dattiloscopici o dei profili del DNA emerga una situazione di concordanza, la trasmissione di altri dati personali disponibili, nonché di altre informazioni concernenti i dati di riferimento, avviene in base alle procedure

della Parte richiesta, nel rispetto della propria legislazione nazionale (artt. 6 e 9).

È prevista una disciplina particolare nel caso in cui la trasmissione dei dati personali o di altre informazioni sia volta a “prevenire” forme gravi di criminalità o il terrorismo (art. 10). In tal caso, i due Paesi firmatari dell’Accordo, anche senza che sia loro richiesto, possono trasmettere ai rispettivi punti di contatto nazionali, con le modalità previste dalla propria legislazione nazionale, un più ampio ventaglio di dati personali, ove ciò sia necessario per la sussistenza di particolari circostanze da cui si possa presumere che il soggetto interessato: a) commetterà o ha commesso reati terroristici o di matrice terroristica, oppure reati legati ad un gruppo o associazione terroristica, secondo la definizione di tali reati formulata dalla legislazione nazionale della Parte trasmittente; b) sta ricevendo o ha ricevuto un addestramento per commettere i reati appena indicati; c) commetterà o ha commesso un reato grave, ovvero partecipa ad un gruppo o ad una associazione di criminalità organizzata.

I dati personali da trasmettere, in queste ipotesi, comprendono, se disponibili, anche il cognome, i nomi, i nomi precedenti, altri nomi, alias, varianti ortografiche dei nomi, il sesso, la data e il luogo di nascita, le attuali e le precedenti nazionalità, il numero di passaporto, numeri di altri documenti d’identità e dati dattiloscopici, nonché la descrizione di qualsiasi precedente giudiziario o delle circostanze che hanno dato origine alle situazioni di pericolosità sopra elencate. La Parte che trasmette i dati può, nel rispetto della propria legislazione nazionale, fissare le condizioni relative all’utilizzo di tali dati da parte dell’autorità ricevente, la quale, se accetta tali dati, è soggetta alle predette condizioni.

Poiché la gestione e il trattamento dei dati personali vicendevolmente acquisiti sono di importanza cruciale per la compiuta attuazione dell’Accordo bilaterale, ciascuna Parte si è impegnata a garantire un equivalente livello di protezione di tali dati, assicurando che quelli forniti siano adeguati e pertinenti rispetto allo specifico scopo della trasmissione; conservando i dati personali soltanto per il tempo necessario allo specifico scopo per il quale sono stati forniti o ulteriormente trattati ai sensi del presente Accordo; e infine garantendo che i dati personali eventualmente inesatti siano tempestivamente sottoposti all’attenzione della Parte ricevente, affinché siano adottate le appropriate misure correttive (art. 11).

Il trattamento dei dati può avvenire nell’ambito di un’indagine penale, per prevenire una grave minaccia alla pubblica sicurezza, oppure anche nei

procedimenti giudiziari non penali o amministrativi direttamente connessi alle indagini, o per qualsiasi altro scopo, ma, in tal caso, soltanto con il previo consenso della Parte che ha trasmesso i dati.

Non è consentito comunicare i dati ricevuti ad uno Stato terzo, organismo internazionale o soggetto privato, senza il consenso della Parte che ha fornito i dati e senza le appropriate garanzie.

L’interrogazione delle banche dati e il trattamento degli stessi può avvenire unicamente per una triplice finalità: a) accertare la concordanza tra i profili DNA o i dati dattiloscopici raffrontati; b) predisporre e inoltrare una successiva domanda di assistenza conformemente alla legislazione nazionale, incluse le norme sull’assistenza giudiziaria, in caso di concordanza dei dati; oppure c) effettuare la registrazione, secondo quanto richiesto o consentito dalla propria legislazione nazionale. Tranne che negli ultimi due casi, i dati trasmessi sono immediatamente cancellati al termine del raffronto o della risposta automatizzata alle interrogazioni (art. 12).

La Parte ricevente, su richiesta della Parte trasmittente, è inoltre tenuta a rettificare, bloccare o cancellare, conformemente alla propria legislazione nazionale, i dati ricevuti che siano inesatti o incompleti, oppure se la propria raccolta o l’ulteriore trattamento contravviene alle norme contenute nell’Accordo o alle norme applicabili alla Parte trasmittente. Nel caso di inesattezza dei dati, l’autorità che li ha ricevuti deve informare quella che li ha trasmessi e adottare tutte le appropriate misure per evitare che si faccia erroneamente affidamento su tali dati, provvedendo in particolare all’integrazione, alla cancellazione o alla rettifica di essi (art. 13).

Si prevede, come forma di documentazione (art. 14), la registrazione della trasmissione e del ricevimento dei dati comunicati, con una specifica indicazione delle informazioni sul dato trasmesso e dei motivi che hanno originato la trasmissione, della data della trasmissione e del destinatario dei dati, qualora gli stessi siano forniti ad altri soggetti.

La registrazione è effettuata per garantire un efficace controllo sull’ammissibilità della trasmissione e sulla protezione dei dati, conformemente alla legislazione nazionale di ciascuna Parte; nonché per consentire alle Parti di esercitare appieno i diritti loro conferiti in virtù dell’Accordo bilaterale; e infine per garantire la sicurezza dei dati.

I dati registrati sono protetti da idonee disposizioni contro ogni uso non conforme e altri usi impropri e sono conservati per due anni. Dopo la sca-

NOVITÀ SOVRANAZIONALI

denza del termine di conservazione, i dati registrati sono immediatamente cancellati, salvo che ciò sia contrario alla legislazione nazionale, incluse le norme applicabili in materia di protezione e conservazione dei dati.

Le legislazioni nazionali di entrambi i Paesi devono stabilire le necessarie misure tecniche a livello organizzativo per tutelare i dati personali dalla distruzione accidentale o illecita, dalla perdita accidentale o dalla diffusione, dall'alterazione o dall'accesso non autorizzato o da qualsiasi tipo di trattamento non consentito. In particolare, devono essere adottate le opportune misure al fine di garantire che accedano ai dati personali esclusivamente le persone autorizzate. Si suggerisce, dal punto di vista tecnico, un uso appropriato delle moderne tecnologie al fine di garantire la tutela, la sicurezza, la riservatezza e l'integrità dei dati; l'impiego di procedure di crittazione e di autorizzazione riconosciute dalle competenti autorità allorché si ricorra a reti generalmente accessibili; e un dispositivo che garantisca lo svolgimento delle sole interrogazioni ammissibili (art. 15).

L'articolo 16 prevede una clausola di salvaguardia, in base alla quale l'Accordo in esame non interferisce con gli obblighi giuridici dei Paesi contraenti, contenuti nelle rispettive legislazioni, in ordine alla necessità di fornire ai soggetti interessati ogni

informazione relativa alle finalità del trattamento, all'identità del controllore dei dati, ai destinatari dei dati stessi, al diritto di rettifica dei dati che li riguardano. Dall'Accordo bilaterale non sorgono diritti in capo ad alcun soggetto privato, neppure ad acquisire, eliminare od escludere qualsiasi elemento di prova, oppure ad impedire la condivisione dei dati personali; non sono tuttavia pregiudicati i diritti esistenti a prescindere dall'Accordo *de quo*.

In caso di controversie sull'interpretazione o applicazione dell'Accordo, le Parti si consultano al fine di agevolare la risoluzione (art. 19).

Si individuano, infine, gli organi preposti all'applicazione della disciplina descritta: il Dipartimento della Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno per il Governo della Repubblica Italiana; il Dipartimento di Giustizia e il Dipartimento per la Sicurezza Interna per il Governo degli Stati Uniti d'America (art. 23).

Per quanto riguarda l'Italia, sarà necessario risolvere alcuni problemi, sia dal punto di vista della copertura finanziaria, considerato che ciascuna Parte si è impegnata a onorare le spese sostenute dalle proprie autorità nell'applicazione dell'Accordo (art. 20), sia sotto il profilo tecnico e organizzativo, poiché la banca dati del DNA non è ancora operativa e (forse) lo sarà soltanto a partire dal 2015.

DE JURE CONDENDO

di Marcello D'Aiuto

È stato assegnato alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il d.d.l. n. 2506, d'iniziativa dell'on. Paola Binetti, che introduce «Nuove norme in materia di punibilità dei giovani ultradiciottenni».

Il progetto di legge in parola si propone di estendere la competenza del tribunale per i minorenni e l'attuazione dei relativi provvedimenti da parte dei servizi minorili della giustizia ai soggetti che non abbiano compiuto i ventuno anni di età, creando inoltre circuiti differenziati, in relazione all'età e alle tipologie di reato. Si tratta di soggetti che, dal punto di vista sostanziale, sono adolescenti non ancora "compiuti", non ancora pienamente "responsabili", ancorché maggiorenni. Il fine è ridurre in modo sensibile e con effetti immediati il numero di persone che entrano nel circuito detentivo, realizzando un intervento mirato a una speciale categoria di soggetti particolarmente a rischio. Nei loro confronti, il modello proposto, e verso il quale già altri ordinamenti si sono orientati, tende a valutare la punizione come *extrema ratio*, riducendo al minimo il ricorso alla pena detentiva e, nel caso della reclusione, prevede una diminuzione di un quarto della pena.

L'idea sottesa all'intervento riformatore è dunque che vi sia una categoria, i giovani adulti, per i quali non sia possibile definire se abbiano superato l'adolescenza e raggiunto la maturità. Pertanto, se sul piano dell'imputabilità attualmente il codice penale stabilisce, con un criterio cronologico, una presunzione di capacità e, conseguentemente, di piena imputabilità per i maggiori degli anni diciotto, non altrettanto può dirsi della punibilità.

Vi è peraltro una corposa giurisprudenza tesa a correlare la capacità di intendere e di volere con il concetto di maturità – ossia le complete formazione e maturazione della personalità – in modo che debba intendersi non imputabile chi, in relazione al fatto compiuto, non era in grado di rendersi conto dell'illiceità del fatto e di comportarsi in conformità a questa consapevolezza.

In questa prospettiva, l'ordinamento interno verrebbe ad accogliere il pronunciamento del VII Congresso dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) sulla prevenzione del crimine e sul trattamento dei delinquenti del 1985, che ha invitato tutti gli Stati membri a dare maggiore specificità alla categoria dei giovani adulti, differenziandoli sia dai minorenni che dai maggiorenni, in considerazione della funzione cerniera tra adolescenza ed età adulta che questa fase svolge.

Anche la raccomandazione R (2006) 2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee ha accolto una impostazione simile; il paragrafo 8, lettera c), della regola 18 richiede che, nel decidere di alloggiare detenuti in particolari istituti o in particolari sezioni di un carcere, si tenga conto della necessità di assicurare una demarcazione tra detenuti giovani e detenuti più anziani. Ancora su questa linea si pone la raccomandazione REC (2003) 20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa concernente le nuove modalità di trattamento della delinquenza minorile e il ruolo della giustizia minorile, che in considerazione «dell'allungamento del periodo di transizione verso l'età adulta» afferma che «dovrà essere possibile che i giovani di meno di 21 anni siano trattati in modo equiparabile a quello degli adolescenti, e che essi formino oggetto dei medesimi interventi, se il giudice ritenga che non siano maturi e consapevoli delle loro azioni come dei veri adulti».

La scelta di estendere tutte le disposizioni sul processo penale a carico di minorenni a soggetti che non abbiano ancora compiuto i ventuno anni di età, pertanto, è motivata, da un lato, dalla fondata convinzione dell'opportunità di assicurare un'applicazione ampia a un sistema di diritto sostanziale processuale, quello previsto dalle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, che ha già dato prova di riuscire a deflazionare il ricorso a misure detentive e, dall'altro, dalla necessità di

dare risposte più adeguate a una fascia di autori di reato verso i quali, come detto, disposizioni internazionali e la migliore dottrina consigliano di prevedere un sistema differenziato di pena.

Allo stesso tempo, il d.d.l. in esame domanda la valutazione caso per caso al giudice, cosicché la condizione di immaturità (di natura squisitamente psicologica) deve essere provata dalla difesa al fine di applicare la diminuzione di un quarto della pena. Si lascia un margine di apprezzamento al giudice in merito alla diminuzione della minore età, al fine di mitigare il trattamento penale, finalizzato non alla punizione *tout court*, bensì al recupero e al reinserimento sociale del condannato.

Il fulcro del d.d.l. è l'art. 3 che, al primo comma, estende le disposizioni del processo penale a carico di imputati minorenni ai soggetti infraventunenni. Il secondo comma dello stesso articolo, però, contiene i limiti oggettivi e soggettivi all'applicazione della disciplina. In ordine ai primi la norma si riferisce ai reati di cui all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, al di fuori dell'ipotesi *ivi* indicata relativa al reato di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope; in relazione ai secondi, invece, il comma 1 non si applica all'imputato che, seppure infraventunenne, risulti recidivo o sia dichiarato delinquente abituale. Ad ogni modo ai giovani adulti non si applica l'istituto dell'irrelevanza del fatto.

* * *

È invece già in corso di esame davanti alla Commissione Giustizia della Camera la proposta di legge C. 2440, d'iniziativa dell'on. Gennaro Migliore ed altri, che comporta «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione*».

Si tratta della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* delle Comunità europee n. 197/1 del 12 luglio 2000. Tale Convenzione integra e completa il quadro normativo costituito dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, resa esecutiva dalla legge n. 215 del 1961, e dal relativo protocollo aggiuntivo del 17 marzo 1978 reso esecutivo dalla legge n. 436 del 1985, dalla Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, resa esecutiva dalla legge n. 388 del 1993, e dal Trattato Benelux di estradizione e di

assistenza giudiziaria in materia penale del 27 giugno 1962.

La Convenzione si muove nell'ambito di una sempre più crescente collaborazione internazionale sul piano delle indagini e su quello processuale per un'efficace azione di contrasto alla criminalità. In particolare la Convenzione individua uno specifico ambito dell'azione comune che consenta di operare in tempi reali, favorendo per quanto possibile lo scambio diretto di richieste tra le diverse autorità giudiziarie.

L'art. 3 della Convenzione prevede che l'assistenza giudiziaria è accordata solo in procedimenti che riguardano infrazioni a norme di diritto sia nell'ambito dello Stato richiedente che in quello dello Stato richiesto. Il successivo art. 4 prevede che lo Stato richiesto debba osservare le formalità e le procedure indicate dal richiedente, a meno che tali formalità non siano in contrasto con i principi fondamentali del diritto dello Stato richiesto. Al riguardo è necessario precisare che sin dal preambolo la Convenzione in parola stabilisce che è necessario «migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione senza pregiudicare le norme che tutelano la libertà individuale» e che tale cooperazione può essere attuata «in maniera rapida ed efficace, compatibile con i principi fondamentali del loro diritto interno e nel rispetto dei diritti individuali, nonché dei principi della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950».

L'art. 6 prevede che le richieste di assistenza giudiziaria o lo scambio spontaneo di informazioni siano effettuate direttamente dalle autorità giudiziarie territorialmente competenti. Solo in due ipotesi espressamente previste, infatti, le comunicazioni sono inviate tramite le autorità centrali degli Stati membri; si tratta del trasferimento temporaneo o transito di persone detenute ovvero di informazioni relative a condanne di cui all'art. 22 della Convenzione sulla cooperazione giudiziaria.

L'art. 13, poi, contempla la possibilità per gli Stati membri di costituire squadre investigative comuni, di durata limitata, nel caso di indagini particolarmente complesse o che coinvolgano territorialmente i Paesi interessati. Naturalmente la squadra opera in conformità con il diritto dello Stato membro in cui interviene.

L'art. 18 estende la cooperazione anche alle intercettazioni di telecomunicazioni. Le relative richieste possono essere presentate allorché la persona sottoposta ad intercettazione si trovi nel

territorio dello Stato richiedente e questo necessita dell'assistenza tecnica dello Stato richiesto ovvero se il soggetto si trovi nello Stato richiesto e sia esso stesso a procedere alla captazione. La richiesta

deve necessariamente contenere sia l'imputazione che la durata auspicata dell'intercettazione. Non è previsto, però, alcun termine di durata massima delle intercettazioni.

CORTI EUROPEE / EUROPEAN COURTS

di Federico Bardelle

SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO

(Corte e.d.u., 22 luglio 2014, Bulatovic c. Montenegro)

Il sovraffollamento carcerario torna ai (dis)onori della cronaca. Mentre in Italia la sentenza Torreggiani (Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, ricc. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, *Torreggiani e altri c. Italia*) comincia a dare i suoi frutti – da ultimo la l. 11 agosto 2014, n. 117 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, recante disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile» – altri Paesi europei continuano a subire condanne per via del sovraffollamento carcerario.

La pronuncia in commento nasce dal ricorso di un cittadino del Montenegro, il quale denuncia che la custodia cautelare in carcere cui era stato sottoposto aveva avuto natura di trattamento inumano e degradante, in violazione dell'art. 3 Cedu, e si era protratta per una durata eccessiva, con ciò contravvenendo all'art. 5 §3 della Convenzione.

Sotto il primo profilo, il ricorrente lamenta di essere stato detenuto in condizioni di sovraffollamento carcerario, in una cella di venticinque metri quadrati con altri quattordici detenuti. Il Governo oppone che tale condizione era stata solo temporanea e, comunque, la cella aveva una dimensione di ventotto metri quadri e conteneva solo nove detenuti.

La Corte, dopo aver ribadito un principio di diritto pacifico nella propria giurisprudenza, in base al quale un trattamento inumano e degradante può derivare anche da uno stato di sovraffollamento carcerario (cfr. Corte e.d.u., 4 maggio 2006, ric. n. 62393/00, *Kadikis c. Lettonia*, §52), giudica non con-

vincenti le argomentazioni del Governo montenegrino. Le condizioni di detenzione denunciate dal ricorrente, infatti, erano state confermate da un sopralluogo eseguito dal CPT (*European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*) in epoca prossima ai fatti; inoltre, anche a credere a quanto sostenuto dal Governo, ossia che la cella fosse di ventotto metri quadri e vi fossero contenuti solo nove detenuti, ognuno di essi avrebbe avuto a disposizione appena tre metri quadrati, spazio individuale insufficiente e, come tale, idoneo a palesare uno stato di sovraffollamento carcerario, in violazione dell'art. 3 Cedu.

Per quanto concerne la seconda censura, relativa alla durata irragionevole della custodia cautelare in carcere, il ricorrente sottolinea come egli sia stato detenuto a tale titolo dal 2002 al 2011.

I giudici di Strasburgo riconoscono che la carcerazione preventiva può avere una durata anche molto lunga in presenza di circostanze eccezionali (cfr. Corte e.d.u., 26 ottobre 2006, ric. n. 65655/01, *Chraidi c. Germania*, §§46-48), ma ritengono che i motivi addotti dal Governo – secondo cui la custodia cautelare si era protratta per tutto quel tempo per via del pericolo di fuga del cittadino montenegrino, che non permetteva il ricorso ad altre misure cautelari – non costituiscono circostanze eccezionali, e che una carcerazione preventiva superiore ai 5 anni deve ritenersi lesiva dell'art. 5 §3 della Convenzione (cfr. Corte e.d.u., 8 giugno 2006, ric. n. 75039/01, *Korchuganova c. Russia*, §§71 in limine e 77).

* * *

(IR)RAGIONEVOLE DURATA DELLA C.D. PROCEDURA PINTO

(Corte e.d.u., 22 luglio 2014, Bifulco e altri c. Italia)

Se la procedura diretta ad ottenere una riparazione per la durata eccessiva di un processo, a sua volta,

si protrae per un tempo irragionevole, nella sua fase cognitiva o in quella esecutiva, sono risarcibili anche i danni derivanti da queste violazioni. Questo appare il principio di diritto riaffermato nella pronuncia in esame, frutto di un procedimento incardinato da tre ricorsi di cittadini italiani.

I ricorrenti lamentano, tra l'altro, la durata irragionevole dei processi civili cui avevano preso parte, protrattisi rispettivamente per 8 anni e 7 mesi, 7 anni e 5 mesi, 6 anni e 4 mesi. Accanto a ciò si dolgono delle lungaggini della procedura instaurata per richiedere una riparazione per tali violazioni, secondo la c.d. legge Pinto, nonché del ritardo in cui era incappato lo Stato italiano nel fornire ai ricorrenti la riparazione dovuta.

Il Governo prende posizione eccependo che la mora non si era protratta per un lasso di tempo tale da rendere necessario un risarcimento; che era giustificata dal precario stato finanziario dell'Italia; e che doveva ritenersi adeguatamente risarcita mediante la corresponsione degli interessi moratori.

Per quanto riguarda la prima eccezione, i giudici di Strasburgo riconoscono che, in astratto, le autorità devono disporre di un lasso di tempo congruo al fine di far fronte agli adempimenti derivanti da pronunce giurisdizionali; proseguono, tuttavia, facendo presente che, quando si tratta di dare attuazione ad una condanna per eccessiva durata di un procedimento, il termine massimo è di 6 mesi dal momento in cui la decisione diviene esecutiva (cfr. Corte e.d.u., 29 marzo 2006, ric. n. 64886/01, *Cochiarella c. Italia*, §89). Nel caso concreto, invece, i pagamenti erano andati incontro ad un ritardo di 42-44 mesi, quindi ben oltre il limite previsto dalla giurisprudenza europea.

La Corte di Strasburgo respinge anche l'eccezione del Governo relativa alla scusabilità del ritardo, causato dalla ristrettezza delle risorse economiche a disposizione dell'Italia, ribadendo un principio consolidato in ambito europeo secondo cui il dissesto finanziario non può essere addotto come motivo legittimo a sostegno del ritardo in un pagamento (cfr. Corte e.d.u., 7 maggio 2002, ric. n. 59498/00, *Burdov C. Russia*, §35).

I giudici europei, infine, affermano che gli interessi moratori corrisposti dallo Stato italiano non potevano dirsi riparativi del danno subito a causa del ritardo nell'attuazione della condanna conseguente alla c.d. procedura Pinto, a tal proposito richiamando *mutatis mutandis* Corte e.d.u., 31 marzo 2009, ric. n. 22644/2003, *Simaldone C. Italia*, §63.

In definitiva, la Corte e.d.u. riconosce la violazione dell'art. 6 §1 della Convenzione, non solo

perché i procedimenti civili cui erano stati sottoposti i tre ricorrenti si erano protratti per un lasso di tempo eccessivo, ma anche perché la c.d. procedura Pinto aveva avuto una durata irragionevole e lo Stato italiano aveva tardato nel provvedere alla riparazione per i danni derivanti dalle predette violazioni.

Nei ricorsi erano presenti anche altre due censure con riferimento all'art. 13 della Convenzione, in quanto – secondo i ricorrenti – la c.d. legge Pinto prevede un rimedio inefficace e concede una riparazione inadeguata.

Sotto questo profilo, tuttavia, i giudici di Strasburgo non accolgono il ricorso, in quanto la c.d. procedura Pinto costituisce un meccanismo efficace ed adeguato (cfr. Corte e.d.u., 5 giugno 2007, ric. n. 14626/2003, *Delle Cave e Corrado c. Italia*, §43; Corte e.d.u., 31 marzo 2009, ric. n. 22644/2003, *Simaldone C. Italia*, §§71-72).

* * *

TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI

(Corte e.d.u., 24 luglio 2014, *Lyapin C. Russia*)

Nella pronuncia in esame la Russia viene condannata, ancora una volta, per il malcostume delle sue forze dell'ordine di porre in essere trattamenti inumani e degradanti.

Questi i fatti. Nella notte tra il 24 ed il 25 aprile 2008, durante un servizio di pattugliamento nei pressi della zona di Ilyinogorsk, due agenti di polizia notavano alcuni movimenti sospetti all'interno di un garage; vi facevano ingresso e trovavano un soggetto intento a rovistare tra gli oggetti, il quale veniva invitato a recarsi presso il comando di polizia.

A questo punto la narrazione del ricorrente e quella del Governo divergono. Mentre il primo racconta di essersi conformato subito e pacificamente all'invito, gli agenti riferiscono come lo stesso avesse opposto resistenza, tentando di divincolarsi per fuggire.

Accompagnato nella stazione di polizia, gli agenti, dopo averlo identificato, procedevano a perquisizione, nel corso della quale trovavano alcuni oggetti idonei allo scasso. Il ricorrente riferisce di essere stato sottoposto ad una serie di trattamenti inumani e degradanti al fine di ottenere una sua confessione: seduto sul pavimento, con le mani ammanettate dietro la schiena e testa protesa all'interno delle gambe incrociate per oltre un'ora; poi, di nuovo legato e sottoposto a shock elettrici, provocanti svenimenti ed ustioni sugli arti superiori; successivamente, picchiato pesantemente.

CORTI EUROPEE

Dopo questi atti, il cittadino russo veniva accompagnato sul luogo del reato e costretto a confessare la propria penale responsabilità, firmando il relativo verbale. Quindi veniva arrestato per i fatti predetti.

Il giorno seguente, durante la visita della moglie, a causa delle lesioni occorse in seguito ai maltrattamenti, veniva chiamato un medico, il quale accertava la presenza di numerose escoriazioni ed ematomi in diverse zone del corpo e dichiarava il soggetto incompatibile con lo stato di detenzione, trasferendolo nel reparto di traumatologia.

Il ricorrente si rivolge alla Corte strasburghese per rilevare l'illegittimità del procedimento penale a suo carico, perché fondato su dichiarazioni autoaccusatorie estorte con la violenza. Il Governo riconosce che gli agenti di polizia avevano posto in essere dei trattamenti inumani e degradanti.

La Corte e.d.u. afferma che, quando un individuo viene preso in custodia della polizia in buona salute e, al momento del rilascio, si trova in uno stato psico-fisico deteriorato, è onere dello Stato fornire una spiegazione plausibile del peggioramento, in mancanza della quale si verifica una violazione dell'art. 3 Cedu (cfr. Corte e.d.u., 4 dicembre 1995, ric. n. 18896/91, *Ribitsch C. Austria*, §34; Corte e.d.u., 27 giugno 2001, ric. n. 21986/93, *Salman C. Turchia*, §100; Corte e.d.u., 9 ottobre 2008, ric. n. 36410/02, *Oleg Nikitin c. Russia*, §45; Corte e.d.u., 30 luglio 2009, ric. n. 2807/2004, *Gladyshev c. Russia*, §52; Corte e.d.u., 17 gennaio 2012, ric. n. 201212/05, *Alchagin c. Russia*, §53).

Nel caso concreto, dal momento che, a fronte di un documentato peggioramento della salute, il Governo russo non è stato in grado di fornire un'adeguata motivazione, i giudici di Strasburgo rilevano che l'art. 3 Cedu è stato violato.

* * *

TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI

(Corte e.d.u., 24 luglio 2014, *Al Nashiri c. Polonia*)

I ricorrenti, due sospetti terroristi – il primo, M.A.N., sembra avere avuto collegamenti con l'attentato alla nave *USS Cole* della marina americana, avvenuto presso il porto di Aden in Yemen nell'ottobre del 2000; il secondo pare aver fatto parte alla rete terroristica di Al Qaida ed aver giocato un ruolo importante in alcune operazioni tra cui quella dell'11 settembre 2001 – si rivolgono alla Corte e.d.u. per denunciare una serie di violazioni perpetrate nei loro confronti dallo Stato polacco.

Secondo il racconto dei richiedenti, nel corso dell'anno 2002 essi sarebbero stati sottoposti ai c.d. *remises extraordinaires* per conto della CIA: in particolare le autorità polacche li avrebbero arrestati e trasferiti in un luogo di detenzione segreto – la base di Stare Kiejkuty in Polonia – , dove sarebbero stati messi a disposizione degli agenti della CIA per essere sottoposti ad interrogatori con mezzi di tortura particolarmente efferati.

Queste pratiche – arresti lampo, trasferimenti segreti in luoghi sconosciuti ed interrogatori con metodi illeciti, posti in essere dalle forze dell'ordine degli Stati europei per conto della CIA – sono state oggetto di numerose inchieste gestite dal Consiglio d'Europa e culminate nel rapporto Marty del 2010 (dal nome del suo estensore, il senatore svizzero Dick Marty).

L'argomento ha trovato sostegno probatorio in una serie di documenti della CIA che, originariamente ritenuti *top secret*, nel 2009 sono stati declassificati dalle autorità americane, così svelando una serie di informazioni e consuetudini relative a queste pratiche. Tra tali documenti spicca il rapporto elaborato dall'ispettore generale nel 2004 sulle "attività antiterroristiche di detenzione e di interrogazione da settembre 2001 ad ottobre 2003", nel quale viene svelato che alcuni soggetti – come i due ricorrenti – erano considerati "detenuti di alta importanza", perché in grado di fornire informazioni sulle minacce terroristiche attuali contro gli Stati Uniti, e, in quanto tali, suscettibili di "tecniche di interrogatorie avanzate" (ad esempio, finte esecuzioni, l'annegamento simulato, il confinamento in una scatola).

I due richiedenti ricorrono alla Corte di Strasburgo per denunciare essenzialmente due fatti: le torture ed i trattamenti inumani e degradanti subiti, e, soprattutto, la condotta dello Stato polacco, che sarebbe stato a conoscenza delle attività della CIA sul proprio territorio ed avrebbe cooperato nella preparazione e nella messa in opera di tali operazioni, autorizzando l'*Intelligence* americana ad utilizzare lo spazio aereo polacco per i trasferimenti dei detenuti e fornendo un supporto logistico per le detenzioni segrete sulla base di Stare Kiejkuty.

La delicatezza della causa ha reso necessaria la presenza di terze parti intervenute ai sensi dell'art. 36 della Convenzione (la Fondazione Helsinki per i diritti dell'uomo, *Amnesty international* e la Commissione internazionale dei giuristi) e l'audizione di alcuni esperti in materia (Claudio Fava, parlamentare europeo e membro della commissione d'inchiesta temporanea indetta per far luce sui fatti in questione, Dick Marty, autore del summenzionato rapporto

Marty, e Jozef Pinior, testimone delle pratiche predette).

I giudici di Strasburgo riconoscono una serie di infrazioni.

Vi è stata violazione degli artt. 3, nel suo aspetto sostanziale, 5 §§1 e 8 della Convenzione, in quanto erano state poste in essere torture lesive dell'integrità fisica e della dignità umana, trasferimenti e detenzioni segrete in lesione della libertà personale e dei rapporti familiari. È vero – secondo la Corte – che tali trattamenti erano imputabili solamente agli agenti federali statunitensi, mentre era poco probabile che le forze dell'ordine dello Stato polacco avessero conoscenza diretta e visiva di quanto accadeva; ciononostante, in base al combinato disposto degli articoli 1 e 3 della Convenzione, la Polonia aveva l'obbligo di adottare delle misure idonee ad evitare che gli individui sottoposti alla sua giurisdizione subissero torture. Nel caso concreto, invece, la Polonia, non ha fatto alcunché per contrastare tali condotte, anzi collaborando attivamente per favorire la loro realizzazione.

I giudici strasburghesi riconoscono la violazione dell'art. 3 Cedu anche nel suo lato procedurale. Nonostante le ripetute denunce per le pratiche predette, infatti, lo Stato polacco non ha svolto alcuna indagine effettiva per far luce sull'accaduto. Sotto questo profilo è ravvisabile anche una violazione dell'art. 13 della Convenzione.

Per questi motivi, ai sensi dell'art. 41 Cedu, i giudici di Strasburgo condannano la Polonia a versare a ciascuno dei due ricorrenti la somma di Euro 100.000 per danni morali.

* * *

PERQUISIZIONI IN CARCERE

(Corte e.d.u., 31 luglio 2014, Jaeger C. Estonia)

In questa pronuncia la Corte di Strasburgo prende in esame le modalità con cui devono avvenire le perquisizioni all'interno dell'ambiente carcerario.

Il caso trae origine dal ricorso di un cittadino estone, il quale si è rivolto ai giudici di Strasburgo lamentando di aver subito una perquisizione tradottasi in un trattamento degradante o, comunque, lesiva della riservatezza.

Egli racconta che, durante il proprio periodo di detenzione presso la casa circondariale di Tartu, in Estonia, dopo essere rientrato dall'ora d'aria, mentre si trovava nei pressi delle scale che portano alla zona delle celle, era stato avvicinato da due agenti penitenziari, che avevano proceduto ad una perqui-

sizione, ritenendo che poco prima il detenuto avesse ricevuto un pacchetto di sigarette. Il ricorrente sostiene di essere stato costretto a togliersi i pantaloni e la biancheria intima davanti agli occhi di altri detenuti, in quanto il luogo in cui veniva svolta la perquisizione era separato dalla zona delle celle da una porta con un vetro trasparente; la scena, quindi, era ben visibile dagli altri prigionieri.

In sede nazionale, i ricorsi del cittadino estone venivano rigettati sulla base del fatto che il ricorrente non era stato in grado di indicare quali detenuti avessero visto la perquisizione, da dove e cosa avessero notato. Per la verità, nel giudizio della Suprema Corte estone, uno dei tre giudici che componevano il collegio aveva espresso parere contrario al rigetto del ricorso, ritenendo non determinante il fatto che il ricorrente non fosse stato visto da altre persone, in quanto l'esposizione – anche solo potenziale – agli occhi altrui poteva cagionare un danno alla dignità umana, provocando un senso di insicurezza ed angoscia.

Esaurite le vie di ricorso interne, il ricorrente decide di percorrere la strada europea e si rivolge alla Corte di Strasburgo, manifestando le medesime doglianze proposte in ambito nazionale, ed in particolare lamentando che la perquisizione si era tradotta in un trattamento degradante in violazione dell'art. 3 Cedu.

Il Governo si difende sostenendo che la perquisizione era avvenuta nel rispetto della legge nazionale, in un caso espressamente previsto – ossia quello del sospetto di detenzione di oggetti o sostanze proibite, tra cui andavano ricomprese le sigarette –, ulteriormente giustificato dal fatto che il detenuto ricorrente era stato colto in possesso di oggetti non autorizzati in numerose altre occasioni. Quanto alle modalità di perquisizione, il Governo evidenzia come questa non poteva avvenire altrove, in quanto, se gli agenti penitenziari avessero condotto i detenuti da perquisire nelle apposite sale all'uopo destinate, vi sarebbe stato il pericolo concreto che gli stessi si spogliassero degli oggetti che portavano addosso, consegnandoli agli altri detenuti che incrociavano nel tragitto verso le zone destinate alle perquisizioni. Il Governo, infine, eccepisce che, in ogni caso, anche qualora fosse ravvisabile un trattamento degradante, questo non avrebbe quel livello minimo di gravità necessario a configurare una violazione dell'art. 3 della Convenzione.

La Corte e.d.u. riconosce che, nel caso concreto, la perquisizione era giustificata dall'intento di evitare la diffusione di oggetti o sostanze non autorizzate e, quindi, di prevenire il disordine e la criminalità nell'ambiente carcerario.

CORTI EUROPEE

Successivamente i giudici di Strasburgo passano ad analizzare il quesito centrale del ricorso, ossia le modalità della perquisizione siano state tali da costituire un trattamento degradante.

La Corte ricorda che i trattamenti inumani e degradanti devono raggiungere un livello minimo di gravità. Questo deve essere valutato tenendo conto delle circostanze del caso concreto: durata del trattamento, effetti fisici e mentali, sesso, età, salute della vittima (cfr. Corte e.d.u., 19 aprile 2001, ric. n. 28524/95, *Peers C. Grecia*, §67). Il livello minimo di gravità può ritenersi raggiunto se il trattamento suscita sentimenti di paura, angoscia ed inferiorità in grado di umiliare e degradare la vittima (cfr. Corte e.d.u., 26 ottobre 2000, ric. n. 30210/96, *Kudla C. Polonia*, §92; Corte e.d.u., 4 febbraio 2003, ric. n. 50901/99, *Van der Ven C. Paesi Bassi*, §48).

Partendo da queste considerazioni, i giudici di Strasburgo non riconoscono che nel caso concreto vi sia stata una violazione dell'art. 3 della Convenzione, in quanto la perquisizione era stata eseguita in un caso espressamente previsto dalla legge ed adottando alcune cautele (perquisizione ad opera di agenti penitenziari dello stesso sesso, senza alcuno abuso verbale o fisico).

La Corte, tuttavia, prosegue ricordando che, quando non si raggiunga il livello minimo di gravità per configurare l'infrazione dell'art. 3 della Convenzione, è possibile ravvisare comunque una violazione dell'art. 8 §2 Cedu (cfr. Corte e.d.u., 10 ottobre 2013, ric. n. 15853/08, *Voloshyn C. Ucraina*, §53).

I giudici strasburghesi, pertanto, procedono ad una rilettura degli elementi di fatto appena considerati e concludono ritenendo la violazione dell'art. 8 §2 Cedu. La perquisizione, infatti, si era svolta in modo lesivo della riservatezza del detenuto ricorrente, che era stato esposto alla potenziale vista di altri.

* * *

ART. 3 CEDU SOSTANZIALE E PROCESSUALE – EQUO PROCESSO

(Corte e.d.u., 31 luglio 2014, *Jannatov C. Azerbaijan*)

Un cittadino azero si rivolge alla Corte di Strasburgo, denunciando una triplice violazione della Convenzione.

Il ricorrente lamenta una lesione dell'art. 3 Cedu sia dal punto di vista sostanziale che da quello processuale. Egli racconta che, durante il periodo della sua custodia cautelare in carcere presso il comando di Polizia di Ganja City con l'accusa di omicidio e

rapina a mano armata, era stato sottoposto a trattamenti inumani e degradanti: calci, pugni, manganellate, soffocamenti con sacchetti di plastica, shock elettrici e sospensione della somministrazione di bevande. Per accertare i fatti, il ricorrente aveva chiesto di essere sottoposto a perizia; l'Autorità competente aveva accolto la sua richiesta, ma l'esame peritale aveva concluso nel senso della totale assenza di segni di maltrattamenti. Sostenendo la mendacità del risultato, il ricorrente aveva richiesto l'espletamento di una seconda perizia, che tuttavia gli era stata negata sulla base del fatto che la prima doveva ritenersi completa.

La Corte e.d.u. ricorda che le denunce relative a trattamenti inumani e degradanti devono essere corredate da un panorama probatorio adeguato, idoneo a vincere il canone dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" (cfr. Corte e.d.u., 10 luglio 2001, ric. n. 25657/94, *Avşar C. Turchia*, §282). Nelle ipotesi di maltrattamenti, spesso accade che la conoscenza dei fatti appartenga solo al denunciante ed al denunciato; in tali circostanze l'onere probatorio è attenuato, in quanto anche il denunciato è tenuto a fornire delle spiegazioni soddisfacenti circa i fatti addebitatigli (cfr. Corte e.d.u., 4 dicembre 1995, ric. n. 18896/91, *Ribitsch C. Austria*, §34; Corte e.d.u., 27 giugno 2001, ric. n. 21986/93, *Salman C. Turchia*, §100).

Nel caso concreto, il ricorrente ha sostenuto di essere stato sottoposto a maltrattamenti, allegando una descrizione dei fatti dettagliata e le testimonianze di due ex agenti della polizia di Ganja City; il Governo, dal canto suo, ha prodotto la perizia dalla quale risultava la totale assenza di qualsiasi tipo di lesione.

I giudici di Strasburgo ritengono che le prove prodotte dal ricorrente, in uno con le controprove del Governo, non sono idonee a vincere il canone dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", pertanto ritengono non configurabile una violazione dell'art. 3 Cedu dal punto di vista sostanziale.

Ciononostante, poiché tale lacuna probatoria deriva dall'incapacità dello Stato di svolgere un'indagine effettiva sulle denunce del ricorrente, in particolare disponendo una nuova perizia, è possibile ravvisare una violazione del medesimo art. 3 sotto l'aspetto procedurale (cfr. Corte e.d.u. 13 luglio 2010, ric. n. 72250/01, *Lopata C. Russia*, §125; Corte e.d.u., 29 luglio 2008, ric. n. 11830/03, *Gharibashvili C. Georgia*, §57).

La Corte e.d.u. ricorda che, per tutelare un diritto, non basta che questo sia riconosciuto sulla carta, ma è necessario che vengano predisposti una serie di strumenti idonei a garantirne la difesa; così, per

assicurare il rispetto del divieto di trattamenti inumani e degradanti, non si può prescindere da un sistema di controllo delle violazioni serio ed efficiente (cfr. Corte e.d.u., 9 luglio 1999, ric. n. 23763/96, *Tanrikulu C. Turchia*, §§104 ss.; Corte e.d.u., 14 dicembre 2000, ric. n. 22676/93, *Gül C. Turchia*, §89). Successivamente i giudici strasburghesi rilevano come, nonostante una denuncia precisa – indicante data, luogo e natura dei maltrattamenti – il Governo azero aveva proceduto ad un'indagine sommaria, che si era limitata ad una sola perizia, senza sentire testimoni che potevano fornire un contributo utile all'accertamento (compagni di cella, altri detenuti, presunti colpevoli,...). Riconoscono, quindi, la violazione dell'art. 3, per la mancanza di un'indagine effettiva.

La terza violazione riguarda l'art. 6 Cedu. Secondo il ricorrente il procedimento penale a suo carico non era stato equo, in quanto la sentenza di condanna si era basata sulle sue dichiarazioni autoaccusatorie, che però erano state estorte con le violenze ed i maltrattamenti di cui sopra. Il Governo opponeva che la decisione dei giudici nazionali aveva trovato fondamento anche nella testimonianza del fratello co-imputato, il quale aveva confermato la correttezza del ricorrente in sede di indagini preliminari.

La Corte afferma che l'art. 6 della Convenzione non riguarda solo il processo, ma l'intero procedimento (cfr. Corte e.d.u., 27 novembre 2008, ric. n. 36391/02, *Salduz C. Turchia*, §50). Nel caso concreto, le dichiarazioni del ricorrente erano state assunte in violazione dell'art. 3 Cedu nel lato procedurale, che comunque rileva ai fini della valutazione dell'equità del processo.

Le dichiarazioni del co-imputato, inoltre, avevano confermato la responsabilità del cittadino azero in sede di indagini preliminari, ma la avevano smentita nel corso del dibattimento. I giudici di Strasburgo ricordano che, nel caso in cui un soggetto rilasci dichiarazioni difformi durante le indagini ed in sede dibattimentale, il giudice è tenuto a valutare l'attendibilità del dichiarante con rigore (cfr. Corte e.d.u., 24 luglio 2008, ric. n. 41461/02, *Vladimir Romanov C. Russia*, §102), che diventa ancora maggiore allorché si dubiti dell'affidabilità di tale fonte di prova (cfr. Corte e.d.u., 18 dicembre 2008, ric. n. 30663/04, *Lutsenko C. Ucraina*, §49).

Nel caso di specie, la Corte rileva come i giudici nazionali non abbiano motivato sul perché abbiano ritenuto più attendibili le dichiarazioni rilasciate dal co-imputato in sede di indagini preliminari rispetto a quelle dibattimentali, rico-

noscendo pertanto una violazione dell'art. 6 della Convenzione.

* * *

ART. 3 CEDU SOSTANZIALE E PROCESSUALE
(Corte e.d.u., 9 settembre 2014, *Carrella c. Italia*)

Un cittadino italiano veniva arrestato in flagranza di reato per traffico di stupefacenti e condotto presso la casa circondariale di Poggioreale. Egli, essendo affetto da una grave forma di diabete mellito, necessitava di una terapia medica non disponibile presso il carcere di Poggioreale, perciò veniva trasferito presso quello di Secondigliano.

Qui, accusando forti dolori al petto, chiedeva di essere visitato dal medico della casa circondariale, il quale rilevava che la sua condizione di salute era incompatibile con la prosecuzione dello stato di detenzione e che era prudente eseguire un esame angiografico. Sia la sostituzione della misura cautelare della custodia cautelare in carcere sia la visita specialistica, tuttavia, venivano disposte con estremo ritardo. Trasferito agli arresti domiciliari e sottoposto ad esame angiografico, si rendeva necessario un intervento chirurgico urgente.

Il cittadino italiano, ritenendo che il peggioramento del suo stato di salute fosse imputabile ai predetti ritardi, sporgeva denuncia e, venuto a conoscenza della richiesta di archiviazione, vi si opponeva, lamentando come la Procura della Repubblica non avesse svolto un'indagine effettiva; ciononostante la notizia di reato veniva archiviata.

Esaurite le vie di ricorso interne, il richiedente si rivolge alla Corte e.d.u., denunciando che i fatti predetti costituivano trattamenti inumani e degradanti, in violazione dell'art. 3 della Convenzione nel suo aspetto sostanziale, e che, nonostante le sue segnalazioni, le autorità italiane non avevano indagato adeguatamente, con ciò contravvenendo al medesimo art. 3 dal punto di vista procedurale; nelle more del giudizio il cittadino italiano decede a causa di un incidente stradale e la causa viene proseguita dalla moglie e dai figli.

In via preliminare, i giudici di Strasburgo devono risolvere una questione procedurale sollevata dal Governo italiano, relativa ad un asserito difetto di legittimazione attiva in capo agli eredi dell'originario ricorrente. La Corte rigetta l'eccezione, affermando che, se un soggetto incardina un ricorso e poi decede, gli eredi possono proseguire la causa purché – come nel caso in esame – vi abbiano interesse (cfr. Corte e.d.u., 27 febbraio 1980, ric. n. 6903/75, *Deweert*

CORTI EUROPEE

c. Belgio, §§37-38; Corte e.d.u., 22 febbraio 1994, ric. n. 12954/87, *Raimondo c. Italia*, §2; Corte e.d.u., 15 dicembre 2009, ric. n. 28634/06, *Maiorano e altri c. Italia*, §§78-79).

Si passa, poi, nel merito della regiudicanda.

In astratto, ad ogni detenuto devono essere garantiti servizi medici e farmaceutici adeguati (Corte e.d.u., 26 ottobre 2000, ric. n. 30210/96, *Kudła c. Polonia*, §94; Corte e.d.u., 11 luglio 2006, ric. n. 33834/03, *Riviere c. Francia*, §62), parametrati secondo le sue esigenze particolari (Corte e.d.u., 11 marzo 2004, ric. n. 40653/98, *Iorgov c. Bulgaria*, §85; Corte e.d.u., 21 luglio 2005, ric. n. 69332/01, *Rohde c. Danimarca*, §106; Corte e.d.u., 2 novembre 2006, ric. n. 27695/03, *Serifis c. Grecia*, §35); in mancanza di ciò, si può configurare un trattamento inumano e degradante (Corte e.d.u., 27 giugno 2000, ric. n. 22277/93, *Ilhan c. Turchia*, §87; Corte e.d.u., 10 febbraio 2004, ric. n. 42023/98, *Gennadi Naumenko c. Ucraina*, §112).

Per rilevare ai sensi dell'art. 3 della Convenzione, tuttavia, tale trattamento deve raggiungere un livello minimo di gravità, che deve essere valutato in base a tutte le circostanze del caso concreto (cfr. Corte e.d.u., 10 luglio 2001, ric. n. 33394/96, *Price c. Regno Unito*, §24; Corte e.d.u., 14 gennaio 2002, ric. n. 67263/01, *Mouisel c. Francia*, §37; Corte e.d.u., 10 febbraio 2004, ric. n. 42023/98, *Gennadi Naumenko c. Ucraina*, §108) e supportato da un panorama probatorio adeguato, ancorché formato di soli indizi gravi precisi e concordanti (cfr. Corte e.d.u., 6 aprile 2000, ric. n. 26772/95, *Labita c. Italia*, §121).

Nel caso concreto – continua la Corte – questo livello minimo di gravità non è stato raggiunto, in quanto le visite specialistiche richieste sono state

eseguite, seppure con ritardo; nessuno, del resto, ne aveva affermato l'urgenza, dal momento che anche il medico del carcere aveva ritenuto "prudente" l'effettuazione della visita; in ogni caso non era stata raggiunta la prova che il peggioramento delle condizioni di salute del ricorrente fossero dovute ai predetti ritardi. Dunque, nessuna violazione dell'art. 3 della Convenzione nel suo aspetto sostanziale.

Anche la seconda censura mossa dal ricorrente, relativa all'infrazione del medesimo art. 3 dal punto di vista procedurale, viene respinta. Il ricorrente – come detto – lamentava che, a fronte della sua denuncia, era stata eseguita un'indagine troppo veloce.

La Corte di Strasburgo richiama alcuni suoi precedenti, in base ai quali, quando un individuo presenta una denuncia per un asserito danno causato dalle forze dell'ordine, lo Stato ha l'obbligo positivo di indagare – oltretutto in modo efficiente – per un tempo commisurato alla complessità del caso, talvolta bastando un'indagine veloce (Corte e.d.u., 31 maggio 2007, ric. n. 40116/02, *Secic c. Croazia*, §54; Corte e.d.u., 27 settembre 2007, ric. n. 72663/01, *Nicolay Dimitrov c. Bulgaria*, §79; Corte e.d.u., 10 gennaio 2012, ric. n. 32662/06, *Biser Kostov c. Bulgaria*, §79). Ed è quanto accaduto nel caso in esame, dove lo Stato italiano ha ritenuto che l'audizione del medico, che aveva visitato il paziente in carcere, e dello specialista, che aveva eseguito l'esame angiografico, erano sufficienti ai fini dell'indagine. Tesi confermata anche dai giudici di Strasburgo, che ritengono tale comportamento conforme all'art. 3 della Convenzione.

CORTE COSTITUZIONALE

di Alessia Ester Ricci

DETERMINAZIONE DELLA PENA DETENTIVA DA ESEGUIRE E COMPUTO DELLA CUSTODIA CAUTELARE E DELLE PENE ESPIATE SENZA TITOLO
(C. cost., sent. 11 luglio 2014, n. 198)

La Corte costituzionale (sentenza 11 luglio 2014, n. 198) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 657, comma 4, del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 13, primo comma, e 27, terzo comma, della Costituzione, con ordinanza del 27 giugno 2013 dal tribunale di Lucera che dubita della legittimità costituzionale della norma *de qua*, in forza del quale, nella determinazione della pena detentiva da eseguire, si tiene conto soltanto della custodia cautelare subita o delle pene espiate senza titolo dopo la commissione del reato per il quale la pena che deve essere eseguita è stata inflitta.

Ad avviso del giudice *a quo*, la norma censurata violerebbe i principi di eguaglianza (art. 3 della Costituzione) e del *favor libertatis* (desumibile dall'art. 13, primo comma, Cost.), determinando una ingiustificata disparità di trattamento fra i soggetti che hanno riportato una condanna definitiva a pena detentiva e subito una ingiusta carcerazione. A parità di situazione, la possibilità di "compensare" la seconda con la prima verrebbe, infatti, a dipendere da un fattore meramente casuale di natura temporale, quale la circostanza che l'ingiusta carcerazione segua, e non già preceda, la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire.

Sarebbe violato, inoltre, l'art. 27, terzo comma, Cost. giacché la preclusione censurata – che colpirebbe il soggetto, in realtà, maggiormente meritevole del beneficio, avendo subito l'ingiusta detenzione quando era ancora incensurato – vanificherebbe la finalità rieducativa della pena ed ostacolerebbe il reinserimento del condannato nel tessuto sociale.

La norma denunciata violerebbe, infine, i principi di eguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.)

perché fondata su una presunzione assoluta arbitraria: quella, cioè, che la possibilità di scomputare la detenzione ingiustamente sofferta dalla pena inflitta per un successivo reato si risolva in un incentivo a delinquere. Detta presunzione non esprimerebbe, infatti, una regola di esperienza generalizzata, essendo agevolmente ipotizzabili casi nei quali proprio la traumatica vicenda di aver conosciuto «il carcere da innocente», lungi dallo stimolare, distoglie chi l'ha subita dal commettere reati solo per "riscuotere" il corrispondente "credito di pena".

Per questo verso, si potrebbe anche ritenere, secondo il giudice *a quo*, che il *vulnus* ai parametri costituzionali evocati derivi, anziché dalla presunzione in sé, dal suo carattere assoluto: prospettiva nella quale la compatibilità con la Costituzione andrebbe assicurata trasformando la presunzione in relativa e, segnatamente, dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma censurata nella parte in cui non prevede che il giudice possa derogare al divieto quando l'interessato abbia offerto la prova che il temuto effetto criminogeno non si è, di fatto, realizzato.

Nel ritenere la questione non fondata, la Corte costituzionale precisa che, secondo la relazione al progetto preliminare del codice, l'art. 657 c.p.p. adotta un «criterio di fungibilità» della carcerazione subita con la pena detentiva da espiare particolarmente ampio, «volto a ricomprendere tutti i periodi di privazione della libertà personale comunque sofferti senza effettiva giustificazione».

Il meccanismo di "compensazione", prosegue la Corte, incontra, peraltro, il limite di ordine temporale enunciato dalla norma sottoposta a scrutinio (art. 657 c. 4 c.p.p.): limite che riprende, con gli opportuni adattamenti, quello già stabilito dal previgente art. 271, c. 4 c.p.p. del 1930. La fungibilità opera, cioè, soltanto per la custodia cautelare subita o le pene espiate dopo la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire.

Secondo il Giudice delle leggi tale sbarramento temporale si giustifica alla luce di due ordini di considerazioni, tra loro strettamente correlati: in primo luogo, ed è questa la spiegazione tradizionale del divieto, esso è imposto dall'esigenza di evitare che l'istituto della fungibilità si risolva in uno stimolo a commettere reati, trasformando il pregresso periodo di carcerazione in una "riserva di impunità" utilizzabile per elidere le conseguenze di futuri illeciti penali, e che concreterebbe addirittura una sorta di "licenza di delinquere" quanto ai reati punibili in misura uguale o inferiore alla carcerazione sofferta.

In secondo luogo, risponde ad una fondamentale esigenza logico-giuridica che la pena, ancorché scontata nella forma anomala dell'"imputazione" ad essa del periodo di ingiusta detenzione sofferta per altro reato, debba comunque seguire, e non già precedere, il fatto criminoso cui accede e che mira a sanzionare. Tale è, infatti, la condizione indispensabile affinché la pena possa esplicare le funzioni sue proprie, e particolarmente quelle di prevenzione speciale e rieducativa.

La tematica è già stata affrontata e risolta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 442 del 1988, che ha dichiarato infondata una questione analoga relativa al previgente art. 271, quarto comma, del codice di procedura penale del 1930. Le considerazioni svolte nell'occasione conducono anche in questo caso a ritenere che la disciplina legislativa dell'istituto della cosiddetta fungibilità della detenzione ingiustamente patita «non contiene in alcun modo, regole irragionevolmente discriminatorie», né viola gli altri parametri invocati dal rimettente.

Quanto, infatti, alla denunciata violazione dell'art. 3 Cost. per irragionevole disparità di trattamento, la Corte ribadisce che la situazione di chi ha sofferto la custodia cautelare (o espiato una pena senza titolo) dopo la commissione di altro reato non sia affatto identica, sotto il profilo che interessa, a quella di chi l'ha subita (o espiata) anteriormente. Solo per quest'ultimo soggetto, infatti, la prospettiva di scomputare dalla pena il tempo della pregressa carcerazione può rientrare nel calcolo che conduce alla deliberazione criminosa; non per il primo, posto che «scontare, in avvenire, custodie cautelari o carcerazioni in esecuzione di pena non può in alcun modo motivare il soggetto a delinquere» (sentenza n. 442 del 1988).

A ciò va aggiunto che, solo in rapporto a chi ha sofferto la detenzione ingiusta dopo la commissione del reato il meccanismo di compensazione con la pena da espiare è coerente con le funzioni proprie di quest'ultima. Sicché, in conclusione, «per diverse si-

tuazioni, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, il legislatore ha [...] ragionevolmente previsto diverse discipline giuridiche» (sentenza n. 442 del 1988).

Conseguentemente la preclusione censurata non viola, per analoghe ragioni, neppure l'art. 13, comma 1, Cost. Secondo la giurisprudenza costituzionale la scelta legislativa di non privilegiare, nell'ipotesi considerata, il «*favor libertatis*» trova giustificazione, da un lato, nell'esigenza di evitare, per ragioni di difesa sociale e di tutela della collettività, che chi ha sofferto un periodo di custodia cautelare o di detenzione per altro reato, sia pure indebita, sia indotto a delinquere o, comunque, rinvenga motivi "favorevoli" alla commissione di reati nella possibilità di sottrarsi alle relative conseguenze sanzionatorie opponendo in compensazione un "credito di pena" precedentemente maturato (sentenza n. 442 del 1988); dall'altro, nella correlata esigenza di non creare le premesse per uno stravolgimento delle funzioni di prevenzione e di emenda che la pena dovrebbe esplicare.

Per quanto attiene, poi, alla denunciata violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., la Corte sostiene che tale precetto costituzionale, lungi dal collidere con la preclusione censurata, concorra a giustificarla, stante l'impossibilità di concepire una funzione rieducativa in rapporto a reati che debbano essere ancora commessi.

Non riscontrabile, infine, è l'asserito contrasto con i principi di eguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.), conseguente al fatto che la norma censurata poggerrebbe su una presunzione assoluta arbitraria, in quanto non rispondente ad una regola di esperienza generalizzata, quale il supposto effetto criminogeno del diritto a "recuperare" il periodo di ingiusta detenzione sofferto prima della commissione del reato: essendo, in fatto, ben possibile che la vicenda traumatica della carcerazione ingiusta abbia un opposto effetto dissuasivo e che, comunque, il successivo reato venga perpetrato per ragioni del tutto avulse dall'intento di "riscuotere" il "credito di pena".

Al riguardo, conclude la Corte, è dirimente il rilievo che il giudice *a quo* qualifica come presunzione assoluta quella che, in realtà, è la *ratio legis*: o, meglio, una delle due *rationes* della limitazione denunciata (l'altra consistendo nell'evidenziata esigenza logico-giuridica che la pena segua, e non già preceda, il reato). *Ratio* peraltro non scalfita dalla eventualità, prospettata dal rimettente, che la "riserva di impunità", conseguente all'ipotetica rimozione della preclusione, possa in concreto non pesare sul processo motivazionale che induce a delinquere chi ne beneficia.

Tali considerazioni escludono pertanto che possa accedersi anche all'intervento richiesto dal rimettente in via subordinata, volto a trasformare l'ipotetica presunzione assoluta in relativa.

* * *

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DA REATO DELLE PERSONE GIURIDICHE DI CUI AL D.LGS. N. 231 DEL 2001 E CITAZIONE DELL'ENTE QUALE RESPONSABILE CIVILE (C. cost., sent. 18 luglio 2014, n. 218)

La Corte costituzionale (sentenza 18 luglio 2014, n. 218) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 83 del codice di procedura penale e del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 («Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300»), sollevata dal giudice dell'udienza preliminare del tribunale ordinario di Firenze con ordinanza del 17 dicembre 2012 (r.o. n. 61 del 2013), in riferimento all'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui «non prevedono espressamente e non permettono che le persone offese e vittime del reato non possano chiedere direttamente alle persone giuridiche ed agli enti il risarcimento in via civile e nel processo penale nei loro confronti dei danni subiti e di cui le stesse persone giuridiche e gli enti siano chiamati a rispondere per il comportamento dei loro dipendenti».

Il giudice rimettente chiarisce di non poter addivenire, nel caso di specie, ad una lettura costituzionalmente orientata – che ammetta la citazione nel processo penale, come responsabile civile, della persona giuridica citata ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 – nonostante una isolata pronuncia in tal senso della Corte di cassazione (sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251/2011). Il tenore letterale dell'art. 83, c. 1 c.p.p., infatti, precluderebbe una lettura che faccia assumere «la veste di responsabili civili» a persone cui si è attribuita la qualifica formale di imputati: si tratterebbe di «una forma di "garanzia" applicabile agli imputati e le persone giuridiche/enti sono tali nel processo penale».

Secondo il giudice rimettente, tale preclusione sarebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto introdurrebbe «una ingiusta disparità di trattamento per persone offese nel processo penale», a seconda che gli enti, che devono rispondere dei comportamenti dei loro dipendenti, siano o meno chiamati a partecipare al processo per una loro responsabilità ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, in quanto solamente nel secondo caso, in quello cioè in cui una siffatta

responsabilità non sia stata loro addebitata, essi potrebbero essere citati come responsabili civili ex art. 83, c. 1, c.p.p.

Inoltre, secondo il giudice rimettente, le norme censurate determinerebbero «una illogica disparità di situazioni esistenziali giuridiche in fasi diverse delle vicende processuali», in quanto gli enti, nei confronti dei quali sono state applicate misure di tipo interdittivo, possono ottenere la revoca delle misure loro applicate, nella fase cautelare del procedimento, solamente se hanno integralmente risarcito il danno nei confronti delle persone offese dai reati: «questa possibilità per le stesse vittime dei reati sarebbe preclusa nel processo penale avviato, se in precedenza non vi sia stata applicazione di misure cautelari e/o di tipo interdittivo nei confronti delle società e degli enti».

La Corte costituzionale ritiene la questione inammissibile per più ragioni.

Innanzitutto, osserva il Giudice delle leggi, l'ordinanza di rimessione riferisce la questione all'intero testo normativo recante la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, senza individuare la disposizione il cui contenuto normativo, in collegamento con quello dell'art. 83, c. 1, c.p.p., determinerebbe la lamentata lesione del principio di uguaglianza. Così formulata, la questione risulta pertanto inammissibile, in quanto, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, il giudice *a quo* è tenuto ad individuare la norma, o la parte di essa, che determina la paventata violazione dei parametri costituzionali invocati (*ex plurimis*, ordinanze n. 21 del 2003, n. 337 del 2002 e n. 97 del 2000). A ciò va aggiunto che l'ordinanza di rimessione presenta anche un *petitum* incerto, perché non chiarisce quale dovrebbe essere l'intervento additivo che secondo il giudice rimettente occorrerebbe adottare per eliminare la pretesa illegittimità costituzionale.

Sotto un altro profilo, la Corte ritiene fondatamente contestabile che l'ente possa essere considerato coimputato dell'autore del reato. Secondo una giurisprudenza consolidata, nel sistema delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001, l'illecito ascrivibile all'ente costituisce una fattispecie complessa e non si identifica con il reato commesso dalla persona fisica (Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 2251 del 2011), il quale è solo uno degli elementi che formano l'illecito da cui deriva la responsabilità amministrativa, unitamente alla qualifica soggettiva della persona fisica, alle condizioni perché della sua condotta debba essere ritenuto responsabile l'ente e alla sussistenza dell'interesse o del vantaggio di questo. Tuttavia, se

CORTE COSTITUZIONALE

l'illecito di cui l'ente è chiamato a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 non coincide con il reato, l'ente e l'autore di questo, non possono qualificarsi coimputati, essendo ad essi ascritti due illeciti strutturalmente diversi.

Alla luce di ciò, la Corte sostiene che la disposizione dell'art. 83, comma 1, c.p.p., alla quale il giudice rimettente fa riferimento, non costituirebbe un impedimento alla citazione dell'ente come responsabile civile.

Peraltro, sottolinea la Corte, poiché il responsabile civile è chiamato a rispondere del fatto illecito commesso da altri, la sua citazione presuppone logicamente che egli non sia civilmente responsabile per fatto proprio. È per questa ragione che l'imputato può assumere la veste di responsabile civile per il fatto dei coimputati solo se non è affermata la sua responsabilità penale, ossia «per il caso in cui venga prosciolto o sia pronunciata nei suoi confronti sentenza di non luogo a procedere» (art. 83, comma 1, c.p.p.); altrimenti dall'affermazione della responsabilità penale deriva la responsabilità civile per lo stesso fatto, e quindi l'impossibilità di assumere per questo la posizione processuale di responsabile civile.

Conseguentemente, la disposizione in esame, non costituisce una «forma di "garanzia" applicabile agli imputati», e perciò anche agli enti, ma rap-

presenta uno sviluppo del principio secondo cui una persona non può essere contestualmente chiamata a rispondere per lo stesso fatto, sia come autore, sia come responsabile civile per la condotta del coimputato.

Secondo la norma in questione, «l'imputato può essere citato come responsabile civile per il fatto dei coimputati per il caso in cui venga prosciolto o sia pronunciata nei suoi confronti sentenza di non luogo a procedere», integrando un significato ben diverso da quello che gli ha attribuito il giudice rimettente. Ciò risulta confermato dalla Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale, la quale, dopo aver precisato che «per quel che attiene alla legittimazione passiva dell'imputato, si è ritenuto di reintrodurre la stessa formula dell'art. 107 comma 1 ultima parte del codice vigente», chiarisce che in tal modo si è consentita «all'imputato l'acquisizione di una posizione processuale che, sebbene condizionata al suo proscioglimento, è operante sin dal momento in cui è possibile la citazione del responsabile civile».

Con riferimento alla *ratio* e alla portata normativa dell'art. 83, comma 1, c.p.p., conclude la Corte, la questione muove dunque da un erroneo presupposto interpretativo e ciò comporta un'ulteriore ragione di inammissibilità (sentenze n. 249 del 2011 e n. 125 del 2009).

SEZIONI UNITE

di Valeria Marchese

AMBITO DI APPLICAZIONE E DISCIPLINA INTERTEMPORALE DEL NUOVO ISTITUTO DELLA RESCISSIONE DEL GIUDICATO PREVISTO DALL'ART. 625-TER C.P.P. (Cass., sez. un., 3 settembre 2014, n. 36848)

Le Sezioni Unite si pronunciano per la prima volta sull'ambito di applicazione del nuovo istituto della rescissione delle sentenze passate in giudicato ex art. 625-ter c.p.p., introdotto dall'art. 11, comma 5, della legge 28 aprile 2014, n. 67. La sentenza annotata costituisce un'occasione per definire presupposti, modalità applicative ed effetti dell'istituto, connotato da una scarna enunciazione normativa.

Una prima importante precisazione riguarda il luogo in cui la richiesta di rescissione deve essere presentata, in assenza di una specifica previsione normativa sul punto. La Suprema corte individua tale luogo nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, da intendersi, in questo caso, come cancelleria del giudice la cui sentenza è stata posta in esecuzione. Invero, sebbene la richiesta sia diretta alla Corte di Cassazione, non trova applicazione la regola prevista dall'art. 625-bis, comma 2, c.p.p. per il ricorso straordinario, ma le regole generali concernenti le impugnazioni.

Per quanto riguarda il procedimento da seguire, rispetto al quale nulla prevede l'art. 625-ter c.p.p., i giudici di legittimità ritengono che solo in caso di inammissibilità della richiesta e di manifesta infondatezza la decisione possa essere presa *de plano*, mentre negli altri casi sarà necessaria un'udienza in camera di consiglio senza intervento delle parti, ex art. 611 c.p.p.

Un'ulteriore precisazione viene fatta riguardo alla possibilità di disporre la sospensione provvisoria dell'esecuzione per i casi di eccezionale gravità, alla stregua di quanto previsto dall'art. 625-bis, comma 2, c.p.p. Ad avviso della Corte, il silenzio dell'art. 625-ter sul punto non è sufficiente ad escludere la possibilità di ricorrere all'istituto in questione, la cui

applicazione analogica appare, anzi, il frutto di una doverosa interpretazione sistematica.

Infine, le Sezioni Unite, prendendo in esame la specifica richiesta proposta dal ricorrente, definiscono l'ambito di applicazione intertemporale dell'art. 625-ter c.p.p. A tal riguardo, affermano che la disposizione non può essere applicata ad un imputato dichiarato "contumace", ma esclusivamente ad un imputato dichiarato "assente", secondo i nuovi parametri fissati dall'art. 420-bis c.p.p., come novellato dalla legge n. 67 del 2014. Pertanto, in assenza di esplicite norme di diritto intertemporale, ai processi definiti anteriormente all'entrata in vigore della legge, svolti secondo il regime contumaciale o quello dell'assenza, come anteriormente regolamentati, non si applica la disciplina normativa sopravvenuta. Tale interpretazione trova conferma nel d.d.l. n. S. 1517, in corso di esame dinanzi al Senato, il quale esclude la retroattività della nuova disciplina, salvo il caso in cui nel processo ancora in corso non sia stata dichiarata la contumacia e, comunque, non oltre la decisione di primo grado.

In conclusione, la Corte afferma che ai procedimenti contumaciali, trattati secondo la normativa precedente, continuerà ad applicarsi la disciplina della restituzione nel termine per proporre impugnazione, poiché il fenomeno dell'abrogazione, salvo espressa previsione contraria, non comporta la cessazione delle norme abrogate, ma solo la loro inattitudine a regolare situazioni nuove.

RICUSAZIONE DEL GIUDICE CHE HA PRONUNCIATO SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO NEI CONFRONTI DEL CONCORRENTE NECESSARIO NEL MEDESIMO REATO (Cass., sez. un., 3 settembre 2014, n. 36847)

Le Sezioni Unite hanno preso posizione in ordine alla possibilità di estendere alle sentenze di patteggiamento l'ipotesi di incompatibilità introdotta dalla Corte costituzionale (C. cost., sent. n. 371 del 1996), che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art.

SEZIONI UNITE

34, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o abbia concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, nella quale la posizione di quello stesso imputato, in ordine alla sua responsabilità penale, sia già stata valutata.

Sul punto, come chiaramente segnalato nell'ordinanza di rimessione, vi sono indirizzi discordanti nella giurisprudenza di legittimità.

Un primo orientamento esclude che sia configurabile un'ipotesi di incompatibilità, valorizzando la valenza negativa della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, che non richiede la prova della responsabilità, ma solo l'accertamento della inesistenza di cause di non punibilità, *ex art. 129 c.p.p.*

Un diverso indirizzo sostiene la necessità di procedere ad un'indagine in concreto sull'effettiva esistenza di effetti pregiudicanti per un imputato diverso da quello nei cui confronti è stata pronunciata la sentenza di cui all'art. 444 c.p.p. Pertanto, si configura l'incompatibilità del giudice, allorché si accerti che questi non si sia limitato alla verifica della inesistenza di cause di non punibilità, ma abbia proceduto ad una vera e propria valutazione di merito, che coinvolga anche la posizione del terzo.

Un terzo ed ultimo orientamento, contrapposto al primo, ritiene che i principi di diritto affermati dalla sentenza costituzionale n. 371 del 1996 si applichino in tutti i casi in cui il giudice abbia espresso incidentalmente valutazioni di merito sulla responsabilità penale di terzi. Pertanto, secondo questa tesi, si verifica l'ipotesi di incompatibilità di cui all'art. 34, comma 2, c.p.p. anche nel caso di sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, quando vi sia stata una valutazione di merito riguardo alla responsabilità penale, seppure non piena e incondizionata.

Le Sezioni Unite, preliminarmente, escludono la tardività della dichiarazione di rikusazione, affermando il principio di diritto secondo cui, quando la causa di rikusazione sia divenuta nota nel corso dell'udienza, a prescindere dalla collocazione della sede del giudice competente a ricevere la dichiarazione di rikusazione, la parte interessata ha il solo onere di formulare la stessa in udienza, con riserva di formalizzarla nel successivo termine di tre giorni, previsto dall'art. 38, comma 2, c.p.p.

Nel merito, i giudici di legittimità risolvono il contrasto giurisprudenziale, equiparando la forza pregiudicante della sentenza di patteggiamento a quella di qualunque altra sentenza di condanna pro-

nunciata nei confronti di un concorrente nel medesimo reato. Si precisa che, nel caso specifico, il pregiudizio a carico del concorrente, che dovrà essere successivamente giudicato, sussiste limitatamente alla esistenza di una delle cause di non punibilità, data la natura peculiare della sentenza di patteggiamento, che non richiede un accertamento in positivo della responsabilità penale, ma si limita a stabilire la non ricorrenza dei presupposti di cui all'art. 129, comma 1, c.p.p.

Tuttavia, osserva la Corte, considerando i limitati poteri cognitivi di merito del giudice del patteggiamento, l'incompatibilità prospettata può verificarsi solo nel caso di reati a concorso necessario, nei quali la posizione del patteggiante non può prescindere, sotto l'aspetto numerico, da quella dei concorrenti. Esclusa questa ipotesi, ove il giudice avesse incidentalmente espresso valutazione di merito in ordine alla responsabilità penale di un terzo imputato in altro processo, si verificherebbe un'"esuberanza motivazionale", che inciderebbe sull'imparzialità dell'organo giudicante. In tal caso, non dovrebbe trattarsi di un caso di incompatibilità, *ex art. 34, comma 2, c.p.p.*, bensì di rikusazione *ex art. 37 comma 1, l. b), c.p.p.*, per imparzialità del giudice.

UTILIZZABILITÀ DELLE INTERCETTAZIONI CHE COSTITUISCONO CORPO DI REATO IN PROCEDIMENTI DIVERSI DA QUELLO NEL QUALE SONO STATE DISPOSTE
(*Cass., sez. un., 23 luglio 2014, n. 32697*)

La questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite concerne l'utilizzabilità delle intercettazioni in un procedimento diverso da quello nel quale sono state disposte, in assenza delle condizioni richieste dall'art. 270 c.p.p., e la possibilità di inquadrare la conversazione intercettata, costituente condotta delittuosa, nelle norme che regolano l'uso processuale del corpo di reato.

In ordine alla prima questione sollevata nel ricorso, i giudici di legittimità distinguono tra registrazioni non comunicative, alle quali non si applica la disciplina in tema di intercettazioni telefoniche, eccetto il caso in cui si svolgano in un luogo di privata dimora, e registrazioni comunicative, soggette alla disciplina di cui agli art. 266 e ss. c.p.p.

Pertanto, premesso che la vicenda esaminata (registrazione di una comunicazione svolta nell'abitacolo di un autoveicolo) viene disciplinata dalle norme in tema di intercettazioni, la Corte si pronuncia sulla utilizzabilità delle stesse conversazioni o comunicazioni captate, nell'ambito di un diverso procedimento, allorché costituiscano corpo di reato.

La soluzione del quesito richiede preliminarmente la esatta definizione della nozione di corpo di reato, *ex art. 253 c.p.p.* Sul punto, si registrano due orientamenti in seno alla giurisprudenza di legittimità. Secondo l'orientamento maggioritario, per corpo di reato si intende anche un elemento immateriale e, pertanto, esso può consistere non solo nel supporto magnetico che registra, ma anche nella stessa conversazione impressa sullo stesso. Un diverso e minoritario orientamento ritiene che la nozione di corpo di reato vada intesa in senso restrittivo e si riferisca solo ad elementi materiali, pertanto tale non potrebbe essere la conversazione intercettata.

Le Sezioni Unite aderiscono al primo orientamento e affermano che la registrazione o trascrizione del dato documentale che integra la fattispecie criminosa costituisce corpo del reato, unitamente al supporto che la contiene e sul quale è impressa e, in quanto tale, deve essere acquisita agli atti del procedimento ai sensi dell'art. 431, comma 1, l. h), c.p.p., ed utilizzata come prova. Peraltro, è lo stesso dato letterale di cui all'art. 271, comma 3, c.p.p. che depone in tal senso, prospettando la possibilità che la documentazione delle intercettazioni costituisca corpo del reato.

Tuttavia, precisa la Corte, affinché la comunicazione o conversazione registrata costituisca corpo del reato, è necessario che l'elemento comunicativo non sia meramente descrittivo di una differente condotta criminosa o ne integri un frammento, come è avvenuto nel caso esaminato, ma che esaurisca l'intera fattispecie criminosa e costituisca essa stessa reato.

ONERE DI PRESENTARE ISTANZA DI OBLAZIONE IN SEGUITO A NUOVA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL REATO COMPATIBILE CON IL BENEFICIO

(Cass., sez. un., 22 luglio 2014, n. 32351)

Le Sezioni Unite sono state chiamate a dirimere un contrasto ermeneutico inerente alla possibilità di restituire l'imputato nel termine per chiedere l'oblazione, nel caso in cui l'accesso a tale procedimento sia consentito solo in seguito ad una diversa qualificazione giuridica del fatto, data dal giudice contestualmente alla sentenza di condanna. La questione si è posta perché, *de jure condito*, la disposizione di cui all'art. 141, comma 4-bis, disp. att. c.p.p. prevede che il diritto dell'imputato a fruire dell'oblazione sia tutelato solo nell'ipotesi di modifica dell'imputazione in dibattimento da parte del pubblico ministero, e non anche nell'ipotesi in cui la riqualificazione del fatto avvenga da parte del giudice direttamente in sentenza.

Il supremo organo di legittimità ha preliminarmente chiarito che sulla questione oggetto di contrasto vi sono tre differenti tendenze ermeneutiche.

Secondo un primo e prevalente orientamento, già affermato dalle stesse Sezioni Unite (Cass., sez. un., 28 febbraio 2006, n. 7645), anche se il reato originariamente contestato non è oblabile, l'imputato ha l'onere di presentare una preventiva istanza di oblazione, in vista di un futuro e possibile mutamento della qualificazione giuridica. Nel caso in cui tale tempestiva istanza, volta a sollecitare la più favorevole qualificazione giuridica del fatto, non venga presentata nei termini di legge, l'imputato perde i benefici dell'oblazione.

Un diverso e minoritario orientamento sostiene che la domanda di oblazione possa essere avanzata nel giudizio di appello, qualora, all'esito del giudizio di primo grado, il giudice pronunci sentenza di condanna per un reato diverso da quello originariamente contestato, che consenta l'oblazione. L'obiezione mossa a tale tesi consiste nell'impossibilità di estendere analogicamente la disciplina prevista dall'art. 604, comma 7, c.p.p. al caso preso in esame, in violazione del principio di tassatività, che regola la materia delle impugnazioni.

Vi è, infine, un terzo orientamento secondo cui la soluzione può essere ravvisata nell'adozione di una sentenza di condanna "condizionata", la cui efficacia è subordinata al mancato pagamento della somma prevista dalla legge per ottenere l'effetto estintivo del reato, entro il termine perentorio di dieci giorni dal passaggio in giudicato della sentenza. In tal modo, verrebbe riconosciuto un potere officioso del giudice ad ammettere l'imputato all'oblazione, anche quando quest'ultimo non ne abbia fatto preventiva richiesta. Tuttavia, ad avviso delle Sezioni Unite, tale orientamento non è condivisibile, poiché la categoria delle sentenze condizionate trova la sua ragion d'essere nell'ambito della disciplina processualcivile e presenta insanabili aspetti di incompatibilità con l'azione penale, pubblica, obbligatoria e predefinita negli esiti.

Posta tale premessa, e riconosciuta la funzione ibrida del procedimento di oblazione, fondato sia sull'interesse dello Stato alla deflazione dei procedimenti penali, sia su quello del contravventore ad ottenere l'estinzione del reato, la Corte di cassazione sottolinea i differenti effetti che la modifica dell'imputazione e quella della qualificazione giuridica producono rispetto al diritto di accesso a tale procedimento.

Invero, nell'ipotesi di modifica del fatto storico oggetto di contestazione, l'imputato subisce la scelta "monologante" del pubblico ministero, per cui

SEZIONI UNITE

la preclusione dell'accesso all'oblazione costituisce menomazione del diritto di difesa. A queste conclusioni era precedentemente giunta la Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità degli art. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui precludevano all'imputato di proporre domanda di oblazione relativamente ad un fatto diverso e ad un reato concorrente (C. cost., sent. n. 530 del 1995).

Diverso il caso in cui oggetto della modifica sia la qualificazione giuridica del reato, poiché tale attività è affidata al giudice, che può esercitarla prescindendo dalle richieste del pubblico ministero, pur sempre nel limite del rispetto del principio di correlazione tra imputazione e sentenza.

Ad avviso della Corte, a carico dell'imputato vi è un vero e proprio onere di esercitare il proprio diritto ad una qualificazione giuridica corretta, al fine di evitare gli effetti preclusivi che possono derivare per la richiesta di riti alternativi. Ed infatti, vi è un

nesso di interdipendenza tra il potere del giudice di dare una diversa qualificazione giuridica al fatto e il diritto delle parti di interloquire sulla stessa, di modo che le garanzie difensive si esauriscono ove le parti decidano di non esercitare tale diritto. In merito alla questione specifica, è onere dell'imputato contestare la qualificazione giuridica di un fatto non oblabile, formulando istanza di accesso all'oblazione in riferimento ad una diversa qualificazione che ritenga corretta e che renda il reato oblabile.

Circa la compatibilità di questa interpretazione con i principi sanciti dall'art. 6 della Cedu, come interpretati dalla Corte e.d.u. con la sentenza Drassich, le Sezioni Unite osservano che l'esigenza di garantire l'esercizio delle garanzie difensive rispetto ad una diversa qualificazione giuridica dei fatti rileva solo nei casi in cui la modifica influisca in *peius* sul trattamento dell'imputato e non nei casi, come quello in esame, in cui l'*emendatio libelli* sia migliorativa.

Rito abbreviato minorile instaurato a seguito di giudizio immediato: è competente il g.u.p.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 27 febbraio 2014, n. 18292 – Pres. Santacroce; Rel. Conti

Nel processo penale a carico di imputati minorenni la competenza per il giudizio abbreviato, sia esso instaurato nell'ambito dell'udienza preliminare o a seguito di decreto di giudizio immediato, spetta al giudice nella composizione collegiale prevista dall'art. 50-bis, comma 2, ord. giud. e non al giudice delle indagini preliminari.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 10 maggio 2012 il Tribunale per i minorenni di Bologna, nella composizione prevista per la udienza preliminare (un magistrato in funzione di presidente e due giudici onorari a latere) condannava in sede di giudizio abbreviato, instaurato a seguito di giudizio immediato, B.H.A. alla pena di un anno e quattro mesi di reclusione e 300 Euro di multa per i reati di rapina aggravata, rapina impropria e porto ingiustificato di coltello (in [*Omissis*]).

A seguito di impugnazione dell'imputato, la Corte di appello di Bologna, Sezione per i minorenni, con la sentenza in epigrafe, annullava l'indicata sentenza del Tribunale per i minorenni a norma dell'art. 604 c.p.p., con rinvio degli atti al Giudice per le indagini preliminari in sede, ravvisando, nella particolare funzione esercitata (giudice chiamato a giudicare sulla richiesta di giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato), l'incompetenza del giudice nella composizione collegiale (un magistrato togato e due giudici onorari) prevista in genere per la udienza preliminare nel processo minorile dal R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, art. 50 bis, comma 2, (Ordinamento giudiziario), aggiunto dal D.P.R. 22 settembre 1988, n. 449, art. 14, (Norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni), ritenendo competente, non trattandosi di funzione esercitata in udienza preliminare, il giudice per le indagini preliminari, che, anche nel processo minorile, a norma del comma 1 del medesimo art. 50 bis, è organo monocratico. La Corte bolognese precisava, sulla scorta anche di varie pronunce di legittimità, che, in forza del generale rinvio operato dal D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, art. 1, (recante

“Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni”), e in mancanza di previsioni specifiche inserite nella disciplina del processo minorile, alla fattispecie andava applicata la disposizione dell'art. 458 c.p.p., che individua nel giudice per le indagini preliminari (organo monocratico) la competenza a decidere nell'ambito del giudizio abbreviato innestato su giudizio immediato. Osservava ancora la Corte di appello che, pur non avendo l'appellante – che si era doluto solo della revoca della messa alla prova precedentemente disposta e della misura eccessiva della pena – proposto la questione della composizione dell'organo giudicante, questa doveva ritenersi rilevabile d'ufficio, inerendo alla competenza funzionale del giudice e comunque alle condizioni di capacità del giudice e al numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabiliti dall'ordinamento giudiziario, ricadendosi così in una ipotesi di nullità insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento a norma dell'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. a), e art. 179 c.p.p..

2. Avverso tale decisione il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di appello di Bologna, conformandosi al tenore di precedenti impugnazioni proposte sulla medesima questione in altri procedimenti, ha presentato ricorso per cassazione, chiedendo l'annullamento della sentenza impugnata e deducendo che, diversamente da quanto affermato dal Giudice di appello, nel processo minorile deve essere il g.u.p. (collegiale), e non già il g.i.p. (monocratico), a giudicare in caso di giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato nei confronti di imputato minorenne. 2.1. L'Ufficio ricorrente denuncia, formalmente con un unico motivo di ricorso, la “violazione della legge penale”, osservando che il generico richiamo alle norme del codice di procedura penale operato,

per quanto non espressamente previsto per i minorenni, dall'art. 1 disp. proc. pen. min., non consente di ritenere che possa pronunciarsi una sentenza in ambito minorile senza tenere conto della peculiarità della personalità in formazione dell'imputato, essendo sempre necessaria, ai fini della decisione, l'integrazione delle ordinarie conoscenze giuridiche con quelle proprie di altre discipline, di cui sono esperti i giudici onorari. Ogni diversa interpretazione, tendente a introdurre eccezioni all'indicato principio, contrasterebbe con la volontà legislativa di far giudicare il minore con le garanzie proprie del collegio previsto dall'art. 50 bis, comma 2, ord. giud., dato che un possibile esito di condanna, con la conseguente scelta demandata al giudice circa il tipo e la entità della pena, non può prescindere nel processo minorile dall'analisi puntuale e specialistica della personalità dell'imputato minorenni.

Il fatto che sia funzionalmente demandata al g.u.p. la competenza ad espletare l'attività di udienza, eventualmente anche pervenendosi alla definizione del giudizio, indurrebbe, inoltre, a ritenere che il giudizio abbreviato, pur se introdotto a seguito di decreto di giudizio immediato, debba essere necessariamente celebrato dal g.u.p., nella peculiare composizione collegiale prevista dall'ordinamento giudiziario per il processo minorile. D'altro canto – si osserva ancora – quando il legislatore, nell'ambito del processo minorile, ha ritenuto di conferire al g.i.p. il potere di decidere il merito del giudizio lo ha fatto con espressa previsione normativa ed entro ben precisi limiti, come ad esempio nelle ipotesi di sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto (art. 27 disp. proc. pen. min.) o di declaratoria di non luogo a procedere per difetto di imputabilità (art. 26 del medesimo testo normativo).

2.2. Si deduce poi nel ricorso – sotto altro profilo – che le figure di g.i.p. e g.u.p. appartengono organicamente all'unico ufficio del giudice per le indagini preliminari, tra loro distinguendosi solo in ragione della specifica attività di volta in volta espletata nei singoli procedimenti.

Tale aspetto implica che, anche se si volesse propendere per l'attribuzione di competenza, nel caso di specie, al giudice per le indagini preliminari monocratico, non sarebbe comunque ravvisabile alcuna lesione del principio del giudice naturale ovvero alcuna situazione di incompetenza funzionale, come invece ritenuto dalla Corte di appello nella impugnata sentenza.

3. La Seconda Sezione penale, cui era stato assegnato il ricorso, con ordinanza dell'11 dicembre 2013, ne ha rimesso la trattazione alle Sezioni Unite, al fine di stabilire se nel procedimento a carico di imputati minorenni la competenza per il giudizio abbreviato, instaurato a seguito di giudizio immediato, appartenga al giudice per le indagini preliminari ovvero al giudice dell'udienza preliminare nella composizione collegiale prevista dall'art. 50 bis, comma 2, ord. giud.

Nell'ordinanza di rimessione, premessa la condivisione delle ragioni addotte dal Procuratore Generale ricorrente, si osserva che siffatta linea interpretativa si pone tuttavia in contrasto con la giurisprudenza di legittimità, orientata a riconoscere la competenza del g.i.p. minorile – organo monocratico – a celebrare il rito abbreviato instaurato a segui-

to di giudizio immediato (Sez. 4, n. 38481 del 16/09/2008, V.A., Rv. 241552; Sez. 6, n. 14389 del 05/02/2009, S.M., Rv. 243254; Sez. 2, n. 44617 del 12/07/2013, M.G.N., Rv. 257360).

Agli argomenti basati prevalentemente su considerazioni di tipo esegetico – formale su cui si fonda la consolidata giurisprudenza, la Seconda Sezione contrappone ragioni di ordine sistematico e di inquadramento degli istituti nei principi ispiratori della specialità della condizione dell'imputato minorenni, che fanno preferire la tesi sostenuta dall'Ufficio ricorrente. Nella ordinanza si aggiunge peraltro che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte di appello, la questione della incompetenza dell'organo giudicante di primo grado non era rilevabile d'ufficio, non potendosi ravvisare una nullità assoluta in relazione alle condizioni di capacità del giudice e al numero dei giudici necessario per costituire il collegio, posto che “nel caso di specie aveva giudicato il Tribunale per i minorenni di Bologna, in funzione di Giudice dell'udienza preliminare, perfettamente capace e costituito secondo quanto previsto dalle leggi e dall'ordinamento giudiziario” (citandosi, a conforto di questo assunto, Sez. 2, n. 35444 del 28/05/2013, n.m.).

Sulla base di tali considerazioni, nella prospettiva di un'auspicata revisione dell'indirizzo giurisprudenziale contrastato, la Sezione rimettente ha dunque sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite. 4. Il Primo Presidente, con decreto del 3 gennaio 2014, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza pubblica.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione rimessa alle Sezioni Unite può essere così formulata: “Se, nel procedimento a carico di imputati minorenni, la competenza per il giudizio abbreviato, instaurato a seguito di giudizio immediato, spetti al giudice per le indagini preliminari (giudice monocratico) ovvero al giudice dell'udienza preliminare nella speciale composizione collegiale prevista dal R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, art. 50 bis, comma 2, (Ordinamento giudiziario), aggiunto dal D.P.R. 22 settembre 1988, n. 449, art. 14 (Norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni)”.

2. Preliminare all'esame dell'accennata questione è quella, di tipo strettamente processuale, della natura del vizio che, in ipotesi, deriverebbe dalla inosservanza delle regole sulla composizione del giudice che ha emesso la sentenza di primo grado.

Infatti, se il supposto vizio, come sostenuto dall'ordinanza di rimessione (oltre che dal Procuratore Generale ricorrente), sia pure come argomento di chiusura e quasi come obiter dictum, non fosse comunque idoneo a integrare una nullità assoluta rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, la sentenza di annullamento emessa dalla Corte di appello – che su tale aspetto non era stata investita dall'impugnazione dell'imputato – dovrebbe essere annullata per la sola ragione che non sussistevano i presupposti formali per l'applicazione dell'art. 604 c.p.p., comma 5, e non sarebbe quindi consentito entrare nel merito del quesito. Invece, se il tema della composizione

RITO ABBREVIATO MINORILE INSTAURATO A SEGUITO DI GIUDIZIO IMMEDIATO

dell'organo giudicante minorile (monocratico o collegiale) attiene a profili che evocano una ipotesi di nullità assoluta, esso dovrebbe essere necessariamente affrontato, perché solo dopo la sua risoluzione potrebbe dirsi se è stato, o non, correttamente disposto da parte della Corte di appello l'annullamento della sentenza di primo grado ex art. 604 c.p.p.. In altri termini, in tanto le Sezioni Unite sono abilitate a risolvere la questione rimessa dalla Seconda Sezione in quanto riconoscano che, ove dovesse riconoscersi validità alla linea interpretativa privilegiata dalla Corte di appello, si sarebbe prodotta una nullità assoluta tale da imporre l'annullamento d'ufficio della sentenza di primo grado.

3. Ad avviso delle Sezioni Unite il tema attiene per l'appunto a un vizio che, ove fosse ritenuto sussistente, sarebbe idoneo a determinare una nullità assoluta.

3.1. In via di prima approssimazione, la fattispecie in esame potrebbe ritenersi toccare l'aspetto – cui anche si riferisce la Corte di appello – del “numero dei giudici necessari per costituire i collegi (...) stabiliti dalle leggi di ordinamento giudiziario”, evocato dall'art. 33 c.p.p., comma 1: evenienza che ricorre sia quando il numero o (deve intendersi) anche la qualità dei componenti del collegio non corrispondano a quelli previsti dalla legge, sia quando a emettere il provvedimento è un giudice singolo invece di un giudice collegiale (contra, in questa ipotesi, Sez. 3, n. 18779 del 15/03/2012, Martino, Rv. 252642, per un caso di sequestro preventivo emesso dal g.i.p. monocratico in luogo di quello collegiale previsto dalla legislazione emergenziale in materia di rifiuti della Regione Campania), sia, ancora, per l'evidente analogia ratto, quando si verifica il caso inverso.

E se così fosse, il vizio ritenuto sussistente dalla Corte di appello integrerebbe certamente una nullità assoluta, insanabile e rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del procedimento, a norma del combinato disposto dell'art. 33 c.p.p., comma 1, art. 178 c.p.p., comma 1, lett. a), e art. 179 c.p.p., comma 1.

Ma questa ipotesi (ad eccezione di quanto stabilito specificamente per “l'attribuzione degli affari penali al tribunale collegiale o monocratico” dall'art. 33 c.p.p., comma 3) attiene a ben vedere al caso, invero piuttosto raro nella pratica, in cui l'organo giudicante, del quale non si discute la competenza, risulti irregolarmente composto.

Si veda, per un'applicazione in tema di composizione del tribunale di sorveglianza, Sez. 1, n. 1933 del 25/06/1990, Rossi, Rv. 184707, a proposito della disposizione dell'art. 70, comma 5, Ord. Pen., in una fattispecie – ritenuta integrare una nullità assoluta proprio per la violazione delle regole concernenti il numero dei giudici necessari per costituire i collegi – in cui il tribunale di sorveglianza era risultato composto da tre magistrati togati, oltre che dal presidente e da due esperti laici, e non, come previsto dalla riferita norma, dal presidente, da un magistrato di sorveglianza e da due esperti. In altri casi la giurisprudenza si è occupata, con varie soluzioni, di evenienze simili riguardanti ad esempio la composizione della corte di assise (v. tra molte, Sez. 1, n. 8737 del 13/12/2002, dep. 2003, Bogdan, Rv. 223693; Sez. 6, n. 2892 del 04/02/1998, Ripa, Rv. 210337; Sez. 1, n. 1895 del 10/06/1987, dep. 1988,

Masala, Rv. 177582), o la componente onoraria, necessariamente diversificata per genere in base all'art. 50 ord. giud. (e quindi incidente non sull'elemento numerico ma su quello qualitativo), relativa al tribunale per i minorenni (caso esaminato da Corte cost., ord. n. 172 del 2001), o ancora, nella vigenza del codice del 1930 – dove la norma di riferimento era quella dell'art. 185, comma 1, n. 1 – i provvedimenti di competenza del giudice istruttore (Sez. 1, n. 6944 del 04/03/1985, Trombini, Rv. 170080).

La previsione di nullità si riferisce dunque ai casi in cui, proprio per la composizione numerica (o qualitativa) alterata, non sia possibile la identificabilità dell'organo che esercita la giurisdizione alla stregua delle previsioni di ordinamento giudiziario, “non potendo la decisione di un organo di composizione numerica diversa da quella prescritta dalla legge costituire espressione di quella sovranità... impersonata da quel giudice nell'esercizio del magistero giurisdizionale” (così, in un molto lontano precedente, relativo alla irregolare composizione dell'adunanza del Consiglio di Stato, Sez. U civ., n. 3008 del 11/10/1952, Tesoro c. Mortati, Rv. 880247).

Nel caso in esame, invece, venendo in questione organi del tribunale per i minorenni nettamente diversi e ai quali si riconnettono distinte competenze in relazione a determinate funzioni, non si discute se il giudice che ha emesso la sentenza in primo grado fosse irregolarmente composto a fronte delle previsioni di ordinamento giudiziario, essendo invece da stabilire quale sia l'organo competente per la funzione di giudice dell'abbreviato (innestato su un giudizio immediato), e cioè se il g.i.p. minorile (monocratico) o se il g.u.p. minorile (collegiale, nella speciale composizione di un magistrato togato e di due giudici-esperti onorari); e se queste regole di ripartizione di funzioni siano state osservate. Non ricorre perciò – neppure in astratto – la ipotesi di nullità costituita dal mancato rispetto delle norme di ordinamento giudiziario che definiscono il numero dei giudici “necessario per costituire il collegio”.

3.2. Nel caso di specie è invece evocabile una ipotesi di violazione delle regole sulla competenza “funzionale”, che, come più volte detto, implica la risoluzione della questione se nel procedimento minorile appartenga alla competenza del g.i.p. (monocratico) ovvero al g.u.p. (collegiale) la specifica funzione di giudice del giudizio abbreviato nascente da giudizio immediato.

3.3. L'incompetenza funzionale – nozione di risalente elaborazione dottrinale e successivamente accettata definitivamente dalla giurisprudenza – implica il “disconoscimento della ripartizione delle attribuzioni del giudice in relazione allo sviluppo del processo e riflette i suoi effetti direttamente sulla idoneità specifica dell'organo all'adozione di un determinato provvedimento” (così Sez. U, n. 14 del 20/07/1994, De Lorenzo, Rv. 198219; cui adde, ex aliis, Sez. U, n. 4419 del 25/01/2005, Gioia, Rv. 229981, nonché, implicitamente, Sez. U, n. 3088 del 17/01/2006, Bergamasco, in motivazione); ovvero, secondo altra definizione, espressa da illustre dottrina, il discostamento dalle regole sulle attribuzioni che “l'ordinamento giuridico assegna a un determinato organo (...) in considerazione della qualità della funzione che l'organo è chiamato a svolgere”.

Va sottolineato che le citate sentenze n. 3088 del 2006, Bergamasco e n. 4419 del 2005, Gioia, hanno affermato la rilevanza di ufficio di una ipotesi di incompetenza funzionale riguardante proprio la materia della ripartizione di competenze (dettate dal codice di procedura penale) tra l'organo che dispone il giudizio immediato e l'organo che deve decidere su un rito speciale (in quei casi, un patteggiamento).

Che la violazione delle regole sulla competenza funzionale sia produttiva di nullità assoluta, rilevabile d'ufficio, deve considerarsi ormai, anche alla luce delle decisioni citate, *jus receptum*.

Si deve dunque concludere che se le regole sulla competenza funzionale previste dall'ordinamento processuale minorile fossero state nel caso in esame violate – sul presupposto che la sentenza nel giudizio abbreviato derivante da giudizio immediato non doveva essere emessa dal g.u.p. (collegiale) ma dal g.i.p. (monocratico) – a ragione la Corte di appello avrebbe annullato la decisione di primo grado, a norma dell'art. 604 c.p.p., comma 4, in quanto inficiata da una nullità assoluta.

3.4. È il caso di segnalare che, proprio per il mancato rilievo che avrebbe dovuto essere dato al vizio invalidante che va riconnesso ai casi in cui non sono state rispettate le regole sulla competenza funzionale, Sez. 2, n. 3544 del 28/05/2013, V., Rv. 257106, ha – non condivisibilmente – ritenuto privo di interesse il ricorso del pubblico ministero che aveva dedotto la nullità della sentenza di abbreviato nascente da immediato a carico di un minorenni in quanto emessa dal g.u.p. collegiale in luogo del g.i.p. monocratico.

3.5. Va ancora puntualizzato che ai fini del rispetto della competenza funzionale non riveste alcun rilievo, contrariamente a quanto assunto dal Procuratore Generale ricorrente, la considerazione che il g.i.p. e il g.u.p. minorile appartengano “all'unico ufficio del giudice per le indagini preliminari”, dato che la competenza in questione si distingue appunto in base alle rispettive funzioni e non in base ai rispettivi uffici (si veda ad esempio, proprio in materia di ripartizione tra g.i.p. e g.u.p. della competenza – concepita come funzionale – ad emettere provvedimenti cautelari, nell'ambito del tribunale ordinario, tra le altre, Sez. 1, n. 5609 del 22/01/2008, Maggio, Rv. 238867); fermo restando che l'asserzione appare quanto meno inesatta, dato che se anche la rubrica dell'art. 50 bis, è intitolata “Giudice per le indagini preliminari”, nel corpo dell'articolo si distinguono le funzioni del g.i.p. monocratico da quelle del g.u.p. collegiale (quest'ultimo, tra l'altro, fatto rientrare nella dizione “tribunale per i minorenni”); e dette funzioni in via generale sono state nettamente separate a livello tabellare a partire quanto meno dal D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, (v. in particolare l'art. 7 bis, commi 2 bis e 1 ter, ord. giud.). Sicché non può affermarsi che il giudice della udienza preliminare minorile si identifica nel “giudice per le indagini preliminari”, al pari di quanto è da dire per il tribunale ordinario (v. art. 43 bis, comma 3, lett. b, ord. giud.); fermo restando che entrambi sono “organi” dello stesso tribunale per i minorenni (v. art. 2 disp. proc. pen. min.).

4. Occorre di conseguenza passare al merito della questione su cui è incentrata l'ordinanza di remissione.

Ritengono le Sezioni Unite che nel processo minorile è applicabile anche per il giudizio abbreviato innestato su un giudizio immediato la regola secondo cui il giudice deve avere la speciale composizione del g.u.p. prevista per la udienza preliminare dall'art. 50 bis, comma 2, ord. giud. (un magistrato e due giudici onorari, un uomo e una donna).

4.1. Nella giurisprudenza di legittimità questa linea interpretativa appare generalmente contrastata, essendo sostenuta soltanto, a quanto risulta, dalla ordinanza di remissione della Seconda Sezione. L'orientamento dominante parte dal rilievo che l'art. 50 bis ord. giud. (rubricato, come detto, “Giudice per le indagini preliminari”), relativo al processo minorile, individua come competente per l'adozione dei provvedimenti previsti per la fase delle indagini un giudice singolo (comma 1), prescrivendo una speciale composizione collegiale (un magistrato e due giudici onorari, un uomo e una donna) per la funzione di udienza preliminare (comma 2).

Considerato poi che la funzione di giudice dell'abbreviato nascente da decreto di giudizio immediato, da un lato, fuoriesce dalla fase delle indagini preliminari e, dall'altro lato, non trova collocazione nella udienza preliminare, e che non si rinvencono nell'art. 50 bis criteri di individuazione dell'organo preposto a tale specifica funzione nel processo minorile, varrebbe il generale rinvio operato dall'art. 1, comma 1, disp. proc. pen. min., “per quanto da esse non previsto”, alle disposizioni del codice di procedura penale (c.d. principio di sussidiarietà), e, quindi, anche all'art. 458 c.p.p., non derogato dalle disposizioni minorili, il cui comma 2, dispone che sulla richiesta di giudizio abbreviato a seguito di decreto di giudizio immediato provvede, previa fissazione della udienza, lo stesso g.i.p. (monocratico), pur se impersonato da un magistrato diverso da quello che ha emesso il decreto di giudizio immediato, data la previsione di incompatibilità di cui all'art. 34 c.p.p., comma 2.

In breve, il ricorso a detta norma di rinvio sarebbe necessario, non soccorrendo al riguardo, per le ragioni già dette, la previsione dell'art. 50 bis ord. giud..

Per tale orientamento, v. Sez. 2, n. 44617 del 12/07/2013, M., Rv. 257360; Sez. 2, n. 3335 del 08/01/2010, B.J., n.m.; Sez. 6, n. 14389 del 05/02/2009, S., Rv. 243254; Sez. 4, n. 38481 del 16/09/2008, V., Rv. 241552; Sez. 1, n. 14669 del 18/01/2007, T., Rv. 236573 (quest'ultima espressasi in un caso in cui dalla tesi della competenza dell'organo monocratico nella fattispecie di cui si è detto si è fatta discendere quella della competenza in capo allo stesso organo a decidere sulla richiesta del pubblico ministero di aggravamento della misura cautelare applicata all'imputato minorenni).

Non vi sarebbe poi alcuna inadeguatezza dell'organo monocratico a giudicare il minore, considerato che il g.i.p. minorile ha una particolare professionalità settoriale, tanto che in altri casi esso è espressamente abilitato a definire il giudizio nei confronti dell'imputato minorenni, come previsto dall'art. 26 (declaratoria di non imputabilità trattandosi di soggetto infraquattordicenne) o dall'art. 27 disp. proc. pen. min. (sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto).

RITO ABBREVIATO MINORILE INSTAURATO A SEGUITO DI GIUDIZIO IMMEDIATO

4.2. L'ordinanza di rimessione e la prevalente dottrina sono di opinione contraria, e il Collegio condivide questa diversa linea interpretativa, in base alle considerazioni che seguono. 4.3. In primo luogo, è proprio il dato formale privilegiato dalla giurisprudenza dominante che non sembra avere il significato univoco che ad esso si vuole attribuire.

Il generale rinvio operato dall'art. 1, comma 1, disp. proc. pen. min. alla disciplina codicistica rappresenta un argomento debole, sia per il carattere generale di chiusura di tale previsione sia perché, esso, come ogni disposizione, deve confrontarsi con il pacifico canone interpretativo secondo cui il senso di qualsivoglia norma, quando non assolutamente incontrovertibile, deve tenere conto del complesso della disciplina in cui trova collocazione. D'altronde, il rinvio alle disposizioni del codice di procedura penale, su cui si fa generalmente leva, vale "per quanto non previsto" dalle disposizioni sul processo penale minorile, ma questa espressione non equivale a quella "per quanto non specificamente previsto". Mentre va tenuto in conto che il secondo periodo del medesimo art. 1, comma 1, prevede che le disposizioni codicistiche generali "sono applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minore" (principio c.d. di adeguatezza applicativa).

Ora, non è dubbio che la funzione di giudizio nel processo minorile richiede specifiche indagini sulla personalità del minore che implicano l'intervento di un organo specializzato, integrato da esperti, diversificati per genere, che affiancano il giudice in quanto in possesso di particolari competenze (v. art. 50 ord.giud.). Come espresso sub art. 2 disp. proc. pen. min. dalla Relazione al Testo Definitivo delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni (p. 219), "se è vero che prontezza d'intervento e di presenza continua sono tipici requisiti del giudice per le indagini preliminari e militano a favore della monocraticità, è anche vero che esistono ragioni del massimo rilievo a favore della collegialità: prima fra tutte l'esigenza di mantenere la specialità dell'organo, determinata dalla presenza dei componenti privati accanto ai magistrati togati. E tale esigenza è ancor più viva quando si considerino i vari sbocchi dell'udienza preliminare minorile, nella quale la funzione di garanzia della legalità si accompagna a complesse valutazioni sulla personalità del minore che richiedono l'apporto della componente laica del collegio. Opportuna appare quindi la scelta effettuata nell'art. 14 delle Norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario introduttivo dell'art. 50 bis, dove si rimettono a un collegio composto da un magistrato togato e da due giudici onorari i provvedimenti da assumere in udienza preliminare, limitando la monocraticità ai soli provvedimenti di competenza del giudice delle indagini preliminari". Va rimarcato che la previsione di una competenza collegiale per la funzione di udienza preliminare venne inserita su sollecitazione della Commissione bicamerale parlamentare (oltre che di vari organi istituzionali interpellati per il parere), che, in sede di esame del testo sul progetto preliminare (con specifico riferimento all'elencazione degli organi giudiziari minorili contenuta nell'art. 2 disp. proc. pen. min.) aveva segnalato l'opportunità "che il giudice nella udienza

preliminare sia collegiale date le funzioni particolari che tale giudice si vede attribuire".

Non può condividersi la tesi, sostenuta in alcune pronunce espressive dell'orientamento dominante, secondo cui la particolare specializzazione del giudice minorile sarebbe garanzia sufficiente per una adeguata valutazione da parte dell'organo monocratico della personalità del minore, giacché essa incontra inesorabilmente l'obiezione per cui, stando a un simile argomento, non si comprenderebbe la scelta del legislatore di affidare a un organo collegiale misto la funzione di udienza preliminare, sede ove non necessariamente si pronunciano sentenze sul merito della imputazione, come invece avviene all'esito di giudizio abbreviato, qualunque sia il percorso processuale che in esso confluisce.

Per di più il contenuto organico dei tribunali per i minorenni, con particolare riguardo a quelli numericamente più piccoli, determina non infrequentemente la necessità di sostituzione dei giudici togati, per situazioni di incompatibilità o di altro genere, con magistrati incardinati nei tribunali ordinari, mediante la procedura di supplenza esterna o di applicazione rispettivamente previste dagli artt. 97 e 110 ord. giud.; e tale ricorrente evenienza era stata alla base della questione costituzionalità decisa con ordinanza Corte cost. n. 330 del 2003, che, nel dichiarare la stessa manifestazione infondata, ha osservato che in simili situazioni "la specializzazione del giudice minorile, finalizzata alla protezione della gioventù sancita dalla Costituzione, è assicurata dalla struttura complessiva di tale organo giudiziario, qualificato dall'apporto degli esperti laici".

Non vale, poi, replicare che in alcuni casi a emettere sentenze di merito è un giudice minorile monocratico. Si tratta di competenze (peraltro non rimaste immuni da rilievi critici da parte della dottrina specialistica) relative alla declaratoria della non imputabilità o della irrilevanza del fatto che sfociano in provvedimenti liberatori per l'imputato che, lungi dall'implicare un giudizio di colpevolezza, sono tesi anzitutto ad assicurare, quando è possibile, l'anticipata fuoriuscita del minore dal procedimento (v. Corte cost., sent. n. 103 del 1997) e non sono, comunque, afflittivi; in cui è, perciò, meno forte (ed evidentemente recessiva rispetto all'interesse alla definizione anticipata) l'esigenza di un apporto qualificato di esperti, pur se in linea generale determinante nella elaborazione di programmi rieducativi adeguati alla personalità in formazione dell'imputato, che si affianca alla valutazione prevalentemente tecnico-giuridica del magistrato togato.

4.4. Mantenendosi, poi, sul piano strettamente esegetico, vale osservare che, in base all'art. 441 c.p.p., comma 1, al giudizio abbreviato si estendono le disposizioni previste per la udienza preliminare: e posto che anche questa norma deve ritenersi richiamata dall'art. 1, comma 1, disp. proc. pen. min., potrebbe dunque dirsi che è alle norme della udienza preliminare minorile, in cui il giudice ha composizione integrata, che il rinvio deve intendersi essere fatto.

Va ancora considerato che nell'art. 458 c.p.p., il quale, nella contrastata tesi, sarebbe indirettamente richiamato dalla equivoca disposizione dell'art. 1, comma 1, disp. proc. pen. min., non può evidentemente cogliersi una ratio

di attribuzione di una competenza “speciale” al g.i.p. contrapposta a quella del g.u.p. (organi entrambi monocratici nel processo a carico dei maggiorenni), ma semplicemente quella di individuare l’organo che, non devolvendosi il processo alla fase dibattimentale, è chiamato a decidere sul giudizio abbreviato innestato sulla richiesta di giudizio immediato, con indicazione delle relative formalità procedurali. Fermo restando che il g.i.p. che ha fissato l’udienza in cui si dovrà decidere circa la instaurazione del giudizio abbreviato deve comunque “passare la mano” ad altro organo appartenente al medesimo ufficio (si veda, tra le altre, Sez. U, n. 30200 del 28/04/2011, Ohonba, in motivazione).

Di contro, nel processo minorile, non sarebbe ragionevole che, per una scelta del p.m. – che può essere affatto discrezionale – circa le modalità di esercizio dell’azione penale (richiesta di decreto di giudizio immediato anziché emissione del decreto che dispone il giudizio, che da luogo alla udienza preliminare), possa mutare la individuazione, e con essa la composizione da collegiale a monocratica, del giudice chiamato a una stessa funzione, quella appunto del giudizio abbreviato, che si esplica secondo norme processuali del tutto analoghe e sfocia negli stessi esiti. 4.5. In conclusione, alla via esegetica che contrappone la fisionomia monocratica del g.i.p. a quella collegiale del g.u.p. minorile

nell’ambito dell’identico munus di giudizio si deve preferire quella che trae risolutiva ragione dalla simmetria della funzione che il giudice esplica in sede di giudizio abbreviato, che non vi è ragione che sia diversificata sulla base di accidenti procedurali che non incidono sui poteri decisori e per di più derivano da scelte che possono dipendere da valutazioni discrezionali del pubblico ministero.

È infatti il peculiare “contenuto decisorio” degli esiti del giudizio abbreviato che impone la composizione collegiale dell’organo giudicante, non la sede formale in cui questi si innestano. 5. Va conseguentemente enunciato il seguente principio di diritto:

“Nel processo penale a carico di imputati minorenni la competenza per il giudizio abbreviato, sia esso instaurato nell’ambito della udienza preliminare o a seguito di decreto di giudizio immediato, spetta al giudice nella composizione collegiale prevista dall’art. 50-bis, comma 2, dell’ordinamento giudiziario”.

6. Da quanto sopra discende che la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio, con trasmissione degli atti alla Sezione per i minorenni della Corte di appello di Firenze che, in sede di nuovo giudizio, dovrà procedere all’esame dei motivi di appello pretermessi dalla Corte bolognese.

[Omissis]

CARLA PANSINI

Professore Associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”

Nuovi ambiti operativi della competenza funzionale del g.u.p. “minorile” tra specializzazione e specialità del rito

New operating field for the functional competence of the “juvenile” preliminary hearing judge between specialization and speciality

Per le Sezioni Unite nel processo penale a carico di imputati minorenni la competenza per il giudizio abbreviato, sia esso instaurato nell’ambito dell’udienza preliminare o a seguito di decreto di giudizio immediato, spetta al giudice nella composizione collegiale, così come prevista dall’art. 50-bis, comma 2, ord. giud., e non al giudice delle indagini preliminari. Pur condividendosi in linea di principio questa conclusione, è l’individuazione del rimedio processuale all’emanazione di un atto da parte del giudice funzionalmente incompetente che necessita di alcune limature concettuali.

In the juvenile issues, according to art. 50-bis, co.2, ord. giud., the Supreme Court in its Plenary Composition recognizes to the judge sitting en banc, and not to the g.i.p. (preliminary investigations magistrate), the jurisdiction for the summary trial. Even sharing with this decision, it should be established an available remedy to respond to the act issued by an incompetent judge.

RITO ABBREVIATO MINORILE INSTAURATO A SEGUITO DI GIUDIZIO IMMEDIATO

LA QUESTIONE

Le Sezioni unite sono state investite di una delicata questione interpretativa, invero non nuova né circoscritta al rito penale minorile, e relativa all'individuazione del giudice competente a celebrare il giudizio abbreviato instaurato a seguito dell'emissione di decreto di giudizio immediato.

Tuttavia, se nel processo ordinario l'esegesi della norma ha raggiunto livelli di incontrastata certezza, riconoscendo nel giudice per le indagini preliminari l'organo funzionalmente competente a celebrare il giudizio abbreviato, in ambito minorile la recente pronuncia del Supremo consesso segna un condivisibile *revirement*, pur non in presenza di veri e propri indirizzi giurisprudenziali contrastanti. Anzi, appariva consolidato quell'orientamento volto a riconoscere che la competenza nel caso *de quo* spettasse proprio al giudice per le indagini preliminari in composizione monocratica¹ e non al giudice dell'udienza preliminare, che nel processo a carico di imputati minorenni è organo collegiale formato da due giudici onorari e un magistrato togato.

Nel caso specifico, il Tribunale per i minorenni di Bologna, quale giudice dell'udienza preliminare, all'esito del rito abbreviato incardinato su rito immediato, condannava l'imputato alla pena di un anno e quattro mesi di reclusione ed euro trecento di multa. Avverso siffatta sentenza l'imputato proponeva appello, lamentando unicamente la revoca della messa alla prova in precedenza disposta e l'eccessiva commisurazione della pena inflitta.

A fronte del silenzio dell'appellante in punto di errata composizione dell'organo giudicante, la Corte d'appello del capoluogo emiliano, Sezione per i minorenni, ritenendo quest'ultima questione rilevabile d'ufficio, annullava la sentenza di primo grado a norma dell'art. 604 c.p.p. evidenziando che, in virtù del richiamo operato dall'art. 1 c.p.p. min., nella fattispecie trovasse applicazione l'art. 458 c.p.p., con la conseguente individuazione nel G.i.p. del giudice funzionalmente competente a procedere.

Tale decisione veniva impugnata con ricorso per cassazione dal Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'appello bolognese per violazione della legge penale, deducendo che in caso di giudizio abbreviato instaurato a seguito di giudizio immediato nei confronti di imputato minorenne

debba essere l'organo collegiale e non il giudice monocratico a giudicare.

Siffatta impostazione, tuttavia, non trovava riscontri nella giurisprudenza di legittimità²; sicché, in presenza di un tale – potenziale – contrasto, la Seconda sezione della Suprema Corte ha rimesso la questione alle Sezioni unite, pur non avendo esitato ad individuare la competenza funzionale del g.i.p., sulla base dell'applicazione dell'art. 458 c.p.p., in una pronuncia avente ad oggetto un caso analogo, solo pochi giorni prima dell'ordinanza di rimessione al Massimo consesso³.

Al di là del condivisibile principio di diritto enunciato, la questione offre significativi spunti di riflessione e l'occasione per puntualizzare alcune tematiche che coinvolgono, da un lato, i principi posti alla base della giurisdizione minorile, la specialità della stessa e il rapporto tra le disposizioni del codice di rito e quelle del processo penale minorile, nello specifico in tema di procedimenti speciali; dall'altro, la categoria dogmatica della competenza funzionale, l'individuazione degli effetti di tale categoria e dei vizi inerenti alla violazione di questa forma di "competenza".

LA SPECIALIZZAZIONE DEL GIUDICE MINORILE

Una considerazione preliminare è, però, necessaria.

Il sistema giudiziario minorile prevede una magistratura togata specializzata in ragione della particolare professionalità, acquisita sia attraverso corsi di formazione e di aggiornamento *ad hoc* (art. 5 d.lg. 28.7.1989 n. 272), sia favorendo l'esperienza giudiziaria di settore (artt. 2, 3, 4 d.lg. n. 272/1989). Accanto ai giudici togati, negli organi giudicanti collegiali minorili vi sono, come è noto, dei componenti privati, i c.d. "giudici onorari" che, secondo quanto previsto dall'art. 50 ord. giud., devono essere due, un uomo e una donna, "benemeriti dell'assistenza sociale" e scelti tra i cultori di psichiatria, antropologia criminale, pedagogia etc. che abbiano compiuto almeno il trentesimo anno d'età. Quindi, sono la specifica professionalità dei magistrati togati e la particolare formazione dei collegi giudicanti, con giudici onorari esperti, a caratterizzare nel senso della specializzazione il sistema giudiziario

¹ Seppur persona fisica diversa, per ragioni di incompatibilità *ex art. 34, comma 2, c.p.p.* da quella che ha emesso il decreto di giudizio immediato. V., da ultimo, Cass., sez. II, 5 novembre 2013, n. 44617, inedita.

² V. *ex plurimis*: Cass., sez. II, 5 novembre 2013, n. 44617, cit.; Id., sez. VI, 5 febbraio 2009, in *CED Cass.*, 243254; Id., sez. IV, 16 settembre 2008, *ivi*, 241552; Id., sez. I, 18 gennaio 2007, *ivi*, 236573.

³ Cass., sez. II, 5 novembre 2013, n. 44617, cit., con annotazione di Garuti, *Competenza a celebrare il giudizio abbreviato a seguito di giudizio immediato*, *Dir. pen. proc.*, 2014, 31.

minorile⁴; questo resta, comunque, nel rispetto della norma costituzionale di cui all'art. 102 Cost., forma – seppur specializzata – di giurisdizione ordinaria, ancorché presenti tratti peculiari derivanti «dal soggetto che la 'subisce' e da strumenti 'solidaristici' dipendenti dalla complessa funzione a cui assolve quel tipo di processo»⁵.

Invero, prima la stessa istituzione del tribunale per i minorenni – oggi con competenza generale, esclusiva e inderogabile riguardo a reati commessi da soggetti minori di diciotto anni, indipendentemente dalla tipologia di reato, dalla pena prevista e dalle modalità di accadimento del fatto⁶ – e, poi, la predisposizione dell'attuale disciplina del procedimento penale minorile, rinvergono le proprie radici nella consapevolezza che il minore che delinque ha spesso alle spalle complesse carenze di personalità, prodotte dal contesto familiare, ambientale e/o sociale, che non vanno tralasciate. Piuttosto, siffatte lacune vanno analizzate, soppesate e valutate al di là della necessità di contestualizzare una risposta meramente punitiva all'illecito commesso, per individuare un trattamento appropriato alle caratteristiche personalologiche e finalizzato anche al recupero del minore. Quest'ultimo si riconferma soggetto di diritti, *in primis* del diritto alla (ri)educazione, costituzionalmente sancito e rafforzato dagli strumenti internazionali posti a tutela delle peculiarità della condizione minorile; diritto, che può essere garantito solo attraverso un organo giurisdizionale specializzato, composto da magistrati e da persone dotate di specifiche competenze scientifiche, in grado di operare una corretta valutazione della personalità e della maturità psicologica *in fieri* dell'imputato, prodromica ad una risposta individualizzata. L'idea, insomma, è quella di una giurisdizione plasmata sulle peculiari necessità dell'imputato, «senza abdicare al suo fine istituzionale; anzi che si specializzi per meglio perseguirlo»⁷. Abbandonato lo schema di una

giustizia paternalistica, correzionale, rieducativa, è l'interdisciplinarietà dell'organo giudicante⁸ e la duttilità del modello processuale che consentono di addivenire ad un esito del processo il meno pregiudizievole possibile per il minore.

Su questo binario si incardina il procedimento penale minorile, sistema organico differenziato, conformemente alle istanze emergenti dalle fonti internazionali⁹ dirette a rimarcare l'esigenza di protezione del minore, attraverso soluzioni che tengano conto della particolare condizione soggettiva. Da qui, in altri termini, la scelta della struttura del collegio giudicante, della fisionomia degli altri organi che con questo cooperano, delle peculiari garanzie che assistono il reo minorenni durante tutto l'iter procedimentale, della predisposizione di un ventaglio articolato e variegato di risposte istituzionali¹⁰.

Del resto – e per tornare alla questione che qui interessa – proprio in questa ottica di specializzazione del giudice e di specialità del processo penale a carico di minori si è posto il legislatore, optando per ripartire le competenze nella fase preliminare al giudizio minorile fra due organi: il g.i.p., monocratico, che sovrintende alla fase investigativa, compiendo tutte le attività riconosciutegli dal codice di rito per adulti, nonché quelle specifiche individuate dalle disposizioni minorili; il g.u.p., collegiale, il quale ha piena cognizione nell'udienza preliminare cosicché il minore può essere comunque giudicato, anche nella fase predibattimentale, da un organo nel quale siano presenti le competenze specifiche dei giudici onorari, mantenendosi la natura composita e specializzata della magistratura minorile. Questo giudice dell'udienza preliminare, poi, altri non è che il tribunale per i minorenni in una «particolare formazione», in cui la componente laica prevale su quella

dell'imputato minorenni, in Giostra (a cura di), *Per uno statuto europeo dell'imputato minorenni*, Milano, 2005, 11.

⁸ La interdisciplinarietà dell'organo giudicante trova una analoga previsione nel Tribunale di sorveglianza, ugualmente composto da magistrati "togati" e da esperti di materie non giuridiche. La *ratio* di tale somiglianza si rinviene nella comune necessità, per entrambi gli organi giudiziari, di valutare la *personalità* dell'autore del reato in vista della progettazione costruttiva di un intervento mirato al suo recupero.

⁹ Si registra, tuttavia, in ambito europeo una tendenza inversa, verso l'abbandono della garanzia della specializzazione del giudice minorile, riconducendo questo giudice ad una articolazione interna dell'ufficio giudiziario. Cfr., Bruel, *La specializzazione del giudice dei minori in Francia*, www.minoriefamiglia.it; Larizza, *Una minore giustizia: a proposito del disegno di legge di riforma del Tribunale per i minorenni*, *Dir. pen. proc.*, 2002, 1319 ss.

¹⁰ Bouchard, *Processo penale minorile*, *Dig. pen.*, vol. X, Torino, 1995, 140; Caraceni, *Processo penale minorile*, *Enc. dir.*, IV Agg., Milano, 1022 ss.; Palomba, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Milano, 2002, 72 ss.

⁴ Per un maggiore approfondimento sul giudice minorile cfr. Moro, *Minorenni (Tribunale per i)*, *Enc. dir.*, II Agg., 542; Cutrona, sub art. 2, Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile*, Milano, 2009, 22; Zappalà, *La specializzazione nelle funzioni giudiziarie penali minorili*, Zappalà (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, cit., 43 ss.

⁵ In questi termini Iasevoli, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli, 2012, 83.

⁶ Circa le peculiarità della competenza penale della giurisdizione minorile v. Cutrona, sub art. 3, Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile*, cit., 33; Spangher, sub art. 3 disp. proc. min., Chiavario (a cura di), *Commento al codice di procedura penale. Leggi collegate*. Vol. I (Processo minorile), Torino, 1994, 11 e, volendo, C. Pansini, *Sull'autonomia del processo per i reati commessi da minorenni*, *Cass. pen.*, 2005, 2445 ss. Cfr., anche, C. cost., 19 luglio 1983, n. 222, *Giur. cost.*, 1983, 1319.

⁷ Giostra, *Prime riflessioni intorno ad uno statuto europeo*

RITO ABBREVIATO MINORILE INSTAURATO A SEGUITO DI GIUDIZIO IMMEDIATO

togata»¹¹. Trattasi, peraltro, di giudici che, pur appartenendo organicamente all'unico ufficio del giudice per le indagini preliminari, svolgono funzioni differenti e non cumulabili¹², nettamente separate anche sotto il profilo tabellare¹³.

D'altronde, è la stessa struttura dell'udienza preliminare minorile a caricare di contenuti differenziati le funzioni del giudice di quell'udienza, ancor più che nel modello processuale "ordinario". E, difatti, la specificità del procedimento penale a carico di imputati minorenni appare in piena evidenza proprio nell'udienza preliminare, vero "baricentro" del rito minorile¹⁴: alle finalità tipiche dell'omologo istituto previsto per gli adulti se ne affiancano ulteriori e più pregnanti, esclusive dell'udienza minorile. Sicuramente, anche quest'ultima assolve innanzitutto funzione di filtro, rispetto ai casi in cui il passaggio alla fase dibattimentale appare inutile e, quindi, di controllo giurisdizionale sulla fondatezza e sostenibilità dell'accusa in giudizio; ma l'ampia gamma di formule terminative previste nell'art. 32 d.P.R. n. 448/1988 rende l'udienza in questione il luogo di regola deputato alla definizione del procedimento.

Non solo. La ordinaria finalità deflattiva attribuita all'udienza preliminare dal legislatore del codice di rito penale ha ricevuto un potenziamento dal d.l. 1998 n. 51 e dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, laddove, da un lato, si sono attribuiti nuovi poteri al g.u.p.

in ordine al controllo sulla completezza delle indagini preliminari (art. 421bis c.p.p.) e, dall'altro, si è introdotta sia la possibilità di emettere sentenza di non luogo a procedere anche in situazioni di insufficienza o contraddittorietà degli elementi probatori acquisiti, sia la possibilità di comparare le circostanze del reato. Alla luce di queste interpolazioni, l'udienza preliminare minorile è andata conquistando sempre più la fisionomia di "giudizio preliminare", anche attraverso il riconoscimento di nuovi poteri d'integrazione probatoria d'ufficio del giudice (art. 422 c.p.p.), relegando, così, il dibattimento ad ipotesi definitiva eccezionale¹⁵. Del resto, il ventaglio di decisioni con cui può chiudersi siffatta udienza, qualora l'imputato minorenni presti il consenso alla conclusione anticipata della parentesi processuale a suo carico, è molto più ampio rispetto ai possibili epiloghi dell'udienza ordinaria: il giudice "minorile" può concedere il perdono giudiziale ovvero emettere sentenza di non doversi procedere per irrilevanza del fatto o per estinzione del reato conseguente ad una valutazione positiva della messa alla prova; potrà, altresì, condannare il minorenni ad una pena pecuniaria o ad una sanzione sostitutiva¹⁶.

Si tratta, quindi, di una vera e propria udienza di merito, dove l'attività di controllo giurisdizionale sul corretto esercizio dell'azione penale riveste un ruolo prodromico ed ineludibile ma subalterno rispetto all'accertamento della responsabilità e alla scelta della formula terminativa più adeguata alla personalità e alle esigenze educative del minore nei confronti del quale si procede¹⁷. La manifestazione di volontà del minore determina il mutamento dell'oggetto dell'udienza e, conseguentemente, della funzione del giudice.

Appare, allora, con tutta evidenza la razionalità della scelta legislativa di arricchire l'organo giudicante nell'udienza preliminare di più professionalità che si integrano tra di loro: la specializzazione del g.u.p. – e il suo corollario della collegialità – diventa esigenza di tenuta del sistema e di garanzia di idoneità del giudice.

IL GIUDIZIO ABBREVIATO "MINORILE"

Su questo terreno si radica la celebrazione del giu-

¹¹ Caraceni, *Processo penale minorile*, cit., 1022. Va rilevato, però, che proprio in punto di specializzazione del giudice l'evoluzione giurisprudenziale segnala un andamento ondivago. Per queste considerazioni sia consentito il rinvio al nostro, *Processo penale a carico di imputati minorenni*, in Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VII, Tomo I, *Procedimenti penali differenziati*, Garuti (a cura di), Torino, 2011, 1288 ss.

¹² Si v. C. cost., 22 ottobre 1997, n. 311, *Giur. cost.*, 1998, 380, con la quale prima della modifica legislativa che ha sancito la incompatibilità assoluta tra funzioni di g.i.p. e funzioni di g.u.p., sottolineando la natura di giudizio vero e proprio dell'udienza preliminare minorile, la Corte delle leggi aveva individuato una nuova ipotesi di incompatibilità legata alla circostanza che il g.i.p. avesse emesso una decisione pregiudicante.

¹³ Si vedano gli artt. 7bis, commi 2bis e 2ter o.g., come introdotti dal d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51. Parla di vero e proprio "sdoppiamento" sotto il profilo della composizione Spangher, *Lineamenti del processo minorile riformato*, *Giust. pen.*, 1992, III, 196.

¹⁴ Così Patanè, *Le peculiarità del modello procedimentale minorile*, Zappalà (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, cit., 98. Il fondamento di una simile scelta si rinviene nella stessa *Relazione al testo definitivo delle disposizioni sul procedimento a carico di imputati minorenni*, nella quale si legge che la preferenza del legislatore verso l'organo collegiale risponde all'esigenza di mantenere la specialità dell'organo determinata dalla presenza di componenti privati accanto ai magistrati togati in considerazione dei "vari sbocchi dell'udienza preliminare minorile, nella quale la funzione di garanzia della legalità si accompagna a complesse valutazioni sulla personalità del minorenni che richiedono l'apporto della componente laica del collegio". V. *Rel. prog. prel. disp. proc. pen. min.*, *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250, Suppl. ordinario n. 2, 210.

¹⁵ Sul punto, ampiamente, Caraceni, voce *Processo penale minorile*, cit., 1030 e Sfrappini, sub art. 31, Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile*, cit., 436 ss.

¹⁶ V. C. cost., 11 marzo 1993, n. 77, *Giur. cost.*, 1993, 702; Corte cost., 22 ottobre 1997, n. 311, cit.; Corte cost., 18 luglio 1998, n. 290, *Foro it.*, 1999, I, 420.

¹⁷ V. Bouchard, *Processo penale minorile*, cit., 149; Coppetta, *Il consenso dell'imputato minorenni alla sentenza di non luogo a procedere*, *Giur. cost.*, 2002, 1552.

dizio abbreviato il quale, in assenza di riferimento normativo specifico, si applica incondizionatamente nell'ambito del processo penale a carico di minorenni, nel quale ha le stesse caratteristiche e segue le stesse regole procedurali di quello "ordinario".

Tuttavia, rispetto a quest'ultimo, gli epiloghi della udienza camerale minorile sono più ampi, ben potendo il giudice, all'esito del giudizio abbreviato, deliberare non solo l'assoluzione del minore nel merito ovvero comminare una condanna ad una pena diminuita di un terzo, ma anche – come detto – concedere a questi il perdono giudiziale, riconoscere l'irrelevanza del fatto o sospendere il processo per metterlo alla prova¹⁸.

È l'esigenza di specializzazione del giudice in presenza di epiloghi decisori coinvolgenti la responsabilità del minore, legata anche alla peculiarità di quelle risposte istituzionali nel giudizio a carico di imputati minorenni, che ha fatto sì che, in assenza di indicazioni specifiche nel contesto delle disposizioni del d.P.R. 448/1988, si ponesse la questione di cui si sono interessate le Sezioni unite nella pronuncia che si commenta.

Reiteratamente, invero, i giudici di legittimità avevano affermato che competente alla celebrazione del giudizio abbreviato nei confronti di imputati minorenni, nel caso in cui la richiesta fosse stata presentata a seguito dell'emissione di decreto di giudizio immediato, dovesse considerarsi il g.i.p., organo monocratico, ai sensi dell'art. 458 c.p.p.¹⁹.

E, ad onor del vero, quella interpretazione è esegeticamente la più corretta e la più attenta al dato sistematico. Difatti, l'ipotesi *de qua* non è disciplinata né trova alcuna previsione derogatoria nel d.P.R. n. 448 del 1988. L'apparente vuoto normativo è colmato da quanto disposto in via generale nell'art. 1, comma 1, dello stesso decreto, secondo il quale «nel procedimento a carico di minorenni si osservano le disposizioni del presente decreto e, per quanto da esse non previsto, quelle del codice di procedura penale». Conseguentemente, troverebbe spazio applicativo anche l'art. 458 c.p.p., la cui interpretazione non dà adito a dubbi: nel processo a carico di adulti la competenza per il giudizio abbreviato, che segue al decreto di giudizio immediato, appartiene al giudice per le indagini preliminari, seppur persona fisica diversa, per ragioni di incompatibilità *ex art.* 34,

comma 2, c.p.p. da quello che ha emesso il decreto di giudizio immediato²⁰.

E tuttavia, tale soluzione, se estesa *sic et simpliciter* al processo minorile, finisce per svilire l'esigenza della specializzazione: si tratta pur sempre di un giudizio abbreviato, all'esito del quale può essere emessa non solo una sentenza di proscioglimento nel merito o di condanna a pena diminuita di un terzo, come avviene di regola nel processo "ordinario", ma possono essere adottate tutte quelle formule definitive specifiche che caratterizzano il processo minorile. Il riferimento è al non luogo a procedere per concessione del perdono giudiziale, per difetto di imputabilità o per irrilevanza del fatto ma anche, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 125 del 1995, alla sospensione del processo con messa alla prova; in altri termini, si tratta di tutti quei provvedimenti che nelle altre fasi del procedimento in genere sono emessi da un organo collegiale specializzato.

Né va tralasciato un dato importante.

In linea di principio, nel procedimento penale minorile competente ad emettere decisioni è di regola l'organo collegiale, variamente costituito quanto al numero dei soggetti, ma, comunque, sempre in grado di garantire il contributo specifico della componente onoraria. In particolare, nessun provvedimento di "risposta" al reato *stricto sensu* proviene da un organo monocratico, ancorché specializzato e «arricchito di sensibilità e attitudini anche educative». Questa impostazione di fondo sembra trovare un'eccezione nel giudice per le indagini preliminari, al quale pur spetta di decidere sull'adozione di misure cautelari, sul non luogo a procedere per difetto di imputabilità (art. 26 d.P.R. n. 448 del 1988) e per irrilevanza del fatto (art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988).

A ben guardare, però, e nonostante l'eterogeneità degli interventi, si tratta di provvedimenti che lambiscono, se non addirittura ontologicamente escludono, una valutazione personologica del minore. Difatti le prime, le misure cautelari, sono provvisorie, endoprocessuali e comunque non coincidenti con una risposta al reato se non entro i termini circoscritti della necessità contingente di arginare i *pericula in mora*. Il secondo (difetto di imputabilità) è una declaratoria vincolata alla mera 'constatazione' dell'età del minorenne e costituisce l'applicazione processuale del principio espresso nell'art. 97 c.p. –

¹⁸ Cfr., C. cost., 4 aprile 1995, n. 125, in *Foro it.*, 1995, p. 2403. In dottrina, Patanè, *Le peculiarità del modello procedimentale minorile*, cit., 109 ss.

¹⁹ Orientamento costante. Da ultimo: Cass., sez. II, 5 novembre 2013, n. 44617, cit. *V. supra*, nota 2.

²⁰ Questo giudizio abbreviato, occorre chiarirlo, si innesta su di un procedimento speciale concepito come alternativo all'udienza preliminare; presenta, pertanto, una propria autonomia concettuale rispetto al giudizio abbreviato che si svolge nella fase dell'udienza preliminare.

RITO ABBREVIATO MINORILE INSTAURATO A SEGUITO DI GIUDIZIO IMMEDIATO

in base al quale non è mai imputabile il minore che al momento della commissione del fatto non aveva compiuto quattordici anni – lasciando, così, sullo sfondo l'accertamento della responsabilità²¹.

Solo il “non luogo a procedere per irrilevanza del fatto” appare l'unica misura di risposta al reato in senso stretto. Tuttavia, il legislatore ha voluto far prevalere le finalità di destigmatizzazione e rapida fuoriuscita dal circuito penale sul rigore ‘metodologico’ interno al processo minorile che vorrebbe sempre una ricerca multidisciplinare del migliore e preminente interesse del giovane accusato, condotta in seno al GUP o al giudice del dibattimento, organi collegiali.

Che il g.i.p. possa definire il procedimento con l'irrilevanza del fatto è opzione che si giustifica con la mitezza del reato commesso e positività dell'esito giudiziale, in uno con il *favor minoris* che rende disponibile la misura fin dalle indagini preliminari, quindi ancor prima che sia stata esercitata l'azione penale. Del resto, la *ratio* dell'istituto è quella di consentire la fuoriuscita rapida e definitiva dal contesto penale per quei soggetti, minorenni all'epoca della commissione del fatto di reato e per i quali la condotta deviante appare episodica, con minime o nulle ricadute in termini di danno o allarme sociale e ai quali la prosecuzione del procedimento non si prospetta di alcuna reale utilità, ma potrebbe anzi risultare sostanzialmente dannosa sotto il profilo educativo, per il rischio di un indesiderabile “eticchettamento negativo”²².

C'è da dire che il legislatore, attento al dato sistematico e alla “copertura” costituzionale, ha espressamente previsto un particolare modulo procedurale, che vede il pubblico ministero operare un vaglio preliminare sulla materialità della condotta del minore e chiedere all'organo giurisdizionale l'emissione di un provvedimento conclusivo liberatorio, in una fase ancora procedimentale e per fatti penalmente rilevanti ma non al punto tale da giustificare l'instaurazione del processo. In buona sostanza, è lo stesso *dominus* delle indagini e dell'azione penale che seleziona preliminarmente il livello di gravità sociale della condotta, ne valuta l'irrilevanza, nell'ottica di tutelare l'interesse del minore allo sviluppo della sua personalità, evitandogli quanto più possibile il processo²³.

²¹ Peroni, sub art. 26, Chiavario (a cura di), *Commentario al proc. min.*, cit., 272 ss.

²² Colamussi, *La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: punti controversi della disciplina e prospettive di riforma*, Cass. pen. 1996, 1669. V. C. cost., ord. 18 aprile 1997, n. 103, in www.giurcost.org.

²³ Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema proces-*

“SPECIALITÀ” DELLE DISPOSIZIONI PROCESSUALI MINORILI E SUSSIDIARIETÀ DI QUELLE ORDINARIE

Se questo è il tessuto normativo, non rientrerebbe *expressis verbis* tra le funzioni del g.i.p. la celebrazione del giudizio abbreviato nel caso di richiesta presentata dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio immediato: del resto nulla prevede il d.P.R. n. 448 del 1988 né, tantomeno, nulla è indicato nell'art. 50bis ord. giud., pur rubricato “giudice per le indagini preliminari” e relativo al processo minorile.

Siffatta lacuna, però, potrebbe essere colmata facendo ricorso all'art. 1, comma 1, prima parte dello stesso d.P.R. n. 448 del 1988, in base al quale «nel procedimento a carico di minorenni si osservano le disposizioni del presente decreto e, per quanto da esse non previsto, quelle del codice di procedura penale». Tale richiamo alle norme codicistiche di genere rende, allora, a stretto rigore interpretativo, applicabile l'art. 458 c.p.p., non derogato dalle disposizioni minorili: questo articolo, al comma 2, individua nel giudice per le indagini preliminari l'organo funzionalmente competente a celebrare il giudizio abbreviato chiesto dall'imputato a fronte di una richiesta di immediato avanzata dalla pubblica accusa. Secondo alcuni, difatti, le norme codicistiche “sussidiarie” sarebbero direttamente applicabili nel contesto processuale minorile, senza necessità di ulteriori verifiche, essendo assistite da una sorta di “presunzione di compatibilità”²⁴.

Senonché, il d.P.R. n. 448 del 1988 è “legge speciale” rispetto al codice di rito penale. Il processo penale disegnato da quel decreto si atteggia come procedimento “differenziato”, «con regole e valenze sue proprie»²⁵ non essendoci – né potendo esserci – piena corrispondenza tra modello minorile e modello processuale ordinario. La sussidiarietà di quest'ultimo trova, peraltro, un limite nella seconda parte dello stesso art. 1, comma 1, secondo cui le disposizioni del codice di procedura penale «sono applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenne». Si intende dire che se il d.P.R. n. 448 del 1988 costituisce fonte primaria, in assenza di specifica previsione le suppletive norme codicistiche ordinarie, pur tendenzialmente

suale penale, Torino, 2005, 321 ss.; Iasevoli, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., 189.

²⁴ Giostra, sub art. 1, Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile*, loc. cit., e, in giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 16 settembre 2008, cit. V., anche, specificamente, Anselmi, *Giudizio abbreviato dopo decreto di giudizio immediato e imputato minorenne*, *Giur. it.*, 2008, 2463.

²⁵ *Rel. prog. prel. disp. proc. pen. min.*, cit., 210.

applicabili, necessitano di un intervento calibrato in base alla specifica situazione minorile: l'esigenza di adeguamento «alla personalità e alle esigenze educative del minore» permea l'intero svolgimento del processo, occorrendo verificare di volta in volta l'operatività in concreto delle regole processuali di genere che, talvolta, diventano cedevoli alla semplificazione e alla specialità del rito.

Ciò nondimeno, siffatta operazione ermeneutica non viene a caricare (in positivo e in maniera esclusiva) il processo penale di finalità educative e di recupero del minore deviante, ma piuttosto impone (in negativo) di evitare, nell'esercizio della giurisdizione penale, ogni pregiudizio al corretto sviluppo psico-fisico del minore, di adottare le opportune cautele per salvaguardare le correlate esigenze educative, favorendo una risposta individualizzata, in quanto adeguata al caso concreto, tenuto conto del fatto compiuto e della persona a cui si rivolge²⁶.

Dunque, e per riassumere, l'assenza di una disposizione *ad hoc* per i minori non comporta l'automatico e sterile ricorso alla norma ordinaria, occorrendo viceversa accertare l'eventuale incompatibilità della disciplina di genere con i principi e le norme ricavabili dal sistema processuale minorile²⁷. E tale incompatibilità, qualora ricorra, a nostro avviso è costituzionalmente censurabile²⁸ e non risolvibile attraverso complesse ricostruzioni esegetiche, come quelle operate dalla Suprema corte nella sentenza che si commenta. Nella parte motiva, difatti, le Sezioni Unite, sempre in virtù del principio di sussidiarietà contenuto nell'art. 1, comma 1, prima parte, d.P.R. n. 448 del 1988, hanno ritenuto applicabile l'art. 441, co. 1, c.p.p., in base al quale al giudizio abbreviato si estendono le disposizioni previste per l'udienza preliminare, dovendo, così, concludersi che «è alle norme della udienza preliminare minorile, in cui il giudice ha composizione integrata, che il rinvio deve intendersi essere fatto». Questa affermazione lascia, però, in ombra le ragioni per le quali, nel silenzio normativo, il principio c.d. di "adeguatezza applicativa" farebbe dell'art. 441, co. 1 e non dell'art. 458, co. 2, c.p.p. la norma applicabile. Siffatto principio non può essere inteso nel senso di consentire di scegliere in maniera arbitraria, tra le varie norme codicistiche, quella che meno pregiudica

ca la posizione del minore, quanto, piuttosto, quella di verificare la compatibilità in concreto con le caratteristiche e le esigenze educative del minore della disposizione in astratto applicabile.

Vero è che l'opposta conclusione – e, quindi, il riconoscimento della competenza funzionale del g.i.p. minorile – determina un'irragionevole disparità di trattamento tra soggetti minori a seconda della scelta dell'organo requirente circa le modalità di esercizio dell'azione penale. Difatti, indirizzarsi su di una richiesta di giudizio immediato, ovviamente alla luce di un'evidenza probatoria qualificata e in assenza di gravi pregiudizi per le esigenze educative del minore, ovvero chiedere l'emissione di un decreto che dispone il giudizio comporta il mutamento della individuazione – e con essa della composizione da collegiale a monocratica – dell'organo chiamato a celebrare l'eventuale giudizio abbreviato; un giudizio che pur si svolge sempre con le stesse regole procedurali e sfocia negli stessi esiti.

Ecco che, allora, è il peculiare "contenuto decisivo" degli epiloghi del giudizio abbreviato – le cui caratteristiche, come sottolineato, restano immutate indipendentemente dalle differenti modalità attraverso le quali ad esso si accede – «che impone la composizione collegiale dell'organo giudicante, non la sede formale in cui questi si innestano», come conclude il Supremo consesso in maniera puntuale. Epperò, lo si ripete, alla via esegetica imboccata dalla Corte, che forza il dato normativo con una operazione di estrema interpretazione estensiva, sarebbe stata a nostro avviso preferibile la censura di illegittimità costituzionale. Del resto, il legislatore codicistico ha individuato specificamente le ipotesi di competenza funzionale – «pur non definendola con criteri generali di competenza» – proprio allo scopo di descrivere le situazioni da attribuire o delegare a determinati organi e di costituire un limite all'esercizio della funzione da parte di un altro organo²⁹.

L'INCOMPETENZA FUNZIONALE

Un ultimo punto merita qualche riflessione conclusiva, affrontato, invece, in via preliminare dalle Sezioni Unite: posto che va condiviso l'assunto in base al quale nel rito minorile competente a deliberare in caso di richiesta di giudizio abbreviato deve essere sempre e comunque il giudice dell'udienza preliminare, organo collegiale, ci si interroga sulla natura da riconoscere in via generale al vizio dovuto

²⁶ In questi termini *sub art.* 1 d.P.R. n. 448/1988

²⁷ Presutti, *I principi del processo a carico di imputati minorenni*, Palermo-Fabris-Presutti (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. V, 2011, 306 ss.

²⁸ Non va dimenticato che l'art. 3 Cost. impone un'equiparazione trattamentale di posizioni uguali ma, specularmente, richiede trattamenti differenti in situazioni non equiparabili.

²⁹ Riccio, *op. cit.*, 5.

RITO ABBREVIATO MINORILE INSTAURATO A SEGUITO DI GIUDIZIO IMMEDIATO

all'inosservanza delle regole sulla composizione del giudice che ha emesso la sentenza di primo grado e, di conseguenza, quali gli effetti di tale vizio.

La chiarificazione si palesa necessaria in quanto il Supremo consesso ha ritenuto in maniera esatta che nel caso *de quo* risultino violate le regole sulla competenza "funzionale", discostandosi, però, dalle posizioni della Corte d'appello rimettente che, nel rilevare d'ufficio la nullità della sentenza *ex art.* 604 c.p.p. sempre per incompetenza funzionale, aveva ricondotto il vizio «comunque» all'inosservanza delle «condizioni di capacità del giudice e del numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario», ovvero alla nullità assoluta di cui agli artt. 178, lett. a) e 179 c.p.p.

La Corte d'appello, insomma, ha confuso nozioni e categorie giuridiche: su piani differenti si pone la questione dei requisiti di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi, i cui contorni sono delineati dall'art. 33 c.p.p. e dalle leggi di ordinamento giudiziario. Tralasciando la nozione di "capacità" – che, attenendo al possesso di tutti i requisiti necessari per assumere la qualità di giudice o alle condizioni richieste per il valido esercizio del potere giurisdizionale, con riguardo precipuo alle qualità intrinseche del soggetto³⁰, esula dall'ipotesi *de qua* – la fattispecie della ripartizione di competenze tra g.i.p., monocratico, e g.u.p. minorile collegiale, potrebbe apparire *prima facie* rientrante nell'ipotesi di cui all'ultima parte del co. 1 dell'art. 33 c.p.p., ovvero del «numero dei giudici necessario per costituire i collegi»; in questa ipotesi, la violazione determinerebbe una nullità assoluta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 178, co. 1, lett. a) e 179, co. 1, c.p.p.³¹.

Però, a ben guardare, il mancato rispetto del numero dei componenti i collegi giudicanti riguarda

particolari ipotesi di assenza fisica di un membro del collegio, ovvero la mancata integrazione del numero di giudici necessario a comporre il collegio stesso dovuta a difetto o illegittimità di nomina o a carenza dei requisiti necessari per partecipare al collegio; o, ancora, all'ipotesi di inosservanza del procedimento per la nomina dei giudici popolari, di applicazione o supplenza di un magistrato, in assenza dei presupposti richiesti dall'ordinamento giudiziario, ovvero, ancora, all'ipotesi di formazione di un collegio con più applicati o supplenti o più uditori giudiziari³².

Palesi, allora, appaiono i diversi termini in cui si pone la questione oggetto di commento, che involve la formazione del g.u.p. nel processo penale a carico di minorenni, la sua particolare composizione collegiale – diverso sia rispetto al giudice per le indagini preliminari, pur organo appartenente al suo stesso ufficio, sia rispetto all'omologo organo del processo a carico di imputati adulti – e lo svolgimento di funzioni che, nel processo di genere, appartengono al giudice monocratico. Perché, se è vero che nella disciplina "ordinaria" il giudizio abbreviato chiesto dopo l'emissione del decreto di giudizio immediato è opera del giudice per le indagini preliminari e non del giudice dell'udienza preliminare (art. 458, co. 2, c.p.p.), la peculiarità degli epiloghi decisori del giudizio abbreviato nel processo minorile autorizza a ritenere che la competenza debba essere riconosciuta all'organo giurisdizionale collegiale.

E, difatti, le Sezioni unite hanno affermato che nel caso *de quo* siano state violate le «regole sulla competenza "funzionale"»; nozione, quest'ultima, come è noto, elaborata dalla dottrina³³ e poi cristallizzata nella giurisprudenza, alla quale si è tradizionalmente affiancata la sanzione della nullità assoluta di cui all'art. 178, lett. a) c.p.p., sulla base di un rapporto identificativo con le ipotesi di trasgressione delle regole sulla competenza per materia. Si è assistito ad un uso ipertrofico ed apodittico della nullità assoluta anche per contesti diversi dal paradigma delineato dal combinato disposto degli artt. 33 e 178 lett. a) c.p.p., senza alcuna volontà dimostrativa³⁴.

³⁰ Cfr., Baccari, *La cognizione e la competenza del giudice*, Padova, 2010, *passim*; Conso, *Capacità processuale*, Enc. dir., Vol. VI, Milano, 1960, 137 ss.; Dalia, *Competenza penale*, Enc. giur. Treccani, VII Agg., 1999, 2; Faranda, *La capacità del giudice*, Milano, 1958, *passim*; Patanè, *Nuovi orientamenti sulla capacità del giudice*, Giust. pen., 1997, 452 ss.; Riviezzo, *Competenza penale*, Dig. pen., I Agg., Torino, 2000, 61. Invero, deve escludersi dall'ambito operativo dell'art. 33 c.p.p. la nozione di "capacità di acquisto" del potere giurisdizionale, in quanto, in mancanza di essa, ci si trova di fronte ad un *non iudex*, ovvero a un soggetto non investito di siffatto potere; situazione, questa, che produce la sanzione dell'inesistenza giuridica degli atti eventualmente posti in essere. V., per tutti, Dominioni, sub art. 33 c.p.p., Amodio-Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, 217.

³¹ In dottrina, per una rassegna delle posizioni volte a estendere l'ambito di applicabilità delle nullità per incapacità cfr. Panzavolta, voce *Nullità degli atti processuali*, Enc. giur. Treccani, vol. XXIII, 2005, 7 ss.

³² In quest'ultima ipotesi, la dottrina ha ritenuto che la carenza di titolo del giudice impedisce l'integrazione del numero dei giudici necessario, causando nullità assoluta se non per difetto di condizioni di capacità, quanto meno per difetto di numero nella composizione del collegio. Cfr. Taormina, *Diritto processuale penale*, vol. II, 429-430. In giurisprudenza cfr., tra le tante, Cass., sez. I, 13 dicembre 2002, n. 8737/03, CED Cass. 223693; Id., 25 giugno 1990, CED Cass. 184707.

³³ Per una puntuale e completa ricostruzione del concetto dogmatico di "competenza funzionale", v. Riccio, *Competenza funzionale (dir. proc. pen.)*, Enc. giur. Treccani, XI Agg., Roma, 2002.

³⁴ Del resto, la stessa sentenza che si commenta afferma apo-

Viceversa, se nella sua accezione positiva assume il significato di criterio di attribuzione dei compiti d'ufficio ad un determinato organo e/o giudice, in quella negativa la [in]competenza funzionale si risolve in un *limite* allo svolgimento ulteriore dello *ius dicere*, dovuto al precedente compimento di attività nella stessa fase e/o in altro grado ovvero alla mancanza di attribuzione normativa di funzioni e/o poteri ad un giudice competente già individuato secondo i criteri di ripartizione per materia e territorio.

La competenza funzionale presenta, quindi, un ambito di autonomia applicativa e concettuale rispetto alle altre forme di competenza: difatti, attraverso la materia, il territorio e la connessione si assegnano più processi ad una pluralità di giudici, «chiamati a svolgere la medesima funzione», laddove, invece, «la competenza funzionale determina la ripartizione di compiti distinti, con riferimento ad un determinato processo penale»³⁵. Solo le prime tre assolvono al bisogno di attuare il principio della precostituzione del giudice, sancito nell'art. 25, co. 1, Cost. e costituiscono i presupposti per attribuire l'ultima forma di competenza.

Ma la competenza funzionale presenta autonomia concettuale anche rispetto ai diversi istituti della «capacità» del giudice e «incompatibilità»³⁶. E se si ritiene puntualmente che essa consente di ripartire funzioni specifiche tra giudici di gradi diversi (giudici di primo grado, di secondo grado e di legittimità) e, secondo lo stato, tra giudice della fase delle indagini preliminari, giudice dell'udienza preliminare, del giudizio e della fase dell'esecuzione, la competenza funzionale ricomprende «ogni altra ripartizione della potestà decisoria, anche nell'ambito dello stesso grado del procedimento penale»³⁷. In questo contesto «il potere è qualificato dall'oggetto della singola vicenda processuale; *potere* e *oggetto* che, poi, incidono sul concetto dogmatico e sui limiti del valore «competenza funzionale»³⁸. Ed è una siffatta relazione tra potere e oggetto che amplia gli argini della categoria *de qua* al di là del recinto della distinzione per fasi, essendo numerosi i segmenti normativi che attribuiscono particolari poteri

a singoli giudici e/o limitano il potere in via generale attribuito ad altro organo o soggetto; situazioni, peraltro, tutte tassativamente e specificamente previste dal legislatore³⁹.

Ecco, allora, che da un lato, l'inosservanza della ripartizione legislativa dei compiti attribuiti finisce con l'incidere sull'effettivo rispetto della progressione processuale e, di conseguenza, integra una forma di distorsione della funzione dello *ius dicere*. In questi termini, si palesano contesti più propriamente riconducibili alla categoria dell'abnormità del provvedimento⁴⁰, «vizio» eccezionale in ogni stato e grado del processo⁴¹. Sicché, il «vizio della funzione» origina un effetto distorsivo del sistema processuale che produce la stasi o la regressione del processo, con conseguente compromissione dello scopo specifico dell'atto emesso dal giudice funzionalmente incompetente. Quest'ultimo, insomma, è un giudice sfornito della capacità di esercizio specifica, ovvero privo dell'insieme delle condizioni previste dalla legge per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali in quel determinato processo⁴².

Dall'altro lato, la mancanza di una previsione normativa *ad hoc*, attribuita al g.u.p. minorile della competenza funzionale a celebrare anche il giudizio abbreviato disposto a seguito di una richiesta di giudizio immediato avrebbe imposto di sollecitare un intervento – quantomeno chiarificatore – della Corte costituzionale, sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost.

³⁹ Per queste riflessioni v., ancora, Riccio, *Competenza funzionale (dir. proc. pen.)*, cit., 3 ss.

⁴⁰ Contra Iasevoli, *La competenza a decidere il giudizio abbreviato, instaurato a seguito di giudizio immediato, e il debutto in Cassazione del diritto all'educazione del minore*, *Dir. e giustizia min.*, 2014, 1, 38 che lega la violazione delle regole sulla competenza funzionale all'incompatibilità (art. 34 c.p.p.) e alle situazioni di astensione del giudice (art. 36 c.p.p.), «rientrando nell'area di applicabilità del rimedio di ricasazione (artt. 37 e s. c.p.p.)».

⁴¹ Quanto al concetto di abnormità si v. Santalucia, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003, *passim*; Iacoviello, *Giudizio di cassazione, Trattato di procedura penale*, Torino, vol. V., *Impugnazioni*, Spangher (a cura di), 2009, 643 ss.; Iasevoli, voce *Abnormità (dir. proc. pen.)*, *Enc. giur. Treccani*, I Agg., Roma, 2005; Zignani, *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, *Riv. dir. proc.* 2004, 245.

⁴² Riccio, *Competenza funzionale (dir. proc. pen.)*, cit., 8, puntualmente fa notare come la tradizionale distinzione tra «capacità di acquisto» e «capacità di esercizio» della funzione giurisdizionale comporta che la mancanza dei requisiti inerenti alla prima determini l'inesistenza giuridica degli atti compiuti dal *non iudex*, mentre nell'ambito della capacità di esercizio si deve ulteriormente fare una distinzione tra capacità «generica» – che è il complesso dei requisiti occorrenti per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali e rientra nella disciplina di cui all'art. 33, co. 1, c.p.p. – e capacità «specificata»; soltanto la mancanza di capacità della capacità generica di esercizio delle funzioni giurisdizionali costituisce causa di nullità assoluta ai sensi dell'art. 178, lett. a), c.p.p.

ditticamente che «la violazione delle regole sulla competenza funzionale sia produttiva di nullità assoluta, rilevabile d'ufficio, deve considerarsi ormai [.] *ius receptum*».

³⁵ Della Monica, *Competenza*, Dalia-Della Monica, *Competenza penale (dir. proc. pen.)*, cit., 2.

³⁶ Baccari, *La cognizione e la competenza del giudice*, Padova, 1932.

³⁷ Laronga, *La disciplina della competenza nel processo penale*, Torino, 2008, 119.

³⁸ Così Riccio, *Competenza funzionale (dir. proc. pen.)*, cit., 3.

Accertamento del tasso alcolemico ed assistenza difensiva

Corte di Cassazione, Sezione IV, sentenza 25 marzo 2014, n. 13999 – Pres. Romis; Rel. Serrao

L'accertamento del tasso alcolemico costituisce atto di polizia giudiziaria urgente ed indifferibile, da ricondursi alla tipologia richiamata dall'art. 354 c.p.p., comma 3; di conseguenza, in ragione del disposto dell'art. 114 disp. att. c.p.p., la polizia giudiziaria, nel compimento dell'atto, avverte la persona sottoposta alle indagini che ha facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia, senza che sia necessario procedere alla nomina di un difensore d'ufficio, qualora quello di fiducia non sia stato nominato o, nominato, non sia comparso, per procedere all'accertamento. La violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p. dà luogo ad una nullità di ordine generale ma non assoluta, eccezionale ex art. 182 c.p.p., comma 2, prima del compimento dell'atto ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo, senza attendere il compimento del primo atto successivo. La nullità in parola può essere anche rilevata d'ufficio, secondo quanto previsto dall'art. 182 c.p.p., ma ciò non è possibile quando la parte sia decaduta dalla possibilità di proporre la relativa eccezione e comunque quando la nullità si sia sanata.

Con specifico riferimento all'esecuzione di alcoltest, a differenza di quanto opinabile in caso di atti del procedimento quali perquisizione o sequestri, non è necessario che il termine entro il quale la nullità intermedia eventualmente verificatasi debba essere eccepita sia tale da garantire il previo instaurarsi del rapporto difensivo, trattandosi di eccezione che può essere avanzata direttamente dall'interessato in quanto non ricorrono facoltà processuali che comportino la cognizione di elementi tecnici rientranti nelle specifiche competenze professionali del difensore.

Nel caso di specie, essendo stata l'invalidità dedotta con l'atto di opposizione al decreto penale di condanna, ai sensi dell'art. 461 c.p.p., questa deve considerarsi tardiva, ben potendo il difensore produrre memorie in ogni stato e grado del procedimento, ai sensi dell'art. 121 del codice di rito, ovvero prendere visione degli atti nei cinque giorni successivi alla notifica dell'avviso di deposito ex art. 366 c.p.p.

[Omissis]

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. In data 8/05/2013 la Corte di Appello di Trieste ha parzialmente confermato la sentenza pronunciata il 29/04/2011 dal Tribunale di Udine, che aveva condannato P.C. per violazione del d. lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 186, comma 2, lett. c), e comma 2-bis, per avere guidato in stato di ebbrezza dovuto all'assunzione di bevande alcoliche con tasso alcolemico accertato pari a 1,61 g/l – 1,63 g/l, con l'aggravante di avere provocato un incidente, riformando la sentenza di primo grado con esclusivo riferimento alla concessione del beneficio della non menzione.

2. La Corte di Appello, dopo aver espressamente rinviato a quanto stabilito dal giudice di primo grado, ha ritenuto infondato il primo motivo d'impugnazione, rilevando come dal verbale di accertamenti urgenti ai sensi dell'art. 354 c.p.p., comma 3, risultasse adempiuto l'obbligo di avviso all'imputato della facoltà di nominare un difensore di fiducia; ha considerato infondato il secondo motivo di

appello concernente l'inattendibilità dell'accertamento eseguito oltre 30 minuti dopo l'incidente, richiamando le dichiarazioni rese dall'altro conducente coinvolto nel sinistro, che aveva affermato che l'imputato, dal momento dell'incidente sino all'arrivo della pattuglia della stradale, non aveva ingerito alcuna sostanza alcolica, ed elencando gli altri elementi indiziari, segnatamente la condotta di guida incongrua, incontrollata, irragionevolmente spericolata dell'imputato, nonché la gravità dei due impatti del veicolo contro un edificio, prima, e contro un'altra autovettura, dopo, dai quali riteneva desumibile la considerevole alterazione dello stato psicofisico dell'imputato, sottolineando come, in ogni caso il breve intervallo di tempo tra il verificarsi del sinistro e l'avvenuto rilevamento del tasso alcolico rendesse attendibile lo stesso accertamento strumentale; ha ritenuto infondato il terzo motivo di appello concernente il mancato riconoscimento delle attenuanti generiche, indicando la gravità della condotta del prevenuto, desumibile dalle modalità del sinistro.

3. Ricorre per cassazione, a mezzo di difensore, P.C. censurando la sentenza impugnata per i seguenti motivi:

a) inosservanza ed erronea applicazione degli artt. 354 e 356 c.p.p. e art. 114 disp. att. c.p.p. in relazione all'art. 606 c.p.p., lett. c). Il ricorrente sostiene che la Corte avrebbe erroneamente ritenuto utilizzabile il verbale di accertamento urgente eseguito con alcoltest negando rilevanza alla circostanza che nel verbale non risultasse barrata alcuna delle due caselle inerenti alla risposta del P. a tale avvertimento, mentre il verbale consiste in un modulo prestampato che non offre alcuna garanzia dell'effettiva lettura del suo testo completo laddove non venga integrato con le necessarie risposte fornite nella contestualità dall'imputato. Non essendovi l'indicazione della risposta, si assume, non vi sarebbe la prova che la domanda sia stata formulata, essendo necessario che il verbale contenga tanto la menzione dell'avvenuto avviso quanto le dichiarazioni del soggetto indagato;

b) mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione rilevante ai sensi dell'art. 606 c.p.p., lett. c) – inosservanza o erronea applicazione dell'art. 186 C.d.S., comma 2, lett. c). Il ricorrente censura la sentenza impugnata per aver ritenuto sussistente l'ipotesi più grave disciplinata dal comma 2 lett. c) a fronte di un accertamento eseguito a mezzo di alcoltest sicuramente inutilizzabile e, per certo, inattendibile.

L'accertamento eseguito dalla polizia stradale di..., si assume, era inattendibile in quanto non forniva la prova che la misura rilevata fosse effettivamente corrispondente a quella esistente al momento in cui l'imputato si trovava alla guida, ossia mezz'ora prima. La circostanza che i due dati rilevati fossero risultati in progressione imponeva di accertare se, nel momento in cui si trovava alla guida dell'autovettura, l'imputato versasse in fase di assorbimento dell'alcol ma non avesse ancora superato la soglia di 1,50 g/l, mentre la Corte territoriale, con affermazione arbitraria, indimostrabile e indimostrata, ha ritenuto che la condotta di guida posta in essere dall'imputato fosse autonomamente idonea a far ritenere con ampio margine di certezza che il livello di alterazione alcolica del prevenuto fosse al momento del fatto già superiore ai parametri indicati dall'art. 186, comma 2, lett. c), sulla base di una considerazione priva di rigore scientifico in quanto la reazione fisica all'assorbimento dell'alcol non è catalogabile sulla base di indici comportamentali, peraltro descritti dagli agenti accertatori con la sola annotazione "alito fortemente vinoso". Il giudice avrebbe quindi dovuto ravvisare l'ipotesi più lieve, non essendo possibile affermare al di là di ogni ragionevole dubbio che la condotta dell'agente rientrasse nell'ambito di una delle altre due ipotesi.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo di ricorso è manifestamente infondato. Nel caso in cui l'accertamento del tasso alcolemico muova dalla ritenuta emersione di una notizia di reato, esso si concreta in un atto di polizia giudiziaria urgente ed indifferibile, da ricondursi alla tipologia richiamata dall'art. 354 c.p.p., comma 3; di conseguenza, in ragione del disposto dell'art. 114 disp. att. c.p.p., la polizia giudiziaria, nel compimento dell'atto, avverte la persona sotto-

posta alle indagini che ha facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia, senza che sia necessario procedere alla nomina di un difensore d'ufficio, qualora quello di fiducia non sia stato nominato o, nominato, non sia comparso, per procedere all'accertamento. La giurisprudenza di legittimità, con orientamento consolidato, ha affermato che la violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p. dà luogo ad una nullità di ordine generale ma non assoluta e richiama l'art. 182 c.p.p., comma 2, per affermare che tale nullità deve essere eccepita prima del compimento dell'atto ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo, senza attendere il compimento del primo atto successivo. La nullità in parola può essere anche rilevata d'ufficio, secondo quanto previsto dall'art. 182 c.p.p., ma ciò non è possibile quando la parte sia decaduta dalla possibilità di proporre la relativa eccezione e comunque quando la nullità si sia sanata.

1.1. Come ripetutamente affermato da questa Corte, la nullità di un atto al quale la parte assiste deve essere eccepita, a norma dell'art. 182 c.p.p., comma 2, al più tardi immediatamente dopo il compimento dell'atto, indipendentemente dal fatto che vi sia o meno un successivo atto del procedimento al quale intervengano la stessa parte o il difensore, potendo formularsi l'eccezione anche al di fuori dell'espletamento di specifici atti mediante lo strumento delle memorie o richieste che, ai sensi dell'art. 121 c.p.p., possono essere inoltrate in ogni stato e grado del procedimento (Sez. 4, n. 44840 del 11/10/2012, P.G. in proc. Tedeschi, Rv. 254959; Sez. 1, n. 24733 del 21/05/2004, Defina, Rv. 228509). In alcune pronunce, la norma è stata interpretata nel senso che la nullità deve essere eccepita dal difensore subito dopo la sua nomina, ovvero entro il termine di cinque giorni che l'art. 366 c.p.p. gli concede per l'esame degli atti (Sez. 3, n. 14873 del 28/03/2012, Rispo, Rv. 252397; Sez. 2, n. 13392 del 23/03/2011, Mbaye, Rv. 250046; Sez. 4, n. 15739 del 14/03/2008, Alberti, Rv. 239737); in altre si è, comunque, affermato che deve considerarsi tardiva l'eccezione dedotta a distanza di parecchi giorni e in occasione di un primo atto successivo del procedimento (Sez. 4, n. 45622 del 4/11/2009, Marci, Rv. 245797; Sez. 4, n. 45621 del 4/11/2009, Moretti, Rv. 245462).

1.2. Più recentemente, in una pronuncia di questa Sezione si è chiarito come non sia necessario, con specifico riferimento all'esecuzione di alcoltest, a differenza di quanto opinabile in caso di atti del procedimento quali perquisizione o sequestri, che il termine entro il quale la nullità intermedia eventualmente verificatasi debba essere eccepita sia tale da garantire il previo instaurarsi del rapporto difensivo, trattandosi di eccezione che può essere avanzata direttamente dall'interessato in quanto non ricorrono facoltà processuali che comportino la cognizione di elementi tecnici rientranti nelle specifiche competenze professionali del difensore (Sez. 4, n. 36009 del 4/06/2013, P.G. e altro, Rv. 255989).

1.3. Il ricorrente ha dedotto di avere eccepito la predetta nullità in sede di opposizione al decreto penale di condanna, quale prima occasione processuale utile ma, in ossequio ai principi sopra enunciati, trattandosi di accertamento eseguito il 18/07/2009, il lasso di tempo trascorso tra tale data e la data dell'opposizione, durante il quale

ACCERTAMENTO DEL TASSO ALCOLEMICO ED ASSISTENZA DIFENSIVA

il difensore o la stessa parte avrebbero potuto formulare l'eccezione di nullità mediante memorie o richieste ai sensi dell'art. 121 c.p.p., avrebbe imposto il rilievo della sanatoria di un'eventuale nullità.

2. Nel caso in esame, peraltro, la Corte territoriale ha esaminato nel merito tale eccezione e ne ha ritenuta l'infondatezza sulla base del fatto che il verbale di accertamento urgente redatto ai sensi dell'art. 354 c.p.p., comma 3, dalla polizia stradale di Tolmezzo contenesse l'indicazione circa l'avvenuto avviso al conducente della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia. La censura mossa dal ricorrente, che vorrebbe desumere la non corrispondenza al vero di quanto attestato dal pubblico ufficiale redigente dal fatto che il verbale è costituito da un modulo prestampato sul quale non sono state barrate le caselle relative alla risposta data dal conducente, involge una questione di fatto e propone una lettura delle emergenze processuali alternativa a quella contenuta nel provvedimento impugnato, insindacabile in sede di legittimità, laddove logicamente motivata come nel caso in esame, avendo il giudice di merito ritenuto irrilevante la circostanza che – per mera omissione materiale o per effettiva mancata risposta da parte del prevenuto, annesso dall'alcol – non risultasse barrata alcuna delle due caselle relative alla scelta, atteso che tale circostanza non era idonea a legittimare la convinzione che tale avviso non fosse stato formulato.

2.1. Risulta, in ogni caso, dirimente il rilievo per cui il verbale di accertamenti urgenti deve essere consacrato, secondo quanto prevede l'art. 357 c.p.p., comma 2, lett. e), in un verbale da redigere, come si evince dal richiamo contenuto nell'art. 357 c.p.p., comma 3, secondo le modalità previste per la redazione dei verbali di udienza che, argomentando dall'art. 142 c.p.p., sono atti redatti da pubblico ufficiale la cui nullità è tassativamente prevista nel solo caso in cui vi sia incertezza assoluta sulle persone intervenute o manchi la sottoscrizione del redigente. La possibilità per il giudice di utilizzare, nel rito abbreviato, a norma dell'art. 442 c.p.p., comma 1-bis, gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero incide, peraltro, in senso preclusivo esclusivamente con riguardo ai vizi che determinino inutilizzabilità patologica (Sez. 2, n. 19483 del 16/04/2013, Avallone, Rv. 256038; Sez. 3, n. 23432 del 05/05/2010, D.P., Rv. 247638; Sez. 1, n. 19152 del 19/03/2009, P.G. in proc. Patitucci, Rv. 243574; Sez. 1, n. 1563 del 05/12/2006, dep. 19/01/2007, P.G. in proc. Montalto, Rv. 236228; Sez. 6, n. 4125 del 17/10/2006, dep. 01/02/2007, Cimino, Rv. 235600).

2.2. Ma la richiesta di rito abbreviato non incide esclusivamente sull'utilizzabilità degli atti, tanto più nel caso in cui si tratti dei verbali degli accertamenti e dei rilievi eseguiti dagli ufficiali di polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 354 c.p.p., comma 2, che, in quanto atti irripetibili, potrebbero essere acquisiti anche al fascicolo per il dibattimento a norma dell'art. 431 c.p.p., comma 1, lett. b) (Sez. 2, n. 17423 del 23/01/2009, Trokthi, Rv. 244344), consentendo anche di apprezzarne la piena valenza probatoria in ragione del consenso prestato dall'imputato all'utilizzazione di atti assunti non in contraddittorio tra le parti. La non corrispondenza al vero di quanto attestato nel verbale redatto dalla

polizia stradale, a prescindere dall'ulteriore questione dei poteri certificativi dell'autorità redigente, avrebbe, in ogni caso, dovuto essere sostenuta dalla deduzione di chiari elementi istruttori di segno contrario, che nel caso di specie non risultano essere stati sottoposti all'esame del giudice di merito.

3. Il secondo motivo di ricorso è infondato.

3.1. Deve, in proposito, essere ribadito il principio già affermato nella giurisprudenza di questa Corte per cui, ai fini della configurazione del reato di guida in stato di ebbrezza, tale stato può essere accertato, per tutte le ipotesi attualmente previste dall'art. 186 C.d.S., con qualsiasi mezzo, e quindi anche su base sintomatica, indipendentemente dall'accertamento strumentale, dovendosi comunque ravvisare l'ipotesi più lieve, priva di rilievo penale, quando, pur risultando accertato il superamento della soglia minima, non sia possibile affermare, oltre ogni ragionevole dubbio, che la condotta dell'agente rientri nell'ambito di una delle altre ipotesi che conservano rilievo penale (Sez. 4, n. 28787 del 9/06/2011, P.G. in proc. Rata, Rv. 250714; Sez. 4, n. 45122 del 6/11/2008, Corzani, Rv. 241764).

3.2. Tale principio può essere ulteriormente sviluppato, nel senso che il decorso di un intervallo temporale di alcune ore tra la condotta di guida incriminata e l'esecuzione del test alcolemico rende necessario, ai fini della sussunzione del fatto in una delle due ipotesi di rilievo penale, verificare la presenza di altri elementi indiziari.

3.3. Come recentemente chiarito da questa Sezione a proposito della validità del rilevamento alcolemico in un caso analogo, il decorso di un intervallo temporale tra la condotta di guida e l'esecuzione del test è inevitabile, potendosi ritenere logico sostenere che un lasso di tempo di circa mezz'ora non condizioni la validità del rilevamento mediante alcoltest (Sez. 4, n. 21991 del 28/11/2012, dep. 22/05/2013, Ghio, Rv. 256191).

3.4. A sostegno del dedotto vizio motivazionale, il ricorrente ha poi argomentato l'inattendibilità del test alcolemico dal fatto che, essendo stati rilevati due dati in progressione (1,61 g/l alle 17:50 e 1,63 g/l alle 17:56), ciò costituiva indizio che l'imputato si trovasse nella fase di assorbimento, con conseguente impossibilità di stabilire con grado di certezza che, al momento della guida, mezz'ora prima, il suo tasso alcolemico fosse superiore 1,50 g/l.

Assume, inoltre, l'erronea sussunzione della fattispecie concreta nell'ipotesi di reato di cui all'art. 186 C.d.S., comma 2, lett. c) in quanto gli agenti accertatori non avevano descritto alcuna condotta sintomatica di una persona in stato di alterazione alcolica.

Trattasi, a ben vedere, di una prospettazione dei fatti e di una valutazione delle emergenze istruttorie alternativa a quella fornita dalla Corte territoriale, che ha valorizzato il dato istruttorio per cui l'imputato non risultava aver assunto alcuna sostanza alcolica dopo l'incidente e prima dell'arrivo della pattuglia della polizia stradale ed ha disatteso la tesi difensiva in merito all'incertezza della prova del tasso alcolemico (basata sull'impossibilità di accertare se al momento del test l'organismo si trovasse nella fase ascendente della curva alcolemica ovvero in quella discendente), evidenziando l'autonoma idoneità probatoria della

condotta di guida dell'imputato a far ritenere, con ampio margine di certezza, che il livello di alterazione alcolica del prevenuto fosse, al momento del fatto, già superiore ai parametri indicati dall'art. 186 C.d.S., comma 2, lett. c), richiamando le spettacolari modalità del sinistro (pag. 7) e la circostanza che l'imputato non avesse in alcun modo reagito alle ripetute segnalazioni di un altro conducente, che aveva tentato inutilmente di richiamare la sua attenzione con l'uso del clacson e dei fari. La Corte ha, in ogni caso, ritenuto che il breve intervallo di tempo intercorso tra il sinistro e il test alcolemico non potesse averne inficiato l'attendibilità.

3.5. La motivazione espressa nella sentenza impugnata risulta esente da contraddittorietà, avendo la Corte terri-

toriale tenuto conto delle contestazioni mosse dall'appellante ed essendo, tuttavia, pervenuta con adeguata giustificazione del percorso logico seguito, alla conferma della sentenza di primo grado, applicando correttamente i principi sopra indicati e pervenendo alla sussunzione del fatto nella più grave delle ipotesi disciplinate dall'art. 186 C.d.S., comma 2, in ragione del concorrente accertamento di una serie di elementi indiziari idonei a corroborare il dato, acquisito mediante etilometro, di un tasso alcolemico superiore a g/l 1,50.

4. Conclusivamente il ricorso deve essere rigettato; al rigetto del ricorso segue, a norma dell'art. 616 c.p.p., la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali. [Omissis]

ADRIANO SPINELLI

Dottore di ricerca in Scienze penalistiche – Università degli Studi di Trieste

Alcoltest ed omesso avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia tra rigidità sanzionatorie ed elasticità ermeneutiche

Alcoltest and failure notice to the defendant to be assisted by a counsel: tough sanctions and elastic hermeneutics

La Corte di cassazione affronta il tema della sanzione processuale conseguente al mancato avviso alla persona indagata circa la facoltà di essere assistita da un difensore. Collocata nel solco di una giurisprudenza ormai costante, la pronuncia in commento individua nell'omissione dell'avviso di cui all'art. 114 norme att. c.p.p. una nullità di ordine generale a regime intermedio, sottoposta ai termini di rilevabilità e di deducibilità previsti dall'art. 182 comma 2 c.p.p., poiché la parte sottoposta ad accertamento alcolemico è presente all'atto. I giudici di legittimità ritengono l'eccezione formulata dal difensore tardiva, in quanto contestuale all'atto di opposizione al decreto penale di condanna; attraverso richiami giurisprudenziali, precisano che il difensore ben poteva attivarsi tempestivamente, deducendo la nullità per mezzo delle memorie previste dall'art. 121 del codice di rito, nel termine di cinque giorni dal deposito degli atti, di cui all'art. 366 c.p.p.

The Supreme Court, consistent with the prevailing jurisprudence, states that the event of failure notice to the defendant to be assisted by a counsel determines a general nullity (intermediate regime) subject to the terms of deduction established by art. 182 co. 2 c.p.p.

The exception made by the defence with the opposition to the "decreto penale di condanna" is late: it should have been presented with the memories ex art. 121 c.p.p. within five days as established by art. 366 c.p.p.

L'IMPOSTAZIONE DELLA CORTE DI LEGITTIMITÀ: PRIMI RILIEVI CRITICI

La pronuncia in commento prende le mosse dal de-

lito di guida sotto l'influenza di sostanze alcoliche, previsto dall'art. 186, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 – cosiddetto codice della strada – per il cui accertamento la polizia giudiziaria si avvaleva delle or-

ACCERTAMENTO DEL TASSO ALCOLEMICO ED ASSISTENZA DIFENSIVA

dinarie apparecchiature elettroniche, senza tuttavia avvisare l'indagato della facoltà di nominare un difensore di fiducia; la nullità che ne conseguiva veniva eccepita dal difensore con l'atto di opposizione a decreto penale di condanna.

La Suprema corte ritiene – a nostro avviso correttamente – che tale tipologia di *test* rappresenti un accertamento di polizia giudiziaria urgente ed indifferibile *ex art.* 354 comma 3 c.p.p. Il presupposto normativo appare pacifico: in ragione del graduale e costante dissolvimento del tasso di alcolemia, non può nutrirsi alcun dubbio circa la sussistenza del pericolo di alterazione e di dispersione delle tracce del reato, che la menzionata disposizione – richiamando il capoverso del medesimo articolo – individua quale condizione imprescindibile ai fini della legittimità del procedere investigativo.

Nemmeno la configurabilità dell'alcoltest quale accertamento – o rilievo – sembra poter essere revocata in dubbio. Dei suddetti istituti il legislatore non ha tuttavia fornito una definizione, dando così luogo a contrasti dottrinali¹: taluni ritengono che la definizione formulata sotto la vigenza del vecchio codice possa essere anche oggi utilmente impiegata, sicché l'"accertamento" della polizia giudiziaria sarebbe contraddistinto da un apporto critico-valutativo, mentre il "rilievo" si risolverebbe in un'attività volta ad «acquisire in via immediata e con elaborazione critica elementare dati della realtà»²; altri, invece, affermano che le operazioni contemplate dalla disposizione in esame effettivamente richiedono una specifica competenza tecnica, ma adempiono ad una finalità meramente descrittiva, dovendosi pertanto escludere dagli accertamenti e dai rilievi *de quibus* quelle attività che implicano un'attività critico-valutativa³.

¹ Per una panoramica generale, Pulito, *sub art.* 354 c.p.p., Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Torino, 2012, 2304 ss.; Scaglione, *sub art.* 354 c.p.p., Canzio-Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale*, I, Milano, 2012, 3173 ss.

² In questo senso Kostoris, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, 140 s.; Scella, *Brevi osservazioni in tema di accertamenti tecnici, rilievi e tutela del diritto di difesa*, *Cass. pen.*, 1990, II, 278.

³ Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, 706; diffusamente, Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Ubertis-Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XX, Milano, 2012, 408 ss., spec. 421 s.; Montagna, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, Gaito (diretto da), *La prova penale*, II, Torino, 2008, 63. Dal canto suo, la giurisprudenza della Corte di cassazione formatasi sul tema sembra maggiormente uniforme; l'approccio è necessariamente empirico, tuttavia è possibile tracciare il discrimine generale emerso in sede di legittimità: sono da ricondurre alla specie dei rilievi le attività che si esauriscono nella raccolta materiale di dati, mentre gli accertamenti implicano una relativa elaborazione critica. *Ex multis*, *Cass.*, sez. II, 10 novembre 1992, n. 4523, *Arch. n. proc. pen.*, 1993, 465, *Cass.*, sez. II, 10 luglio 2009, n. 34149, *CED Cass.*, 244950.

Se è vero che l'incertezza definitoria è alla base dei siffatti contrasti e (dis)orientamenti interpretativi, non è parimenti in dubbio che la genericità della formulazione consente di ricondurre agli istituti di cui si discorre una serie eterogenea di attività investigative – *i.e.* riprese fotografiche, cinematografiche, fonografiche ed altre equivalenti – ivi compresi tutti quegli accertamenti realizzati mediante strumenti resi disponibili dal progresso scientifico⁴, tra i quali, per l'appunto, i rilevatori del tasso alcolemico; tali mezzi non comportano alcuna coazione sull'individuo⁵ ed il loro utilizzo non presenta alcuna componente valutativa: trattasi di attività meramente descrittiva dello stato di ebbrezza alcolica, poiché l'evidenza viene cristallizzata nella misurazione automaticamente eseguita dal supporto tecnologico.

Si aggiunga, inoltre, che – nella complessiva economia della pronuncia in commento – l'aspetto semantico perde buona parte della propria rilevanza. A differenza della disciplina contenuta nel codice Rocco – la cui interpretazione giurisprudenziale limitava le garanzie difensive alla esecuzione dei soli accertamenti e non anche dei rilievi di polizia⁶ – con il codice del 1988 la tutela difensiva venne estesa ad ogni attività urgente di polizia giudiziaria.

Con la pronuncia in esame, pertanto, considerato il *test* alcolimetrico quale accertamento urgente, i giudici di legittimità affermano che per tali investigazioni è prevista dall'art. 356 del codice di rito la facoltà del difensore di assistere al compimento dell'atto – senza che questi debba essere preventivamente avvisato – e precisano che, ai sensi dell'art. 114 norme att. c.p.p., la persona deve essere informata del diritto all'assistenza difensiva⁷. Né l'intervenuta nomina formulata dall'indagato a seguito di avviso, né l'eventuale esercizio della facoltà parteci-

⁴ Lupària, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, III, Torino, 2009, 222.

⁵ Che l'esame alcolimetrico avvenga con di modalità non invasive è sancito dalla Circolare del Ministero dell'Interno, nr. 300/A/1/42175/109/42 del 20 dicembre 2005, reperibile in *www.asaps.it*.

⁶ Cfr. C. cost., 3 dicembre 1969, n. 149, *Giur. cost.*, 1969, 2276 s.; C. cost., 27 dicembre 1973, n. 185, *Foro it.*, I, 1974, 310 s.; *Cass.*, sez. I, 22 gennaio 1979, n. 1485, *Cass. pen.*, 1979, 1556 alle quali rimanda Scella, *Brevi osservazioni*, cit., 280, note 3 e 4.

⁷ L'avviso non deve essere dato nel momento in cui l'accertamento è eseguito in via esplorativa, risultando in tal caso espressione di un'attività di polizia amministrativa. Così, *Cass.*, sez. IV, 12 febbraio 2008, n. 10850, *CED Cass.*, 239404, la quale comunque ribadisce l'obbligo imposto dalla norma allorquando – al momento dell'accertamento – la polizia giudiziaria ritenga di poter desumere lo stato di alterazione del conducente da ulteriori elementi sintomatici.

pativa ad opera del difensore, producono un effetto dilatorio sull'espletamento dell'atto di polizia.

Nessun procrastinamento, dunque: la polizia giudiziaria in ogni caso procede; l'eventuale omissione dell'avviso *de quo* determina una nullità di ordine generale *ex art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p.* – sottoposta al regime di cui all'art. 180 del codice di rito – poiché essa lede il diritto alla difesa tecnica. In particolare, prosegue la Corte, nel caso di specie la deducibilità della nullità a regime intermedio soggiace ai più brevi termini di cui all'art. 182 comma 2 c.p.p., poiché la nullità si verifica alla presenza della parte. Ne consegue che il vizio verificatosi deve essere dedotto prima del compimento dell'atto, ovvero, in caso di impossibilità, immediatamente dopo, senza dover attendere – si precisa – l'atto procedimentale immediatamente successivo⁸. In conclusione, il Supremo collegio sostiene che, nel caso sottoposto alla sua attenzione, essendo stata l'invalidità dedotta con l'atto di opposizione al decreto penale di condanna, ai sensi dell'art. 461 c.p.p., questa deve considerarsi tardiva, ben potendo il difensore produrre memorie in ogni stato e grado del procedimento, ai sensi dell'art. 121 del codice di rito, ovvero prendere visione degli atti nei cinque giorni successivi alla notifica dell'avviso di deposito *ex art. 366 c.p.p.*

La pronuncia della Suprema corte – così illustrata nei suoi tratti essenziali – si colloca nel solco tracciato dai precedenti della medesima; il consolidamento ermeneutico riguarda tanto la definizione del cosiddetto *alcoltest* in termini di accertamento urgente di polizia giudiziaria, quanto il regime sanzionatorio da riconnettere all'omissione dell'avviso al guidatore, prima che si proceda all'atto, della facoltà di farsi assistere dal difensore⁹. E se l'individuazione

⁸ Numerose le decisioni del medesimo tenore: si vedano, tra le varie, Cass., sez. IV, 8 maggio 2007, n. 27736, *Cass. pen.*, 2008, 2985 s.; Cass., sez. IV, 12 gennaio 2010, n. 4939, *Riv. Pol.*, 2010, 311; Cass., sez. IV, 1 ottobre 2012, n. 38003, *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 318; Cass., sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 7967, *CED Cass.*, 258614; nonché Cass., sez. IV, 27 aprile 2011, n. 16553, *Cass. pen.*, 2012, 1818, ove si precisa che l'avviso della facoltà di nominare un difensore di fiducia di cui all'art. 114 norme att. c.p.p. deve essere dato dalla polizia giudiziaria solo nel momento in cui si sta per procedere all'atto accertativo dello stato di ebbrezza e non nel momento antecedente in cui vengono espletate le attività ad esso meramente propedeutiche.

⁹ La sentenza in commento affronta anche una ulteriore questione. La difesa ricorre alla Suprema Corte lamentando la nullità del verbale di accertamento del tasso alcolemico, poiché si trattava di un modulo prestampato, riportante due caselle, relative alla decisione di farsi assistere, o meno, dal difensore; nessuna delle due era stata spuntata, sicché – sostiene la difesa – non vi sarebbe contezza della determinazione dell'indagato. La Corte di cassazione, premettendo che il motivo di ricorso implica una valutazione nel merito della vicenda, la quale risulta preclusa in sede di legittimità, comunque coglie l'occasione per

dell'art. 354 comma 3 del codice di rito quale referente normativo della fattispecie – come già sostenuto – appare condivisibile, diversamente non può trovare accoglimento la soluzione offerta dai giudici di legittimità per quanto concerne il trattamento sanzionatorio connesso alla violazione dell'art. 114 norme att. c.p.p.

L'esegesi compiuta dalla Cassazione presta il fianco a più di una obiezione: essa forza la portata di talune disposizioni, lasciando trasparire surrettizi intenti conservativi degli atti procedimentali, propri delle derive inquisitorie ascrivibili alla giurisprudenza costituzionale dei primi anni Novanta¹⁰ del secolo scorso, certamente non compatibili con l'equilibrato meccanismo processuale ispirato al *fairness of proceeding*. Tale ricostruzione contrasta con taluni riferimenti normativi, da un lato, e con semplici elementi logici, dall'altro.

IL REGIME DELLE NULLITÀ INTERMEDIE: INQUADRAMENTO STORICO E SISTEMATICO

L'attuale strutturazione delle nullità processuali rappresenta il risultato di una tormentata evoluzione normativa, nel corso della quale la disciplina delle sanzioni processuali soggiaceva alle ideologie della specifica epoca¹¹. Basti osservare come il codice Finocchiaro-Aprile del 1913 prevedeva esclusivamente nullità speciali e, stante il principio di tassatività, tutte le violazioni per le quali non era prevista esplicita comminatoria degradavano a mere irregolarità, irrilevanti per la corretta costituzione e prosecuzione del rapporto processuale¹².

E proprio «a tutela delle condizioni di validità del rapporto processuale»¹³ fu introdotta con il codice del 1930 – all'art. 185 – la nuova categoria delle nullità di ordine generale, la quale presentava la tripartizione tutt'oggi vivente: nullità concernenti il giu-

evidenziare che il verbale di accertamento è un atto redatto dal pubblico ufficiale, il quale – stante l'art. 357, comma 2, lett. e) c.p.p., nonché il rinvio compiuto dal successivo comma 3 alle disposizioni previste nel titolo III del libro II circa la redazione degli atti processuali – può considerarsi nullo solo nei casi in cui vi sia incertezza assoluta sulle persone intervenute o manchi la sottoscrizione del redigente, in ossequio a quanto stabilito dall'art. 142 c.p.p.

¹⁰ Il riferimento è alle pronunce della Consulta n. 24, 254 e 255 del 1992 ove si «esibisce il sedicente 'principio di non dispersione della prova' di cui non v'è traccia nella Costituzione». Cfr. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, 3 s.

¹¹ Per un'analisi dei profili storici delle nullità processuali, Presutti, *Legalità e discrezionalità nella disciplina delle nullità processuali penali*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 1178 ss.

¹² Galati, *Nullità (dir. proc. pen.)*, *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 915.

¹³ Dinacci, *Prospettive sistematiche del processo penale*, Padova, 1975, 121.

ACCERTAMENTO DEL TASSO ALCOLEMICO ED ASSISTENZA DIFENSIVA

dicante, prima, il pubblico ministero, poi, e la parte privata, infine; preso atto del fatto che le «situazioni patologiche non (erano) ipotizzabili *ex ante* e *in vitro* [...], (si introdusse) una vera e propria 'norma madre', cui (era) affidato il compito di colpire, una volta per tutte, l'inosservanza delle prescrizioni dettate per gli atti riferibili a determinate categorie»¹⁴.

Con la l. 18 giugno 1955, n. 517 il regime delle nullità di ordine generale subì la prima rilevante modifica; venne introdotto l'*alinea* dell'art. 185 cod. 1930, che qualificava tutte le nullità di ordine generale come assolute e, pertanto, insanabili e rilevabili, anche *ex officio*, in ogni stato e grado del procedimento¹⁵. Una riforma dal carattere indubbiamente garantistico, la quale, tuttavia, «esalta(va) un uso deformato e pretestuoso delle forme processuali, esorbitante dagli ambiti di effettiva lesione dei beni protetti dalle norme»¹⁶.

La controriforma dell'art. 185 cod. abr. avvenne con la l. 8 agosto 1977, n. 534, con la quale si introdusse un *tertium genus* di nullità, fino ad allora sconosciuto: vale a dire, le nullità a regime intermedio¹⁷, che coniugavano taluni tratti delle nullità assolute – in particolare, la rilevabilità *ex officio* – con caratteristiche proprie delle nullità relative, in specie la sanabilità dell'invalidità ove non eccepita entro precisi termini stabiliti a pena di decadenza¹⁸.

L'impostazione da ultimo indicata venne mantenuta nel nuovo codice di rito, poiché rispondente alla precisa esigenza – derivante dalle direttive della legge delega – di «massima semplificazione delle forme, con eliminazione di ogni attività non essenziale, al fine di conseguire la maggiore possibile celerità del processo»¹⁹. L'omogeneità sistematica tra i due codici in tema di nullità processuali non ha tuttavia impedito al legislatore delegato all'emanazione del nuovo codice di introdurre significative innovazioni nella disciplina. Il principale riferimento è all'art. 177 c.p.p., il quale – rubricato «tassatività» – appare «metodologicamente ben più impegnativo della quasi anonima intitolazione 'regole generali' del corrispondente art. 184 c.p.p. del 1930»²⁰. Inoltre,

rispetto all'art. 184 cod. abr., il principio è riferito alla violazione delle disposizioni, anziché alla mancata osservanza delle sole forme degli atti²¹. Si assiste, quindi, ad un ampliamento dell'ambito di operatività della invalidità *de qua*²²; ampliamento che avviene anche attraverso il nuovo riferimento agli «atti del procedimento», anziché ai soli «atti processuali», consentendo in tal modo l'applicazione della disciplina prevista nel libro II, titolo VII anche agli atti delle indagini preliminari.

In questa cornice, il nuovo codice ripropone – all'art. 178 c.p.p. – l'accennato schema triadico, per il quale le nullità di ordine generale sono determinate dalle violazioni delle disposizioni concernenti, innanzitutto, le condizioni di capacità del giudice e del numero necessario per la formazione dei collegi, poi, l'iniziativa dell'accusatore e la sua partecipazione al processo ed, infine, l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private, nonché la citazione a giudizio della persona offesa e del querelante. Emerge *ictu oculi* come l'invalidità dell'atto connoti ipotesi radicalmente diverse, ciascuna delle quali sottende invulnerabili esigenze di tutela; nel momento in cui l'atto processuale²³ concretamente realizzato non è conforme allo schema legale tipico²⁴, lo stesso risulta imperfetto²⁵ e la nullità – quale *species* del *genus* invalidità – identifica la reazione sanzionatoria prevista dall'ordinamento. In relazione al grado di rilevanza attribuito all'interesse tutelato dalla norma violata, si impone una più o meno rigida censura: così, l'inosservanza delle disposizioni concernenti l'organo giudicante e l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale configurano nullità assolute; parimenti dicasi per quelle derivanti dall'omessa citazione dell'imputato o dall'assenza del suo difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza. Nullità assolute, si è detto, le cui peculiari caratteristiche – come è noto – sono l'insanabilità e la rilevabilità, an-

¹⁴ In questi termini, Di Chiara, *Le nullità*, Chiavario-Marzaduri (a cura di), *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, Torino, 1996, 203.

¹⁵ Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 1994, 90.

¹⁶ Così, Dominiononi, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, 268. Sulla teoria del concreto pregiudizio delle violazioni processuali, si veda Caianiello, *Premesse per una teoria generale del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, *passim*.

¹⁷ Galati, *Nullità (dir. proc. pen.)*, cit., 919 s.

¹⁸ Termini che erano previsti dal comma 3 dell'art. 185, cod. Rocco, introdotto con la stessa legge n. 534 del 1977.

¹⁹ Pisapia, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Padova, 1979, 2.

²⁰ Cfr. Dalia-Normando, *Nullità degli atti processuali. II) Diritto processuale penale*, *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 27.

²¹ Viene dunque superata quella definizione di nullità processuale quale «invalidità del rapporto e dell'atto espressamente prevista dalla legge per inosservanza di forme». In questi termini, Dinacci, *Prospettive sistematiche*, cit., 116.

²² Pansini, *In tema di limiti cronologici alla deduzione delle nullità «relativamente assolute»*, *Giur. it.*, 1994, II, 699.

²³ Sulla definizione di «atto processuale» si rinvia a Capone, *Le invalidità nel processo penale*, Padova, 2012, 152 ss.

²⁴ Di «intrapreso ma non completato assolvimento di un onere» parla Conso, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, 63.

²⁵ Precisano Dalia-Normando, *Nullità degli atti processuali*, cit., 1, che «la generica non conformità allo schema legale tipico, ricomprendendo le mere irregolarità, è, dunque, concetto più ampio della nozione di 'imperfezione', comunemente utilizzata per indicare la mancanza di tutti o di alcuno degli 'elementi necessari' per la produzione di un dato risultato».

che *ex officio*, in ogni stato e grado del procedimento. Le categorie residuali, invece, – riguardanti la partecipazione della pubblica accusa e la partecipazione, *lato sensu* intesa, delle parti private – costituiscono nullità a regime intermedio, sottoposte alla disciplina di cui all'art. 180 c.p.p.: anch'esse rilevabili pure su iniziativa dell'ufficio, sono tuttavia sottoposte a precisi limiti temporali ai fini della deducibilità.

Ciò posto, dunque, la violazione della disposizione di cui all'art. 114 norme att. c.p.p. correttamente viene ascritta dalla Corte di cassazione, nella sentenza in commento, alla categoria delle nullità di ordine generale, in particolare a regime intermedio²⁶. L'omissione dell'avviso all'indagato circa la facoltà di nominare un difensore di fiducia lede, indubbiamente, le prerogative di assistenza difensiva, impedisce la predisposizione delle condizioni per rendere possibile l'esercizio della rappresentanza²⁷ e rende il verbale di accertamento del tasso alcolemico un atto imperfetto.

Un'ulteriore precisazione si rende, a questo punto, indispensabile: deve essere evidenziato come tra l'imperfezione dell'atto e la sua invalidità non esista un rapporto biunivoco: infatti, se, per un verso, la sanzione consegue all'imperfezione dell'atto, per altro verso, non necessariamente l'imperfezione dà luogo a nullità²⁸. In virtù del principio di conservazione degli atti, anche l'atto non corrispondente al modello legale di riferimento – e, pertanto, imperfetto – è efficace²⁹; ciò che lo distingue dall'atto perfetto è la precarietà degli effetti prodotti, i quali possono «essere eliminati *ex tunc* dall'eventuale declaratoria di nullità, che avrebbe, pertanto, natura costitutiva»³⁰.

E siffatta instabilità dell'atto viziato permane fino a che non siano decorsi i termini perentori stabiliti per l'eccepibilità della nullità – con conseguente preclusione per la parte decaduta³¹ –, ovvero sino a che intervenga una sanatoria, *stricto sensu* intesa, di cui agli artt. 183 e 184 c.p.p.³².

²⁶ Sulla qualificazione delle nullità ed, in particolare, sui fenomeni di dequalificazione e iperqualificazione delle stesse, si veda Aprati, *Nullità*, Dig. pen., Torino, Agg., 2013, 393.

²⁷ Sul tema, Kostoris, *La rappresentanza dell'imputato*, Milano, 1986, *passim*, spec. 361 ss.

²⁸ Conso, *Il concetto e le specie*, cit., 7.

²⁹ Rafaraci, *Nullità (dir. proc. pen.)*, Enc. dir., Agg., II, Milano, 1998, 597 s.; altresì Galantini, *Vizi degli atti processuali penali*, Dig. pen., XV, Torino, 1999, 342.

³⁰ Galati, *Nullità (dir. proc. pen.)*, cit., 910. Sugli effetti degli atti invalidi, Capone, *Le invalidità*, cit., 160 ss.

³¹ Come precisa Conti, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, 62, la decadenza consiste nella «perdita del potere di compiere un atto in ragione dell'avvenuto decorso del termine perentorio previsto per l'esercizio di tale facoltà. [...] Per contro, la preclusione rappresenta la conseguenza, l'effetto dell'avvenuta decadenza».

³² Sulla riferibilità dei limiti temporali di deducibilità del vi-

In relazione alle nullità a regime intermedio – tra le quali, come poc'anzi detto, è ricompresa l'omissione dell'avviso di cui all'art. 114 norme att. c.p.p. – i termini di deducibilità sono cristallizzati nell'art. 180 del codice di rito, il quale stabilisce che esse non possono «più essere rilevate né dedotte dopo la deliberazione della sentenza di primo grado ovvero, se si sono verificate nel corso del giudizio, dopo la deliberazione della sentenza del grado successivo». Ciò a condizione che la parte non assista al compimento dell'atto. In tale evenienza, infatti, la disposizione di riferimento è rappresentata dal capoverso dell'art. 182 c.p.p., il quale impone che l'eccezione sia formulata immediatamente prima che si proceda all'atto, ovvero, nel caso in cui ciò non sia possibile, immediatamente dopo.

La disposizione³³ valorizza il ruolo attivo delle parti³⁴: espressione del principio di «lealtà processuale»³⁵, incentiva la celerità procedimentale – minacciando il perfezionamento dell'atto processuale difforme dallo schema legale – ed esercita così quella che è stata definita una «funzione moralizzatrice, non (potendosi) consentire la 'riserva del paracadute' a chi, assistendo al compimento di un atto, nulla eccepisca su eventuali irregolarità che si consumano in sua presenza»³⁶.

Ed è proprio l'*alinea* dell'art. 182 c.p.p. a venire in rilievo, secondo la Corte di cassazione; all'esecuzione dell'alcoltest, infatti, sostengono i giudici, la parte è da considerarsi presente all'atto, sicché la

zio al concetto di sanatoria, si veda Nobili, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, 321 s.; Migliocca, *Le nullità*, Dean (a cura di), *Soggetti e atti*, Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. I, tomo II, Torino, 2008, 388, il quale osserva che i termini di decadenza di cui all'art. 182 del codice di rito generano effetti preclusivi sostanzialmente assimilabili a quelli propri delle sanatorie. Parla di «sanatoria passiva», in riferimento al decorso del tempo, Marabotto, *Nullità nel processo penale*, Dig. pen., VIII, Torino, 1994, «i cui *essentialia* sono rappresentati [...] dalla condotta omissiva delle parti o dei soggetti legittimati a far valere il vizio o dalla successiva inerzia del giudice». Così, testualmente, Di Paolo, *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, Riv. it. dir. proc. pen., 2014, 280, nota 104. Che il codice recepisca una nozione di «sanatoria» particolarmente ampia, «intesa complessivamente come 'recupero' dell'attività processuale svolta» è altresì sostenuto da Dalia-Normando, *Nullità degli atti processuali*, cit., 13.

³³ Disposizione che trova applicazione nel corso dell'intero arco procedimentale, a differenza di quanto prevedeva l'art. 471 cod. abr., il quale destinava l'ipotesi preclusiva *de qua* alla sola fase dibattimentale. Estensione applicativa che rappresenta il *pendant* della programmata generalizzazione del metodo del contraddittorio, come sostiene Rafaraci, *Nullità (dir. proc. pen.)*, cit., 611.

³⁴ Casati, sub art. 182 c.p.p., Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 2012, 1054.

³⁵ Dalia-Normando, *Nullità degli atti processuali*, cit., 31.

³⁶ Galati-Zappalà, *Gli atti*, Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, *Diritto processuale penale*, Milano, 2011, 316 s.

ACCERTAMENTO DEL TASSO ALCOLEMICO ED ASSISTENZA DIFENSIVA

nullità derivante dall'omesso avviso del diritto ad essere assistito da un difensore deve essere eccepita prima del compimento del *test*, ovvero, laddove risulti impossibile, immediatamente dopo.

I LIMITI DI DEDUCIBILITÀ DELLE NULLITÀ INTERMEDIE ED IL CONCETTO DI "PARTE"

La disposizione da ultimo citata pone molteplici interrogativi: in primo luogo, quando si può affermare che la parte è presente al compimento dell'atto ed, in secondo luogo, come si coordina la disposizione con i poteri del giudice di rilevare la nullità intermedia entro i termini previsti dall'art. 180 c.p.p.³⁷.

Affrontando il primo dei prospettati quesiti, appare chiara la necessità di accertare, in via preliminare, quale sia il significato da attribuire al vocabolo "parte", con puntuale riguardo – ai nostri fini – alla figura dell'imputato. La difficoltà risiede nell'assenza di una definizione legislativa, la quale rende necessitato il ricorso ad argomentazioni basate su letture sistematiche; ne consegue una intrinseca mutevolezza del concetto³⁸, dipendente dalla filosofia che anima, in un dato momento, la macchina processuale. Così, procedendo ad un breve *excursus* storico³⁹, è possibile notare che il codice del 1865 nemmeno presentava un'organica disciplina delle parti del processo; tributario delle tradizioni inquisitorie⁴⁰ dei codici preunitari, in esso «l'imputato vi si poteva raffigurare come soggetto passivo del procedimento»⁴¹. Con il codice Finocchiaro-Aprile del 1913 si abbandona la visione dell'imputato quale mero oggetto di ricerca giudiziale e l'accusato diviene un «soggetto abilitato sin dall'istruzione ad esercitare poteri per conseguire la tutela giurisdizionale dei propri interessi»⁴². Siffatta nozione formale di "parte processuale (privata)" continua ad essere sostenuta dalla dottrina maggioritaria anche sotto la vigenza del codice Rocco; in tale epoca viene elaborata altresì una definizione sostanziale del concetto,

³⁷ Aprati, sub art. 182 c.p.p., Lattanzi-Lupo, *Codice di procedura penale*, II, Milano, 2008, 569.

³⁸ Molteplici le definizioni elaborate in dottrina. Per un breve richiamo, Kostoris, *La rappresentanza*, cit., 264, nota 1.

³⁹ Tracciano le varie tappe dell'evoluzione normativa in tema, Dominioni, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, 3 ss., Id., *Parte. b) Diritto processuale penale, Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 943 ss.; Santoriello, *Parti nel processo penale, Dig. pen.*, Agg., Torino, 2004, 560 s.

⁴⁰ In prospettiva comparata, Guarneri, *Parte (diritto processuale penale)*, *Nov. dig. it.*, XII, Torino, 1957, 501 ricorda quanto sostenuto da John, *Strafprozessordnung für das deutsche Reich*, II, 1884-89, 185 s., per il quale «l'imputato non è parte perché egli stesso è mezzo di prova».

⁴¹ Dominioni, *Le parti*, cit., 4.

⁴² Dominioni, *Le parti*, cit., 7.

per la quale l'imputato era colui «nel cui nome (era) domandata l'attuazione della volontà della legge»⁴³. Trattasi, tuttavia, di una concezione avversata dal dominante pensiero, secondo cui l'individuazione e la definizione di ciò che doveva intendersi con il termine "parte" doveva necessariamente prendere le mosse dalla attribuzione di prerogative processuali: in altri termini, poteva dirsi "parte del processo" esclusivamente il soggetto cui erano attribuiti poteri processuali⁴⁴.

E che l'imputato sia parte processuale non può essere revocato in dubbio in seguito all'emanazione del nuovo codice; dirimente è la definizione stessa del modello accusatorio come "processo di parti" nel quale, di fronte al pubblico ministero, v'è l'imputato ed entrambi siedono dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale. Posto dunque che "parte" è quella cui sono attribuiti poteri processuali, ed ulteriormente considerato che tali poteri presuppongono, per il loro concreto esercizio, conoscenze tecnico-giuridiche⁴⁵, all'evidenza, il solo accusato "parte" non è, poiché non possiede i requisiti minimi appena definiti: per tale ragione, l'imputato, fin dagli albori della vicenda, è assistito dal difensore, «che ne integra la capacità difensiva. I due costituiscono una coppia quasi inseparabile»⁴⁶.

Ugualmente dicasi con riguardo alla persona sottoposta ad indagini⁴⁷. A questa si estende – ai sensi dell'art. 61 c.p.p. – il corredo di garanzie previsto per la persona nei confronti della quale è esercitata l'azione penale. Per l'assunzione dello *status* non occorrono peculiari formalità⁴⁸: si richiede solamente un fatto investigativo soggettivamente indirizzato⁴⁹. Che la qualità *de qua* possa essere attribuita alla persona che la polizia giudiziaria intende sottoporre ad alcoltest sembra pacifico: il *fumus* del delitto emerge

⁴³ De Marsico, *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966, 31; altresì, Foschini, *Giudicare ed essere giudicati*, Milano, 1960, 139 ss.; Id., *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, 86.

⁴⁴ Dominioni, *Le parti*, cit., 12; Kostoris, *La rappresentanza*, cit., 266; Guarneri, *Parti (diritto processuale penale)*, cit., 507; Santoriello, *Parte nel processo penale*, cit., 564.

⁴⁵ Kostoris, *La rappresentanza*, cit., 266.

⁴⁶ Guarneri, *Parti. II) Diritto processuale penale, Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 8; Pansini, *In tema di limiti cronologici*, cit., 700.

⁴⁷ Definisce l'indagato una «parte potenziale» Guarneri, *Parti. II) Diritto processuale penale*, cit., 4.

⁴⁸ Non assumono la qualifica di indagati solo le persone il cui nome è iscritto nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.: «iscritti o no, fruiscono del regime in questione tutti i coinvolti». Cfr. Cordero, *Procedura penale*, cit., 235 s.

⁴⁹ Di acquisto della qualità per *facta concludentia* parla Ferraioli, sub art. 61 c.p.p., Canzio-Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale*, I, Milano, 2012, 734; già, Kostoris, sub art. 61 c.p.p., Chiavario (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1989, 311. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., sez. II, 14 maggio 2003, n. 24279, *Arch. n. proc. pen.*, 2003, 577.

grazie all'accertamento sintomatico⁵⁰, ovvero tramite un *test* preliminare, condotto con apparecchiature elettroniche, che indica la mera presenza – o assenza – di alcol nel sangue del controllato. L'intuibilità dello stato di ebbrezza consente di ritenere appresa la *notitia criminis*: il guidatore diventa indagato e nei suoi confronti è espletato l'esame alcolemico attraverso apposita apparecchiatura. Esame alcolemico che costituisce il primo – ed ultimo – atto di indagine.

È allora possibile affermare che l'imputato – così come l'indagato – è una parte, per così dire, "soggettivamente complessa", i cui componenti – persona cui il reato è attribuito e difensore – sono entrambi presenze indefettibili ai fini della corretta costituzione del rapporto processuale⁵¹.

Diviene dunque incomprensibile – e censurabile in radice – quanto sostenuto dalla Corte di cassazione nella sentenza che qui si commenta; richiamando un proprio precedente⁵², i giudici di legittimità affermano che non è necessario, con riguardo all'alcoltest, «che il termine entro il quale la nullità intermedia eventualmente verificatasi debba essere eccepita sia tale da garantire il previo instaurarsi del rapporto difensivo, trattandosi di eccezione che può essere avanzata direttamente dall'interessato in quanto non ricorrono facoltà processuali che comportino la cognizione di elementi tecnici rientranti nelle specifiche competenze professionali del difensore».

Trattasi di conclusioni, a nostro avviso, assolutamente non condivisibili; ciò poiché, citando le parole di Carnelutti, «il giudicando, salve rarissime eccezioni, non ha né esperienza, né il sangue freddo necessari per equilibrare il pm. È dunque un'esigenza di equilibrio quella per cui si introduce nel processo, accanto al giudicando, il difensore»⁵³.

Sono *in primis*, dunque, ragioni di buon senso che devono portare ad escludere qualsivoglia onere

attinente alla difesa tecnica in capo all'indagato⁵⁴; e la contraria posizione sostenuta con la sentenza che si annota sembra essere il frutto di una "degenerazione ermeneutica", anche in considerazione della circostanza che molteplici approdi della stessa giurisprudenza di legittimità – relativi ad istituti e momenti processuali differenti – ribadiscono fermamente la richiamata e condivisa impostazione di garanzia; paradigmatico, in specie, è quanto affermato dalla Corte di cassazione in tema di assistenza difensiva nel corso dell'interrogatorio, nonché nell'ipotesi di omessa citazione dell'avviso di udienza nei confronti di uno dei due difensori di fiducia dell'imputato.

Di particolare chiarezza quanto evidenziato in tema di interrogatorio: la mancata presentazione da parte dell'indagato dell'eccezione relativa all'omesso avviso dovuto al difensore di fiducia non produce effetti sananti ai sensi del capoverso dell'art. 182 c.p.p. dovuti alla presenza della parte all'assunzione dell'atto, in quanto la previsione della necessità della difesa tecnica porta ad escludere che l'indagato abbia le conoscenze tecniche indispensabili per apprezzare le conseguenze di tale omissione⁵⁵. Viceversa, eventuali nullità verificatesi devono essere rilevate entro i più ristretti termini di cui alla citata disposizione nel caso in cui l'indagato accetti di essere assistito dal difensore d'ufficio, poiché – indipendentemente dall'assenza di un rapporto fiduciario – in tali ipotesi la difesa tecnica è comunque tutelata e la parte processuale, compiutamente rappresentata, può dirsi presente⁵⁶.

Anche la giurisprudenza concernente l'omesso avviso al secondo difensore consente di trarre – *a contrario* – le medesime conclusioni: sostiene la Corte di cassazione a Sezioni unite – aderendo, nella composizione del contrasto, all'orientamento maggioritario creatosi – che la nullità a regime intermedio, derivante dall'omissione menzionata, è sanata dalla mancata proposizione della relativa eccezione ad opera dell'altro difensore comparso, pur quando l'imputato non sia presente⁵⁷. Da ciò emerge in

⁵⁰ Secondo la giurisprudenza, l'accertamento sintomatico può considerarsi piena prova della colpevolezza per il delitto di cui all'art. 186 c. str., stante il principio del libero convincimento. Di tale tenore, Cass., sez. IV, 22 novembre 2006, n. 38438, *Cass. pen.*, 2007, 4307; Cass., sez. IV, 10 luglio 2008, n. 28547, *Cass. pen.*, 2009, 3591.

⁵¹ Già, Sabatini, *Sulla funzione della difesa nel processo penale*, *Giust. pen.*, III, 1948, 313, ove l'Autore evidenzia come «qualunque causa che impedisca o comunque menomi l'esercizio di siffatto diritto (alla difesa, *n.d.r.*), incide direttamente sulla validità del rapporto processuale». Altro è la prosecuzione del rapporto processuale, ove il difensore è da sé capace di incarnare in modo compiuto il soggetto processuale. Si pensi al processo *in absentia*.

⁵² Cass., sez. IV, 4 giugno 2013, n. 36009, *Cass pen.*, 2014, 958 ss.

⁵³ Così, Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 46. Ugualmente, Ferrua, *La difesa nel processo penale: profilo di una funzione*, Id., *Studi sul processo penale*, I, Torino, 1990, 29 s.

⁵⁴ Di Geronimo, *Il controverso regime della preclusione a dedurre la nullità dell'atto compiuto alla presenza dell'indagato*, *Cass. pen.*, 2014, 962 s. il quale pone ben in luce l'inevitabile tensione di eventuali oneri in capo all'indagato con il principio di effettività della difesa tecnica.

⁵⁵ Cass., sez. VI, 31 dicembre 2001, n. 3927, *C.E.D. Cass.*, 220996.

⁵⁶ Cass., sez. I, 22 settembre 2003, n. 46898, *Cass. pen.*, 2004, 3712.

⁵⁷ Cfr. Cass., sez. un., 8 ottobre 2009, n. 39060, *Cass. pen.*, 2010, 895 ss., con nota di Scarcella, *Omesso avviso dell'udienza al secondo difensore, sanatoria della nullità a regime intermedio e onere comportamentale del codifensore comparso*. Orientamento, questo, già affermato sotto la vigenza del codice Rocco. In termini non

ACCERTAMENTO DEL TASSO ALCOLEMICO ED ASSISTENZA DIFENSIVA

modo cristallino non solo come il difensore sia figura necessaria "in ogni stato e grado del procedimento", bensì pure – già lo si è ricordato⁵⁸ – come il medesimo possa, da solo, essere identificato con la parte processuale, in ragione della funzione anche rappresentativa propria dell'ufficio difensivo.

Considerando, quindi, l'imputato come una parte "soggettivamente complessa", nei termini poc'anzi descritti, diviene insostenibile l'assunto della Corte, per cui nel corso dell'accertamento *in loco* del tasso alcolemico la "parte" risulta presente; ne consegue che la disciplina dettata dall'art. 182 comma 2 c.p.p. non può trovare applicazione e dovrebbe pertanto rivivere il più ampio termine di cui all'art. 180 del codice di rito, il quale, nel caso di specie, impone che la deduzione della nullità a regime intermedio intervenga prima della deliberazione della sentenza di primo grado.

I LIMITI DI DEDUCIBILITÀ DELLE NULLITÀ INTERMEDIE, GLI ONERI DEL DIFENSORE ED I POTERI OFFICIOSI DEL GIUDICANTE

Premesso – erroneamente – che all'esecuzione dell'accoltest la parte è presente all'atto, il ragionamento giudiziale prosegue con ulteriori asserzioni che collidono con il portato normativo e logico della disciplina.

I giudici di legittimità richiamano, adottandola, la pregressa giurisprudenza, per la quale la norma di cui al capoverso dell'art. 182 c.p.p. impone al difensore una celere attivazione ed esclude la possibilità di eccepire il vizio con il primo atto processuale successivo, ossia, nel caso di specie, con l'opposizione al decreto penale di condanna. Infatti, prosegue la Cassazione, il difensore ben può formulare l'eccezione al di fuori del procedimento – tramite lo strumento delle memorie previste dall'art. 121 c.p.p.⁵⁹ – immediatamente dopo la sua nomina, ovvero nel termine di cinque giorni previsto dall'art. 366 del codice di rito per l'esame degli atti⁶⁰. L'inosservanza di tali termini, sempre secondo la Corte, comporta la decadenza del difensore dalla prerogativa difensiva; decadenza che si riflette direttamente pure sulle possibili iniziative dell'organo giudicante, dato che questa impedisce l'esercizio da parte del giudice del potere di rilevazione officioso.

Il riferimento ai termini di cui all'art. 366 c.p.p. desta talune perplessità o, per meglio dire, preoccupazioni.

Infatti, tralasciando la ritenuta irrilevanza dell'omesso deposito del verbale di accertamento⁶¹ – circostanza che comunque influisce sulla possibilità di un concreto esercizio del diritto di difesa – l'onere di attivazione previsto dalla Corte conduce ad «una inevitabile compressione dello *spatium deliberandi*»⁶² del difensore: è stato osservato come il termine di cinque giorni ivi previsto – decorrente dal deposito, o dall'avviso di deposito, degli atti – attenga esclusivamente all'esame e all'estrazione di copia. Ricondurre alla disposizione di cui all'art. 366 c.p.p. attività in esso non esplicitamente contemplate provoca, necessariamente, la riduzione dei tempi concessi al difensore per una pronta attivazione. Si è così sostenuto che il termine di decadenza dovrebbe iniziare a decorrere solo dal momento ultimo entro il quale il difensore può legittimamente esaminare gli atti⁶³.

Indipendentemente dalla valutazione di coerenza e sufficienza delle tempistiche delineate con la pronuncia in commento – riflesso e riproposizione di un incontrastato orientamento – le reali preoccupazioni nascono dall'essere gli oneri di attivazione, così configurati in capo al difensore, frutto di discrezionali ricostruzioni giurisprudenziali, che – al fine di garantire la validità del mezzo istruttorio – scardinano le garanzie dell'individuo, forzando il dato letterale delle disposizioni richiamate.

E la tendenza appare ancor più manifesta volgendo lo sguardo alla estensione attribuita ai poteri officiosi del giudice di cui all'art. 180 del codice di rito. Come ricordato, si afferma che la nullità derivante dalla violazione dell'art. 114 norme att. c.p.p. è sì rilevabile *ex officio*, ma non quando la parte sia decaduta. Trattasi di un'interpretazione "additiva", che si pone in diretto contrasto con il principio di tassatività che regola la materia in esame, non essendo consentite, ai sensi dell'art. 177 c.p.p., letture estensive delle disposizioni del libro II, titolo VII, volte a configurare sanatorie non previste dalla legge⁶⁴.

⁶¹ L'orientamento giurisprudenziale da ultimo consolidatosi sostiene che l'omesso deposito del verbale di accertamento del tasso alcolemico costituisce una mera irregolarità, che non incide sulla validità dell'atto ma rileva ai soli fini della decorrenza del termine entro il quale è consentito l'esercizio delle facoltà difensive. In questo senso, Cass., sez. IV, 25 marzo 2011, n. 12025, *Cass. pen.*, 2012, 666, Cass., 2 febbraio 2010, n. 4159, *Arch. n. proc. pen.*, 2011, 222. *Contra*, Cass., sez. IV, 16 settembre 2003, n. 42020, *Cass. pen.*, 2005, 1675; Cass., sez. IV, 11 aprile 2006, n. 18351, *C.E.D. Cass.*, 234110.

⁶² Di Geronimo, *Il controverso regime*, cit., 964.

⁶³ Di Geronimo, *Il controverso regime*, cit., 964.

⁶⁴ Di Paolo, *Nullità processuali e sanatorie*, cit., 250. Concorde mente, sebbene in riferimento a diverso aspetto – nella specie, il criterio del raggiungimento dello scopo dell'atto – Bricchetti, *Il sistema della nullità degli atti*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 1411.

dissimili, infatti, si veda Cass., 7 ottobre 1985, Citterio, *Riv. pen.*, 1986, 899.

⁵⁸ Si rinvia al riferimento di cui alla nota 49.

⁵⁹ Cass., sez. IV, 11 ottobre 2012, n. 44840, *C.E.D. Cass.*, 254959.

⁶⁰ Cass., sez. III, 28 marzo 2012, n. 14873, *C.E.D. Cass.*, 252397.

La preclusione ufficializzata dal capoverso dell'art. 182 c.p.p. non può in alcun modo influire sui poteri conferiti al giudice; la deducibilità *ex officio* è caratterizzata da autonomia, sicché nessuna limitazione è configurabile⁶⁵. Concettualmente, i poteri delle parti e quelli del giudice viaggiano su binari paralleli: non vi è intersezione tra i percorsi ed il più breve "tragitto" a disposizione della eccezione di parte lascia impregiudicata la "prosecuzione del viaggio" per la deduzione dell'organo giurisdizionale. Funzionalmente, inoltre, l'art. 180 del codice di rito individua in capo all'organo giurisdizionale un vero e proprio potere-dovere di emendare il vizio «e se il giudice ha tale "dovere" è addirittura impensabile che la parte non possa semplicemente solleccitarlo (una volta decaduta, *n.d.r.*) ad adempiere a quel dovere medesimo»⁶⁶.

CONCLUSIONI

Il discorso giudiziale è stato contestato sotto diversi profili: la concezione di "parte" recepita nelle fattispecie *de quibus*, il riferimento arbitrario ai limiti temporali previsti dall'art. 366 c.p.p. ed, infine, la limitazione dei poteri di rilevazione d'ufficio del vizio da parte del giudice. In conclusione, sono mere considerazioni di carattere logico ad imporre una radicale critica a quanto statuito dai giudici con la pronuncia in esame.

L'indagato può eccepire da sé la nullità a regime intermedio, sostiene la Corte. Ma, a ben vedere, se davvero l'indagato disponesse delle conoscenze tecniche sufficienti e necessarie per eccepire la nullità derivante dall'omissione dell'avviso circa la facoltà di nominare un difensore di fiducia, verrebbe meno la stessa *ratio* dell'obbligo imposto dall'art. 114 norme att. c.p.p., poiché ciò che l'ordinamento intende tutelare – la piena esplicazione del diritto di difesa sin dagli albori del procedimento penale – sarebbe garantito, per così dire, *in rerum natura*. L'imposizione dell'obbligo per il tramite della richiamata

disposizione si tradurrebbe in una superfetazione normativa: una mera petizione di principio priva di un'effettiva portata garantistica.

All'alcoltest la parte è da considerare presente e la nullità a regime intermedio soggiace ai termini perentori di cui all'*aline*a dell'art. 182 c.p.p., prosegue il Collegio. Ebbene, se la parte processuale è identificata nel mero indagato, allora non deve essere riconosciuto potere deduttivo alcuno in capo al difensore ed il richiamo alle tempistiche dettate dall'art. 366 c.p.p. risulta superfluo. Infatti, ai sensi di quanto stabilito dal richiamato capoverso, l'eccezione può essere dedotta immediatamente dopo il compimento dell'atto solo ed esclusivamente quando non è possibile provvedervi prima che lo stesso abbia inizio. Stante la *littera legis*, sostenere che la parte sia presente all'esecuzione dell'alcoltest – ed attribuire all'indagato conoscenze tecniche sufficienti per una pronta deduzione – conduce, inesorabilmente, a non ritenere configurabile la condizione appena richiamata: l'esercizio delle facoltà difensive da parte del difensore sarebbe impedito dalla circostanza che l'indagato – parte presente – ben avrebbe potuto eccepire la nullità derivante dall'omesso avviso di cui all'art. 114 norme att. c.p.p. prima del compimento dell'atto. Non si verificherebbe, pertanto, nel caso di specie, la condizione legittimante il differimento dell'eccezione.

Appare dunque evidente come l'impostazione giurisprudenziale in esame strida con la logica e la sistematica codicistica; il carattere congetturale che connota la sentenza in commento non solo è manifestazione dell'«ampliamento della discrezionalità giudiziale [...] (cui) fa da corollario un cedimento del [...] trattamento processuale, con grave compressione dei valori che (la) disciplina intende tutelare»⁶⁷; questo permette, pure, di ritenere violato il principio di legalità processuale nella sua accezione fisiologica, ossia inteso come «esatta individuazione delle fonti della legge e [...] corretta applicazione di essa»⁶⁸.

Tale groviglio logico-interpretativo può essere dipanato partendo da quelli che sono gli effettivi presupposti della fattispecie. La "parte" può dirsi tale solo ove la persona cui il reato è attribuito sia assistita da un difensore (di fiducia oppure d'ufficio). L'omissione dell'avviso della facoltà contemplata dall'art. 114 norme att. c.p.p. prima del compimento del *test* alcolemico impedisce la regolare costituzione del rapporto processuale, sicché non

⁶⁵ Marabotto, *Nullità nel processo penale*, cit., 273; Migliocca, *Le nullità*, cit., 388 s.; Dalia-Normando, *Nullità degli atti processuali*, cit., 31.

⁶⁶ Nobili, *La nuova procedura penale*, cit., 325. Del tutto avulsi dalla logica del sistema appaiono, dunque, quelle posizioni giurisprudenziali, le quali, pur riconoscendo la facoltà per la parte di solleccitare il giudice nell'esercizio dei suoi poteri ufficiali, concludono sostenendo che «la particolarità è che, non sussistendo alcun 'obbligo' per il giudice di rilevare le nullità a regime intermedio rispetto alle quali la parte interessata sia decaduta dalla facoltà di deduzione, l'eventuale omessa declaratoria non è comunque sindacabile». Cfr. Cass., sez. IV, 17 ottobre 2013, n. 42667, *Guida dir.*, 2014, 52 ss., con nota di Amato, *Al giudice è consentito rilevare d'ufficio l'invalidità anche se la parte non ha più possibilità di eccepirla*.

⁶⁷ Marandola, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs. legalità formale*, *Dir. pen. proc.*, 2012, 1054.

⁶⁸ Galantini, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, *Cass. pen.*, 1999, 1990.

ACCERTAMENTO DEL TASSO ALCOLEMICO ED ASSISTENZA DIFENSIVA

è possibile ritenere la parte presente all'atto. In assenza del presupposto prescritto dall'*incipit* dell'art. 182 comma 2 c.p.p., i più stretti termini temporali in esso previsti non debbono trovare applicazione, con conseguente reviviscenza della generale disciplina dettata dall'art. 180 del codice di rito⁶⁹.

⁶⁹ Soluzione peraltro adottata da taluni giudici di merito, i quali – *sic et simpliciter* – riconducono la nullità in esame alla disciplina dettata dall'art. 180 c.p.p.. Cfr. Trib. Milano, ufficio g.u.p., 15 maggio 2013, n. 1619, *inedita*.

Si tratta, del resto, di una questione di forme e «nella 'Giustizia' la 'Formalité' è così necessaria, che non si sa sviare da essa, senza che ogni atto venga subito a perdere tale nome (di Giustizia), per assumere piuttosto un altro, quello di 'Force', 'Maquination'»⁷⁰.

⁷⁰ Nobili, *Forme e valori duecento anni dopo*, Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 3, ove cita e ripropone le parole di Pierre Ayrault.

Divieto di *reformatio in peius* e reato continuato nel giudizio di rinvio

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 14 aprile 2014, n. 16208 – Pres. Santacroce; Rel. Macchia

Non viola il divieto di reformatio in peius previsto dall'art. 597 c.p.p. il giudice di rinvio che, in relazione al reato continuato, nell'ipotesi in cui muti la struttura dello stesso, apporta per uno dei reati avvinti dal vincolo della continuazione un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, pur non irrogando una pena complessivamente maggiore.

L'irrevocabilità della decisione del giudice di legittimità sulla responsabilità penale e sulla qualificazione giuridica dei fatti ascritti all'imputato, anche quando consegue ad annullamento con rinvio limitatamente ai fini della determinazione della pena, esclude, a norma dell'art. 2, quarto comma, c.p., che la successiva entrata in vigore di una legge modificativa più favorevole possa trovare applicazione nelle ulteriori fasi del giudizio.

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 9 novembre 2009, la Corte di appello di A., accogliendo l'appello del Pubblico Ministero proposto avverso la sentenza di proscioglimento pronunciata, in sede di giudizio abbreviato, dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di C. il 7 giugno 2004, ha dichiarato (*omissis*) colpevole dei reati di concussione e violenza sessuale contestati ai capi G), H), I), L) ed M) della rubrica.

La Corte territoriale unificava tutti i reati anzidetti sotto il vincolo della continuazione e riteneva più grave il reato di violenza sessuale di cui al capo L) perché per tale reato era prevista la pena edittale minima più elevata, fissava per esso la pena-base in anni sei di reclusione, ridotta ad anni quattro per la concessione delle attenuanti generiche, dichiarate prevalenti rispetto alla aggravante di cui all'art. 61, n. 5, cod. pen., contestata al capo I) ed applicate nella loro massima estensione, aumentava detta pena ad anni cinque di reclusione ex art. 81 cod. pen. – determinando tale aumento in mesi tre di reclusione per ciascuno dei reati-satellite, vale a dire le concussioni di cui ai capi G) ed H) e le violenze sessuali di cui ai capi I) ed M) – ridotta ad anni tre e mesi quattro di reclusione per la scelta del rito.

La Corte di cassazione, con sentenza del 19 aprile 2011, annullava tale decisione, limitatamente alla individuazione della violenza sessuale, in luogo della concussione, quale reato più grave ai fini dell'applicazione della disciplina del reato continuato e rinviava alla Corte di appello di P. per nuovo esame in ordine alla rideterminazione della pena, rigettando nel resto il ricorso.

In sede di rinvio, la Corte di appello di P. con sentenza del 28 febbraio 2012, nel confermare la condanna del (*omissis*) in ordine ai reati al medesimo ascritti, determinava, con la diminuzione di cui all'art. 442 cod. proc. pen., la stessa pena finale di anni tre e mesi quattro di reclusione già fissata con la sentenza poi annullata dalla Corte di cassazione, sulla base della seguente scansione. Stabiliva per il delitto di concussione di cui al capo G) la pena-base di anni cinque di reclusione, quale pena non inferiore al minimo edittale previsto per il reato-satellite di violenza sessuale in continuazione; riduceva detta pena per le attenuanti generiche ad anni tre e mesi quattro di reclusione; aumentava la pena per la continuazione con il delitto di concussione di cui al capo H) ad anni quattro e mesi sei di reclusione; ulteriormente aumentava la pena ad anni cinque di reclusione per la continuazione con i delitti di violenza sessuale di cui ai capi I), L) ed M), pena alla quale si perveniva operando un aumento di mesi due di reclusione per ciascuno dei delitti di violenza sessuale di cui ai capi anzidetti. La scelta del rito comportava, infine, la riduzione di un terzo della pena di anni cinque di reclusione, determinandosi per l'effetto in anni tre e mesi quattro di reclusione la pena finale.

2. Avverso la sentenza pronunciata dal giudice del rinvio ha proposto ricorso per cassazione il difensore, il quale lamenta violazione di legge in riferimento agli artt. 597, comma 3, e 627, comma 3, cod. proc. pen. Ad avviso del ricorrente, a seguito della pronuncia di annullamento, l'oggetto del giudizio della Corte di appello era infatti limitato alla sola individuazione del reato più grave, e, quindi, alla

DIVIETO DI REFORMATIO IN PEIUS

determinazione della pena per lo stesso e per il reato che erroneamente era stato assunto come più grave dalla decisione impugnata e divenuto, pertanto, reato-satellite.

Il vincolo derivante dalla decisione di legittimità, importerebbe, infatti, l'impossibilità, per il giudice del rinvio, di modificare l'entità della diminuzione della pena per effetto delle concesse attenuanti generiche e di aumentare la pena a titolo di continuazione in misura diversa da quella stabilita dal precedente giudice del merito; determinandosi, altrimenti, la violazione del principio del divieto di *reformatio in peius*. Principio, questo, che non risulterebbe nella specie rispettato, in quanto la sentenza della Corte di appello di A. era stata impugnata dal solo imputato; così come sarebbe stato violato anche l'art. 627 cod. proc. pen., avendo la sentenza impugnata travalicato il giudicato parziale già formatosi.

Infatti, sottolinea al riguardo il ricorrente, la Corte di appello di P. ha sì diminuito la pena prevista per il reato più grave – portandola da sei a cinque anni di reclusione – ma ha poi applicato una diminuzione per le attenuanti generiche di entità inferiore a quella disposta dalla Corte di appello di A. ed ha previsto l'aumento per il reato satellite di cui al capo H) in misura superiore rispetto a quella determinata con la precedente decisione.

3. La Quarta Sezione penale, cui il ricorso era stato assegnato in base alle disposizioni tabellari, ha sottolineato come, nella specie, la Corte di appello di P., mantenendo inalterata la pena finale, ha determinato la pena prevista per il reato più grave in misura inferiore a quella stabilita nella pronuncia annullata, portandola da sei a cinque anni di reclusione, e – diversamente da quanto dedotto dal ricorrente – ha applicato una diminuzione per le attenuanti generiche di entità pari (nella misura massima di un terzo) a quella stabilita dalla Corte di appello di A., ed ha inoltre previsto tre aumenti per i reati-satellite di cui ai capi I), L) ed M) di minore entità rispetto alle statuizioni adottate nella pronuncia annullata, avendo il giudice del rinvio determinato l'aumento in mesi due di reclusione per ciascuno degli episodi in continuazione, anziché in mesi tre come stabilito nella sentenza poi annullata da questa Corte. Tuttavia, ed in conformità a quanto denunciato dal ricorrente, la sentenza impugnata ha stabilito in anni uno e mesi due di reclusione l'aumento a titolo di continuazione per il reato di cui al capo H), per il quale la precedente sentenza aveva fissato un aumento di mesi tre di reclusione.

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

4. Al riguardo, la Quarta Sezione avendo registrato un contrasto di giurisprudenza, ha rimesso la questione a queste Sezioni Unite con ordinanza del 23 gennaio 2013.

In proposito, la Sezione rimettente sottolinea come sul punto occorra partire dalla decisione delle Sezioni Unite con la quale si è affermato che nel giudizio di appello, il divieto di *reformatio in peius* della sentenza impugnata dall'imputato non riguarda solo l'entità complessiva della pena, ma tutti gli elementi autonomi che concorrono alla sua determinazione, per cui il giudice di appello, anche quando escluda una circostanza aggravante e per l'effetto irroghi una sanzione inferiore a quella applicata in precedenza (art. 597, comma 4, cod. proc. pen.), non può fissare la pena-base in misura superiore rispetto a quella determinata in primo grado (Sez. U., n. 40910 del 27/09/2005, William Morales, Rv 232066).

Secondo tale pronuncia, infatti, la disposizione contenuta nel comma 4 dell'art. 597 cod. proc. pen., individua quali elementi autonomi, pur nell'ambito della pena complessiva, sia gli aumenti o le diminuzioni apportati alla pena-base per le circostanze, sia l'aumento conseguente al riconoscimento del vincolo della continuazione. Da ciò deriva che, non soltanto è obbligatoria la diminuzione della pena complessiva, ove sia accolto l'appello dell'imputato in ordine alle circostanze o al concorso di reati, anche se unificati per la continuazione, ma deve ritenersi precluso l'aumento della pena inflitta per ciascuno degli indicati elementi, pur risultando diminuita quella complessiva a seguito dell'accoglimento dell'appello proposto con riferimento non alle circostanze o al concorso di reati, ma per altri motivi: e ciò, quale conseguenza dell'effetto devolutivo dell'appello, a norma dell'art. 597, comma 1, cod. proc. pen., posto che l'ambito oggettivo del *devolutum* si raccorda ai motivi proposti, i quali, a loro volta, si precisano in funzione delle richieste e cioè del *petitum* sostanziale perseguito attraverso la impugnazione. Principio, quello affermato dalle Sezioni Unite, che, per giurisprudenza consolidata, vale anche per il giudizio di rinvio (*ex plurimis*, Sez. I, n. 28862 del 18/06/2008, Giunta, Rv. 240461).

5. Il principio in questione, tuttavia – puntualizza la Sezione rimettente – è stato contrastato da alcune pronunce successive. Si è infatti affermato, accogliendo la tesi respinta dalle Sezioni Unite, che il divieto di *reformatio in peius* concerne il dispositivo e riguarda unicamente la pena complessiva e non i singoli elementi che la compongono o i calcoli effettuati per giungere alla sua determinazione, ivi compresi gli aumenti e le diminuzioni; per cui, in motivazione, il giudice può rideterminare la pena per il reato-base nel massimo edittale in senso sfavorevole all'imputato, sempre che non irroghi una pena complessiva più grave di quella precedentemente inflitta (Sez. I, n. 13702 del 13/03/2007, Santapaola, Rv 236433). Anche in altra successiva pronuncia si è ribadito che il divieto della *reformatio in peius* riguarda soltanto il risultato finale dell'operazione di computo della pena e non anche i criteri di determinazione della medesima e i relativi calcoli di pena-base o intermedi (Sez. III, n. 25606 del 24/03/2010, Capolino, Rv. 247739), dal momento che esso concerne la parte dispositiva della sentenza e non si estende alla motivazione nella cui formulazione il giudice non può subire condizionamenti.

Si è pure affermato – rammenta ancora la Sezione rimettente – che il principio enunciato dalle Sezioni Unite «può operare soltanto quando la pena-base venga rimodulata con riferimento allo stesso reato, mentre non si attaglia al caso [...] in cui il giudice di appello, nell'applicare la continuazione, ridetermini la pena-base con riferimento a un reato diverso da quello erroneamente individuato dal primo giudice, nell'esercizio del potere-dovere di correggere gli errori di diritto contenuti nella sentenza gravata», pervenendo comunque, per effetto del riconoscimento di una circostanza attenuante, alla riduzione della pena conclusivamente applicata (Sez. V, n. 12136 del 02/12/2011, dep. 2012, Mannavola, Rv. 252699).

Ma sarebbe proprio con riferimento alla ipotesi in cui l'annullamento abbia avuto ad oggetto la condanna per il reato ritenuto più grave che la giurisprudenza avrebbe dato vita a soluzioni non del tutto coincidenti. Da un lato, infatti, si afferma che nel giudizio di rinvio l'assoluzione per il reato più grave di una continuazione criminosa fa operare il divieto della *reformatio in peius*, nella parte della condanna per i reati-satellite, nei termini di vincolo all'irrogazione di una pena complessivamente inferiore a quella già inflitta, senza riferimento alle singole componenti e, quindi, senza vincolo inderogabilità *in peius* della pena-base individuata nel limite edittale minimo fissato per il reato più grave, per il quale è poi intervenuta l'assoluzione (Sez. VI, n. 31266 del 16/06/2009, Buscemi, Rv. 244793). In altre pronunce, segnala ancora l'ordinanza di rimessione, parrebbe emergere un diverso orientamento, giacché in esse si afferma che il giudice, in ossequio al divieto di *reformatio in peius*, non può irrogare una pena che, per specie e quantità, costituisca un aggravamento di quella applicata nel giudizio precedente all'annullamento parziale, quale base per il computo degli aumenti a titolo di continuazione; mentre non sarebbe vincolato, nella determinazione della pena per il meno grave reato residuo, alla quantità di pena già individuata quale aumento ex art. 81, cpv., cod. pen. (Sez. VI, n. 4162 del 07/11/2012, dep. 2013, Ancona, Rv. 254263; Sez. I, n. 28862 del 18/06/2008, Giunta, Rv. 240461).

6. Emergerebbe, dunque, un orientamento giurisprudenziale non sintonico rispetto al principio affermato dalle Sezioni Unite nella richiamata sentenza n. 40910 del 2005; principio che, conclude la Sezione rimettente, si fonda su «premesse interpretative che non appaiono revocabili a seconda che l'intervento rescindente abbia inciso eliminando il reato più grave (come in ipotesi di assoluzione o di estinzione del reato etc.) ovvero uno dei reati-satellite o una circostanza del reato; oppure abbia unicamente colpito le modalità applicative dell'istituto della continuazione (come nel caso che qui occupa)».

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite riguarda dunque il seguente quesito: «se violi o meno il divieto di *reformatio in peius* di cui all'art. 597, comma 3, cod. proc. pen., il giudice di rinvio che, individuata la violazione più grave a norma dell'art. 81, secondo comma, cod. pen., in conformità a quanto stabilito nella sentenza della Corte di cassazione, apporti per uno dei reati in continuazione un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo

giudice, pur non irrogando una pena complessivamente maggiore».

Il punto di partenza della disamina condotta dalla Sezione rimettente in ordine alle diverse prospettive ermeneutiche secondo le quali si è articolata la giurisprudenza di legittimità a proposito della questione devoluta alle Sezioni Unite, è rappresentato dalla sentenza Sez. U., n. 40910 del 27/09/2005, William Morales, Rv. 232066, dichiaratamente postasi in una linea di continuità con quanto già affermato nelle sentenze Sez. U., n. 4460 del 19/01/1994, Cellerini, Rv. 196894 e Sez. U., n. 5978 del 12/05/1995, Pellizzoni, Rv. 201034. Questa decisione, infatti, pur non occupandosi dello specifico tema della applicazione del divieto di *reformatio in peius* al reato continuato, ha tuttavia enunciato in modo netto il principio generale secondo cui la regola riguarda non solo l'entità complessiva della pena, ma anche tutti gli elementi che concorrono alla determinazione di quest'ultima.

Operando, infatti, un raffronto tra la previsione dettata dall'art. 597, comma 3, cod. proc. pen. e la corrispondente disposizione del codice abrogato, mentre non potevano ravvisarsi significative novità in merito ai criteri di individuazione del *devolutum*, il perimetro dei contenuti decisori inerenti il divieto di *reformatio in peius* appariva ora meglio precisato ed esteso, attraverso il riferimento alle iniziative *ex officio* adottabili in favore dell'imputato. D'altra parte, un indicatore di rilievo circa la *voluntas legis* era offerto dalla previsione dettata dall'art. 597, comma 4, cod. proc. pen., attraverso il quale, come puntualizzato dalla stessa *Relazione al Progetto Preliminare*, era trasparente l'intendimento di superare la giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del vecchio codice, secondo la quale, in presenza della impugnazione del solo imputato, il giudice di appello poteva – vanificando la portata del divieto – confermare la pena complessiva irrogata in primo grado malgrado l'applicazione di circostanze attenuanti o la eliminazione di circostanze aggravanti o di reati concorrenti. Da qui, il corollario per il quale il codice del 1988 avrebbe inteso «rafforzare il divieto della *reformatio in peius*», sottolineandosi come la preclusione circa l'aumento di pena per le circostanze o i reati concorrenti fosse conseguenza anche dell'effetto devolutivo dell'appello.

La pronuncia in esame osservò, infatti, che «la previsione normativa secondo cui l'appello attribuisce al Giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai “punti della decisione” ai quali si riferiscono i motivi proposti, non si limita a circoscrivere l'ambito oggettivo entro cui il giudice di secondo grado può operare, ma, con l'esplicito riferimento ai “motivi proposti”, lascia chiaramente intendere che, entro quell'ambito oggettivo, la decisione non può che essere nel senso dell'accoglimento o della reiezione, in tutto o in parte, dei suddetti motivi, i quali, a loro volta, come è dato rilevare dal testuale tenore dell'art. 581 cod. proc. pen., sono strettamente collegati alle “richieste”, cioè al *petitum* sostanziale dell'impugnazione, rappresentando, rispetto ad esso, per mutuare le categorie civilistiche, l'equivalente della *causa petendi*».

2. A fronte di tali ineludibili *dicta*, la giurisprudenza successiva ha fatto mostra di aderire generalmente al prin-

DIVIETO DI REFORMATIO IN PEIUS

principio secondo cui il limite stabilito dal divieto di *reformatio in peius* si riferisce non solo alla pena complessiva, ma anche ai singoli elementi che la compongono. Tuttavia, e come sottolineato dalla stessa Sezione rimettente, non mancano pronunce che tendono a discostarsi dal principio enunciato dalle Sezioni Unite nella richiamata pronuncia. Risulta, inoltre, diffuso l'orientamento che distingue circa il funzionamento della regola, nella ipotesi in cui il giudice di appello o di rinvio debba individuare nuovamente il reato più grave per il proscioglimento dell'imputato dall'addebito precedentemente ritenuto tale, e che, in simili casi, applica il divieto come preclusione per il nuovo giudice di fissare una pena-base più elevata di quella fissata nel giudizio anteriore.

Nella ipotesi, invece, in cui nel nuovo giudizio non sia mutata l'individuazione del reato più grave, il divieto di *reformatio in peius* è stato applicato secondo un parametro di assoluta identità dei singoli elementi di calcolo della pena complessiva (tra le tante, Sez. VI, n. 45866 del 15/05/2012, Costanzo, Rv. 254129; Sez. I, n. 42132 del 26/09/2012, Stassi, Rv. 253612; Sez. II, n. 28042 del 05/04/2012, Vannucci, Rv. 253245). Criterio, questo, ritenuto operante tanto nel caso in cui si trattasse di rideterminare la pena-base relativa al reato più grave (Sez. IV, n. 37980 del 03/06/2008, Ahrad, Rv. 241216), quanto nella eventualità in cui dovessero essere rideterminati i segmenti di pena inerenti alle circostanze (*ex plurimis*, Sez. IV, n. 47341 del 28/10/2005, Salah, Rv. 233177) o quelli concernenti i reati-satellite (Sez. II, n. 28042 del 2012, Vannucci, cit.; Sez. V, n. 39373 del 21/09/2011, Costantini, Rv., 251521; Sez. VI, n. 41625 del 07/10/2009, Tfara, Rv. 245015).

3. Decisamente minoritario è l'orientamento che sembra porsi in termini non sintonici rispetto alla tesi affermata dalle Sezioni Unite, anche se le relative pronunce non hanno dichiaratamente posto in luce l'esistenza del contrasto (Sez. II, n. 36219 del 16/06/2011, Signoretta, Rv. 251161; Sez. III, n. 25606 del 24/03/2010, Capolino, Rv. 247739; Sez. I, n. 13702 del 13/03/2007, Santapaola, Rv. 236433). L'argomento addotto a sostegno della applicazione del divieto di *reformatio in peius* soltanto al risultato finale della operazione di computo della pena, e non anche ai criteri di determinazione "frazionata" della stessa ed ai relativi calcoli di pena-base o intermedi, è stato essenzialmente quello secondo cui il limite in questione «concerne la parte dispositiva della sentenza e non si estende alla motivazione nella cui formulazione il giudice non può subire condizionamenti». Si è al riguardo pure puntualizzato che «il computo della pena è esplicazione di un potere discrezionale del quale il giudicante deve dare conto al fine di consentire [alla Corte di cassazione] di esercitare la funzione di controllo che le è propria. Una volta che, però, si rinvienga motivazione aderente ai dati processuali e che giunga a conclusioni che siano frutto di mero arbitrio o di ragionamento illogico, esse non sono censurabili in cassazione» (Sez. III, n. 25606 del 2010, Capolino, cit.).

4. A prospettive ricostruttive meno incerte la giurisprudenza è pervenuta nella ipotesi in cui nel nuovo giudizio sia mutata la individuazione del reato più grave, giacché in una simile eventualità si è di regola escluso che la rideter-

minazione della pena del nuovo reato più grave in termini peggiorativi rispetto a quelli fissati per il medesimo reato quale reato-satellite dal giudice precedente contrasti con il divieto di *reformatio in peius* (tra le tante, Sez. VI, n. 4162 del 07/11/2012, dep. 2013, Ancona, Rv. 254263; Sez. V, n. 12136 del 02/12/2011, Mannavola, Rv. 252699; Sez. IV, n. 41585 del 04/11/2010, Pizzi, Rv. 248549; Sez. VI, n. 18301 del 11/05/2010, Benadras, Rv. 247013; Sez. I, n. 41310 del 07/10/2009, Huang, Rv. 245042).

Il nucleo della tesi secondo la quale è consentito al giudice procedere alla rideterminazione della pena per il nuovo reato più grave senza tenere conto di quella irrogata per lo stesso reato come satellite, è generalmente individuato nel dissolversi della sequenza sanzionatoria e dei relativi parametri di commisurazione, insiti nel fenomeno del reato continuato, sottolineandosi, al riguardo, come, in ipotesi di mutamento della fattispecie più grave, venga meno la stessa «unità ontologica della ritenuta continuazione, nella sua struttura costituita dal reato già individuato più grave e dai reati-satellite» (Sez. IV, n. 31266 del 16/06/2009, Buscemi, Rv. 244793). Si è anche aggiunto che lo «scioglimento della continuazione o del concorso formale, qualora determini la elisione della pena già fissata per il reato base, fa [...] acquistare ai reati-satellite la loro autonomia, il che comporta che le pene devono essere nuovamente fissate per i singoli reati secondo la loro astratta previsione» (Sez. I, n. 46533 del 11/10/2005, Pesce, Rv. 232980).

A fronte, peraltro, di una *regula iuris* declinata in termini sostanzialmente sintonici, la platea delle decisioni finisce poi per divergere non poco allorché le pronunce si impegnano nel definire l'estensione del potere del nuovo giudice nella rideterminazione, in concreto, del trattamento sanzionatorio. In alcune circostanze, infatti, si afferma che la nuova pronuncia, se «non potrà irrogare nel complesso una pena superiore a quella precedentemente irrogata per tutti i reati, compreso quello eliminato, potrà e dovrà procedere ad una determinazione della pena per i reati residui maggiore di quella fissata ai fini dell'aumento ai sensi dell'art. 81 cod. pen.», dal momento che il divieto sancito dalla sentenza delle Sezioni Unite William Morales relativo anche ai calcoli intermedi può trovare applicazione «soltanto nelle ipotesi in cui il reato continuato conservi anche nel giudizio di impugnazione la sua entità ontologica» (Sez. VI, n. 31266 del 2009, Buscemi, cit.; in senso sostanzialmente analogo Sez. VI, n. 18301 del 2010, Benadras, cit.; Sez. I, n. 32621 del 16/06/2009, Amoriello, Rv. 244299; Sez. V, n. 12136 del 2011, Mannavola, cit.).

In altre circostanze si è invece ritenuto che la regola del divieto di *reformatio in peius* debba essere in tal caso «letta nel senso che il giudice di rinvio non può irrogare una pena che, per specie e quantità, costituisca un aggravamento di quella individuata, nel giudizio precedente all'annullamento parziale, quale base per il computo degli aumenti ex art. 81 cod. pen.» (Sez. I, n. 28862 del 18/06/2008, Giunta, Rv. 240461; Sez. VI, n. 4162 del 2013, Ancona, cit.). Una linea, questa, nella quale sembra iscriversi l'orientamento secondo cui sarebbe possibile fissare una nuova pena-base in misura superiore al minimo edittale, pur se quella precedente – sebbene più elevata – fosse parametrata a tale li-

mite, sul rilievo che in una ipotesi siffatta non si tratterebbe «di rideterminare un elemento per il calcolo della pena, già presente nella sentenza di primo grado, bensì di esercitare un nuovo potere discrezionale di determinazione della pena-base per un reato diverso da quello ritenuto nella sentenza appellata» e che, quindi, «in questo caso la valutazione del giudice è libera, con il solo limite di non superare la pena-base per il reato ritenuto in primo grado ovvero con l'obbligo di ridurre la pena qualora il reato ritenuto in appello sia meno grave (Sez. V, n. 14991 del 12/01/2012, Strisciuglio, non massimata sul punto).

In termini invece integralmente adesivi alle affermazioni enunciate nella sentenza William Morales si è al contrario ritenuto che anche la fissazione per il nuovo reato ritenuto più grave della medesima pena-base determinata dal giudice di primo grado per il reato da questi ritenuto più grave integrerebbe una violazione del divieto di *reformatio in peius*, in quanto contrastante col disposto dell'art. 597, comma 4, cod. proc. pen. (Sez. IV, n. 41585 del 04/11/2010, Pizzi, Rv. 248549. V. anche n. 41310 del 2009, Huang, cit.).

5. Un ulteriore significativo spunto di riflessione, ai fini di una ricomposizione del complesso quadro tracciato dalla giurisprudenza di legittimità sulla tematica che qui interessa, è stato offerto dalla recente sentenza Sez. U., n. 33752 del 18/04/2013, Papola, Rv. 255660, ove si è affermato il principio secondo cui il giudice di appello, dopo aver escluso una circostanza aggravante o riconosciuto un'ulteriore circostanza attenuante in accoglimento dei motivi proposti dall'imputato, può, senza incorrere nel divieto di *reformatio in peius*, confermare la pena applicata in primo grado, ribadendo il giudizio di equivalenza tra le circostanze, purché questo sia accompagnato da adeguata motivazione. In particolare, in tele pronuncia la Corte, muovendo dalla stretta correlazione che può intravedersi tra l'effetto devolutivo dell'appello e il divieto di *reformatio in peius* ove appellante sia il solo imputato, ha osservato come il divieto stesso non possa applicarsi anche alle ipotesi derogatorie rispetto alla regola dell'effetto parzialmente devolutivo, tra cui quelle previste dal comma 5 dell'art. 597 cod. proc. pen., e quindi anche al giudizio di comparazione tra circostanze, per le quali l'ambito della cognizione non è condizionato dai motivi devoluti. Con specifico riferimento, poi, alla previsione dettata dall'art. 597, comma 4, cod. proc. pen., la pronuncia in esame ne ha circoscritto la portata, rilevando che «l'obbligo di corrispondente diminuzione della pena [...] è limitato all'accoglimento dell'appello dell'imputato relativo a circostanze o reati concorrenti, ossia solo – come è lecito desumere dalla stretta correlazione tra la locuzione finale (“la pena complessiva irrogata è corrispondentemente diminuita”) ed il precedente riferimento ai motivi accolti (“se è accolto l'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti, anche se unificati per la continuazione”) – ad ipotesi interessate da un metodo di calcolo comportante mere operazioni di aggiunta od eliminazione di entità autonome di pena rispetto alla pena-base, senza accenno alcuno ad ipotesi implicanti un giudizio di comparazione».

6. Il caleidoscopio attraverso il quale si snodano le varie prospettive ermeneutiche secondo le quali si è mossa la giurisprudenza di legittimità, genera una gamma mul-

tiforme di approdi, che neppure i diversi interventi delle Sezioni Unite sono valsi a ricondurre ad effettiva unità, malgrado la sostanziale assenza di contrasti espressamente dichiarati. Il tema del divieto di *reformatio in peius*, d'altra parte, ha origine risalente, così come altrettanto risalenti sono le polemiche che lo hanno costantemente accompagnato, in una con le difficoltà incontrate dalla dottrina per inquadrarne l'essenza e ricercarne l'eventuale fondamento.

L'innesto, nel codice vigente, della disposizione dettata dall'art. 597, comma 3, e del correlativo recepimento del principio del divieto di *reformatio in peius* quando appellante sia il solo imputato, infatti, non rappresenta affatto una scelta di “novità” e, meno ancora, una opzione priva di resistenze, come è testimoniato dall'andamento dei lavori parlamentari che hanno accompagnato l'approvazione delle legge-delega sulla riforma del processo penale, ove la direttiva n. 92, che appunto sanciva il criterio del «divieto di *reformatio in peius* in caso di appello del solo imputato», non mancò di suscitare, in sede parlamentare, «consistenti contrarie affermazioni» (si vedano, in particolare, gli interventi dell'on. Cifarelli e dell'on. Testa in sede di discussione sulle linee generali nella seduta della Camera dei deputati del 1° giugno 1984 ed in sede di votazione sugli emendamenti), come puntualmente ricorda la stessa *Relazione al Progetto Preliminare* (pag. 130), che doverosamente aveva recepito quel criterio direttivo, peraltro di più che sedimentata tradizione codicistica.

Già nel codice del 1865, infatti, si prevedeva, all'art. 419, terzo comma, che «[se] l'appello sia stato interposto solamente dall'imputato, la pena non può essere aumentata. Lo stesso ha luogo riguardo alle altre persone che sono concorse nel medesimo reato, quand'anche non avessero appellato, in conformità all'art. 403».

Nel codice Finocchiaro-Aprile del 1913, a sua volta, l'art. 480, secondo comma, stabiliva: «Sull'appello dell'imputato [...], la sentenza non può essere riformata, nella qualità e misura della pena, a danno dell'imputato».

Il codice del 1930, infine, così disponeva all'art. 515, terzo comma: «Quando appellante è il solo imputato, il giudice non può infliggere una pena più grave per specie o quantità, né revocare benefici, salva la facoltà, entro i limiti indicati nella prima parte di questo articolo, di dare al reato una diversa definizione anche più grave, purché non venga superata la competenza del giudice di primo grado».

A prescindere, dunque, dal ben diverso modularsi dei vari sistemi processuali contrassegnati dal succedersi delle opere di codificazione, i connotati tipizzanti il giudizio di appello, perennemente in bilico tra la *revisio prioris instantiae* e l'azione di impugnativa, sono rimasti nella sostanza inalterati e tra questi, in particolare, il divieto di aggravamento della decisione appellata, ove il gravame sia attivato dal solo imputato. Tradizione plurisecolare, dunque, alla quale, peraltro, si sono accompagnate polemiche mai sopite, alimentate in particolare da chi, in dottrina, reputava non coerente la regola del divieto di decisione *in peius* con lo stesso principio di devoluzione, dal momento che questo, tracciando il perimetro della cognizione del giudice

DIVIETO DI REFORMATIO IN PEIUS

adito in sede di impugnazione, non ne poteva – pena una incoerenza intrinseca – resecarne il contenuto decisorio.

D'altra parte, il divieto di *reformatio in peius* ha storicamente convissuto, in "ambascioso" reciproco condizionamento, con l'altrettanto discusso istituto rappresentato dall'appello incidentale, il quale, pur se depurato, nel codice vigente, dai profili di incostituzionalità che ne avevano contrassegnavano la dimensione "soggettiva" secondo il codice abrogato, non ha cessato di ispirare atteggiamenti critici, proprio per i connotati di "rimedio-ostacolo" al pieno dispiegarsi del *favor* insito nel divieto di *reformatio in peius*. Di tutto ciò, d'altra parte, v'è fedele testimonianza nella sentenza n. 280 del 1995 della Corte costituzionale, con la quale venne appunto "salvato" l'appello incidentale, pur nell'alveo di una tradizione codicistica che ne aveva giustificato l'innesto proprio quale "antidoto" teso a bilanciare l'abuso del rimedio impugnatorio da parte dell'imputato ed il relativo corollario di *favor* rappresentato dal divieto di *reformatio in peius*. Divieto che, va sottolineato, aveva formato oggetto di aspre contestazioni già nel corso dei lavori preparatori del codice del 1930. In particolare – ha rammentato infatti la indicata pronuncia del Giudice delle leggi – «il Guardasigilli dell'epoca sostenne in un discorso al Senato, e scrisse nella relazione al Progetto preliminare, che "una volta che l'imputato appella e che il processo viene portato avanti al giudice di secondo grado, questo se ritiene inadeguata la pena inflitta dal primo giudice, deve avere il potere di aumentarla; altrimenti il suo giudizio sarebbe incompleto e incoerente". E ancora: "Quando il rapporto processuale venga mantenuto in vita mediante un atto sia pure del solo imputato, il giudice assume e mantiene il potere-dovere di conoscere e di decidere, senza che alcuno possa limitarglielo o privarne, fuori dei casi eccezionalmente consentiti dalla legge". E a queste considerazioni, chiamate di "ragione logico-giuridica", altre ne aggiungeva "d'ordine pratico": "conviene togliere all'imputato la facoltà d'appellare senza alcun rischio, anzi col vantaggio, nella peggiore delle ipotesi, di differire il momento della esecuzione della condanna. Così facendo si ridurrà il numero degli appelli a quei soli casi che possono apparire meritevoli di riesame, perché l'imputato, conscio della possibilità della *reformatio in peius*, si guarderà bene dal proporre la impugnazione, quando non abbia la coscienza di meritare l'assoluzione, o quanto meno una diminuzione di pena. Se egli reclama un nuovo giudizio, deve assoggettarvisi completamente; se non vuole correre alcun rischio, si accontenti della prima sentenza. Queste proposizioni – rammentò ancora la sentenza – nella loro durezza e categoricità, non incontrarono il favore degli organismi interpellati sui contenuti del Progetto Preliminare. Di conseguenza il ministro Guardasigilli modificò le proprie vedute originarie; e – come volle scrivere nella relazione al Progetto Definitivo – non per le querimonie sprovviste di buone ragioni, che mai sarebbero state idonee a rimuoverlo dalla sua prima idea, ma per essersi convinto che "se la possibilità pratica della *reformatio in peius* appare come freno efficace al dilagare degli appelli, l'istituto giuridico, che verrebbe a porsi a base di tale pratica conseguenza, cioè il carattere devolutivo dell'appello, non può andare esente da critiche. Que-

sto carattere dell'appello, infatti – sottolineò incisivamente il Guardasigilli dell'epoca – implica la facoltà, data anche alle parti private, di far cadere in tutto la sentenza, con un semplice atto unilaterale di volontà, negando così la natura stessa decisoria della sentenza, e trasformando il giudizio di primo grado in una specie di procedimento preparatorio, duplicato superfluo del procedimento d'istruzione". E proseguiva: "Ho perciò modificato l'art. 520 (divenuto poi l'art. 515 del codice del 1930), riconoscendo al pubblico ministero la facoltà di proporre appello incidentale, quando l'impugnazione sia stata proposta dal solo imputato. In questo modo le temerarietà degli imputati rimangono frenate dalla possibilità dell'appello incidentale del pubblico ministero (che naturalmente ha tutti gli effetti dell'appello principale dello stesso pubblico ministero), e si conserva il divieto della riforma in peggio in quel caso in cui, essendo stato proposto appello dal solo imputato, il pubblico ministero non abbia ritenuto mettesse conto d'appellare a sua volta". Gli stessi concetti – rammenta conclusivamente la sentenza – il Guardasigilli ripeteva nella relazione al Re (n. 188), osservando che, mentre la Commissione parlamentare aveva espresso il parere che l'appello incidentale del pubblico ministero fosse da abolire, egli aveva "ammesso codesto appello esclusivamente per attenuare il rigore della regola della incondizionata possibilità della *reformatio in peius* accolta nel progetto preliminare"».

I nodi problematici dell'appello, che può far degradare la pronuncia di primo grado – come pure si è affermato – a mero "precedente storico", sono, dunque, di risalente tradizione, e non è un caso che la dottrina abbia, specie nei tempi più recenti, insistentemente evocato l'esigenza di un ripensamento complessivo di tale rimedio impugnatorio, sottolineandone la difficile convivenza in un contesto processuale che sconta un giudizio di primo grado fortemente contrassegnato dalle stimmate del modello accusatorio. Ed è del tutto evidente che, in una cornice siffatta, gli insoddisfacenti connotati che caratterizzano, sul piano teorico e pratico, l'appello incidentale (del tutto ignorato dalle parti private e di fatto negletto dallo stesso pubblico ministero) abbiano finito per accreditare le consistenti voci critiche levatesi a proposito di un "beneficio" (quello, appunto, della garanzia di un appello non "peggiorativo" della decisione di primo grado) di non agevole giustificazione sistematica e di sicura incidenza sul versante dell'uso (e dell'abuso) del doppio grado di giurisdizione di merito, peraltro non imposto né dalla Costituzione, né dalle Carte internazionali (v., *ex plurimis*, Corte cost. sentenze n. 280 del 1995, n. 288 del 1997 e ordinanza n. 4 del 2003).

7. Varie sono le tesi che si sono misurate per fornire una giustificazione teorica del divieto di *reformatio in peius*, e la varietà degli accenti testimonia la opinabilità degli approdi. Secondo alcuni, infatti, la regola in questione rappresenterebbe una manifestazione del generale diritto di difesa, nel senso che esprimendo il sistema delle impugnazioni il modulo dinamico verso il raggiungimento della verità processuale, il diritto dell'imputato a perseguire i rimedi approntati dall'ordinamento va coerentemente affrancato dal rischio di andare incontro ad un aggravamento della propria posizione. Da qui l'assunto – peraltro isolato nel

panorama della giurisprudenza costituzionale – secondo il quale il divieto di *reformatio in peius* andrebbe annoverato fra i “principi fondamentali dell’ordinamento” (così Corte cost., sentenza n. 3 del 1974). Secondo altra impostazione, il divieto in esame rinverrebbe il proprio fondamento nell’interesse ad impugnare, cui corrisponderebbe una preclusione per il giudice, il quale, anche nei confini del *devolutum*, non sarebbe libero di assumere le proprie determinazioni ove queste volgano *in peius*. Da qui i connotati di regola eccezionale, applicabile solo nei casi e nei limiti in cui essa sia espressamente prevista dalla legge. Altri, ancora, pongono a fulcro del divieto il generale paradigma del *favor rei*, evocato, peraltro, non come principio normativo, ma quale canone informatore dell’ordinamento, insuscettibile di applicazione analogica. Non mancano poi coloro che negano qualsiasi fondamento al principio, non derivando esso dalla struttura del giudizio di secondo grado, ma esclusivamente da una opzione legislativa, strutturalmente e funzionalmente criticabile.

Malgrado la diversità degli orientamenti, pare plausibile ritenere che, in un modello processuale fortemente contrassegnato dalla presenza dialettica delle parti, ciascuna delle quali mossa da prospettive antagoniste, insuscettibili di reciproca “surrogazione,” la domanda “impugnatoria” dell’una ragionevolmente possa contrassegnare l’oggetto – ma anche il perimetro – della devoluzione, giacché se il *petitum* sostanziale perseguito attraverso il gravame sconta – per definizione legale tipica – l’esistenza di un “interesse” concreto ed attuale ad una soluzione più favorevole, è lo stesso principio della domanda a rendere “non eccentrica” la preclusione giurisdizionale verso soluzioni “peggiorative” rispetto alla decisione impugnata; soluzioni adottando le quali, verrebbe invece ad essere “superato” l’obiettivo perseguito dal gravame, posto che al giudice della impugnazione sarebbe consentito, non soltanto di respingere l’azione impugnatoria, ma (attraverso una sorta di eterogenesi dei fini) anche di introdurre nel panorama decisorio effetti “novativi”, dando vita ad un aggravamento (un *novum* sostanziale, quindi) della posizione dell’imputato, senza “domanda” della parte pubblica. Una scelta del legislatore, dunque, senz’altro non costituzionalmente (o convenzionalmente) imposta, ma che certo non può reputarsi costituzionalmente non compatibile o “extravagante” rispetto all’assetto delle dinamiche processuali.

In tale quadro di riferimento, dunque, è da ritenere che la regola in questione non rappresenti una deroga rispetto al generale sistema delle impugnazioni e che, pertanto, non assuma i connotati della disposizione di carattere eccezionale.

8. Strettamente ricordato al tema della non “eccezionalità” sistematica della regola del divieto di *reformatio in peius* è quello della relativa applicabilità anche nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento pronunciato dalla Corte di cassazione.

Come ricorda, infatti, anche l’ordinanza di rimessione, risulta ampiamente consolidato in giurisprudenza l’orientamento secondo il quale il divieto in questione trovi applicazione anche in sede di rinvio, ove impugnante sia il solo imputato. Il principio, anzi, è stato valorizzato per afferma-

re la necessità del raffronto della decisione del giudice del rinvio non soltanto con la sentenza di secondo grado, ma anche con le altre eventuali sentenze di rinvio precedentemente pronunciate, secondo una scansione per la quale la sequenza delle impugnazioni non può determinare conseguenze “regressive” sul piano dei risultati concreti già raggiunti a seguito della progressione della regiudicanda (fra le tante pronunce che si sono espresse in questo senso v. Sez. II, n. 3161 del 11/12/2012, F., Rv. 254536; Sez. I, n. 36778 del 27/09/2011, Della Rovere, non massimata; Sez. II, n. 34557 del 08/05/2009, Gaeta, Rv. 245234; Sez. IV, n. 38820 del 16/09/2008, Artico, Rv. 242119). La base giustificativa di tale assunto è generalmente individuata nel fatto che la preclusione costituisce un principio generale, come tale applicabile a tutte le impugnazioni per le quali non sia dettata una diversa disciplina. E si è anche puntualizzato in una circostanza che «nel contesto del giudizio di rinvio dopo l’annullamento, questo giudice, tra le “limitazioni stabilite dalla legge” ai suoi poteri decisorii, a norma dell’art. 544, quinto comma, cod. proc. pen. 1930 e 627, comma 2, cod. proc. pen. 1988, incontra anche quella costituita dal diritto dell’imputato, unico impugnante, al *non peius*, a non vedersi, cioè, aggravata la sua situazione sostanziale per i profili del trattamento sanzionatorio» (Sez. I, n. 26898 del 22/05/2001, Salzano, Rv. 219920).

Il principio generale del divieto di *reformatio in peius*, con estensione al giudizio di rinvio, è stato d’altra parte ribadito dalle Sezioni Unite (sent. n. 10750 del 11/04/2006, Maddaloni, Rv. 233729), allorché è stata affrontata la questione dell’operatività del limite in caso di annullamento della sentenza di primo o di secondo grado per effetto di una nullità che travolga l’intero giudizio.

Nell’occasione, infatti, si ribadì «innanzitutto che il divieto di *reformatio in peius* deve trovare applicazione nel giudizio di rinvio conseguente ad annullamento pronunciato dalla Cassazione, su ricorso del solo imputato, della sentenza impugnata purché l’annullamento non travolga anche gli atti propulsivi». Si è poi precisato che il limite non opera nei casi appena indicati perché «il concetto di *reformatio in peius* implica necessariamente l’esistenza di un termine di paragone rappresentato da una precedente sentenza, presupposto che viene a mancare quando questa sia cancellata, in quanto atto finale di un giudizio nullo, e perciò privo di effetti». «Ben diversa – ha aggiunto la pronuncia – è la situazione quando in sede di legittimità venga ravvisato un vizio di motivazione o la sussistenza di invalidità di atti non propulsivi; in questa ipotesi la Cassazione è tenuta ad annullare in quanto non potrebbe essa stessa operare nuove valutazioni né rinnovare atti nulli ed allora assume significato parlare di applicazione del divieto di *reformatio in peius* poiché a seguito dell’annullamento si svolge una fase che fa parte del giudizio dell’impugnazione, nella quale il compito del giudice di rinvio è analogo a quello del giudice di appello e, che, al di fuori dei casi di cui all’art. 604, comma 4, cod. proc. pen., deve rimediare agli errori logici o giuridici riscontrati nel provvedimento impugnato».

9. Ma è proprio muovendo dall’analisi delle affermazioni poste a base della pronuncia da ultimo rammentata che

DIVIETO DI REFORMATIO IN PEIUS

una isolata sentenza di questa Corte è giunta ad approdi diversi da quelli cui è pervenuta la giurisprudenza di più risalente tradizione. Tenuto conto, infatti, della *ratio essendi* del principio e delle connotazioni che accomunano i rimedi impugnatori a carattere devolutivo ed al giudizio di rinvio in particolare, si è osservato come il divieto di *reformatio in peius* non possa trovare applicazione nelle ipotesi in cui – come nella vicenda qui in esame – «il giudice del rinvio debba rinnovare un giudizio che si proietta come giudizio di appello introdotto dalla impugnazione del pubblico ministero avverso una sentenza di proscioglimento, giacché il giudice del rinvio è in questo caso chiamato a delibere – ed in tal senso è circoscritto il relativo *devolutum* – la correttezza o meno di quel proscioglimento, senza “soffrire” le limitazioni, in punto di trattamento sanzionatorio, che invece gli si offrivano ove l’oggetto del suo giudizio di appello fosse uno statuto di condanna, impugnato dal solo imputato. In sostanza, poiché il giudice del rinvio, a norma dell’art. 627, comma 2, cod. proc. pen., opera con gli stessi poteri del giudice la cui sentenza è annullata, e poiché il divieto di *reformatio in peius* è coniato ed opera per il giudice di appello, a norma dell’art. 597, comma 3, cod. proc. pen., solo a fronte di una pregressa pronuncia appellata dal solo imputato, ne deriva che tale divieto deve escludersi ove la sentenza di appello annullata con rinvio sia stata pronunciata a seguito di impugnazione proposta dal pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento. L’oggetto del giudizio del giudice del rinvio è dunque rappresentato, in un frangente come quello qui in esame, dalla sentenza di primo grado “per come” appellata dal pubblico ministero: una evenienza, quindi, che si pone – ad avviso della pronuncia qui in esame – quale ontologica *contradictio in adiecto* rispetto a qualsiasi divieto di *reformatio in peius*, proprio alla luce del principio di devoluzione. Né è a dirsi – si è pure puntualizzato – che il mancato ricorso per cassazione da parte del rappresentante della pubblica accusa possa atteggiarsi alla stregua di “acquiescenza” alla condanna poi annullata, “cristallizzandone” il relativo trattamento sanzionatorio, posto che la determinazione della pena, ancorché reputata non congrua dal pubblico ministero (cosa che lo avrebbe legittimato ad appellare), non per questo assume connotazioni di illegittimità devolvibili in cassazione: con l’ovvia conseguenza di rendere concettualmente incongrua qualsiasi pretesa che fondasse sul mancato ricorso del pubblico ministero una sorta di volontà di “non reclamo,” tale da produrre effetti analoghi a quelli previsti dal richiamato art. 597, comma 3, cod. proc. pen.» (Sez. II, n. 8124 del 15/02/2012, Colturi, Rv. 252482).

L’assunto, che risulterebbe pregiudizialmente risolutivo della questione sottoposta all’esame di queste Sezioni Unite, non si ritiene, tuttavia, possa essere qui recepito, dal momento che la tesi ivi esposta, a quanto consta del tutto nuova nel panorama della giurisprudenza di legittimità formatasi sotto la vigenza del nuovo codice, richiede ulteriori approfondimenti, muovendosi la stessa, come già si è accennato, secondo coordinate non sintoniche rispetto al diverso e più sedimentato orientamento interpretativo che invece ammette la sussistenza del divieto in esame anche nel giudizio di rinvio.

10. Un primo aspetto che sembra necessario porre in rilievo ai fini della soluzione del quesito sottoposto all’esame delle Sezioni Unite, riguarda, anzitutto, la disamina dei tratti tipizzanti del “fenomeno” (il reato continuato) che costituisce l’oggetto su cui deve commisurarsi il raffronto tra i trattamenti sanzionatori, e che, dunque, rappresenta il “meccanismo” normativo la cui applicazione non può generare effetti deteriori in capo all’imputato, unico appellante. La sentenza William Morales, si è più volte detto, non si accontenta del “non peggioramento” della entità complessiva della pena, ma pretende che il principio del divieto di *reformatio in peius* si applichi anche a tutti gli elementi che concorrono alla determinazione di questa: non viene quindi in discorso un semplice confronto fra pene, ma occorre procedere ad un raffronto tra i segmenti che vengono a comporre quella sequenza; nessuna logica “manipolatoria” può quindi consentire non domandati (e quindi non consentiti) aumenti di pena riferiti ad ogni singola regiudicanda attratta nel cumulo giuridico, anche nella ipotesi in cui tali aumenti vengano poi, per così dire, compensati attraverso altre operazioni intermedie che permettano di non aggravare, rispetto allo statuto sanzionatorio adottato dal primo giudice, il trattamento finale.

Ma il fenomeno della continuazione è realtà normativa che può ricevere una lettura unitaria (o unificante) ovvero atomistica a seconda delle prospettive che si intendono perseguire. Da un punto di vista strutturale, infatti, il reato continuato rappresenta una particolare figura di concorso materiale dei reati, unificati dalla identità del disegno criminoso e assoggettati al cumulo giuridico delle pene, secondo il meccanismo sanzionatorio previsto per il concorso formale: vale a dire, la pena prevista per la violazione più grave, aumentata fino al triplo (a proposito della determinazione del reato più grave e della disamina delle variegate prospettive che ruotano attorno al complesso fenomeno della continuazione, v., da ultimo, Sez. U., n. 25939, del 28/02/2013, Ciabotti). La unificazione delle pene è, dunque, un tratto caratteristico della continuazione: prescelto il reato più grave, quelli satellite perdono la loro individualità sanzionatoria, in caso di concorso fra pene eterogenee, divenendo semplici componenti di un aumento di pena, al punto da riacquistare la loro “identità” solo agli effetti della determinazione del limite agli aumenti, che non deve comunque superare quello del cumulo materiale, a norma dell’art. 81, terzo comma, cod. pen.

Ma da qui già scaturisce un primo dato di riflessione. L’applicazione del cumulo giuridico ed il corollario del meccanismo di unificazione del trattamento sanzionatorio, presuppongono la individuazione dei termini che compongono il cumulo e la determinazione di un certo ordine della sequenza. Se muta uno dei termini (vale a dire, una o più delle regiudicande cumulate o il relativo “bagaglio” circostanziale) oppure l’ordine di quella sequenza (la regiudicanda-satellite diviene la più grave o muta la qualificazione giuridica di quella più grave), sarà lo stesso meccanismo di unificazione a subire una “novazione” di carattere strutturale, non permettendo più di sovrapporre la nuova dimensione strutturale a quella oggetto del precedente giudizio, giacché, ove così fosse, si introdurrebbe

una regola di invarianza priva di qualsiasi logica giustificazione.

In tali casi, pertanto, l'unico elemento di confronto non può che essere rappresentato dalla pena finale, dal momento che è solo questa che "non deve essere superata" dal giudice del gravame: esattamente come non potrebbe comunque essere superata una pena determinata dal primo giudice *in mitius*, anche se *contra legem*.

D'altra parte, se, come si è dianzi accennato, il procedimento attraverso il quale si realizza il cumulo giuridico prende in considerazione una specifica *relatio* tra un *quantum* di pena-base (che si determina sulla falsariga dell'editto stabilito per il reato più grave) ed un *quantum* di aumento per ciascuno dei reati-satellite, è evidente che non si può stabilire alcun termine di comparazione rispetto agli aumenti determinati dal primo giudice se è la stessa base di commisurazione che cambia: altro è aumentare di un terzo una certa pena, altro è stabilire lo stesso aumento, parametrato, però, su un trattamento sanzionatorio qualitativamente o quantitativamente diverso. In una prospettiva siffatta, quindi, non possono neppure porsi problemi relativi alla verifica (come alcune pronunce di questa Corte paiono suggerire) di una ipotetica proporzionalità tra le decisioni di primo e secondo grado, giacché nulla consente di ritenere imposto al secondo giudice – e men che mai un simile corollario può reputarsi derivante dal divieto che viene qui in discorso – di stabilire come pena-base il minimo edittale previsto per il nuovo reato ritenuto più grave, ove il primo giudice a quel limite si sia attenuto nella determinazione della pena base. Il *dictum* della sentenza William Morales, che va qui riaffermato, vale, pertanto, solo nella ipotesi in cui il giudice dell'appello o del rinvio sia chiamato a giudicare della stessa sequenza di reati avvinti dal cumulo giuridico, giacché in tal caso rinviene adeguata giustificazione la preclusione a non rivedere in termini peggiorativi non soltanto l'esito finale del meccanismo normativo di quantificazione del cumulo, ma anche i singoli parametri di commisurazione di ciascun segmento che compone quel cumulo.

D'altronde, se l'appello comporta un nuovo giudizio su qualche punto che si riflette sulla determinazione della pena, allo stesso modo di come il nuovo giudizio di comparazione tra circostanze, al lume della citata sentenza Papola, non soffre condizionamenti in ragione di quello condotto in primo grado, anche in ipotesi di eliminazione di una aggravante o di riconoscimento di una attenuante, anche il nuovo giudizio sugli aumenti a titolo di continuazione non è vincolato dalle determinazioni assunte al riguardo dal primo giudice, se cambia il titolo del reato più grave ed il relativo trattamento sanzionatorio assunto come pena-base.

Per altro verso, una implicita conferma di quanto sin qui si è osservato la si può desumere anche dalla stessa particolare previsione dettata – come elemento "rafforzativo" del divieto di *reformatio in peius* – dall'art. 597, comma 4, cod. proc. pen. Stabilendosi, infatti, il principio in virtù del quale se è accolto l'appello dell'imputato in relazione a circostanze o reati concorrenti, anche se unificati dalla continuazione, la pena «complessivamente irrogata» è

«corrispondentemente diminuita», il legislatore ha preso in considerazione, come termine di riferimento e vincolo per il nuovo giudice, soltanto la pena complessiva e non certo i singoli segmenti – o passaggi di giudizio – che hanno concorso a determinare quella pena; in tal modo finendo per accreditare la logica che il nuovo giudizio sul punto, conta solo, agli effetti che qui interessano, nel suo approdo conclusivo.

Può dunque concludersi nel senso che "non viola il divieto di *reformatio in peius* di cui all'art. 597, comma 3, cod. proc. pen., il giudice di rinvio che, individuata la violazione più grave a norma dell'art. 81, cpv., cod. pen. in conformità a quanto stabilito nella sentenza della Corte di cassazione, pronunciata su ricorso del solo imputato, apporti per uno dei reati in continuazione un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, pur non irrogando una pena complessivamente maggiore".

11. Rispetto alla vicenda qui in esame occorre peraltro esaminare anche il problema se presenti o meno interferenze lo *ius superveniens* introdotto dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, il quale ha profondamente novellato la fattispecie della concussione di cui all'art. 317 cod. pen., ed introdotto il meno grave reato di induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all'art. 319-*quater* cod. pen.

Al riguardo va infatti sottolineato che le Sezioni Unite, con la sentenza n. 12228 del 24/10/2013, depositata il 14/03/2014, Cifarelli, non ancora massimata, hanno avuto modo di affermare il principio secondo il quale il reato di cui all'art. 317 cod. pen., come novellato dalla legge n. 190 del 2012, è designato dall'abuso costrittivo del pubblico ufficiale, attuato mediante violenza o – più frequentemente – mediante minaccia, esplicita o implicita, di un danno *contra ius*, da cui deriva una grave limitazione, senza tuttavia annullarla del tutto, della libertà di autodeterminazione del destinatario, che, senza alcun vantaggio indebito per sé, è posto di fronte all'alternativa secca di subire il male prospettato o di evitarlo con la dazione o la promessa dell'indebito. A sua volta, ha ancora precisato l'indicata pronuncia, il reato di cui all'art. 319-*quater* cod. pen., è designato dall'abuso induttivo del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, vale a dire una condotta di persuasione, di suggestione, di inganno (purché quest'ultimo non si risolva in induzione in errore sulla doverosità della dazione), di pressione morale, con più tenue valore condizionante la libertà di autodeterminazione del destinatario, il quale, disponendo di più ampi margini decisionali, finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivato dalla prospettiva di conseguire un indebito tornaconto personale, il che lo pone in una posizione di complicità col pubblico agente e lo rende meritevole di sanzione.

Può quindi astrattamente porsi il problema se le condotte, o parte di esse, ascritte all'imputato a titolo di concussione, rientrano nel perimetro della meno grave ipotesi ora descritta dall'art. 319-*quater*, considerati gli elementi tipizzanti messi in luce dalla richiamata sentenza delle Sezioni Unite: d'altra parte, va pure sottolineato come sia stata quella stessa pronuncia ad aver messo in luce la continuità normativa che è possibile tracciare fra le fattispecie di riferimento, proprio agli effetti delle implicazioni che

DIVIETO DI REFORMATIO IN PEIUS

ne possono derivare sul piano del diritto intertemporale. E sul punto le conclusioni sono univoche: come è possibile affermare che «v'è totale continuità normativa tra presente e passato con riguardo alla posizione del soggetto qualificato, chiamato a rispondere di fatti già riconducibili, in relazione all'epoca di commissione degli stessi, nel paradigma del previgente art. 317 cod. pen.», «sussiste continuità normativa, limitatamente alla posizione del pubblico agente, anche tra la previgente concussione per induzione e il nuovo reato di induzione indebita a dare o promettere utilità». Dal che logicamente consegue che «compito del giudice intertemporale, per la valutazione dei fatti pregressi, deve essere solo quello di applicare, ai sensi dell'art. 2, comma quarto, cod. pen., la *lex mitior*, che va individuata nella norma sopravvenuta, perché più favorevole in ragione dell'abbassamento di entrambi i limiti edittali di pena». Ma con l'ulteriore limite – ed è questi il profilo che assume carattere dirimente agli effetti dell'odierno scrutinio – rappresentato dall'eventuale intervento del giudicato.

La preclusione del giudicato come limite alla applicazione retroattiva della *lex mitior* è stata, d'altra parte, più volte scrutinata dalla Corte costituzionale, anche sul versante della relativa compatibilità con i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, per come interpretati dalla Corte di Strasburgo, e si è osservato come la giurisprudenza di quella Corte, non soltanto abbia puntualizzato che il principio della retroattività della legge più favorevole possa subire deroghe o limitazioni in presenza di particolari situazioni, ma abbia anche espressamente riconosciuto che il principio in questione non è in grado di travolgere il giudicato (v. ad esempio, la sentenza n. 236 del 2011).

D'altra parte, lo stesso Giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi in merito ad una questione relativa alla mancata previsione della possibilità di revoca della sentenza di condanna a norma dell'art. 673 cod. proc. pen., a seguito di *overruling* giurisprudenziale in ordine alla qualificazione di un fatto come reato, ha puntualmente escluso «che dalle conclusioni raggiunte a proposito del principio di irretroattività della norma sfavorevole possa automaticamente ricavarsi l'esigenza "convenzionale" di rimuovere, in nome del principio della retroattività della *lex mitior*, le decisioni giudiziali definitive non sintoniche con il sopravvenuto mutamento giurisprudenziale *in bonam partem*. I due principi hanno, infatti, diverso fondamento. L'irretroattività della norma penale sfavorevole rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale: esigenza con la quale contrasta un successivo mutamento peggiorativo "a sorpresa" del trattamento penale della fattispecie. Nessun collegamento con la predetta libertà ha, per converso, il principio di retroattività della norma più favorevole, in quanto la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, cui l'autore si era liberamente e consapevolmente autodeterminato in base al panorama normativo (e giurisprudenziale) dell'epoca: trovando detto principio fondamento piuttosto in quello di uguaglian-

za, che richiede, in linea di massima, di estendere la modifica mitigatrice della legge penale, espressiva di un mutato apprezzamento del disvalore del fatto, anche a coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore»: con l'ovvia conseguenza di rendere non incompatibile con quel principio proprio il limite del giudicato, secondo quanto affermato sul punto dalla stessa Corte EDU, nel caso Scoppola contro Italia (v. sentenza n. 230 del 2012. Sul punto v., da ultimo, anche la sentenza n. 210 del 2013).

12. Alla stregua di tali principi può quindi dedursi che, nella specie, essendo intervenuta prima della novella legislativa la pronuncia rescindente di questa Corte proprio sul tema della individuazione del reato più grave in quello di concussione, e poiché il tema della relativa qualificazione giuridica e della responsabilità non ha formato oggetto di censure da parte del giudice della legittimità, il relativo profilo ha ormai assunto l'autorità del giudicato, a norma dell'art. 624, comma 1, cod. proc. pen. D'altra parte, al di là delle opzioni dogmatiche, può rilevarsi che se il punto deciso, ma non annullato, genera comunque una preclusione, resta comunque difficile intravedere una distinguibilità teorica tra preclusione e giudicato ove la decisione su quel punto provenga dall'organo di vertice della piramide giurisdizionale e non possa, quindi, essere comunque "ridiscusso". In questa prospettiva, appare logicamente consequenziale ritenere che, ove il punto irretroattivamente risolto attenga alla ritenuta sussistenza di responsabilità penale in ordine ad una determinata fattispecie, le vicende del reato e della sua riferibilità all'imputato si "cristallizzano", con la ragionevole conseguenza di rendere il reato stesso ormai processualmente insensibile rispetto al sopravvenire di ipotesi estintive, come la prescrizione, o modificative, agli effetti di quanto previsto dall'art. 2, quarto comma, cod. pen. In altri termini, accertata la responsabilità, con sentenza ormai irrevocabile sul punto, quest'ultimo cessa di essere semplicemente un aspetto intangibile della futura condanna in sede di rinvio (come tale rimuovibile per l'intervento di cause estintive), per divenire, invece, una porzione qualificante della sentenza non annullata, che assume, essa stessa, i connotati di un giudicato, appunto, di responsabilità.

Un approdo, questo, che appare essere null'altro che il naturale sviluppo di una ormai sedimentata giurisprudenza di legittimità, in tema di cosiddetto giudicato progressivo (v. da ultimo, Sez. U., n. 28717 del 21/06/2012, Brunetto, Rv. 252935, ove si è affermato che la legittimazione alla proposizione del ricorso straordinario per cassazione a norma dell'art. 625-bis cod. proc. pen. spetta anche alla persona condannata nei confronti della quale sia stata pronunciata sentenza di annullamento con rinvio limitatamente a profili che attengono alla determinazione del trattamento sanzionatorio. Nella specie, si è in particolare ritenuto ammissibile il ricorso straordinario proposto avverso la sentenza della Corte di cassazione che aveva annullato con rinvio la pronuncia di condanna esclusivamente con riferimento alla sussistenza di una circostanza aggravante).

È noto, infatti, come la giurisprudenza delle Sezioni Unite, sin da epoca ormai risalente, abbia avuto modo di

porre in luce la circostanza che la formazione del giudicato – specie per ciò che attiene ai riflessi che ne possono scaturire sul versante delle cause estintive del reato, quale, in particolare, la prescrizione (ma le conclusioni sono identiche anche in riferimento all'art. 2, quarto comma, cod. pen.) – ben possa assumere, proprio nelle ipotesi di annullamento parziale pronunciato in sede di legittimità, i connotati tipici di una fattispecie a formazione progressiva. Si è premesso, al riguardo, che il riconoscimento della autorità di cosa giudicata, enunciato, in tema di annullamento parziale, dall'art. 624 cod. proc. pen. con riferimento alle parti della sentenza che non hanno connessione essenziale con la parte annullata, non si riferisce né al giudicato cosiddetto sostanziale, né alla intrinseca idoneità della decisione ad essere posta in esecuzione, ma soltanto «all'esaurimento del potere decisorio del giudice della cognizione». Ci si muove, dunque, nell'ambito di uno specifico *iter* che conduce alla definizione del giudizio su di uno specifico oggetto, nel quadro di un fenomeno preclusivo che mira ad impedire che su di uno stesso tema possa intervenire una serie indeterminata di pronunce, così da assegnare i connotati della intangibilità a quella porzione di risultato raggiunta “nel” processo e “dal” processo.

Il giudicato, dunque, può avere una formazione non simultanea ma progressiva e ciò può accadere sia nelle ipotesi di procedimento cumulativo, allorché nel processo confluiscono una pluralità di domande di giudizio che comportino una pluralità di regiodicande, sia quando il procedimento riguardi un solo reato attribuito ad un solo soggetto, perché anche in quest'ultimo caso la sentenza definitiva può essere la risultante di più decisioni, intervenute attraverso lo sviluppo progressivo del mezzo di impugnazione. D'altra parte, è diretta conseguenza proprio della definitività della decisione della Corte di cassazione, sia pure limitata nel suo contenuto all'oggetto dell'annullamento, la circostanza che l'art. 628 cod. proc. pen. espressamente consenta la impugnabilità della sentenza del giudice di rinvio soltanto in relazione ai “punti” non decisi in sede di giudizio rescindente, proprio perché il perimetro cognitivo del giudice del rinvio è tracciato dai limiti del devoluto, senza che possano venire nuovamente in discorso le “parti” della sentenza annullata che hanno ormai assunto i connotati di intangibilità propri della cosa giudicata.

La sentenza della Corte di cassazione, dunque, ove di annullamento parziale, delimita l'oggetto del giudizio di rinvio, riducendo corrispondentemente l'oggetto del processo, senza che peraltro possa cogliersi un nesso di corrispondenza biunivoca tra la eseguibilità della sentenza penale di condanna e l'autorità di cosa giudicata attribuibile ad una o più statuizioni in essa contenute, giacché la possibilità di dare attuazione alle decisioni definitive di una sentenza, non va confusa con la irrevocabilità della pronuncia stessa in relazione all'*iter* processuale. Nel primo caso, infatti, la definitività del provvedimento, in tutte le sue componenti, va raccordata alla formazione di un vero e proprio titolo esecutivo; nel secondo caso, invece, la definitività della pronuncia consegue all'esaurimento del giudizio e prescinde dalla concreta realizzabilità della pretesa punitiva dello Stato (Sez. U., n. 373 del 23/11/1990,

dep. 1991, Agnese; nonché, per le medesime conclusioni in punto di irrilevanza della prescrizione sopravvenuta alla sentenza di annullamento parziale, che abbia ad oggetto statuizioni diverse ed autonome rispetto al riconoscimento dell'esistenza del fatto-reato e della responsabilità dell'imputato, Sez. U., n. 6019 del 11/05/1993, Ligresti, Rv 193418; Sez. U., n. 4460 del 19/01/1994, Cellerini, Rv 196886; Sez. U., n. 4904 del 26/03/1997, Attinà, Rv 207640).

D'altra parte, l'*auctoritas* di *res iudicata* che l'art. 624, comma 1, cod. proc. pen. conferisce alla parte “autonoma” della sentenza non annullata, è rimarcata dalla esigenza di pronta riconoscibilità “esterna” del formarsi del giudicato parziale, giacché il comma 2 del richiamato art. 624 del codice di rito demanda al medesimo giudice del rescindente il compito di dichiarare nello stesso dispositivo – con pronuncia di tipo essenzialmente ricognitivo – quali parti della sentenza del giudice a *quo* diventano “irrevocabili”, stabilendo, poi, meccanismi del tutto snelli quanto a formalità, per porre rimedio alla eventuale omissione di tale adempimento, evidentemente reputato di non trascurabile risalto. Al tempo stesso, e ad ulteriore conferma dello iato che separa il giudizio rescissorio dai precedenti gradi, sta la regola dettata dall'art. 627, comma 4, cod. proc. pen., in forza della quale non possono essere proposte nullità, anche assolute, o inammissibilità, verificatesi in precedenza, oltre alla già segnalata inoppugnabilità dei punti già decisi dalla Corte di cassazione.

Lo *stare decisis* è dunque puntualmente evocato dal sistema, secondo un modulo che rende la sentenza di merito “formalmente” – quanto ai profili di preclusione interni al processo – e “sostanzialmente” – quanto ai riverberi che ne possono scaturire sul versante del *ne bis in idem* – intangibile, seppure soltanto nella parte non compromessa dalla pronuncia di annullamento. In tale cornice di riferimento, quindi, come è indiscutibile il formarsi del giudicato di condanna nell'ipotesi di pluralità di regiodicande, ove l'annullamento riguardi soltanto una parte delle imputazioni, altrettanto è a dirsi per il caso in cui, divenendo irrevocabile l'affermazione della responsabilità penale in ordine ad una determinata ipotesi di reato, il giudizio debba proseguire in sede di rinvio soltanto agli effetti della determinazione del trattamento sanzionatorio, posto che i “punti” oggetto di annullamento non si riflettono *sull'an*, ma soltanto sul *quantum* della pena in concreto da irrogare. In tale contesto, dunque, come deve ritenersi ontologicamente venuta meno la presunzione di non colpevolezza, essendo stata quest'ultima accertata con sentenza ormai divenuta definitiva sul punto, allo stesso modo non può che inferirsene – alla stregua del medesimo parametro costituzionale, in virtù del quale *tertium non datur* – che risulti *eo ipso* trasformata la posizione dell'imputato in quella di “condannato,” anche se a pena ancora da determinare in via definitiva. Da qui l'assunto secondo il quale quando la decisione divenga irrevocabile in relazione alla affermazione della responsabilità e contenga già l'indicazione della pena minima che il condannato deve comunque espiare, la stessa deve essere messa in esecuzione, in quanto l'eventuale rinvio disposto dalla Corte di cassazione relativamente ad altri reati non incide sull'immediata eseguibilità

DIVIETO DI REFORMATIO IN PEIUS

delle statuizioni residue aventi propria autonomia (Sez. I, n. 15949 del 21/02/2013, Antonacci, Rv. 256255; Sez. V, n. 2541 del 02/07/2004, Pipitone, Rv. 230891; Sez. I, n. 2071 del 20/03/2000, Soldano, Rv. 215949; Sez. VI, n. 3216 del 20/08/1997, Maddaluno, Rv. 208873; Sez. U., n. 20 del 09/10/1996, Vitale, Rv. 206170).

Posto, dunque, che nella vicenda in esame la *lex mitior* è intervenuta dopo la pronuncia rescindente della Corte di cassazione che ha determinato la irrevocabilità della decisione sulla responsabilità penale e sulla qualificazione giuridica dei fatti ascritti all'imputato, ne deriva che, a norma dell'art. 2, quarto comma, cod. pen., la legge modificativa non può trovare applicazione.

13. Venendo all'esame del ricorso, lo stesso deve essere respinto. Alla stregua dei principi enunciati, infatti, il giudice del rinvio si è mantenuto entro i confini delle attribuzioni che gli competono, dal momento che, un volta individuato – alla stregua dei *dicta* di questa Corte in sede di annullamento con rinvio – il reato più grave nel delitto di concussione di cui al capo G), ha determinato per esso una pena inferiore a quella che era stata assunta come pena-base dal precedente giudice di appello, e calibrata sul minimo edittale previsto come pena minima per i reati-satellite di violenza sessuale. Su tale parametro di commisurazione, addirittura più blando di quello precedentemente assunto dal giudice del merito, ha poi stabilito un aumento per l'altra ipotesi di concussione di cui al capo H) in misura maggiore di quella stabilita nella sentenza poi annullata, in stretta correlazione con il triplice *novum* scaturito dalla pro-

nuncia di annullamento, e rappresentato, da un lato, dalla diversa qualificazione giuridica del reato assunto come violazione più grave (la concussione in luogo della violenza sessuale); dall'altro, nella diversa quantificazione della pena-base (commisurata, si è detto, sul minimo previsto per i reati-satellite di violenza sessuale), e, sotto un terzo ed ultimo profilo, in ragione del carattere omogeneo del reato-satellite preso in considerazione, rispetto a quello assunto come violazione più grave (entrambi contestati come violazione dell'art. 317 cod. pen.). Il tutto, per di più, in presenza di un aumento inferiore, rispetto a quello operato nella sentenza annullata (mesi due di reclusione, anziché mesi tre di reclusione) per ciascuno dei reati di violenza sessuale attratti nel medesimo vincolo della continuazione. Deve dunque escludersi qualsiasi violazione del principio di divieto di *reformatio in peius*.

Palesamente inconsistente si rivela, invece, l'altra doglianza posta a base del ricorso, nella quale si lamenta la mancata riduzione massima per la concessione delle attenuanti generiche, posto che, al contrario, la riduzione della pena per quel titolo è stata operata nella misura massima consentita, pari ad un terzo della pena (da cinque anni di reclusione, ad anni tre e mesi quattro di reclusione).

Al rigetto del ricorso segue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso il 27/03/2014.

ADA FAMIGLIETTI

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

Un nuovo contrasto in materia di divieto di *reformatio in peius*

A new conflict relating to the prohibition of reformatio in peius

Nel risolvere il contrasto interpretativo, le Sezioni Unite aderiscono all'orientamento restrittivo, ed affermano che il divieto di *reformatio in peius* va riferito alla pena complessiva e non ai singoli elementi. A conferma di tale interpretazione si richiama l'art. 597, comma 4, c.p.p.; secondo la citata disposizione, però, il giudice è tenuto a diminuire la pena, quando accolga l'appello dell'imputato relativo a circostanze o ai reati concorrenti, anche se unificati per la continuazione: dato testuale in evidente contrasto col *dictum* della Corte di cassazione.

By solving the conflict of interpretation, the united Sections adhere to the restrictive orientation, and argue that the prohibition of reformatio in peius should be referred to the total punishment and not to individual elements. In confirmation of this interpretation it's recalled the art. 597, subsection 4, Code of Criminal Procedure; however, according to the above disposition, the judge has to reduce the penalty, once he accepts the appeal of the defendant relative to the circumstances or concurrent crimes, even if they are unified for the continuation: textual data in clear contrast with the dictum of the Corte di cassazione.

PREMESSA

In tempi di riforme settoriali, era stata formulata una proposta di legge tesa a sopprimere il divieto di *reformatio in peius*¹. Tale istituto, collocato all'interno della disposizione dedicata alla cognizione del giudice di secondo grado, da sempre è stato oggetto di vivaci dispute e alterni orientamenti. Per esempio, si è affermato, anche di recente, che il divieto di *reformatio in peius* non costituisce un principio normativo, ma un mero «principio generale informatore»², capace di esprimere una funzione interpretativa che consenta di scegliere, tra diverse letture possibili di una norma, quella più favorevole all'imputato.

Ma è innegabile, sul piano generale, che il suo discusso fondamento è storicamente rintracciato nell'interesse ad impugnare dell'imputato e nel principio del *favor rei*, mentre i suoi presupposti operativi sono collocati nell'effetto devolutivo dell'appello.

Il vigente art. 597, comma 3, c.p.p., rispetto all'abrogata disciplina contenuta nel Codice Rocco, amplia la sfera operativa della regola conseguente alla proposizione dell'appello da parte del solo imputato. Da generica tutela per lo «svantaggio», già disciplinata dall'art. 515, comma 3, c.p.p. 1930, essa diventa piena attuazione del diritto di difesa. Si prevede infatti, non solo il divieto di aggravare la pena per specie o per quantità, ma anche l'impossibilità per il giudice di secondo grado di applicare una misura di sicurezza nuova o più grave, oltre al veto di prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata in primo grado.

Nonostante l'implementazione normativa, il tema ha da sempre causato molteplici oscillazioni giurisprudenziali, tanto da richiedere in un solo anno per ben due volte l'intervento delle Sezioni unite. Una prima volta, in materia di circostanze del reato³; la seconda, qui in esame, in tema di reato continuato nel giudizio di rinvio disposto dopo l'annullamento in sede di legittimità⁴.

¹ Atto Camera n. 1364, 16 luglio 2013, http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0012900.pdf

² Così, Pisani, *Divieto della reformatio in peius: appunti penalistici retrospettivi e considerazioni impolitiche*, cit., 279 s. In senso conforme, Belluta, *L'odissea del divieto di reformatio in peius*, cit.

³ Cass., sez. un., 2 agosto 2013, n. 33742, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, 81. Su tale decisione, Romeo, *Le Sezioni Unite sul divieto di reformatio in peius*, www.penalecontemporaneo.it; Montagna, *È possibile confermare la pena escludendo una aggravante?*, *Il Quotidiano Giuridico*, www.ipsoa.it; Santoriello, *Osservazioni a prima lettura*, *Arch. pen.*, 2013, n. 3; Merendino, *Sulla violazione del divieto di reformatio in peius qualora il giudice d'appello escluda un'aggravante e confermi la pena inflitta in primo grado*, www.ildirittoamministrativo.it; nonché, volendo, Famiglietti, *Circostanze del reato e divieto di reformatio in peius: brevi note su una pronuncia*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, 83.

⁴ La decisione è pubblicata anche in *Giur. it.*, 2014, 1224, con commento di Spangher, *Un'altra violazione del divieto di reformatio*

La questione di diritto da dipanare era la seguente: determinare se il giudice del rinvio violasse o meno il divieto di cui all'art. 597, comma 3, c.p.p. qualora, individuato il delitto più grave secondo la disciplina del reato continuato in conformità a quanto stabilito nella sentenza della Corte di cassazione, si apporti per uno dei reati in continuazione un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, pur non irrogando una pena complessivamente più elevata.

Pertanto, l'oggetto del contrasto interpretativo consiste nello stabilire se il divieto di *reformatio in peius* riguardi soltanto la pena inflitta, quale risultante finale delle diverse operazioni di calcolo, oppure concerna non soltanto questa, ma anche tutti gli elementi del computo.

IL CASO

Decisamente articolata la vicenda processuale che ha dato origine alla sentenza in commento. La Corte di appello accogliendo, in secondo grado, l'appello del pubblico ministero proposto contro la sentenza di proscioglimento pronunciata in sede di giudizio abbreviato, dichiarava l'imputato colpevole dei reati di concussione e violenza sessuale contestati. La Corte adita unificava tutti i reati anzidetti sotto il vincolo della continuazione e riteneva più grave il reato di violenza sessuale, giacché per questo era prevista la pena edittale minima più elevata.

La Corte di cassazione, con sentenza pronunciata su ricorso del solo imputato, annullava tale decisione, limitatamente alla individuazione della violenza sessuale, in luogo della concussione, quale reato più grave ai fini dell'applicazione della disciplina del reato continuato e rimetteva al giudice del rinvio per un nuovo esame in ordine alla rideterminazione della pena, rigettando nel resto il ricorso.

In sede di rinvio il giudice determinava, con la diminuzione per la scelta del rito abbreviato, la stessa pena finale di anni tre e mesi quattro di reclusione già fissata con la sentenza poi annullata dalla Corte di cassazione.

Sulla base della seguente scansione il giudice del rinvio: a) stabiliva quale reato più grave la concussione, in luogo della violenza sessuale, fissando in cinque anni l'entità della pena-base relativa a tale fattispecie; b) riduceva detta pena per le attenuanti

in peius (... e non solo). In argomento, Petrini, *Divieto di reformatio in peius – Giudizio di rinvio, Osservazioni a prima lettura*, *Arch. pen.*, 2014, n. 2; Diddi, *Scenari*, in questa *Rivista*, 2014, n. 4, 50; Sturba, *Osservazione a prima lettura a Cass.*, sez. IV, 20 maggio 2013, n. 21603, *Arch. pen.*, 2014, n. 1.

DIVIETO DI REFORMATIO IN PEIUS

generiche ad anni tre e mesi quattro di reclusione; c) nel contempo, aumentava la pena ad anni quattro e mesi sei di reclusione, in virtù della continuazione con un secondo episodio di concussione contestato; d) ulteriormente innalzava la pena ad anni cinque di reclusione per la continuazione con i delitti di violenza sessuale, operando un aumento di mesi due di reclusione per ciascuno degli episodi contestati, quali reati-satellite, di minore entità rispetto alla decisione precedente. La scelta del rito comportava, infine, la riduzione di un terzo della pena di anni cinque, determinandosi in anni tre e mesi quattro di reclusione la pena finale.

L'imputato, avverso la sentenza pronunciata dal giudice del rinvio, nonostante il medesimo risultato finale ottenuto in appello, proponeva ricorso per cassazione, censurando la violazione di legge in riferimento agli artt. 597, comma 3, e 627, comma 3, c.p.p., avendo la sentenza impugnata violato il divieto di *reformatio in peius* e travalicato il giudicato parziale già formatosi.

Ad avviso del ricorrente, infatti, l'oggetto del giudizio della Corte di appello doveva essere limitato alla sola individuazione del reato più grave e quindi alla determinazione della pena per lo stesso e per il reato che erroneamente era stato assunto come più grave dalla decisione impugnata e divenuto poi reato-satellite. Nel caso in esame, invece, il giudice del rinvio una volta identificato il reato più grave nella concussione (anziché nella violenza sessuale, come in precedenza ritenuto dalla Corte di appello) aveva sì ridotto la pena da sei a cinque anni di reclusione, ma nel contempo aveva applicato una diminuzione per le attenuanti generiche di entità inferiore a quella disposta dal giudice di appello, prevedendo un ulteriore aumento per un secondo episodio di concussione contestato in misura superiore rispetto alla pena determinata con la precedente decisione, pur mantenendo inalterato il risultato sanzionatorio finale.

Pertanto, data la sussistenza di un contrasto interpretativo come sopra delineato secondo la *quaestio juris* devoluta alla Corte, la quarta sezione penale, cui il ricorso era stato assegnato, ha rimesso la soluzione alle Sezioni unite.

L'OGGETTO DEL CONTRASTO INTERPRETATIVO

Si torna quindi ad esaminare se il divieto di *reformatio in peius* vada riferito al solo trattamento sanzionatorio, cioè alla pena complessivamente irrogata, oppure alle singole componenti di essa.

Si tratta di una questione che vede opposti gli orientamenti giurisprudenziali che, da sempre, si

fronteggiano sull'argomento. Da un lato, un indirizzo minoritario, secondo cui il divieto di *reformatio in peius* riguarda la pena complessivamente irrogata, avendo quale unico riferimento il dispositivo della sentenza⁵ e non la motivazione, nel cui ambito il giudice non può subire condizionamenti nella sua libertà di convincimento⁶.

Tale impostazione, ancorata alla tradizione giurisprudenziale del codice abrogato, porta a concludere per la libertà del giudice di rideterminare la pena fino alla conferma del suo massimo anche nell'ipotesi di diversa considerazione degli elementi del reato continuato⁷. In particolare, nel caso in cui sia stato richiesto dall'appellante il riconoscimento del vincolo della continuazione, il giudice di secondo grado può individuare il reato più grave, con l'unico limite di determinare la pena in misura complessivamente inferiore alla quantità che risulterebbe dalla sommatoria delle pene inflitte per i singoli reati, senza riferimento alle singole componenti⁸.

Dall'altro lato, si contrappone un indirizzo maggioritario, definito "analitico"⁹, secondo cui il divieto opera in riferimento a tutti gli elementi autonomi che concorrono alla determinazione della pena, concernendo la motivazione della sentenza del giudice d'appello¹⁰. La base normativa di tale impostazione è costituita dall'art. 597, comma 4, c.p.p., che individua come elementi autonomi, pur nell'ambito della pena complessiva, sia gli aumenti o le diminuzioni apportate alla pena base per effetto delle circostanze, sia l'aumento conseguente al riconoscimento del vincolo della continuazione. Secondo tale orientamento, infatti, la disposizione citata costituisce un *quid pluris* rispetto ai contorni classici del divieto di riforma in peggio, da cui discende in «ogni caso» per il giudice il dovere di diminuire la pena complessivamente irrogata in misura corrispondente all'accoglimento dell'impugnazione¹¹, sia quando

⁵ Cass., sez. I, 17 giugno 1997, B., CED Cass., 208576; Cass., sez. IV, 23 dicembre 2003, F., CED Cass., 229383, secondo cui il divieto di *reformatio in peius* non viene violato se il giudice di appello abbia fissato la pena base in misura più elevata rispetto al giudice di primo grado, purché, ritenute prevalenti le circostanze attenuanti, la pena complessivamente irrogata sia comunque non superiore a quella del precedente grado di giudizio.

⁶ Cass., sez. un., 19 gennaio 1994, n. 4460, Cass. pen., 1995, 2024; Cass., sez. I, 13 marzo 2007, n. 13702, CED Cass., 236433; Cass., sez. III, 24 marzo 2010, n. 25606, CED Cass., 247739; Cass., sez. V, 2 dicembre 2011, n. 12136, CED Cass., 252699.

⁷ Spangher, *Reformatio in peius (divieto di)*, Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, 277.

⁸ Cass., sez. VI, 16 giugno 2009, n. 31266, CED Cass., 244793.

⁹ Belluta, *L'odissea del divieto di reformatio in peius*, cit.

¹⁰ Cass., sez. un., 12 maggio 1995, n. 5978, Cass. pen., 1995, 3329.

¹¹ Cass., sez. un., 27 settembre 2005, n. 40910, Cass. pen., 2006, 408.

appellante sia il solo imputato, sia quando venga presentato appello incidentale o principale da parte del pubblico ministero.

In tal modo, emerge un vincolo alla decisione, laddove nel caso di accoglimento in appello delle richieste dell'imputato relativamente a circostanze o reati concorrenti si prevede un obbligo di *reformatio in melius*¹².

Tuttavia, tale assunto è stato recentemente smentito proprio in materia di giudizio di comparazione delle circostanze, giacché ad avviso delle Sezioni unite: «Non viola il divieto di *reformatio in peius* il giudice di appello che, pur escludendo una circostanza aggravante o riconoscendo una ulteriore attenuante in accoglimento dei motivi proposti dall'imputato, confermi la pena inflitta in primo grado, ribadendo il giudizio di equivalenza tra le circostanze, purché quest'ultimo sia accompagnato da adeguata e congruente motivazione».

Secondo tale interpretazione, nell'art. 597, comma 5, c.p.p. vengono disciplinate le ipotesi derogatorie alla regola dell'effetto parzialmente devolutivo dell'impugnazione contenuta nel comma 1, consentendo, fra l'altro, al giudice di secondo grado di effettuare, quando occorre, il giudizio di comparazione ai sensi dell'art. 69 c.p.¹³. Conseguentemente, il giudice d'appello avrebbe uno spazio deliberativo autonomo, che non implica una obbligatoria formulazione di un giudizio più favorevole, con indebita invasione del suo campo di valutazione discrezionale¹⁴. Mentre, l'obbligo di diminuzione di pena è limitato all'accoglimento dell'appello dell'imputato su circostanze o reati concorrenti, che producono semplici operazioni di aggiunta o eliminazione di entità autonome di pena rispetto alla base edittale, senza influire necessariamente sull'esito derivante dalla comparazione.

Tuttavia anche in tal caso, alcune decisioni successive hanno affermato che, nell'ipotesi di accoglimento dell'appello dell'imputato, relativo alle circostanze o ai reati concorrenti, ci sia l'obbligo non solo di diminuire la pena complessiva, ma anche l'impossibilità di elevare la pena per i singoli elementi¹⁵; a dimostrazione del persistente contrasto interpretativo che ha nuovamente richiesto l'intervento delle Sezioni unite.

L'OPERATIVITÀ DEL DIVIETO DI *REFORMATIO IN PEIUS* NEL GIUDIZIO DI RINVIO

Nell'affrontare le complesse implicazioni problematiche evidenziate dalla decisione in esame, rilievo dirimente assume l'ambito di operatività del divieto di *reformatio in peius*.

L'impostazione tradizionale limita il divieto in esame all'impugnazione di secondo grado, quale norma di carattere eccezionale. A questa interpretazione se ne contrappone un'altra che estende l'operatività del divieto anche al giudizio di rinvio¹⁶, operando il distinguo tra rinvio prosecutorio e restitutorio¹⁷. Nel primo caso, il rinvio è dovuto alla necessità di un nuovo esame nel merito del provvedimento impugnato, affidato ad un giudice idoneo a definire un giudizio che la Corte di cassazione, per la sua limitata competenza funzionale, non può concludere. Nell'ipotesi di rinvio in funzione restitutoria, invece, si impone la regressione del procedimento al momento in cui il vizio si è verificato, in modo da consentirne una celebrazione *ex novo* nel rispetto delle regole procedurali.

Nel 2006 le Sezioni unite, aderendo a tale prospettiva, hanno affermato che qualora l'annullamento non travolga atti propulsivi della sentenza, il divieto di infliggere un trattamento più grave deve trovare applicazione anche nel giudizio di rinvio¹⁸. Si è così stabilito che l'art. 597, comma 3, c.p.p. detta un principio di carattere generale, applicabile anche al giudizio conseguente all'annullamento di una sentenza pronunciato su ricorso per cassazione del solo imputato. In tal caso, il raffronto va effettuato con la sentenza annullata, se questa abbia inflitto una pena inferiore rispetto a quella prevista dalla decisione di primo grado.

La considerazione che la legge non prevede espressamente il divieto *de quo* con riguardo al ricorso per cassazione non è condizione ostativa per l'operatività dello stesso. La mancanza del vincolo, infatti, è commisurata alle caratteristiche intrinseche del gravame di legittimità, rimedio a critica vincolata nel quale non sono ammesse valutazioni di merito.

Recentemente, però, si è registrata un'isolata presa di posizione della Suprema Corte¹⁹, che, ove con-

¹² Pisani, *Divieto della reformatio in peius: appunti penalistici retrospettivi e considerazioni impolitiche*, cit., 295.

¹³ Cass., sez. un., 2 agosto 2013, n. 33742, cit.

¹⁴ Cass., sez. un., 27 settembre 2005, n. 40910, cit.

¹⁵ Cass., sez. II, 18 ottobre 2013, n. 45973, *CED Cass.*, 257522; Cass., sez. V, 5 dicembre 2013, n. 13833.

¹⁶ Cass., Sez. I, 18 giugno 2008, n. 28862, *CED Cass.*, 240461.

¹⁷ Amodio, *Rinvio prosecutorio e «reformatio in peius»*, Riv. dir. proc., 1976, 543; Spangher, *Reformatio in peius (divieto di)*, cit., 302 ss.; Savio, *Il giudizio di rinvio dopo l'annullamento in Cassazione*, Padova, 2014, 30 ss. e 138 ss.

¹⁸ Cass., sez. un., 11 aprile 2006, n. 17050, *Cass. pen.*, 2006, 3132, con nota critica di Spangher, *Divieto di reformatio in peius o poteri del giudice del rinvio?*

¹⁹ Cass., sez. II, 15 febbraio 2012, n. 8124, *CED Cass.*, 252482.

DIVIETO DI REFORMATIO IN PEIUS

divisa, sarebbe risultata «pregiudizialmente risolutiva della questione»²⁰ da ultimo sottoposta. Secondo tale indirizzo minoritario, si esclude l'operatività del divieto, ove la sentenza di appello annullata con rinvio sia stata pronunciata a seguito di impugnazione proposta dal pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento.

Tuttavia la regola in esame è finalizzata a scongiurare un aggravio della posizione dell'imputato a seguito di una sua impugnazione. Rilievo centrale è assunto dall'interesse del ricorrente, che diventa fondamentale per la creazione di un limite *in iudicando*, una volta dichiarata l'ammissibilità del ricorso. Inoltre, il giudizio di rinvio è una fase che si ricollega alla sentenza di annullamento, non un nuovo giudizio. Pertanto, il divieto di *reformatio in peius* viene meno solo nel caso in cui l'annullamento della sentenza di primo grado riguardi atti propulsivi della stessa, tali da renderla *tamquam non esset*, rendendo possibile l'aggravamento del trattamento sanzionatorio nel giudizio conseguente all'annullamento²¹. In tale ipotesi, infatti, la sentenza annullata non costituisce più un valido termine di paragone, essendo stata dichiarata nulla ed avendo dato corso ad un rinvio in funzione restitutoria.

Al contrario, il divieto di infliggere un trattamento più grave opera pienamente nell'ipotesi di annullamento parziale, ossia di rinvio prosecutorio connesso all'accoglimento del ricorso del solo imputato che abbia censurato un vizio di motivazione o la sussistenza di invalidità di atti non propulsivi. In questa fase, infatti, non si deve rinnovare o ripetere l'attività processuale svolta nel precedente grado di merito, poiché a seguito dell'annullamento si svolge un segmento processuale che fa parte del giudizio dell'impugnazione. Qui i poteri del giudice del rinvio non vanno commisurati ai poteri del giudice di legittimità, ma ricostruiti alla luce della cognizione del giudice di appello, che, al di fuori dei casi di cui all'art. 604, comma 4, c.p.p., deve rimediare agli errori logici o giuridici riscontrati nel provvedimento impugnato. Dunque occorre integrare la pronuncia della Corte di cassazione nella parte in cui essa – per la sua intrinseca natura di rimedio di legittimità – non ha potuto esprimersi, ricostruendo la cognizione del giudice del rinvio sulla base della disciplina generale delle impugnazioni e alla stregua della particolare *ratio* del rinvio. In questa ipotesi, pertanto, opera pienamente il divieto di *reformatio in peius*.

²⁰ Si veda il § 9 del considerato in diritto della motivazione in commento.

²¹ Cass., sez. un., 11 aprile 2006, n. 17050, cit.

IL REATO CONTINUATO NEL GIUDIZIO DI RINVIO

Quando la disciplina del giudizio di rinvio si coniuga con le regole in materia di concorso formale e reato continuato, bisogna effettuare alcune considerazioni ulteriori.

Sotto il profilo strutturale, infatti, il reato continuato rappresenta una particolare figura di concorso materiale, disciplinata in maniera autonoma, in quanto la pluralità di reati commessi dalla stessa persona appare emanazione di un unico disegno criminoso. Al regime del cumulo materiale, codificato nella vecchia formulazione, subentra nell'art. 81 c.p. il cumulo giuridico delle pene secondo il meccanismo sanzionatorio previsto per il concorso formale: la violazione più grave aumentata fino al triplo.

Il vigente codice penale ha ampliato l'ambito di operatività dell'istituto, prevedendo la continuazione dei reati anche in presenza della violazione di norme incriminatrici eterogenee. L'unificazione delle pene, quindi, è elemento caratteristico della continuazione: individuato il reato più grave, tende a scomparire l'individualità dei reati satelliti, nell'ipotesi di concorso di pene eterogenee, che diventano mere componenti di un aumento di pena.

Eppure, proprio l'ipotesi in cui l'annullamento abbia avuto ad oggetto la condanna per il reato ritenuto più grave ha costituito terreno di scontro fra opposte soluzioni giurisprudenziali. Da un lato, infatti, si afferma che nel giudizio di rinvio l'assoluzione per il reato più grave di una continuazione criminosa fa operare il divieto della *reformatio in peius* solo nella parte della condanna per i reati-satellite²².

In altre pronunce, invece, si sostiene che il giudice, in sede di rinvio, a seguito di annullamento della sola condanna per il reato ritenuto più grave, non è vincolato nella determinazione della pena per il meno grave reato residuo alla "quantità" già individuata ex art. 81 c.p., in quanto l'annullamento parziale elimina la ragione stessa del vincolo per cui opera il cumulo giuridico della pena. Allora la regola del divieto di *reformatio in peius* va letta nel senso che il giudice di rinvio non può irrogare una pena che, per specie e quantità, costituisca un aggravamento di quella base applicata nel giudizio precedente, mentre non sarebbe vincolato, nella determinazione della pena per il meno grave reato residuo, alla quantità già individuata quale aumento ex art. 81, cpv., c.p.²³.

Tale orientamento viene sostanzialmente avallato dalla decisione in commento. Nel caso in esame,

²² Cass., sez. VI, 16 giugno 2009, n. 31266, cit.

²³ Cass., sez. I, 18 giugno 2008, n. 28862, cit.

infatti, la Corte di appello del rinvio, pur mantenendo inalterata la pena finale, ha effettivamente diminuito la pena prevista per il reato più grave, ma ha applicato una diminuzione per le attenuanti generiche inferiore a quella disposta dal giudice di secondo grado, stabilendo nel contempo l'aumento per il reato satellite in misura superiore rispetto a quella determinata con la precedente decisione.

Secondo le Sezioni unite tale risultato non viola il divieto di *reformatio in peius*, in quanto la regola opera solo quando il giudice dell'appello o del rinvio sia chiamato a pronunciarsi sulla «*stessa sequenza di reati avvinti dal cumulo giuridico*». Quando muta uno dei termini, o l'ordine della sequenza, è lo stesso meccanismo di unificazione del trattamento sanzionatorio a subire una "novazione" di carattere strutturale, che consente al giudice di commisurare il trattamento sanzionatorio per il reato continuato sia partendo da una pena base superiore al minimo, sia di stabilire l'aumento in misura eccedente a quella stabilita dal primo giudice. Resta come elemento di confronto la sola pena finale, unico risultato sanzionatorio che non deve essere superato; a giustificazione di tale assunto viene nuovamente richiamato l'art. 597, comma 4, c.p.p. secondo cui la sola pena complessiva deve essere "corrispondentemente" diminuita e non i singoli addendi.

Eppure anche un orientamento autorevole legge l'art. 597, comma 4, c.p.p. come obbligo di *reformatio in melius*, laddove dispone testualmente la riduzione della pena quando venga accolto l'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti, anche se unificati per la continuazione²⁴. A tal fine, non si può fare a meno di evidenziare come il codice del 1988 abbia operato un esplicito rafforzamento del divieto di *reformatio in peius*, con la previsione dell'obbligatoria diminuzione della pena complessiva, in caso di accoglimento dell'appello in ordine alle circostanze o al concorso di reati²⁵. Si tratta di una novità attuata dal legislatore del 1988 proprio per fugare ogni dubbio circa l'obbligo di *reformatio in melius*, nel caso di accoglimento dell'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti, evitando che, malgrado il divieto di riforma peggiorativa, i vantaggi dell'appello vittorioso del solo imputato fossero di fatto vanificati in sede di determinazione della pena, come accadeva nel codice previgente.

Non c'è dubbio, infatti, che se il divieto di *reformatio*, contemplato nell'art. 597, comma 3, c.p.p. si

riferisce alla impossibilità di modificare il trattamento sanzionatorio finale, il successivo comma 4 è statuizione diversa, che rappresenta un vincolo alla discrezionalità giudiziaria nella commisurazione della pena, sancendo un sostanziale obbligo di *reformatio in melius*. Malgrado ciò, il *dictum* delle Sezioni unite del 2005, che siglava un'interpretazione rigorosamente ancorata al dato normativo, viene di fatto sostanzialmente smentito dalla decisione in commento, trovando applicazione solo nella limitata ipotesi in cui il giudice di appello o del rinvio sia chiamato a giudicare della stessa sequenza di reati avvinti dal cumulo giuridico.

CONCLUSIONI

Le Sezioni unite nella decisione in commento giungono a conclusioni distoniche rispetto alle premesse poste alla base della motivazione. Se da una parte, infatti, nel richiamare il precedente del 2005, si rintraccia il fondamento del divieto di *reformatio in peius* nel «*principio della domanda*», dall'altra si ratifica una sostanziale disapplicazione della regola, nel caso in cui il giudice del rinvio apporti per uno dei reati in continuazione un aumento maggiore, pur non irrogando una pena complessivamente superiore. A giustificazione di tale assunto, si argomenta che il fenomeno della continuazione è realtà normativa che può ricevere lettura unitaria, ovvero frazionata, a seconda delle prospettive che si intendono perseguire.

Ma ad un attento esame, l'unico elemento che potrebbe far riferire il divieto di *reformatio in peius* al solo risultato finale sarebbe rappresentato dalla individuazione di una connessione essenziale con le parti della sentenza annullate dalla Corte di cassazione²⁶.

Giova ricordare, a tal fine, che a norma dell'art. 624, comma 1, c.p.p.: «Se l'annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata». Va dunque chiarito il concetto di essenziale: quando, cioè, le parti della sentenza sono collegate in modo tale da consentire al giudice del rinvio di rivalutare questioni già affrontate nel primo giudizio e non annullate.

Secondo alcuni autori, nel precetto in esame rientrerebbero le ipotesi di connessione tra procedimenti disciplinate dall'art. 12 c.p.p.²⁷. In particolare, per

²⁴ Pisani, *Divieto della reformatio in peius: appunti penalistici retrospettivi e considerazioni impolitiche*, cit., 295.

²⁵ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, G.U., Sr. gen. n. 250, 24 ottobre 1988, suppl. ord. n. 93, 130.

²⁶ In tal senso, Dinacci, *Gli ambiti decisori del giudizio di rinvio*, Gaito (diretto da), *Le impugnazioni penali*, II, Milano, 1998, 733.

²⁷ Dinacci, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, 2002, 59 ss.

DIVIETO DI REFORMATIO IN PEIUS

quanto qui specificamente interessa, i casi rilevanti sarebbero quelli di cui alla lett. b), relativi al concorso di reati o al reato continuato.

In tal caso la connessione sarebbe essenziale tutte le volte in cui l'annullamento scinda il nesso di continuazione che il giudice ha individuato ex art. 81 cpv. c.p., incidendo comunque sulla quantificazione della pena e rendendo necessaria la rideterminazione del trattamento sanzionatorio complessivo. Laddove, però, tale risultato sia identico a quello della pronuncia annullata, si otterrebbe un implicito peggioramento, nel caso in cui sia accresciuta la pena-base o l'aumento sia applicato al reato superstite²⁸.

Pertanto, l'assunto secondo cui, alla luce dell'art. 597, comma 4, c.p.p. il legislatore ha inteso dare valore al solo approdo conclusivo della pena complessivamente irrogata, non può far dimenticare che, secondo la citata disposizione, il giudice è tenuto a diminuire quella pena: dato testuale difficilmente controvertibile.

Ma anche perseguendo una distinta linea ermeneutica, il risultato non sembra mutare. La tesi secondo cui in presenza di una connessione ex art. 12, lett. b), c.p.p. l'annullamento di una delle regudicande incide sulla quantificazione della pena, rendendo necessaria la rideterminazione del trattamento sanzionatorio è stata posta in discussione, già da punto di vista lessicale. Secondo un'attenta dottrina²⁹, infatti, il termine connessione utilizzato dall'art. 12 c.p.p. attiene ad un legame tra procedimenti, mentre nell'art. 624 c.p.p. designa un vincolo di precedenza logico-giuridica tra le parti della sentenza. A tal fine, quando l'annullamento con rinvio abbia ad oggetto uno solo dei reati connessi ex art. 12 per motivi legati alla sussistenza del fatto tipico, il legame tra le parti annullate e non annullate può ritenersi essenziale. Quando, invece, l'annullamento è dovuto a sole questioni concernenti la determinazione della pena per uno dei reati connessi vi sono maggiori dubbi sull'applicabilità dell'art. 624 c.p.p.

Dunque, astrattamente, le ipotesi di connessione tra procedimenti possono rientrare nelle ipotesi di annullamento parziale, ma si tratta di una comunanza legata alle ragioni dell'annullamento che va verificata in concreto.

Le considerazioni appena effettuate precedono l'ultima questione affrontata dalle Sezioni unite in materia di *ius superveniens* e giudicato progressivo.

Com'è noto, infatti, la l. 6 novembre 2102, n. 190 ha modificato la fattispecie di concussione di cui all'art. 317 c.p. ed introdotto il meno grave reato di induzione indebita nell'art. 319 *quater* c.p. A tal fine, secondo una recentissima pronuncia in materia, si ritiene sussista «continuità normativa, limitatamente alla posizione del pubblico agente, anche tra la previgente concussione per induzione e il nuovo reato di induzione a dare o promettere utilità»³⁰. Ne deriva che compito del giudice intertemporale, per la valutazione dei fatti pregressi, deve essere solo quello di applicare, ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p. «la legge le cui disposizioni sono più favorevoli al reo», da individuarsi nella norma sopravvenuta.

Con un unico limite rappresentato dal giudicato progressivo: fenomeno di creazione giurisprudenziale a norma del quale vi è l'esaurimento del potere di decisione del giudice dell'impugnazione sulle parti della sentenza non toccate dall'annullamento.

Nel caso di specie, la pronuncia rescindente della Cassazione è intervenuta prima della novella legislativa proprio sul tema della individuazione del reato più grave in quello di concussione; analogamente, il tema della relativa qualificazione giuridica e della responsabilità non ha formato oggetto di censure da parte del giudice del legittimità.

Posto, dunque, che il relativo profilo aveva ormai assunto l'autorità del giudicato, a norma dell'art. 624, comma 1, c.p.p., le Sezioni unite affermano che, in applicazione dell'art. 2 comma 4, c.p., la legge modificativa non può trovare applicazione. In particolare, stando all'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale per cui la necessità di procedere alla rideterminazione della pena non travolge gli aspetti relativi all'accertamento della sussistenza del reato e della responsabilità giuridica dell'imputato, si deve escludere la connessione essenziale, con conseguente formazione del giudicato progressivo³¹.

³⁰ Cass., sez. un., 14 marzo 2014, n. 12228, *Giur. it.*, 2014, 1200, con commento di Bartoli, *Le Sezioni unite tracciano i confini tra concussione, induzione e corruzione*.

³¹ Per tutte, Cass., sez. un., 23 novembre 1990, *A., Cass. pen.*, 1991, 728 e ss., secondo cui: «Un giudizio si esaurisce con la stessa simmetrica progressività con la quale si riduce il suo oggetto, e sia quando la pronuncia di annullamento ha ad oggetto uno o più capi di imputazione, sia quando la stessa decisione interviene in relazione ad uno o più punti concernenti una singola accusa, perché sia nell'uno sia nell'altro caso la irrevocabilità della decisione rappresenta l'effetto conseguente all'esaurimento del giudizio». La formazione del giudicato progressivo, però, è fenomeno eccezionale e contrapposto al «giudicato simultaneo». In tal senso, C. cost., ord. 30 ottobre 1996, n. 367, *G.U.*, 6 novembre 1996, n. 45.

²⁸ Secondo Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2001, 1148: «È aritmeticamente impossibile $n = (n+p)$, dove p sia un numero diverso dallo 0».

²⁹ Savio, *op. cit.*, 100.

GIUSEPPE BISCARDI

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

Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo

Eclipse of the non-appearance proceeding and suspension for untraceability.

Legal knowledge versus real knowledge of the trial

Anche dopo la riforma della disciplina sulla restituzione del termine, occorre adeguare il processo *in absentia* ai *dicta* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (oltre che ad univoche indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale). In proposito, la l. 28 aprile 2014, n. 67, si muove in duplice direzione. Da un lato eliminando la contumacia, con correlativa dilatazione –rispetto alla disciplina abrogata– dello *status* di assente. Dall'altro imponendo lo stop al processo nei casi in cui non sia possibile accertarne, neppure presuntivamente, la conoscenza da parte dell'imputato. È dubbio che la nuova disciplina sia conforme agli *standard* costituzionali e convenzionali, in particolare, per quanto concerne le ipotesi nelle quali si presume la conoscenza dell'accusa e si subordinano ad onere di prova i rimedi restitutori previsti per l'assente.

Even after the reform of the remission of terms discipline, it was necessary to adjust the non-appearance proceeding to the principles set by the European Court of Human Rights (and to the uniform precedents set by the Corte Costituzionale). To this end, law n. 67 of April 28 2014 follows a double path. On one hand it eliminates the non-appearance proceeding and enlarges the absentee status if compared to the previous discipline. On the other hand it prevents any proceeding from continuing when it is impossible to ascertain, even as a mere presumption, that the criminal defendant has knowledge of it. It can be doubted that the new discipline is in line with the constitutional and conventional standards, especially with reference to the rules that authorize a mere presumption of knowledge of the accusation, and require a burden of proof in order to be granted a remission of terms.

DIRITTO “DI PRESENZA” E RINUNCIA A COMPARIRE

L'imputato ha diritto di partecipare al “suo” processo¹. Lo si desume dai commi 2 e 4 dell'art. 111 Cost.,

che prevedono rispettivamente il principio del contraddittorio “debole”, valevole in tutte le sedi pro-

tima situazione e l'assenza “silente” sono ben ipotizzabili figure intermedie, unificabili nella partecipazione *ab extra* al processo (comunicazioni al giudice, al pubblico ministero o ai difensori, in quest'ultimo caso con richiesta di lettura in udienza).

¹ *Rectius*, di presenziarvi fisicamente. Atteso che tra quest'ul-

cessuali, e quello del contraddittorio “rafforzato”, tipico del processo penale². Del resto, alcuna effettività dialettica sarebbe possibile, laddove l’ordinamento non garantisse il diritto in questione, peraltro sancito nell’art. 14, comma 3, lett. d), del Patto internazionale sui diritti civili e politici³. Si sa, invece, che il diritto di partecipare di persona è implicitamente incluso nell’art. 6, comma 3, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali⁴, nella parte in cui contempla il diritto di difendersi da sé, di interrogare o fare interrogare i testimoni a carico, di essere assistito gratuitamente da un interprete ove occorra, tutele che non sarebbero concepibili in assenza del presupposto – appunto – della partecipazione al processo⁵.

L’esercizio di ogni diritto deve essere garantito; l’ordinamento giuridico deve prevedere condizioni che ne tutelino l’effettività. Nella fattispecie, lo strumento principale di tutela non può che essere la conoscenza reale, da parte dell’imputato, della data e del luogo della prima⁶ udienza di comparizione. In quest’ottica, l’*optimum* sarebbe la notificazione dell’avviso o citazione a mani dell’imputato⁷. Ma non vi è dubbio che l’effettiva conoscenza del processo, e delle ragioni che lo fondano – *id est* imputazione – può essere dimostrata anche in assenza di ciò. Ad esempio, quando l’imputato non comparso, mediante scritto contenente espresso riferimento alla data dell’udienza ed al giudice che dovrà trattarla, faccia pervenire *in loco* comunicazioni di qual-sivoglia natura (revoca del difensore, etc.)⁸.

Il diritto di partecipare al processo è rinunciabile⁹. Pacifico, d’altra parte, che la rinuncia non possa

inibire il prosieguo del processo, pena la compromissione di obiettivi fondamentali dello stesso, quali la necessità di impedire alterazioni del materiale probatorio, e di tutelare l’interesse delle altre parti processuali, attesa anche l’esigenza di scongiurare la prescrizione del reato¹⁰. Pertanto, il processo *in absentia* è legittimo, purché venga celebrato «solo a seguito di una opzione... dello stesso imputato»¹¹. Ecco quindi il primo dei punti nodali da affrontare: se tale opzione non viene esplicitata, quali saranno gli atti processuali, o i cosiddetti fatti concludenti¹², dai quali il giudice potrà trarre convincimento circa la volontà di rinunciare alla comparizione personale¹³? Pur nell’oggettiva impossibilità di circoscrivere in un *numerus clausus* le ipotesi di rinuncia tacita – quindi presunta – alla comparizione personale, soccorrono in proposito parametri elaborati in dottrina e giurisprudenza. Anche se non manifesta, la rinuncia dovrà rivestire i caratteri della inequivocità¹⁴: ogni altra possibile valutazione del comportamento processuale od extraprocessuale dovrà essere esclusa con certezza. Essa dovrà essere altresì consapevole¹⁵, oltre che volontaria¹⁶. Consapevolezza vuol dire che l’imputato deve sapere che esiste un processo a suo carico¹⁷, e quale sia l’accusa che lo fonda¹⁸. La conoscenza dell’accusa è essenziale: rinuncia consapevole significa non solo comprendere le conseguenze di un eventuale processo *in absentia*¹⁹, ma anche avere contezza del reato contestato.

Paesi di *common law* è previsto un obbligo, sanzionato a vario titolo, di comparire. Per un interessante quanto sintetico *excursus* sui profili di diritto comparato, cfr. De Caro, *Processo in absentia e sospensione – Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, Arch. pen., 2014, 3, 2 s.

¹⁰ E considerato, infine, che lo svolgimento della funzione giurisdizionale non è nella disponibilità privata (Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 36).

¹¹ Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 35.

¹² *Infra*.

¹³ È impossibile negare equivalenti alla rinuncia espressa, ossia sostenere che solo quest’ultima legittimi il processo all’assente. Altrimenti, la mancanza di rinuncia farebbe sorgere un diritto potestativo, non ammissibile, di paralisi del processo.

¹⁴ De Caro, *Processo in absentia*, cit., 6; Iafisco, *Il “giusto processo” all’imputato irreperibile all’esame della Corte costituzionale*, Giur. cost., 2007, 1133; Corte e.d.u., 8 febbraio 2007, *Kollcaku* c. Italia, Cass. pen., 2007, 3092; Corte e.d.u., Grande Camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic* c. Italia, *www.dejure.giuffre.it*.

¹⁵ Iafisco, *Il “giusto processo”*, cit., *ibidem*; Diddi, *Novità in materia di impugnazioni e di restituito in integrum*, Vigoni (a cura di) *Il giudizio in assenza dell’imputato*, Torino, 2014, 233.

¹⁶ Si vedano le considerazioni del ricorrente riportate da Corte e.d.u., Grande Camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic* c. Italia, cit.

¹⁷ Iafisco, *Il “giusto processo”*, cit., *ibidem*; C. cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, Cass. pen., 2010, 1729.

¹⁸ Diddi, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., *ibidem*; Corte e.d.u., Grande Camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic* c. Italia, cit.

¹⁹ Da questo punto di vista, non può negarsi la criticità di disposizioni quali, ad esempio, l’art. 429, comma 1, lett. f), c.p.p.,

² In termini Cass., sez. un., 26 marzo 2003, n. 21035, Cass. pen., 2003, 2549; Silvestri, *Le nuove disposizioni in tema di processo “in assenza” dell’imputato*, Ufficio del Massimario della Cassazione Penale, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, Roma, 5 maggio 2014, *www.cortedicassazione.it*, 35; Trib. Pinerolo, ord. 31 gennaio 2006, Cass. pen., 2006, 2945.

³ Ratificato con l. 25 ottobre 1977, n. 881.

⁴ Ratificata con l. 4 agosto 1955, n. 848.

⁵ Opinione unanime in dottrina e giurisprudenza. Per tutti, Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., *ibidem*; Corte e.d.u., 18 maggio 2004, *Somogyi* c. Italia, Cass. pen., 2004, 3797.

⁶ La precisazione appare importante, giacché il diritto di partecipazione non può conoscere restrizioni, e pertanto deve poter essere esercitato *ab initio*. Oltretutto, nella legislazione italiana la presenza alla prima udienza consente all’imputato la possibile fruizione di riti differenziati con annesse premialità, nonché l’esercizio del diritto di prova in dibattimento. Profili fondamentali che una comparizione tardiva compromette, o comunque può compromettere (cfr. artt. 438, 446, 493 c.p.p.).

⁷ Del resto prevista quale prima opzione dall’art. 157, comma 1, primo periodo, c.p.p. Modalità differenti sono autorizzate solo se la consegna a mani non è possibile (art. 157, commi 1, secondo periodo, 2, 7, 8, c.p.p.).

⁸ Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 47.

⁹ Almeno nell’ordinamento italiano. Viceversa, di regola nei

Non potendosi negare che la scelta di rinunciare o meno alla partecipazione dipenda in buona misura anche dalla maggiore o minore gravità dell'imputazione²⁰. Infine, la conoscenza dell'accusa spiega un ruolo decisivo anche in ordine alle determinazioni dell'imputato circa l'accesso a riti differenziati, posto che quest'ultimo è possibile solo mediante atti "personalissimi"²¹. E quindi presuppone la comparizione personale, in quanto tale ostativa alla rinuncia²².

Se quest'ultima non può essere accertata, nemmeno in via presuntiva, sono ipotizzabili due rimedi. Il primo è la sospensione del processo, che dovrà durare sino a quando non sarà possibile notificare personalmente l'avviso o citazione²³. Il secondo è consentirne il prosieguo, salva la possibilità, per chi compare tardivamente, di fruire di opportunità restitutorie la cui ampiezza è variabile, spaziando dalla possibilità di essere sentito "a discolpa", sino a giungere al ripristino del diritto di prova e della facoltà di accedere a riti differenziati²⁴. L'alternatività di tutela per l'imputato assente sembra discendere da reiterati pronunciamenti della giurisprudenza sovranazionale²⁵, che demanda agli ordinamenti interni la scelta di strumenti normativi consoni a scongiurare possibili violazioni dell'art. 6 Cedu. A ben vedere, tuttavia, le cose non sembrano stare proprio in questi termini. Se la mancata comparizione non è imputabile con certezza ad una rinuncia del titolare del diritto, l'unica opzione consentita sembra la messa in quiescenza del processo, se è vero che un rito *in absentia* riceve proprio dalla rinuncia dell'imputato la propria legittimazione²⁶. Quindi, i rimedi

in questione non appaiono sovrapponibili. Come visto, la sospensione sopperirà al mancato accertamento di una rinuncia a comparire. Viceversa, la restituzione troverà spazio laddove tale accertamento sia stato compiuto con esito positivo, e si manifesti il fatto sopravvenuto dell'incolpevole ignoranza del processo²⁷ da parte dell'imputato²⁸. Insomma: si sospende se la rinuncia a comparire non è provata; si "restituisce" se si dimostra che non vi è stata²⁹ rinuncia. Come in tutti i casi in cui il processo devia dal corso ordinario, entrambi i rimedi illustrati presentano inconvenienti dal punto di vista sistematico e funzionale. La sospensione può disperdere e deteriorare le prove, condurre alla prescrizione³⁰, tradursi in un diniego di giustizia per la vittima del reato³¹. La *restitutio*, per quanto piena ed incondizionata, non può impedire³² la possibile compromissione di fonti di prova. Inoltre, lo strumento riparatorio non elimina il possibile pregiudizio costituito da prove raccolte *in absentia*, se le stesse dovessero rivelarsi decisive per la condanna. A meno che non voglia ritenersi che la dimostrazione dell'ignoranza incolpevole del processo travolga gli atti compiuti prima. Ma si tratta di argomento, sebbene lodevole in un'ottica garantista, quantomeno controvertibile, essendo smentito dalla disciplina positiva³³ la quale, oltretutto, pur dopo le innovazioni di cui alla l. n. 67 del 2014, ha lasciato immutato il regime delle notifiche; mentre quest'ultimo avrebbe urgenza di un nuovo e più soddisfacente assetto, da realizzare con l'introduzione dell'obbligo di notificare personalmente l'atto di *discovery*³⁴ e l'atto di esercizio dell'azione penale³⁵. Ne segue che alcun problema

relativamente all'«avvertimento all'imputato che non comparendo sarà giudicato in contumacia». Con l'entrata in vigore della l. 28 aprile 2014, n. 67, Gazz. Uff., n. 100 del 2 maggio 2014, la situazione sembra peggiorare, posto che l'art. 9, comma 1, stabilisce che all'imputato, «qualora non compaia, si applicheranno le disposizioni di cui agli articoli 420-bis, 420-ter, 420-quater e 420-quinquies» (*infra*). Nel corso dei lavori preparatori, si era infatti suggerito di rendere più esplicito l'avvertimento sulle conseguenze della mancata comparizione (cfr. Camera dei Deputati – XVII Legislatura – proposta di legge n. 331, www.camera.it).

²⁰ Salvo che la gravità in questione induca l'imputato a sottrarsi volontariamente alla giustizia (*infra*).

²¹ Artt. 438, comma 3 e 446, comma 3, c.p.p.

²² A meno che non ci si intenda avvalere di procuratore speciale (cfr. artt. 438, comma 3 e 446, comma 3, c.p.p.). Nel qual caso si proverebbe la conoscenza certa del processo da parte dell'imputato, con conseguente legittimità del rito *in absentia* (*infra*).

²³ Essendo a questo punto impensabile una conoscenza del processo *per facta concludentia*, a meno che questi ultimi si manifestino a sospensione in corso (*infra*).

²⁴ *Infra*.

²⁵ Per tutte Corte e.d.u., Grande Camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic* c. Italia, cit.

²⁶ *Supra*. Del resto, l'affermazione circa la libertà di scelta degli ordinamenti interni è accompagnata dal rilievo per cui questi

ultimi devono porre l'imputato eventualmente condannato (*infra*) «in una situazione equivalente a quella nella quale si troverebbe se non vi fosse stata violazione dei requisiti della Convenzione» (Corte e.d.u., Grande Camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic* c. Italia, cit.). E l'unica situazione davvero equivalente è la celebrazione *ab initio* del rito, posto che rimedi restitutori, per quanto completi ed incondizionati, non eliminano il possibile pregiudizio causato da prove raccolte *in absentia* (*infra*).

²⁷ Altra questione essendo stabilire a chi compete provarla (*infra*).

²⁸ È possibile che la valutazione del giudice circa l'esistenza di una rinuncia a comparire sia contraddetta dal giudice del grado successivo. In questo caso, l'unica soluzione ipotizzabile è l'annullamento con rinvio della sentenza (*infra*).

²⁹ Perché, per ignoranza, non poteva esservi.

³⁰ *Infra*.

³¹ Alla quale comunque, dovrà essere consentito di coltivare le proprie pretese risarcitorie nella sede naturale, a fronte della sospensione del processo penale (*infra*).

³² Considerando che il rimedio potrà trovare attuazione anche decorso un tempo considerevole dall'inizio del processo (*infra*).

³³ *Infra*.

³⁴ Art. 415 bis c.p.p.

³⁵ In termini, per quest'ultima ipotesi, De Caro, *Processo in absentia*, cit., 20.

si potrebbe più porre circa la conoscenza del procedimento e del processo. Infatti, se la notifica “personale” va a buon fine, tali conoscenze sono certe. In caso contrario, non potrebbero esservi alternative alla sospensione³⁶.

LA L. N. 67 DEL 2014: OBIETTIVI E STRUMENTI

Se il quadro sistematico sopra sintetizzato è corretto, si tratta di vedere se la novella in esame vi si allinea ovvero se presenta profili, più o meno rilevanti, di criticità.

Il dato saliente è l'eliminazione della contumacia³⁷. La scelta appare coerente con quanto ricordato circa le condizioni di legittimità del processo *in absentia*. Se quest'ultimo può svolgersi solo quando è ravvisabile una rinuncia alla comparizione personale, ne deriva che non c'è spazio per un giudizio come quello soppresso dalla riforma. Contumace, infatti, è l'imputato che non compare pur in presenza di una *vocatio* citazione validamente notificata, quando non constino impedimenti e il giudice ritenga improbabile che non abbia avuto conoscenza effettiva del processo³⁸. Se questi sono i parametri definitivi, tra essi non è rintracciabile la rinuncia, ancorché per *facta concludentia*, alla comparizione; aspetto invece insito nella figura dell'assente³⁹. In altri termini: è contumace l'imputato nei cui confronti non è possibile accertare che la mancata comparizione sia conseguenza di rinuncia⁴⁰.

³⁶ Che si tratti di soluzione tanto semplice quanto ardua nella pratica, visto l'attuale assetto degli uffici giudiziari, è difficilmente opinabile. Tuttavia, in linea di principio le pur note disfunzioni non potrebbero fare premio su garanzie di livello costituzionale (*supra*). D'altra parte, una situazione di fatto carente e problematica non ha impedito al legislatore di disporre l'obbligo di notificazione “personale” in casi che possono prevedersi non esigui (*infra*).

³⁷ Artt. 9, 10, commi 2, 3, 4 e 5, e 11, commi 1 e 2, l. n. 67 del 2014.

³⁸ Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 34; Cass., sez. un., 26 settembre 2006, n. 37483, *Cass. pen.*, 2007, 505. Come noto, la diagnosi circa la conoscenza effettiva del processo (art. 420bis c.p.p., ora sostituito dall'art. 9 l. n. 67 del 2014) fu introdotta dall'art. 19, comma 2, l. 16 dicembre 1999, n. 479. Pur con tutte le sue lacune, si trattava del primo tentativo di affiancamento del principio di conoscenza legale –secondo cui il processo è validamente instaurato se sono rispettate le previsioni in tema di notifiche, anche se non effettuate personalmente all'imputato– a quello della conoscenza reale (Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 35; Cappa, *Contumacia*, *Dig. pen.*, VII Agg. Torino, 2013, 136).

³⁹ Che infatti, secondo l'art. 420quinquies, comma 1, c.p.p., sostituito dall'art. 9, comma 3, l. n. 67 del 2014, era l'imputato che, anche se impedito, chiedeva lo svolgimento del processo *in absentia*, ovvero vi consentiva. Assente, altresì, era considerato l'imputato detenuto che rifiutava di assistere all'udienza. Per altro verso, il *trait d'union* tra assenza e contumacia era (è) la mancata comparizione dell'imputato.

⁴⁰ Diddi, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., 215; Dalia,

La soppressione di tale qualifica ha condotto ad una dilatazione, se non mutazione, dello *status* di assente⁴¹, che non è più solo chi rinuncia espressamente a comparire o consente alla prosecuzione del processo senza comparire, ma è anche l'imputato di cui il giudice accerta la rinuncia (tacita) sulla base di determinate fattispecie. Se queste ultime implicano la conoscenza del processo, *nulla quaestio* in punto di compatibilità della disciplina con la normativa costituzionale e sovranazionale. Se invece le ipotesi che impongono⁴² di ravvisare la rinuncia a comparire siano inidonee a far concludere per l'inequivocità e consapevolezza di tale opzione, si porrebbe un problema di legittimità costituzionale⁴³ della riforma.

ASSENZA ANNUNCIATA ED ASSENZA SILENTE

I primi due commi del nuovo art. 420bis c.p.p.⁴⁴ disciplinano i casi in cui il giudice è autorizzato⁴⁵ a procedere in assenza⁴⁶. Tra essi è agevole discernere quelli in cui la declaratoria consegue a conoscenza certa dell'udienza (*id est* processo) da parte dell'imputato, da quelli in cui tale conoscenza è presumibile da atti o fatti individuati a tal fine dal legislatore⁴⁷. Tra i primi rientrano la rinuncia espressa ad assistere all'udienza (art. 420bis, comma 1, c.p.p.), e la ricezione personale dell'avviso o citazione⁴⁸. Il dato

Contumacia, Scalfati (a cura di), *Digesto online Giappichelli*, Torino, 2013, § 3.

⁴¹ Cfr. art. 9, comma 2, l. n. 67 del 2014, introduttivo dei commi 1 e 2 del “nuovo” art. 420bis c.p.p.

⁴² *Infra*.

⁴³ E di prognosi sfavorevole circa l'esito di possibili ricorsi avanti la Corte Europea dei diritti dell'Uomo. A tal proposito, è noto che quest'ultima basa le sue decisioni su un metodo casistico (cfr. nota redazionale a Corte e.d.u., 28 febbraio 2008, *Dembukov* c. Bulgaria, *Cass. pen.*, 2008, 2676). Di modo che dalle stesse non può trarsi un indirizzo giurisprudenziale, come accade per gli organi, quali la Corte di cassazione, cui sono attribuite funzioni nomofilattiche. Tuttavia, il ripetersi di determinati pronunciamenti da parte del giudice sovranazionale consente, spesso in modo non disagiata, di ipotizzare un orientamento a fronte di casi simili od analoghi, seppur futuribili. Tant'è che ormai non è raro imbattersi, proprio a proposito delle sentenze della Corte e.d.u., in richiami espressi a linee-guida estrapolabili dalle stesse. Specie se queste ultime hanno natura di pronunce-pilota, ossia evidenziano che la violazione censurata è frutto di una lacuna strutturale della legislazione interna, e indicano le misure necessarie a colmarla (cfr. Dei-Cais, *Il procedimento penale nei confronti di imputati irrimediabili tra giurisprudenza della Corte Europea e normativa interna*, Conti-Marandola-Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, 196, nota 20).

⁴⁴ Art. 9, comma 2, l. n. 67 del 2014.

⁴⁵ *Rectius* obbligato, *infra*.

⁴⁶ Previa emissione della relativa ordinanza (art. 420bis, comma 4, c.p.p.). Provvedimento impugnabile contestualmente alla sentenza, in base alla regola generale di cui all'art. 586 c.p.p.

⁴⁷ In termini la *Relazione* alla proposta di legge n. 331, cit.

⁴⁸ La disposizione in esame ha specifico riguardo alla fase dell'udienza preliminare. Ma nulla muterebbe nel caso di cita-

che li unifica è appunto la certezza che l'imputato conosce data e luogo di trattazione, nonché l'imputazione. Per quanto concerne la rinuncia espressa, attesa la rilevanza degli interessi da comporre⁴⁹, sarà necessaria una comunicazione non equivocabile, sebbene non vincolata a formule obbligatorie⁵⁰. Non pare dubbio inoltre che, pur in assenza di specificazioni normative, la rinuncia costituisca atto "personalissimo", con conseguente infungibilità di ogni altra forma, inclusa la dichiarazione del difensore. Ci si è chiesti⁵¹ se la rinuncia possa essere desunta da qualunque comportamento concludente, come ammesso dalla giurisprudenza⁵² prima dell'entrata in vigore della l. n. 67 del 2014. La risposta sembra essere negativa. A parte la considerazione per cui in passato i *facta concludentia*, meglio la loro ammissibilità, erano legittimati dal testo dell'art. 420quinquies⁵³, decisiva appare la circostanza che la riforma tipizza i casi in cui la conoscenza presunta del processo (art. 420bis, comma 2, c.p.p.) autorizza la dichiarazione di assenza, e pertanto i casi di rinuncia tacita a comparire.

zione diretta a giudizio (art. 552 c.p.p.), in virtù del rinvio operato dall'art. 484, comma 2bis, c.p.p.

⁴⁹ Appunto il diritto al contraddittorio e quello di rinuncia alla comparizione personale (*supra*). Parte della dottrina scorge nel contraddittorio una regola di valenza oggettiva pari, se non superiore, al suo usuale inquadramento nel novero delle garanzie soggettive (in termini, tra gli altri, De Caro, *Processo in absentia*, cit., 8). Nessuno dubita che una sana dialettica tra antagonisti abbia capacità ricostruttive superiori ad altri e solipsistici metodi di accertamento (come osserva Iafisco, *Il "giusto processo"*, cit., 1126). Ma quand'anche tale affermazione dovesse trovare smentita fattuale, non per questo la garanzia soggettiva di cui all'art. 111, comma 4, Cost. verrebbe meno (salvo il caso di riscrittura *in peius* della previsione). Del resto, se il contraddittorio avesse portata eminentemente oggettiva, fosse insomma funzionale all'esercizio della giurisdizione (De Caro, *Processo in absentia*, cit., *ibidem*), vi si potrebbe derogare solo con il consenso di tutte le parti, e non del solo imputato (come invece prevede l'art. 111, comma 5, Cost.). Anzi: a voler essere consequenziali, la strumentalità della regola al corretto esercizio della giurisdizione dovrebbe impedire deroghe "consensuali", potendosi autorizzare solo quelle causate da impossibilità oggettiva o provata condotta illecita (art. 111, comma 5, Cost.). Posto, infine, che, la presenza dell'imputato «riveste un'importanza fondamentale sia per il diritto di quest'ultimo di essere sentito sia per la necessità di controllare l'esattezza delle sue affermazioni e di confrontarle con le affermazioni delle vittime» (Corte e.d.u., Grande Camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, cit.), all'"oggettivizzazione" della regola dovrebbe per coerenza fare seguito l'impossibilità della rinuncia a comparire (*contra*, in modo condivisibile, Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 27; Marzaduri, *Sulla necessità di una riforma del giudizio in contumacia*, *Legislazione pen.*, 2004, 615 s.).

⁵⁰ La comunicazione dovrà essere indirizzata al giudice, ovvero consegnata al difensore che fungerà da tramite al riguardo.

⁵¹ Cfr. Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 42.

⁵² Per tutte, Cass., sez. I, 7 luglio 2010, n. 33510, *Cass. pen.*, 2011, 2300.

⁵³ Che si riferiva espressamente non solo alla richiesta, ma anche al consenso al prosieguo *in absentia* (comma 1, primo periodo).

La ricezione personale dell'avviso o citazione (art. 420bis, comma 2, c.p.p.) costituisce, come osservato, la soluzione ideale in tema di rapporto tra garanzie partecipative ed esigenze di speditezza processuale (e quindi di durata ragionevole del processo, art. 111, comma 2, secondo periodo, Cost.)⁵⁴. Sempre che non siano riscontrabili vizi formali e contenutistici dell'atto, l'imputato è posto a conoscenza di data e luogo di udienza, e del fatto -con relativa qualificazione giuridica- addebitatogli: *imputet sibi* la scelta, sicuramente consapevole, di non comparire. Appare peraltro erroneo identificare la ricezione personale con la consegna a mani ad opera dell'ufficiale giudiziario⁵⁵. Sussistendo la fattispecie anche qualora l'atto venga spedito a mezzo posta⁵⁶, purché ricevuto personalmente dal destinatario⁵⁷. Viceversa, la stessa non sarà integrata qualora l'imputato dovesse ricevere personalmente la raccomandata di cui all'art. 157, comma 3, e comma 8, c.p.p.. Atteso che in queste ultime manca la *vocatio in ius*, e che esse assolvono all'unica funzione di avvertire che quest'ultima è stata consegnata o depositata altrove⁵⁸.

CONOSCENZA CERTA DEL PROCEDIMENTO E CONOSCENZA PRESUNTA DEL PROCESSO

Come detto, l'art. 420bis, comma 2, c.p.p. elenca atti o fatti che, se riscontrati, autorizzano il prosieguo *in absentia* del processo, ossia consentono di ritenere che l'imputato abbia rinunciato a comparire. Sono la dichiarazione od elezione di domicilio, la nomina di un difensore di fiducia, la sottoposizione ad arresto, fermo o misura cautelare, ed infine, in modo onnicomprensivo, la certezza che l'imputato sia comunque a conoscenza «del procedimento».

Quanto alle prime due ipotesi, il dato che colpisce è che le stesse producono l'effetto voluto in ogni

⁵⁴ *Infra*. Fermo restando che la necessità di un raccordo non può autorizzare un bilanciamento tra le esigenze appena richiamate, atteso che l'equità del processo non può prescindere dal rispetto delle garanzie difensive, in assenza delle quali non esiste un processo giusto della cui durata ci si debba preoccupare (C. cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, cit.; Trib. Pinerolo, ord. 31 gennaio 2006, cit., 2947).

⁵⁵ Art. 157, comma 1, primo periodo, c.p.p.

⁵⁶ Art. 170 c.p.p.

⁵⁷ Art. 7, comma 1, l. 20 novembre 1982, n. 890. Conforme Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., *ibidem*. All'opposto dovrà concludersi per la notifica "personale" a norma del nuovo art. 420quater c.p.p., effettuabile solo a norma dell'art. 157, comma 1, primo periodo, c.p.p. per varie ragioni, incluse le caratteristiche soggettive del notificante (*infra*).

⁵⁸ Lo stesso è a dirsi, per gli stessi motivi, in caso di ricezione personale dell'avviso dovuto nell'ipotesi di mancato recapito a mezzo posta dell'avviso o citazione (art. 8, comma 2, l. n. 890 del 1982). Tuttavia, nelle fattispecie sinora richiamate potrebbe comunque presumersi la conoscenza del processo (*infra*).

tempo e circostanza, come si ricava con certezza dall'espresso riferimento normativo al compimento degli atti «nel corso del procedimento» (art. 420bis, comma 2, c.p.p.). Basteranno, ad esempio, un'elezione di domicilio formalizzata contestualmente all'identificazione dell'indagato (artt. 349, comma 1, e 161, comma 1, c.p.p.). Ovvero una nomina fiduciaria finalizzata alla richiesta di cui all'art. 335, comma 3, c.p.p. Con riferimento alla dichiarazione od elezione di domicilio⁵⁹, la bussola interpretativa sarà costituita dall'art. 161, c.p.p. Siccome, peraltro, l'atto in questione qui funge da fattore presuntivo di conoscenza, ne deriva che anche un'elezione di domicilio insufficiente o inidonea (art. 161, comma 4, primo periodo, c.p.p.) non è in grado di inibire l'operatività dell'art. 420bis, comma 2, c.p.p. Lo stesso è a dirsi per la mancata comunicazione del mutamento del domicilio dichiarato o eletto (art. 161, comma 2, c.p.p.).

In relazione alla nomina del difensore, la previsione di un rapporto fiduciario impedisce che all'attribuzione di un difensore d'ufficio possa fare seguito l'applicabilità dell'art. 420bis, comma 2, c.p.p.⁶⁰. Tale constatazione induce a ritenere che la nomina, a giudizio del legislatore, denoti un interesse dell'imputato a conoscere la vicenda processuale che lo vede coinvolto, ed i relativi sviluppi; conoscenza che, per essere ottenuta, implica il costante adempimento di un onere di informazione⁶¹.

Considerazioni più diffuse merita la fattispecie di soggezione ad arresto o fermo, ovvero di sottoposizione a misura cautelare, che pure ha valenza presuntiva di conoscenza del processo. Il primo dato certo è che tale valenza è data solo a fronte della concreta esecuzione della misura, e non della sola circostanza che quest'ultima sia stata disposta⁶². Del resto, a parte il rilievo per cui in caso contrario il legislatore avrebbe fatto ricorso a differente terminologia⁶³, solo tale concretezza rende incontrovertibile la conoscenza del procedimento. Ciò posto, nessun problema può sorgere quando sono eseguite misure coercitive a carattere custodiale (artt. 284 ss. c.p.p.). Di contro, perplessità emergono in caso di

misure coercitive a carattere non custodiale⁶⁴, ovvero di misure interdittive (artt. 288, 289 e 290 c.p.p.). Come noto, entrambe sono eseguibili previa notifica all'imputato (art. 293, comma 2, c.p.p.), notifica che non necessariamente deve essere effettuata personalmente a quest'ultimo. In tale caso, l'equiparazione dell'atto alla conoscenza del procedimento non appare possibile, a meno che non risulti *aliunde* l'ottemperanza al provvedimento giurisdizionale o, comunque, la conoscenza dello stesso⁶⁵. Riconcontro fattuale a volte non agevole, specie quando la misura sia connotata da brevità temporale⁶⁶.

Per quanto concerne le misure cautelari, l'assenza di specificazioni all'interno dell'art. 420bis, comma 2, c.p.p. induce a concludere che gli effetti voluti da quest'ultimo si producano anche quando la misura abbia natura reale⁶⁷. È dubbio se tale disposizione, nel riferirsi al «fermato», includa nel suo ambito di operatività anche il fermo "identificativo" previsto dall'art. 349, comma 4, c.p.p. Si è optato per una risposta negativa⁶⁸, atteso che il provvedimento in questione può incidere anche su soggetti non indagati⁶⁹. Il rilievo appare più che ragionevole, e sistematicamente corretto. Tuttavia, l'assenza di specificazioni nel testo dell'art. 420bis, comma 2, c.p.p., non consente con certezza di giungere a tali conclusioni, laddove il fermo "cada" sul soggetto sottoposto ad indagini (art. 349, commi 1 e 4, c.p.p.)⁷⁰.

⁶⁴ Specie quando consistano in obblighi di *non facere*: artt. 281, 282 ter, 283, comma 1, c.p.p.

⁶⁵ Ad esempio, laddove intercorra corrispondenza tra l'imputato cui venga applicata la misura del divieto temporaneo di svolgere attività professionali (art. 290 c.p.p.) e l'Ordine di appartenenza (circostanza resa possibile dall'art. 293, comma 4, c.p.p.).

⁶⁶ In tal caso, infatti, il *non facere* potrebbe essere frutto di mero accidente, e non di obbedienza al provvedimento del giudice. La circostanza appare possibile specie nell'ambito delle misure interdittive, di regola caratterizzate da durata esigua (art. 308, comma 2, primo periodo, c.p.p. Si vedano comunque il secondo periodo del secondo comma, ed il terzo comma, della disposizione ora citata).

⁶⁷ Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., *ibidem*; Quattrococo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente mentre l'irreperibile l'abbandona*, www.penalecontemporaneo.it, 30 aprile 2014, 2. Il che potrebbe porre gli stessi problemi esposti *supra* in punto di conoscenza del provvedimento, se la persona cui la cosa è stata sequestrata a norma dell'art. 321 c.p.p. non coincide con l'imputato (circostanza possibile, v. art. 322, comma 1, c.p.p.), che pertanto non risulterà destinatario della notifica dell'ordinanza di convalida (art. 321, comma 3ter, c.p.p.). Viceversa, problemi non sembrano sorgere in relazione al sequestro conservativo, atteso che quest'ultimo postula la pendenza del processo, ossia l'avvenuto esercizio dell'azione penale (art. 316, comma 1, c.p.p.).

⁶⁸ Quattrococo, *Il contumace cede la scena*, cit., *ibidem*.

⁶⁹ Art. 349, comma 1, c.p.p.

⁷⁰ D'altra parte, in occasione del fermo "identificativo" potrà esservi dichiarazione od elezione di domicilio (art. 161, comma 1, c.p.p.). Realizzandosi in tal modo comunque una presunzione di conoscenza del processo (art. 420bis, comma 2, c.p.p.).

⁵⁹ «...caso di più frequente applicazione pratica» (Vignale, *Domicilio dichiarato o eletto e processo in absentia*, www.magistraturademocratica.it).

⁶⁰ Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 46.

⁶¹ *Infra*.

⁶² In termini Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 44. D'altra parte, per il caso di arresto è impossibile altra interpretazione, posto che esso si identifica proprio con un'attività esecutiva, essendo il provvedimento (convalida) collocato *ex post* (artt. 380, 381, 383, 390 c.p.p.).

⁶³ Riferendosi, ad esempio, a soggetti nei confronti dei quali la misura viene disposta.

Il legislatore, in ordine agli indici presuntivi di conoscenza del processo, "chiude" con una previsione a forma libera⁷¹: la presunzione sarà operativa nel caso in cui la conoscenza «del procedimento» dovesse risultare «comunque⁷² con certezza». Ciò avverrà nel caso in cui un atto od avviso endoprocedimentale venga ricevuto personalmente dall'imputato: ad esempio, la comunicazione di nomina del difensore d'ufficio (art. 28 norme att. c.p.p.)⁷³. Ma negli stessi termini dovrà concludersi, qualora l'imputato dovesse rifiutare di dichiarare od eleggere domicilio (art. 161, comma 1, c.p.p.). Sebbene quest'ultima fattispecie non possa essere equiparata al caso speculare in cui tali atti vengano compiuti, comunque si realizzerà l'ipotesi di conoscenza certa del procedimento, con conseguente operatività della clausola aperta. Infine, di regola il richiamo testuale al procedimento implica il riferimento alla fase preprocessuale delle indagini preliminari⁷⁴. Tuttavia, ai fini qui in esame detta delimitazione non appare dirimente, non potendo dubitarsi che la raggiunta certezza in ordine alla conoscenza del processo sia lo stesso in grado di produrre l'effetto del legittimo svolgimento del rito *in absentia*⁷⁵.

In punto di clausola aperta, un ultimo tema va affrontato. È necessario chiedersi se per conoscenza certa del procedimento si intenda l'informazione circa la mera pendenza ovvero se il sapere ritenuto presuntivo di conoscenza del processo debba estendersi al suo incedere⁷⁶ nonché alle ragioni che lo fondano (il fatto giuridicamente qualificato dell'addebito). Intuibili ragioni di garanzia⁷⁷ spingono a concludere in quest'ultimo senso che, tuttavia, in base alla disciplina in esame, non sembrano trovare spazio. Infatti, i casi espressamente previsti dal legislatore e, segnatamente, la dichiarazione od elezione di domicilio e la nomina del difensore di fiducia, producono presunzione di conoscenza del processo anche l'addebito non è noto (e, forse, nemmeno ipotizzabile per ragioni temporali)⁷⁸. Se questa è l'impostazione seguita⁷⁹, adottare un'accezione semantica

dell'espressione «conoscenza del procedimento» che ricomprenda i -pur auspicabili- profili contenutistici appena richiamati.

LE PRESUNZIONI DI CONOSCENZA: PROFILI CRITICI IN RELAZIONE AL GIUSTO PROCESSO COSTITUZIONALE ED ALLA GIURISPRUDENZA SOVRANAZIONALE

In modo unanime, la dottrina⁸⁰ ha stigmatizzato l'individuazione delle situazioni sopra descritte quali fattori effettivamente in grado di far presumere la conoscenza del processo. Si è affermato⁸¹ che l'art. 420bis, comma 2, c.p.p., affida le sorti della sua operatività ad una triplice presunzione. Dal fatto sintomatico si ricava la conoscenza del procedimento⁸², da quest'ultima si desume la conoscenza del processo che a sua volta, nell'ipotesi di mancata comparizione, induce a ritenere che l'imputato abbia rinunciato⁸³ a parteciparvi. Più in dettaglio, in ordine alla dichiarazione od elezione di domicilio si è osservato⁸⁴ che tali atti potrebbero essere stati compiuti in una fase meno che larvale del procedimento, il cui esito ed il cui oggetto sono ignoti⁸⁵. In relazione alla nomina del difensore di fiducia, potrebbe verificarsi, come ricordato, la stessa situazione⁸⁶. Circa le

⁸⁰ De Caro, *Processo in absentia*, cit., 16 ss.; Diddi, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., 216, nota 24; Tonini-Conti, *La sospensione*, cit., 513 s.; Tonini-Ingenuo, *La sospensione del processo contro l'irreperibile e la frattura legislativa tra vecchia contumacia e nuova assenza*, Conti-Marandola-Varraso (a cura di), *Le nuove norme*, cit., 184 s.; Dei-Cais, *Il procedimento penale*, cit., *ivi*, 200 s.

⁸¹ Da parte di Tonini-Conti, *La sospensione*, cit., 514.

⁸² Ed è la conclusione deduttiva meno dirompente, a patto che per conoscenza del procedimento si intenda la consapevolezza della sua mera esistenza (*supra*).

⁸³ In modo inequivoco e consapevole, è il caso di rammentare. Così come va rammentato che solo tale opzione rende valido lo svolgimento del processo *in absentia* (*supra*).

⁸⁴ Cfr. Vignale, *Domicilio dichiarato*, cit.

⁸⁵ Si pensi, ad esempio, all'elezione di domicilio effettuata all'atto dell'identificazione dell'indagato (art. 349, comma 1, e 161, comma 1, c.p.p.). Nella consapevolezza di un assetto normativo discutibile, la Procura della Repubblica di Trento, con circolare n. 11 dell'11 giugno 2014, ha prescritto che il verbale contenente dichiarazione di elezione di domicilio debba «essere redatto in modo tale da garantire la più ampia consapevole conoscenza da parte dell'indagato... esplicitare con chiarezza all'indagato il "fatto" per cui si procede... contenere... la rappresentazione delle conseguenze della dichiarazione/elezione... essere redatto in lingua comprensibile all'indagato... prevedere... l'ulteriore avvertimento degli effetti che... conseguono in ordine alla conoscenza del procedimento... e della possibilità che questo potrebbe legittimamente svolgersi in sua "assenza"...». Si tratta di iniziativa meritoria, e tuttavia territorialmente circoscritta e non imposta dalla normativa vigente (fatta eccezione per la redazione in lingua straniera se necessario, secondo quanto prescritto dall'art. 143 c.p.p., modificato sul punto dal d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 (Vignale, *Domicilio dichiarato*, cit.)).

⁸⁶ Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 46. Nella fattispecie, tuttavia, potrebbe darsi il caso di una rinuncia al mandato difensivo anteriore rispetto all'esercizio dell'azione penale; rinuncia

⁷¹ O clausola aperta secondo Tonini-Conti, *La sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili*, *Dir. pen. proc.*, 2014, 513.

⁷² Quindi al di fuori dei casi espressi.

⁷³ Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 47.

⁷⁴ De Caro, *Processo in absentia*, cit., 13.

⁷⁵ Anzi: in tal caso verrebbe meno il meccanismo presuntivo in esame, posto che la conoscenza del processo sarebbe certa anche in assenza di ricezione personale dell'avviso o citazione (art. 420bis, comma 2, c.p.p.). Si pensi, in proposito, a richieste e comunicazioni che l'imputato non comparso faccia pervenire in sede processuale (*supra*).

⁷⁶ Cfr. De Caro, *Processo in absentia*, cit., 16.

⁷⁷ *Infra*.

⁷⁸ *Supra*.

⁷⁹ Ferma restando la verifica della sua compatibilità con la Costituzione e con la Cedu (*infra*).

precautele o cautele, il giudizio scaturito dal procedimento in cui sono state eseguite potrebbe svolgersi, oltre che a rilevante distanza di tempo, anche per fatti diversi da quelli che hanno fondato le misure⁸⁷. Ovvero, l'arresto potrebbe non essere stato convalidato, ed alla mancata convalida non essere seguita l'applicazione di una misura coercitiva⁸⁸. Il legislatore sembra voler superare queste indubie criticità imponendo all'imputato un onere, da adempiere con modalità costanti e reiterate, di informarsi sugli sviluppi del procedimento di cui è venuto a conoscenza⁸⁹. Ferma ogni altra riserva, appare evidente che la pretesa di tale adempimento non può avere pari ragionevolezza in tutte le situazioni in esame. Se la nomina fiduciaria attiva, di regola, un circuito comunicativo bidirezionale in grado di consentire conoscenze sullo sviluppo del procedimento, e se la sottoposizione a precautela o cautela, pure di regola, ha un impatto traumatico tale da spingere il destinatario a progredire in tali conoscenze⁹⁰, lo stesso non può dirsi per la dichiarazione od elezione di domicilio⁹¹. Questa, oltre a poter intervenire in uno stadio embrionale e molto prima dell'eventuale svolgimento del processo, non sempre riveste quell'importanza tale da far ritenere probabile che, a decorrere da tali atti, l'imputato si attivi per conoscere la sorte del "suo" procedimento⁹².

I meccanismi presuntivi delineati dalla riforma possono essere analizzati criticamente da duplice prospettiva. Nella prima direzione, potrebbe ne-

garsi qualunque valenza alla conoscenza del procedimento al fine di poter ritenere la conoscenza del processo, la quale potrebbe essere affermata solo in presenza di una notifica "personale" della *vocatio in ius*, ed al più, quando questa manchi, da fatti sintomatici che consentano di ritenere certa la conoscenza del processo *tout court*⁹³. Tale impostazione trae linfa, come già accennato, dalla previsione del contraddittorio all'interno del giusto processo costituzionale⁹⁴. Va riconosciuto che le ragioni di tale indirizzo non possono definirsi esili. Infatti, anche se la conoscenza del procedimento dovesse giungere ad includere non solo la notizia della pendenza, ma anche la sua progressione e l'addebito pur circostanziato⁹⁵; ciò comunque non equivarrebbe alla conoscenza ricavabile dall'imputazione⁹⁶. Inoltre, la pendenza del procedimento non autorizza a ritenere certa l'instaurazione del processo, posto che il primo potrebbe concludersi con un provvedimento di archiviazione⁹⁷. Tuttavia, non sembra che in assoluto possa escludersi che una conoscenza particolarmente significativa, quanto a forme e contenuti, del procedimento, possa ragionevolmente condurre ad una presunzione di conoscenza del processo meno labile di quelle individuate nell'art. 420bis, comma 2, c.p.p. Almeno, questa è l'opinione della Corte e.d.u.⁹⁸, che ha ritenuto non lesivo dell'art. 6 Cedu un processo in cui per l'imputato l'unica conoscenza *ad personam* era rinvenibile nello stadio procedimentale. Peraltro, si trattava di un caso in cui vi era stata costante assistenza difensiva e i risultati delle indagini, compresa la modifica della contestazione⁹⁹, erano stati comunicati al difensore

comunicata all'assistito con modalità non idonee a provare la conoscenza della stessa (Dainelli, *Prime riflessioni sulla legge 28 aprile 2014, n. 67, contenente: "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili"*, *www.camerapenalesiena.com*, 6). A fronte di una declaratoria di assenza fondata sul mero riscontro della nomina fiduciaria progressa, l'imputato potrebbe provare l'ignoranza incolpevole del processo e pertanto fruire di rimedi restitutori (*infra*).

⁸⁷ Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 45.

⁸⁸ Art. 391, commi 4, 5 e 6, c.p.p. Cfr. Vignale, *Domicilio dichiarato*, cit.

⁸⁹ De Caro, *Processo in absentia*, cit., 18; Vignale, *Domicilio dichiarato*, cit.; Tonini-Conti, *La sospensione*, cit., *ibidem*.

⁹⁰ Peraltro già abbastanza avanzate all'atto dell'esecuzione della misura, in ragione della consegna del provvedimento che dispone la custodia, ovvero della notifica di quelli che dispongono altre misure coercitive o misure interdittive (art. 293, comma 2, c.p.p.).

⁹¹ Così Vignale, *Domicilio dichiarato*, cit.

⁹² Sebbene risolvibile solo in parte dal legislatore, esiste pur sempre il problema del rapporto tra l'astrattezza e la generalità del comando, o della previsione normativa, e la percezione soggettiva delle conseguenze di eventuali inosservanze, che non può non variare per ragioni ambientali e culturali. Con riferimento ai casi qui in esame, accenna alla questione Corte e.d.u., Grande Camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, cit. Cfr. altresì Dei-Cais, *Il procedimento penale*, cit., 195, nota 17.

⁹³ Revoca del difensore che contenga espresso richiamo alla data di udienza ed al giudice che deve trattarla, richieste istruttorie corredate di tali elementi, etc. (*supra*).

⁹⁴ Particolarmente insistenti al riguardo De Caro, *Processo in absentia*, cit., 6, 7, 9, 10; Iafisco, *Il "giusto processo"*, cit., 1126, 1130. In relazione all'art. 6 Cedu, la giurisprudenza sovranazionale a volte ha affermato la necessità della comunicazione ufficiale dell'accusa, non potendo bastare al riguardo una conoscenza ipotetica: in ultimo v. Corte e.d.u., 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*, cit.

⁹⁵ Caratteristiche come visto non riscontrabili nell'art. 420bis, comma 2, c.p.p.

⁹⁶ In proposito, basterà porre a raffronto la previsione di cui all'art. 415bis, comma 2, c.p.p. – che pure costituisce il *clou* del conoscibile in ambito preprocessuale – con quella racchiusa nell'art. 552, comma 1, lett. c), c.p.p. Nella prima il fatto per cui si sta procedendo è sommariamente enunciato; nella seconda deve essere esposto «in forma chiara e precisa».

⁹⁷ Vignale, *Domicilio dichiarato*, cit.; Milani, *Il processo contumaciale tra garanzie europee e prospettive di riforma*, *Cass. pen.*, 2009, 2186, nota 25; Frigo, *Un limitato aggiustamento normativo che svela le discrasie del rito "in assenza"*, *Guida. dir.*, 2005, 18, 21.

⁹⁸ Sentenza 28 febbraio 2008, *Demebukov c. Bulgaria*, cit.

⁹⁹ Ipotesi come noto non prevista nella legislazione italiana.

La forbice tra conoscenza (della pendenza) del procedimento e conoscenza dell'addebito sembra parzialmente destinata a

ed all'imputato, il quale si era poi allontanato dal Comune di residenza senza richiedere la relativa autorizzazione al pubblico ministero, nonostante fosse a conoscenza di un ordine in tal senso. E la Corte e.d.u. aveva ritenuto che tale quadro fattuale non poteva non ingenerare nell'imputato la convinzione che il procedimento si sarebbe probabilmente concluso con un rinvio a giudizio. Quest'ultimo sembra essere il punto centrale: solo le informazioni sul procedimento e sulle ragioni che lo fondano – *id est* addebito – possono configurare con chiarezza tale probabilità¹⁰⁰; il che, a sua volta, genera quella consapevolezza la cui mancanza non consente di procedere *in absentia*. In altri termini: il giudizio di probabilità conduce ad una possibile conoscenza del processo¹⁰¹, nel quale la mancata comparizione potrebbe essere ritenuta frutto di rinuncia. Si tratta tuttavia, come può notarsi, di un percorso tortuoso, e condizionato da valutazioni giudiziali troppo soggettive; con la conseguenza di un aumento esponenziale del rischio di dimostrazione dell'ignoranza incolpevole del processo, e di attivazione dei rimedi restitutori¹⁰², con relativa compromissione dell'efficienza e della speditezza delle attività processuali.

In ogni caso, le presunzioni disegnate dall'art. 420bis, comma 2, c.p.p., denotano inadeguatezza e controvertibilità, quale che sia la visuale di osservazione. Di modo che non è disagevole predire condanne da parte della Corte e.d.u.¹⁰³. In un'ottica di almeno parziale prevenzione di tale inconveniente, si è auspicato¹⁰⁴ un atteggiamento ragionevole da parte della giurisprudenza, in punto di individuazione degli atti e fatti che legittimano su base presuntiva il processo *in absentia*. Tuttavia, non si riesce ad intravedere uno spazio di discrezionalità sufficiente per poter esercitare l'augurato discernimen-

ridursi a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 1 luglio 2014, n. 101, Gazz. Uff., n. 164 del 17 luglio 2014, attuativo della Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali. In occasione dell'esecuzione di una misura custodiale, o della notifica dell'informazione di garanzia o dell'informazione sul diritto di difesa, o in caso di arresto o fermo, all'indagato deve essere fornita comunicazione con cui lo si avvisa «del diritto di ottenere informazioni in merito all'accusa» (art. 1, d. lgs. n. 101 del 2014).

¹⁰⁰ Come potrebbe avvenire, ad esempio, laddove l'avviso di conclusione delle indagini contenesse un'enunciazione del fatto assimilabile all'imputazione (circostanza invero non infrequente). Oppure l'ordinanza che dispone misura cautelare o interdittiva, consegnata a mani o notificata personalmente (art. 293, commi 1 e 2, c.p.p.), possedesse un'analiticità descrittiva tale da consentire detta valutazione.

¹⁰¹ Anche a seguito dell'adempimento dell'onere di informazione (*supra*).

¹⁰² *Infra*.

¹⁰³ Non solo per tali aspetti, in verità: *infra*.

¹⁰⁴ Da parte di Quattrococo, *Il contumace cede la scena*, cit., 13.

to. Infatti, al riscontro delle ipotesi presuntive di cui all'art. 420bis, comma 2, c.p.p. il giudice «*procede... in assenza*»: ossia, è obbligato alla relativa declaratoria¹⁰⁵.

Insomma, si rischia di pagare un prezzo molto alto per non essersi voluti incamminare sulla via maestra¹⁰⁶: la riforma della disciplina delle notificazioni, con previsione dell'obbligo di ricezione "personale" della *vocatio in ius*¹⁰⁷.

IGNORANZA "PROCURATA" DEL PROCEDIMENTO

Il processo *in absentia* è consentito (anzi imposto, *supra*) se risulta con certezza che l'imputato «*si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo*» (art. 420bis, comma 2, c.p.p.). In linea di principio la previsione non pare eccezionale. Se l'imputato impedisce che gli atti vengano portati a sua conoscenza, non potrà dolersi della mancanza di quest'ultima. Si è ritenuto¹⁰⁸ che la fattispecie integrerebbe gli estremi di un fatto proprio, impeditivo dei diritti convenzionali. Rimangono tuttavia da chiarire i rapporti tra la disposizione in esame e la latitanza (art. 296, comma 1, c.p.p.). I due casi non appaiono sovrapponibili¹⁰⁹. È doveroso rammentare che in passato la Corte e.d.u.¹¹⁰ ha affermato che la rinuncia a comparire non può essere automaticamente desunta dalla dichiarazione di latitanza, se quest'ultima è sprovvista di sufficiente base fattuale. Si è ritenuto¹¹¹, inoltre, che tale base non è riscontrabile neppure laddove si dia irreperibilità -cui consegua la dichiarazione di latitanza- a brevissima

¹⁰⁵ Si tratta insomma di un automatismo, come sostenuto da De Caro, *Processo in absentia*, cit., 17. A meno che non si decida di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 111 Cost., ovvero dell'art. 6 Cedu in relazione all'art. 117 Cost. (cfr. C. cost., sentt. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, *www.cortecostituzionale.it*).

¹⁰⁶ Pur impervia per note ragioni pratiche, ormai strutturali.

¹⁰⁷ E dell'avviso di conclusione delle indagini, *supra*. Un emendamento presentato nel corso dei lavori preparatori della l. n. 67 del 2014 (cfr. Camera dei Deputati - XVII Legislatura - proposta di legge n. 331, cit.), prevedeva che l'avviso di udienza preliminare, il decreto che dispone il giudizio e gli atti di citazione diretta (per il giudizio ordinario o per un rito differenziato) dovessero essere notificati «*esclusivamente mediante consegna di copia alla persona*».

¹⁰⁸ Tamiotti, *Processo contumaciale e Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*, Cass. pen., 2005, 995, nota 25.

¹⁰⁹ Come invece ritiene, senza dubbio alcuno, Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., *ibidem*. Problematica viceversa Quattrococo, *Il contumace cede la scena*, cit., 3.

¹¹⁰ Sentenza 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, Giust. pen., 1985, I, 114.

¹¹¹ Corte e.d.u., 10 novembre 2004, *Sejdivic* c. Italia, Cass. pen., 2005, 983; Corte e.d.u. Grande Camera, 1 marzo 2006, *Sejdivic* c. Italia, cit.

distanza di tempo dall'apprensione della notizia di reato. Infine, non va taciuto che il convincimento in ordine allo *status* di latitante si basa sull'accertamento di sottrazione ad un provvedimento restrittivo della libertà personale (art. 296, comma 1, c.p.p.). Viceversa, come ricordato la declaratoria di assenza presuppone che l'imputato abbia voluto sottrarsi alla conoscenza del procedimento o di atti dello stesso. Chiaro che questi ultimi possono anche identificarsi con le misure restrittive appena ricordate, ma la diversità di atteggiamento psicologico del destinatario appare evidente. Nel caso di cui all'art. 296, comma 1, c.p.p., l'intento principale è evitare la limitazione della libertà personale, che, se raggiunto, solo indirettamente produce l'effetto ulteriore della mancata conoscenza di un atto. Appare quindi ragionevole ritenere che la fattispecie di cui all'art. 420bis, comma 2, c.p.p. ricorra solo quando l'imputato si sottragga alla comunicazione o notificazione di atti, ovvero ad inviti ad intervenire nel procedimento, e la circostanza sia riscontrata in tempo reale dagli organi preposti¹¹².

CONDIZIONE PER L'ACCESSO AI RIMEDI RESTITUTORI

Il processo all'assente è possibile anche quando la rinuncia alla comparizione sia desunta da presunzioni. Posti il livello e la rilevanza delle garanzie partecipative, sarebbe impossibile attribuire a tali presunzioni valore assoluto. Se viene fornita prova contraria, all'imputato dovranno essere concessi rimedi restitutori, come in plurime occasioni affermato dalla Corte e.d.u.¹¹³. L'ampiezza della *restitutio* può essere disciplinata negli ordinamenti interni in modo libero, purché sia salvaguardato un nucleo minimo, identificato nella possibilità che il giudice, dopo aver sentito l'imputato¹¹⁴, si pronunci nuovamente sull'accusa anche nel merito¹¹⁵. In relazione a

quest'ultimo punto, appare indubbio che la disciplina di cui all'art. 175, comma 2, c.p.p.¹¹⁶, concernente come noto la restituzione dei termini per impugnare all'imputato che non ha avuto effettiva conoscenza del procedimento¹¹⁷, fosse (sia)¹¹⁸ inidonea ad integrare il rimedio restitutorio, qualora i termini restituiti avessero avuto ad oggetto l'impugnazione di una sentenza di secondo grado o non appellabile. Posto che dinanzi al giudice di legittimità non potrebbe aversi quella «*fresh determination of the merits of the charge*»¹¹⁹ che costituisce, in ambito convenzionale, il contenuto indefettibile della riparazione. La quale, come si vedrà, per effetto della riforma è dotata di un'ampiezza di contenuti¹²⁰ non paragonabile, per eccesso, al rimedio previsto dall'art. 175, comma 2, c.p.p. Ampiezza, peraltro, neppure obbligata in base alle indicazioni desumibili dalla giurisprudenza sovranazionale, che come ricordato individua nella possibilità di essere sentiti¹²¹, ed in una nuova pronuncia sul merito dell'imputazione, le caratteristiche essenziali della *restitutio*. Tale magnanimità, tuttavia, rischia di essere inficiata da una circostanza che già la dottrina¹²² ha evidenziato rappresentare uno dei profili critici della l. n. 67 del 2014: l'assoggettamento del rimedio alla dimostrazione, da parte dell'imputato, dell'incolpevole

c. Italia, cit.; Corte e.d.u., 10 novembre 2004, *Sejdovic* c. Italia, cit.

¹¹⁶ Abrogata in parte qua dall'art. 11, comma 6, l. n. 67 del 2014, e tuttavia destinata ad operare ancora per un tempo non breve in virtù della previsione transitoria di cui alla l. 11 agosto 2014, n. 118, *Gazz. Uff.*, n. 193 del 21 agosto 2014 (*infra*).

¹¹⁷ Il riferimento alla fase preprocessuale sembra dimostrare che anche prima dell'entrata in vigore della l. n. 67 del 2014 non occorresse la conoscenza certa del processo perché quest'ultimo potesse proseguire in assenza (fisica) dell'imputato (anche se non può disconoscersi la differenza tra contumacia e assenza quale *status*, *supra*). Ed anche se va ricordato che l'abrogato art. 420bis, comma 1, c.p.p., nel prevedere un vaglio sulla conoscenza effettiva del processo, tendeva a ridurre la forbice tra quest'ultima e le forme di conoscenza convenzionale dell'imputazione). Per fondate perplessità in ordine alla formulazione letterale dell'art. 175, comma 2, c.p.p. – nel testo esistente prima dell'entrata in vigore della l. n. 67 del 2014 – v. Quattrococo, *Rito degli irreperibili e principi del giusto processo: commento a ordinanza 31 gennaio 2006 Tribunale di Pinerolo*, *Cass. pen.*, 2006, 2954.

¹¹⁸ In ragione della disciplina transitoria, *infra*.

¹¹⁹ Tamietti, *Processo contumaciale*, cit., 1000, nota 53. Nello stesso senso C. cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, cit.

¹²⁰ Sia per quanto concerne il diritto di prova, sia per l'accesso ai riti premiali (*infra*).

¹²¹ Insiste particolarmente su tale aspetto Tamietti, *Processo contumaciale*, cit., *ibidem*.

¹²² Tonini-Conti, *La sospensione*, cit., 518; Quattrococo, *Il contumace cede la scena*, cit., 13; Diddi, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., 221; Dei-Cais, *Il procedimento penale*, cit., 201; Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria: l'abolizione della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'imputato irreperibile*, Conti-Marandola-Varraso (a cura di), *Le nuove norme*, cit., 256 (in quest'ultimo caso, tuttavia, con principale riferimento all'ignoranza "colpevole" del processo, *infra*).

¹¹² Anche se il richiamo espresso alla sottrazione di conoscenza non solo del procedimento, ma anche di singoli atti dello stesso (art. 420bis, comma 2, c.p.p.), potrebbe indurre la giurisprudenza ad identificare quest'ultimo caso con la latitanza. Nel corso dei lavori preparatori alla l. n. 67 del 2014 si era suggerito di «*limitare la previsione ai casi in cui l'imputato di dà alla fuga mentre la Polizia gli sta notificando l'avviso... e lo vede.*» (*cosiddetta "flagranza di sottrazione"*: cfr. Camera dei Deputati – XVII Legislatura – proposta di legge n. 331, cit.). Si vedano altresì Cass., sez. III, 1 dicembre 2010, n. 1805, *Cass. pen.*, 2011, 1812; Corte e.d.u., 8 febbraio 2007, *Pititto* c. Italia, *www.echr.eu.int*; Corte e.d.u., Grande Camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic* c. Italia, cit.; Corte e.d.u., 4 dicembre 2001, *Iavarazzo* c. Italia, *www.echr.eu.int*.

¹¹³ Decisioni 25 novembre 2008, *Cat Berro* c. Italia, *www.osservatoriocedu.eu*; Grande Camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic* c. Italia, cit.; 10 novembre 2004, *Sejdovic* c. Italia, cit.

¹¹⁴ Purché, deve ritenersi, questi ne faccia richiesta.

¹¹⁵ Si vedano Corte e.d.u., 25 novembre 2008, *Cat Berro* c. Italia, cit.; Corte e.d.u., Grande Camera, 1 marzo 2006, *Sejdovic*

ignoranza del processo¹²³. Ritenuta senza esitazioni un'ipotesi di *probatio diabolica*¹²⁴. In proposito, è noto che in più occasioni la Corte e.d.u.¹²⁵ ha affermato che le restituzioni devono essere concesse senza che il loro esperimento sia assoggettato a filtri e condizioni gravosi. E proprio per tale ragione¹²⁶, l'art. 175, comma 2, c.p.p., che nella sua versione originaria prevedeva l'onere probatorio in questione, venne riformato¹²⁷ eliminandolo, ed imponendosi al contrario la prova positiva della conoscenza, per il reperimento della quale «l'autorità giudiziaria compie ogni necessaria verifica» (art. 175, comma 2, secondo periodo, c.p.p.)¹²⁸. Non è disagevole, quindi, immaginare che la l. n. 67 del 2014 possa incontrare gli stessi problemi di compatibilità con l'art. 6 Cedu posti dalla versione originaria dell'art. 175, comma 2, c.p.p.¹²⁹. Ad onor del vero, deve rilevarsi che la ricordata "liberalizzazione" dell'art. 175, comma 2, c.p.p., finiva per rivelarsi un rimedio tutt'altro che soddisfacente. Considerato che l'art. 603, comma 4, c.p.p., subordinava la rinnovazione dell'istruttoria in appello¹³⁰ allo stesso onere probatorio viceversa eliminato per l'accesso alle restituzioni¹³¹.

A questo quadro, non esaltante in punto di effettività delle garanzie partecipative¹³² e di compatibilità con i principi costituzionali e convenzionali, deve aggiungersi che probabilmente oggi, a fronte dei fattori presuntivi di conoscenza del processo, l'onere di provare l'ignoranza incolpevole appare persino più arduo che in passato¹³³. Infatti, una vol-

ta dichiarato o eletto domicilio, ed attesi i doveri informativi che da ciò conseguono, non si vede come possa adempersi a tale onere se non nel caso, del tutto eccezionale, in cui possano dimostrarsi tentativi costanti, e costantemente inevasi, di contattare il domiciliatario. Allo stesso modo, la nomina fiduciaria del difensore potrebbe essere pretermessa, ai fini che qui rilevano, solo se quest'ultimo abbia rinunciato al mandato prima dell'esercizio dell'azione penale, e la rinuncia non sia giunta a conoscenza dell'imputato¹³⁴. L'assoggettamento a precautele o cautele sarebbe inidoneo a far presumere la conoscenza del processo solo se l'imputazione fosse variata *in peius*¹³⁵ rispetto all'addebito che ha fondato il provvedimento. Si oscillerebbe, in conclusione, tra una negazione pressoché automatica della domanda di restituzione, ed un contenzioso incidentale gravoso, laddove si accogliesse l'invito¹³⁶ ad un uso ponderato, ed in definitiva elastico, delle fattispecie di cui all'art. 420bis, comma 2, c.p.p.

LE RESTITUZIONI NEL PRIMO GRADO DI GIUDIZIO

L'art. 420bis, comma 4, c.p.p., è dedicato alla comparizione tardiva¹³⁷ dell'imputato, sia in udienza preliminare che nel dibattimento. Nella prima sede, se si dimostra l'incolpevole ignoranza del processo, previo rinvio dell'udienza¹³⁸, si potrà richiedere solo l'acquisizione di atti e documenti a norma dell'art. 421, comma 3, c.p.p.¹³⁹. Si registra pertanto un sensibile arretramento della disciplina rispetto alle disposizioni previgenti¹⁴⁰, in base alle quali, come noto, a seguito di prova dell'ignoranza incolpevole, poteva chiedersi l'assunzione o rinnovazione di atti istruttori¹⁴¹. Inoltre, anche in assenza di tale prova era possibile rendere dichiarazioni spontanee e chiedere l'interrogatorio¹⁴²; facoltà non previste

¹²³ Artt. 420bis, comma 4; 489, comma 2; 604, comma 5bis; 623, lett. b); 625ter, c.p.p. (*infra*).

¹²⁴ Tonini-Conti, *La sospensione*, cit., *ibidem*.

¹²⁵ Per tutte si veda la decisione 10 novembre 2004, *Sejdovic* c. Italia, cit.

¹²⁶ Come sottolineano Tonini-Conti, *La sospensione*, cit., 510; Diddi, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., 213; Milani, *Il processo contumaciale*, cit., 2183.

¹²⁷ Dal d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito in l. 22 aprile 2005, n. 60.

¹²⁸ Verifica che tuttavia, in concreto ed in modo ragionevole, non potrà prescindere da un onere di allegazione da parte dell'imputato (v. in ultimo Cass., sez. V, 3 luglio 2014, n. 37442, *www.dirittoegiustizia.it*).

¹²⁹ In termini Bricchetti-Pistorelli, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, *Guida dir.*, 2014, 21, 98.

¹³⁰ Peraltro obbligatoria, come emerge dal testo in esame se rapportato al comma precedente. In termini Cass., sez. I, 16 aprile 2013, n. 27160, *www.dejure.giuffre.it*.

¹³¹ Per tutti, in modo efficace, Varraso, *La Corte costituzionale salva il rito degli irreperibili*, *Giur. cost.*, 2007, 1150.

¹³² Sulle quali si veda, in generale, Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino, 2010.

¹³³ Circa l'ignoranza colposa, si è ritenuto, sembra in modo corretto (cfr. Tamietti, *Processo contumaciale*, cit., 991, nota 10; Trib. Pinerolo, ord. 31 gennaio 2006, cit.) che la previsione, ove impeditiva del diritto alla *restitutio*, non sia incompatibile con l'art. 6 Cedu, né con l'art. 111, commi 2 e 4, Cost. *Contra* Dei-Cais, *Il procedimento penale*, cit., 202, sulla base del rilievo per cui la Corte e.d.u. ritiene legittimo il processo *in absentia* nei soli casi di

rinuncia inequivoca e di sottrazione volontaria al procedimento; Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria*, cit., 256.

¹³⁴ *Supra*.

¹³⁵ Cfr. Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 44.

¹³⁶ *Supra*.

¹³⁷ Ossia successiva all'ordinanza che ha disposto procedersi *in absentia*.

¹³⁸ Art. 420 bis, comma 4, c.p.p. Ovvio che, se l'imputato compare tardivamente per scelta, essendo a conoscenza del processo (*rectius* della data di udienza), nessuna restituzione sia possibile, producendosi il solo effetto della revoca dell'ordinanza con cui era stata dichiarata l'assenza (art. 420bis, comma 4, primo periodo, c.p.p.).

¹³⁹ Art. 420 bis, comma 4, secondo periodo, c.p.p.

¹⁴⁰ Ed ancora operative in via transitoria, *supra*.

¹⁴¹ Si veda il testo abrogato dell'art. 420quater, comma 5, secondo periodo, c.p.p.

¹⁴² Si veda il testo abrogato dell'art. 420quater, comma 3, secondo periodo, c.p.p.

ora dall'art. 420bis, comma 4, c.p.p.¹⁴³. Tale assetto si inserisce nel solco di una tendenziale svalutazione della fase dell'udienza preliminare, riscontrabile nel disegno complessivo di cui alla l. n. 67 del 2014. Infatti anche i rimedi restitutori previsti in sede di appello e di legittimità, pur producendo la regressione del giudizio, la "fermano" alla sede del dibattimento¹⁴⁴. Per quanto in controtendenza rispetto al progressivo arricchimento, dal punto di vista istruttorio, dell'udienza preliminare¹⁴⁵, il sacrificio appare ragionevole¹⁴⁶, considerato che lo stesso non "brucia" le garanzie difensive, né in punto di diritto alla prova¹⁴⁷, né in ordine alla possibilità di accedere a riti premiali¹⁴⁸. D'altra parte, occorre considerare che, anche essendo ormai innegabile l'assimilazione dell'udienza preliminare al "giudizio"¹⁴⁹, in essa non può darsi questione di verifica integrale sulla colpevolezza¹⁵⁰. Ben diverso l'apparato di tutele approntato per il dibattimento (sempre che -va ricordato- l'imputato adempia all'*onus probandi*). In qualunque momento sopraggiunga¹⁵¹ la comparizione, purché prima della decisione¹⁵² (art. 420bis, comma 4, primo periodo, c.p.p.), "rivive" il diritto di richiedere prove «ai sensi dell'art. 493» c.p.p.¹⁵³. Così

come sarà possibile «chiedere»¹⁵⁴ la rinnovazione di prove già assunte, senza che il giudice sia obbligato ad accogliere la richiesta. La non automaticità della rinnovazione discende dalla previsione per cui la comparizione tardiva, pur causata da ignoranza incolpevole debitamente provata, non inficia «la validità degli atti regolarmente compiuti in precedenza» (art. 420bis, comma 4, quarto periodo, c.p.p.)¹⁵⁵. La disposizione suscita perplessità. Ferma restando l'invalidità del dato testuale, urgono delle precisazioni. L'ignoranza incolpevole del processo (*recitius*: la sua prova) costituisce un fatto sopravvenuto non annoverabile tra i vizi processuali e, segnatamente, tra le nullità¹⁵⁶. Anzi: la dimostrazione dell'ignoranza è possibile proprio perché la *vocatio in ius* è immune, o almeno tale è stata ritenuta, da vizi¹⁵⁷. Di conseguenza, non si pone questione di un effetto quale quello previsto nell'art. 185, comma 1, c.p.p. Tuttavia, occorre considerare che l'imputato, comparso tardivamente non per colpa o scelta, verrebbe espropriato del suo diritto di partecipazione, di cui il contraddittorio nella prova (art. 111, comma 4, primo periodo, Cost.) costituisce massima espressione, se le prove acquisite durante la sua assenza conservassero validità¹⁵⁸. Né tale diritto riceverebbe piena tutela se gli atti compiuti *in absentia* rimanessero validi e fosse prevista una mera possibilità di

¹⁴³ In termini, per entrambe le considerazioni, Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 52-53, sebbene dubitativamente con riguardo alla richiesta di rinnovazione di atti. Per quanto concerne le sole dichiarazioni spontanee, Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria*, cit., 257-258, non ritiene ostativo il silenzio del legislatore, ed opta per un'applicazione analogica dell'art. 489, comma 1, c.p.p., come sostituito dall'art. 10, comma 1, l. n. 67 del 2014.

¹⁴⁴ *Infra*.

¹⁴⁵ Prodotto dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479.

¹⁴⁶ Anche alla luce dell'art. 111, comma 2, secondo periodo, Cost.

¹⁴⁷ Non pare discutibile che pure a seguito della riforma rimanga intatta la possibilità di sollecitare l'assunzione di prove che appaiono evidenti per la pronuncia di non luogo a procedere (art. 422, comma 1, c.p.p.; in termini Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria*, cit., 258-259). Più problematico il quadro circa la possibilità di chiedere incidente probatorio (come noto pacificamente ammessa in udienza preliminare, a seguito di quanto statuito da C. cost., sent. 10 marzo 1994, n. 77, *Cass. pen.*, 1994, 1788). Da un lato sembrerebbe negarla il silenzio dell'art. 420bis, comma 4, c.p.p. Dall'altro, ragioni di urgenza, laddove quest'ultima ricorra (art. 392, comma 1, c.p.p.), in raccordo al diritto costituzionale alla prova (artt. 24, comma 2, e 111, commi 2, 3 e 4, Cost.), premono per l'opposta soluzione (cfr. Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria*, cit., 259-260).

¹⁴⁸ *Infra*. Cfr. Quattrococo, *Il contumace cede la scena*, cit., 6-7.

¹⁴⁹ Per tutte C. cost., sent. 12 luglio 2002, n. 335, *Cass. pen.*, 2002, 3354.

¹⁵⁰ Essendo come noto l'alternativa decisoria confinata tra il non luogo a procedere -comunque revocabile (art. 434 c.p.p.)- e il convincimento della necessità di proseguire, appunto, nel giudizio (artt. 424, comma 1, e 429 c.p.p.).

¹⁵¹ Alla dichiarazione di assenza.

¹⁵² E quindi anche a discussione iniziata (art. 523 c.p.p.) e persino esaurita, in quest'ultimo caso previa riapertura del dibattimento (art. 524 c.p.p.).

¹⁵³ Art. 420bis, comma 4, terzo periodo, c.p.p. E quindi, se

l'ignoranza incolpevole si protrae oltre il termine previsto per il deposito delle liste di testimoni, periti e consulenti tecnici (art. 468, comma 1, c.p.p.), anche tale possibilità dovrà essere ripristinata, in base all'art. 493, comma 2, c.p.p. (Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 52).

¹⁵⁴ Art. 420bis, comma 4, quarto periodo, c.p.p.

¹⁵⁵ Fuori di dubbio, quindi, che l'imputato possa chiedere l'esame di un teste pur se quest'ultimo è già stato richiesto da altre parti, non vertendosi nella fattispecie in tema di prova da rinnovare, neppure quando il teste sia stato controesaminato dal difensore dell'imputato. Se invece quest'ultimo ha chiesto l'esame, poi svoltosi, di un teste, la lettera dell'art. 420bis, comma 4, quarto periodo, c.p.p., sembra impedire un nuovo esame a richiesta dell'imputato, a meno che quest'ultimo non esponga dati fattuali, su cui deporre, aggiuntivi rispetto alla pregressa assunzione, ed il giudice li ritenga rilevanti.

¹⁵⁶ Questa la corretta conclusione di Diddi, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., 219. Altre ipotesi codificate di invalidità nella fattispecie non paiono immaginabili.

¹⁵⁷ Dovendo altrimenti il giudice disporre la rinnovazione dell'avviso o citazione: artt. 420, comma 2, c.p.p., 180 e 185, comma 3, c.p.p.

¹⁵⁸ Né il rilievo potrebbe essere neutralizzato osservando che comunque la prova acquisita *in absentia* ha visto la partecipazione del difensore. Deve infatti ritenersi che attualmente sia costituzionalizzato il diritto all'autodifesa, ben distinto dalla difesa tecnica, la quale peraltro non sempre può garantire l'effettività dell'assistenza (Corte e.d.u., 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Svizzera*, *www.echr.eu.int*). Altra questione, evidentemente, è stabilire se l'autodifesa debba o meno essere mediata dal difensore (cfr. Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria*, cit., 269, nota 62).

rinnovazione¹⁵⁹. D'altra parte, anche in caso di rinnovazione automatica la permanente validità degli atti pregressi potrebbe non soddisfare le esigenze difensive. Insomma: in tema di ripristino delle garanzie, la soluzione ottimale sarebbe la ripresa *ab initio* dell'istruzione, previa espulsione dal fascicolo delle prove raccolte *in absentia*, tranne che alla loro "salvezza" acconsenta l'imputato¹⁶⁰. Tuttavia, alcuni aspetti sembrano idonei a mitigare tale, pur non peregrina, impostazione rigorista. Anzitutto, una volta consentito di procedere *in absentia*, sarebbe processualmente antieconomico, nonché lesivo del principio di ragionevole durata del processo¹⁶¹, "porre nel nulla" gli atti istruttori compiuti prima della comparizione dell'imputato¹⁶². Inoltre, si sono ricordati i parametri minimi elaborati dalla Corte e.d.u. in tema di restituzioni: diritto di essere sentiti, e nuova pronuncia sul merito dell'imputazione. Parametri che l'art. 420bis, comma 4, c.p.p., sembra rispettare¹⁶³. Del resto, in un'ottica di funzionalità non può negarsi che la *restitutio*, per quanto ampia, sia pur sempre, fisiologicamente, un rimedio che, in quanto tale, difficilmente può condurre ad un ripristino davvero integrale delle condizioni di partenza. Si pensi allo scorrere del tempo, che potrebbe alterare, anche da un punto di vista meramente "mnemo-

nico", l'attendibilità della fonte di prova. Sotto tale profilo, la soluzione migliore sarebbe stata quella di restringere al massimo le possibilità di provare l'ignoranza incolpevole¹⁶⁴ senza -come invece si è scelto di fare- reintrodurre un onere probatorio idoneo ad imbattersi nelle censure della giurisprudenza sovranazionale¹⁶⁵; piuttosto, occorre riformare il regime delle notificazioni ed imporre l'obbligo di consegna "personale" dell'atto di imputazione¹⁶⁶.

In ultimo, ma non per importanza, va segnalato che la riforma rimette in termini chi compare in dibattimento¹⁶⁷ per la richiesta di "patteggiamento" e di giudizio abbreviato. Si tratta di un altro aspetto assai significativo. Nessun dubbio che in tal caso le condizioni per accedere alla *restitutio* siano l'assenza durante (tutta) l'udienza preliminare e la prova di avere incolpevolmente ignorato la fissazione e la trattazione di quest'ultima¹⁶⁸. Nella quale, di contro, la presenza dell'imputato avrebbe consentito il rispetto dei termini ordinariamente previsti¹⁶⁹.

LE RESTITUZIONI NEL GIUDIZIO DI APPELLO E DE LEGITIMITATE

Nei gradi di giudizio successivi al primo si apprezza in misura maggiore la forte portata innovativa della disciplina di cui alla l. n. 67 del 2014, rispetto ad un sistema imperniato sulla restituzione del termine per proporre impugnazione. Poiché tale restituzione, pur più accessibile in mancanza dell'onere di provare l'incolpevole ignoranza del processo, priva l'imputato di un grado di merito¹⁷⁰, precludendogli inoltre l'accesso ai riti differenziati. Tali inconvenienti vengono eliminati dalla riforma, che impone la regressione al giudizio di primo grado, ripristinando la possibilità di richiedere "patteggiamento" e giudizio abbreviato¹⁷¹. Raffrontando i due regimi, si è sostenuto¹⁷² che la previsione di

¹⁵⁹ Il che, come visto, è quanto dispone l'art. 420bis, comma 4, quarto periodo, c.p.p.

¹⁶⁰ Realizzandosi per tal via la legittima deroga di cui all'art. 111, comma 5, Cost. Anche in tal caso, peraltro, occorre distinguere. Gli atti fisiologicamente irripetibili (ad esempio le intercettazioni) non possono ricevere pregiudizio dall'assenza incolpevole, che alcuna rilevanza avrebbe sul loro contenuto. Lo stesso pare potersi sostenere per gli atti la cui irripetibilità è sopravvenuta e proclamata (ad esempio per morte del testimone). La questione si complica se l'irreperibilità è causata dalla condotta della fonte di prova, che si rende irreperibile. Se l'atto acquisito *in absentia* fosse utilizzato per affermare la responsabilità dell'imputato, potrebbe sostenersi la non compatibilità con l'art. 6 Cedu (Tamietti, *Processo contumaciale*, cit., 999). Anche se, di converso, va ricordato che l'art. 111, comma 4, secondo periodo, Cost., vieta che la condanna possa essere comminata in virtù di dichiarazioni rese da chi si è liberamente sottratto all'esame da parte dell'imputato «o» del suo difensore. La disgiuntiva, quindi, potrebbe rimuovere il divieto anche in caso di partecipazione del solo tecnico all'atto istruttorio. Viceversa, per gli atti compiuti *in absentia* e ripetibili l'unica salvezza, si ripete, sarebbe rimessa al consenso dell'imputato.

¹⁶¹ Anche se va ricordato che quest'ultimo, intanto può spiegare operatività, in quanto si innesti all'interno di un processo "giusto" (C. cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, cit.). E che potrebbe essere ritenuto iniquo un processo in cui rimangano valide le prove raccolte durante l'assenza incolpevole (Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria*, cit., 261-262).

¹⁶² Iafisco, *Il "giusto processo"*, cit., 1127.

¹⁶³ È naturale che la comparizione nel corso del giudizio di primo grado comporti che una sentenza non sia stata ancora emessa. Una pronuncia "nuova", nel senso sopra indicato, potrà aversi solo se l'ignoranza incolpevole viene dimostrata nei giudizi di impugnazione (*infra*).

¹⁶⁴ È appena il caso di sottolineare che la dimostrazione di quest'ultima porta ad un inevitabile allungamento dei tempi processuali.

¹⁶⁵ Nonché dubbio sotto il profilo della legittimità costituzionale (*supra*).

¹⁶⁶ Quantomeno -attese le ricordate ed indubbie difficoltà organizzative- per le ipotesi delittuose di una certa gravità (individuata in base al titolo del reato, ovvero alla soglia edittale massima).

¹⁶⁷ In questo caso anche alla prima udienza.

¹⁶⁸ Art. 489, comma 2, c.p.p., come modificato dall'art. 10, comma 1, l. n. 67 del 2014.

¹⁶⁹ Artt. 438, comma 2, e 446, comma 1, c.p.p.

¹⁷⁰ De Caro, *Processo in absentia*, cit., 11; Dalia, *Contumacia*, cit., § 7.

¹⁷¹ Si veda tuttavia *infra*, relativamente alla prova di ignoranza fornita in sede di legittimità.

¹⁷² Cass., sez. II, 27 maggio 2014, n. 23882, *www.dirittoegiustizia.it*. Si veda altresì la *Relazione* alla proposta di legge n. 2344,

cui all'art. 175, comma 2, c.p.p. configuri una tutela più avanzata dell'imputato (fisicamente) assente, rispetto al *novum* in esame. L'affermazione non sembra condivisibile, o sembra esserlo solo in parte. Vero che, quanto all'accesso, oggi incombe un onere probatorio rimosso nella disciplina abrogata¹⁷³. Tuttavia, è innegabile che l'ampiezza dei rimedi restitutori oggi configurati non sia paragonabile alla mera restituzione del termine per impugnare, oltretutto preclusiva delle richieste di riti differenziati. Né, d'altra parte, insistere sulla difficoltà di adempimento dell'onere probatorio può confortare i sostenitori dell'affermazione in esame. Come visto, tale onere permane se il contumace intende chiedere la rinnovazione dell'istruttoria¹⁷⁴. Infine, quest'ultima rimane strutturalmente preclusa qualora l'impugnazione "restituita" sia il ricorso per cassazione¹⁷⁵.

In appello, la dimostrazione di ignoranza incolpevole della «celebrazione del processo di primo grado»¹⁷⁶ causa la restituzione degli atti al giudice di primo grado, davanti al quale potrà farsi richiesta dei riti differenziati di cui agli artt. 438 ss. e 444 ss. c.p.p.¹⁷⁷. La stessa regressione è disposta se la prova viene fornita in sede di legittimità¹⁷⁸. In quest'ultimo caso, però, il ripristino dell'accesso ai riti alternativi non è espressamente previsto. Si tratta di un'omissione singolare, atteso che a tale specifico rimedio

la riforma presta particolare attenzione¹⁷⁹. E che, in proposito, non pare soddisfacente il richiamo, nel testo dell'art. 623, comma 1, lett. b), c.p.p., ai casi previsti dall'art. 604, comma 5bis, c.p.p.¹⁸⁰. Tuttavia nessun'altra soluzione sembra sistematicamente¹⁸¹ possibile. Quantomeno in via analogica, non potrà negarsi la *restitutio* in punto di richiesta di riti alternativi quando gli atti tornino in primo grado a seguito di trasmissione¹⁸² da parte del giudice di legittimità¹⁸³.

Circa la sede in cui, e le forme con cui, dimostrare l'ignoranza incolpevole, in appello quest'ultima potrà essere provata tanto nei motivi di cui agli artt. 581, lett. c), e 585, comma 4, c.p.p., che mediante comparizione personale. In quest'ultimo caso, la stessa potrà fare seguito all'appello del difensore, così come all'appello di parti diverse dall'imputato¹⁸⁴. In cassazione¹⁸⁵ la prova dell'ignoranza incolpevole potrà essere fornita con il ricorso (art. 606, comma 1, c.p.p.)¹⁸⁶ ovvero, qualora giunga dopo la proposizione di quest'ultimo e dopo la scadenza del termine per proporre motivi aggiunti (art. 585, comma 4, c.p.p.), essere fornita prima dell'udienza, o in tale sede. In queste ultime due ipotesi la decisione sul tema è possibile in quanto, come noto, la Corte di cassazione può decidere «altresì»¹⁸⁷ sulle questioni «che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello»¹⁸⁸. Vi è però differenza tra i due giudizi

che ha poi condotto all'approvazione della l. n. 118 del 2014 (*infra*; cfr. Camera dei Deputati – XVII Legislatura, proposta di legge n. 2344, www.camera.it).

¹⁷³ Sebbene, deve ripetersi, destinata ad essere applicata ancora a lungo, per effetto dell'art. 1 l. n. 118 del 2014 (*infra*).

¹⁷⁴ Art. 603, comma 4, c.p.p., *supra*.

¹⁷⁵ *Supra*. In sostanza, l'unico profilo in cui sembra ravvisabile una successione *in peius* di disciplina è l'eliminazione dell'obbligo di notifica dell'avviso di deposito e dell'estratto di sentenza al contumace (art. 548, comma 3, c.p.p.), cui segue la *reductio ad unum* del termine per impugnare (art. 585, comma 2, lett. b), c.p.p. Tali previsioni sono state abrogate, rispettivamente, dall'art. 10, comma 5, e dall'art. 11, comma 1, l. n. 67 del 2014). Eliminazione coerente con il nuovo sistema, che come visto fa scomparire il contumace e subordina la dichiarazione di assenza alla conoscenza (sebbene in alcuni casi presunta, *supra*) del processo. E se il processo è conosciuto, non vi è ragione di informativa apposita circa il suo esito, né di ulteriore termine per impugnare in favore di un imputato che (si presume) abbia rinunciato a comparire. Per la permanenza o meno, in via transitoria, dell'obbligo di notifica dell'estratto contumaciale, si veda *infra*.

¹⁷⁶ Tale ultimo riferimento potrebbe autorizzare a ritenere che la prova in questione possa essere fornita anche da chi, ritenuto legittimamente assente (art. 420bis, comma 2, c.p.p.) in udienza preliminare, non sia giunto a conoscenza del decreto che ha disposto il giudizio. Ciò, in quanto l'udienza preliminare è fase processuale autonoma rispetto al giudizio di primo grado (*infra*).

¹⁷⁷ Art. 604, comma 5bis, c.p.p., introdotto dall'art. 11, comma 3, l. n. 67 del 2014.

¹⁷⁸ Art. 623, comma 1, lett. b), c.p.p., modificato dall'art. 11, comma 4, l. n. 67 del 2014.

¹⁷⁹ Cfr. artt. 489, comma 2, c.p.p.; 604, comma 5bis, ultimo periodo; 625ter, ultimo periodo, c.p.p.

¹⁸⁰ Infatti il caso richiamato è, per quel che qui interessa, l'incolpevole ignoranza del processo di primo grado, cui segue la regressione del giudizio, senza che debba obbligatoriamente ritenersi operante l'ulteriore conseguenza dell'accesso a riti premiali. In termini Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 58.

¹⁸¹ Così Tonini-Conti, *La sospensione*, cit., 516.

¹⁸² Art. 623, comma 1, lett. b), c.p.p.

¹⁸³ *Contra* Savio, *Le modifiche in materia di individuazione del giudice del rinvio*, Conti-Marandola-Varraso (a cura di), *Le nuove norme*, cit., 316-317, argomentando dalle differenze ontologiche tra appello e giudizio di rinvio, e soprattutto dalla circostanza che in quest'ultimo caso «l'interessato non viene rimesso in termini per la presentazione di istanze con riguardo alle quali si era già precedentemente verificata la decadenza» (317). In tal modo, tuttavia, si trascura che nella fattispecie, a differenza di quelle poste a raffronto, la decadenza si verifica *sine culpa*.

¹⁸⁴ In quest'ultimo senso Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 56.

¹⁸⁵ È indubbio che nella fattispecie il giudice di legittimità conosca e decida di un fatto, in difformità dalle sue attribuzioni istituzionali, in modo non dissimile, del resto, da quanto previsto nell'art. 625ter c.p.p. (*infra*).

¹⁸⁶ Anche se deve notarsi che la prova sopravvenuta di ignoranza incolpevole non rientra *stricto iure* tra i casi tassativi elencati da tale disposizione.

¹⁸⁷ Quindi a prescindere dalla cognizione normalmente circoscritta ai motivi (art. 609, comma 1, c.p.p.).

¹⁸⁸ Ed a fortiori neppure nel ricorso di cui all'art. 606 c.p.p. In argomento v., sebbene con riferimento a profili di diritto intertemporale, Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 65.

in esame: mentre in appello il ritorno degli atti in primo grado può aversi anche se quest'ultimo si è concluso con sentenza di proscioglimento¹⁸⁹, e persino con sentenza di assoluzione¹⁹⁰, in cassazione il rimedio è possibile solo a fronte di pronunce di condanna (art. 623, comma 1, lett. b), c.p.p.). Di conseguenza, l'ignoranza incolpevole non può valere al fine di rimuovere i provvedimenti di cui agli art. 529 e 531 c.p.p.¹⁹¹ che, come noto, sono impugnabili, sebbene a determinate condizioni¹⁹². Deve tuttavia osservarsi che la soluzione adottata dal legislatore appare conforme alle indicazioni desumibili dalla giurisprudenza sovranazionale, secondo cui¹⁹³ il diritto alle restituzioni¹⁹⁴ spetta al condannato (e quindi non al "comunque giudicato") *in absentia*.

Verificatasi la regressione in primo grado¹⁹⁵, occorre stabilire quale sia la sorte delle prove raccolte in assenza dell'imputato. Ragioni di coerenza sistematica e di funzionalità¹⁹⁶ imporrebbero di non discostarsi dalla soluzione accolta per il caso di comparizione tardiva nel dibattimento di primo grado: validità degli atti pregressi, con possibilità di richiesta di rinnovazione e diritto di prova a norma dell'art. 493 c.p.p.¹⁹⁷. Tuttavia, alcuni indici testuali complicano la questione.

Si è visto in precedenza che la dimostrazione *ex post* di ignoranza incolpevole del processo non è in-

quadrabile tra le ipotesi di nullità. Ciò posto, una soluzione che preveda il mantenimento di validità degli atti acquisiti *in absentia* non sarebbe tecnicamente censurabile¹⁹⁸. Tuttavia, a compromettere la linearità di tale assetto interviene proprio l'art. 604, comma 5bis, c.p.p., secondo cui la restituzione degli atti al giudice di primo grado avviene previo annullamento della sentenza; annullamento che, di regola, postula la nullità degli atti del giudizio¹⁹⁹; in simile prospettiva, verrebbe travolta anche l'istruzione probatoria compiuta *in absentia*²⁰⁰. Nonostante l'improvvido richiamo normativo all'annullamento della sentenza²⁰¹, una soluzione di sistema impone di uniformare la disciplina in esame a quella prevista per la comparizione dell'assente durante il primo grado di giudizio²⁰². Tuttavia, atteso che il giudice del rinvio dovrà essere persona fisica diversa da quella che ha condotto il giudizio *in absentia*, le prove acquisite in tale sede dovranno essere rinnovate²⁰³, pena la violazione dell'art. 525 c.p.p.²⁰⁴.

La regressione condurrà il processo davanti al «giudice di primo grado» (art. 604, comma 5bis, secondo periodo, c.p.p.). Esclusa dal rimedio, quindi, l'udienza preliminare, nel solco di una ricordata tendenza alla svalutazione di tale fase all'interno della l. n. 67 del 2014²⁰⁵.

¹⁸⁹ Artt. 529 e 531 c.p.p.

¹⁹⁰ Se la prova dell'ignoranza incolpevole è fornita a seguito di appello proposto da altre parti, *supra*. In questo caso, tuttavia c'è da chiedersi quale possa essere l'interesse dell'imputato a "riapparire", fornendo la prova citata. Ciò potrebbe accadere se si è in possesso di una prova di innocenza decisiva, che si aggiunge a quelle che hanno convinto il giudice di primo grado ad assolvere. Ovvero se si è coscienti della fondatezza dell'appello del pubblico ministero, e tuttavia si approssimi la prescrizione del reato, agevolata dal ritorno al primo grado di giudizio.

¹⁹¹ Si duole della circostanza Quattrococo, *Il contumace cede la scena*, cit., 6.

¹⁹² Art. 593, comma 2, primo periodo, c.p.p.

¹⁹³ Per tutte Corte e.d.u., 25 novembre 2008, *Cat Berro c. Italia*, cit.

¹⁹⁴ Peralto, come visto *supra*, esercitabile anche con modalità più ristrette di quelle configurate nella l. n. 67 del 2014.

¹⁹⁵ Artt. 604, comma 5bis, secondo periodo, e 623, comma 1, lett. b), c.p.p.

¹⁹⁶ È chiaro, infatti, che una differente disciplina del fenomeno in caso di dimostrazione dell'ignoranza incolpevole nei giudizi di impugnazione anziché in primo grado (art. 420bis, comma 4, quarto periodo, c.p.p., *supra*), qualora la differenza sia *in melius* nel primo caso, potrebbe indurre ad un "trascinamento" della patologia – *rectius*, della sua dimostrazione – al fine di lucrare un trattamento più favorevole. Potrebbe verificarsi, insomma, un caso di abuso del processo (Santalucia, *Il processo in absentia e il giudizio di appello*, Conti-Marandola-Varraso (a cura di), *Le nuove norme*, cit., 308).

¹⁹⁷ Art. 420bis, comma 4, quarto periodo, c.p.p., *supra*. Che il rimedio restitutorio disposto nei giudizi di impugnazione non possa integrare un *minus*, rispetto a quello fruibile da chi compare tardivamente in primo grado, pare indubbio. Ed è esplicitato da Diddi, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., 221-222.

¹⁹⁸ Salva ogni riserva sulla condivisibilità di tale soluzione in rapporto all'esigenza di tutela delle garanzie partecipative compromesse in assenza di colpa dell'imputato (*supra*).

¹⁹⁹ Come avviene per i casi di dimostrazione di legittimo impedimento o di sussistenza di condizioni che avrebbero imposto la sospensione del processo a norma dell'art. 420quater, c.p.p. (*infra*. Cfr. art. 604, comma 5bis, primo periodo, c.p.p.). In termini Diddi, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., 219; Cass., sez. III, 13 ottobre 2011, n. 40025, *Cass. pen.*, 2012, 3817.

²⁰⁰ Circostanza di cui non dubita Santalucia, *Il processo in absentia*, cit., *ibidem*.

²⁰¹ Del resto formulato con una certa timidezza: se in caso di dimostrazione di legittimo impedimento o di necessità di sospensione *ex tunc*, il giudice «dichiara la nullità della sentenza e dispone il rinvio degli atti» (art. 604, comma 5bis, primo periodo, c.p.p.), ove provata l'ignoranza incolpevole si «annulla altresì la sentenza» (art. 604, comma 5bis, secondo periodo, c.p.p.). In realtà, in quest'ultimo caso il legislatore avrebbe dovuto prevedere la revoca della pronuncia, appunto disposta in ragione di fatti sopravvenuti. Forse, non si è osato adoperare tale *novum* lessicale, sinora riservato a provvedimenti che rimuovono il giudicato (art. 673 c.p.p.) o previsti in sede cautelare (art. 299 c.p.p.).

²⁰² In tal senso Diddi, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., 221.

²⁰³ Salvo che le parti consentano alla conservazione.

²⁰⁴ *Contra* Diddi, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., 222,, secondo cui in tal caso si darebbe deroga dell'art. 525 c.p.p. L'asserto non è sviluppato dall'Autore, e comunque non sembra condivisibile, essendo l'immediatezza principio generale dell'ordinamento processuale, sebbene non tutelato in via diretta dalla Costituzione (C. cost., ord. 21 dicembre 2001, n. 431, *Giur. cost.*, 2001, 6).

²⁰⁵ *Contra* Santalucia, *Il processo in absentia*, cit., 305, il quale tuttavia argomenta (301 s.) sulla scorta del principio di cui all'art. 185, comma 3, c.p.p. Mentre si è ribadito che la prova dell'ignoranza incolpevole non configura un'ipotesi di nullità,

Si è detto che il giudice cui vengano restituiti gli atti dovrà essere fisicamente diverso da quello davanti al quale si è svolto il giudizio *in absentia*. Per la verità, qualche traccia lessicale potrebbe impedire di giungere a tale conclusione, in verità, ragionevole. L'art. 604, comma 5bis, secondo periodo, c.p.p., impone la «restituzione», e non il rinvio, al giudice di primo grado²⁰⁶. Di contro, è solo il rinvio a causare incompatibilità a norma dell'art. 34, comma 1, c.p.p.²⁰⁷. Inoltre, l'art. 623, lett. c) e d), c.p.p., impone, in caso di annullamento della sentenza, la trasmissione degli atti a giudice diverso, senza che ciò sia esplicitato nell'ipotesi, qui rilevante, di cui alla lett. b). Entrambe le argomentazioni, tuttavia, sembrano deboli. Quanto alla prima, può sostenersi la sinonimia tra espressioni differenti ma simili²⁰⁸. Quanto alla seconda, la giurisprudenza costituzionale²⁰⁹ ha chiarito che se un testo normativo non impedisce un'interpretazione costituzionalmente orientata²¹⁰, è quest'ultima a dover essere adottata. Del resto, non si vede quale spazio possa avere altra soluzione, posto che la Consulta²¹¹ ha affermato l'impossibilità di partecipazione al giudizio da parte del giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare sentenza nei confronti dello stesso imputato e per lo stesso fatto²¹².

RIMEDIO POST-GIUDICATO

Il diritto di partecipazione personale al processo ha una forza tale da travolgere, ove se ne dimostri la lesione, persino le sentenze irrevocabili pronunciate *in absentia*. Sebbene non costituisca un'assoluta novità²¹³, la «rescissione del giudicato»²¹⁴ si aggiunge

ad onta dell'infelice formulazione dell'art. 604, comma 5bis, secondo periodo, c.p.p.

²⁰⁶ Al contrario di quanto previsto nel primo periodo, nonché nel comma 4 dello stesso articolo.

²⁰⁷ Disposizione, come noto, da assoggettare ad interpretazione restrittiva.

²⁰⁸ Anche se non può negarsi che la «restituzione» paia implicare un ritorno nella disponibilità a favore dello stesso soggetto.

²⁰⁹ C. cost., sent. 28 novembre 1997, n. 363, *Cass. pen.*, 1998, 764, relativa proprio ai rapporti tra giudizio di rinvio ed incompatibilità.

²¹⁰ Ed in questo caso volta a salvaguardare l'imparzialità – ancor meglio terzietà – del giudice (art. 111, comma 1, primo periodo, c.p.p.).

²¹¹ Sent. 17 giugno 1999, n. 241, *Cass. pen.*, 1999, 3075.

²¹² Alle stesse conclusioni giunge Savio, *Le modifiche*, cit., 318, che tuttavia le ancora al «prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale».

²¹³ La rimozione delle sentenze irrevocabili è infatti possibile, nella sostanza, anche mediante l'"antico" – ma transitoriamente ancora attuale, *infra* – rimedio della restituzione nel termine per impugnare (art. 175, comma 2, c.p.p., nella versione precedente la modifica di cui all'art. 11, comma 6, l. n. 67 del 2014).

²¹⁴ Art. 11, comma 5, l. n. 67 del 2014.

al novero, in costante ampliamento²¹⁵, dei mezzi straordinari attraverso i quali si tende a rimediare all'erroneità, ingiustizia sostanziale o iniquità procedurale delle pronunce giurisdizionali, pur se assistite dal requisito della cosa giudicata formale²¹⁶. L'art. 625ter c.p.p. consente la ripetizione integrale del giudizio²¹⁷ se il condannato²¹⁸ prova l'incolpevole ignoranza del processo²¹⁹. Tale disposizione è già stata oggetto di un importante intervento giurisprudenziale²²⁰, sollecitato dal Primo Presidente della Corte di cassazione con provvedimento del 29 maggio 2014²²¹. Detto intervento si è incentrato principalmente su un profilo di diritto intertemporale, dovendosi stabilire per quali sentenze passate in giudicato trovasse applicazione il nuovo rimedio. I giudici di legittimità hanno stabilito che quest'ultimo può trovare spazio solo in relazione a provvedimenti emessi a seguito di processo interamente²²² svolto secondo le regole di cui all'art. 420bis, comma 2, c.p.p.²²³. In sostanza, il riferimento all'«assenza» di cui all'art. 625ter, comma 1, c.p.p., è stato inteso quale richiamo dello *status* disegnato dalla l. n. 67 del 2014. La questione può dirsi superata a seguito dell'entrata in vigore²²⁴ della disciplina transitoria. In proposito, basterà quindi osservare che la soluzione fornita dalle Sezioni Unite appare tecnicamente corretta, posto che l'art. 625ter, comma 1, c.p.p. si riferisce espressamente al condannato «nei cui confronti si sia proceduto in assenza». Sembrando, quindi, presupporre lo *status* di assente, piuttosto che il dato fattuale della mancata comparizione dell'imputato

²¹⁵ Si veda infatti l'art. 625bis c.p.p., nonché C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, *www.cortecostituzionale.it*, che come noto ha introdotto un nuovo caso di revisione (art. 630 c.p.p.), «quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

²¹⁶ Art. 648 c.p.p. Anche se, beninteso, il giudicato rimane un presidio di civiltà giuridica, impedendo l'"eterna sottoposizione" a processo. Nonché uno strumento pratico ineliminabile, in quanto pone fine alla controversia. Ed infine un "valore" costituzionalmente tutelato (tra le altre si veda C. cost., sent. 30 aprile 2008, n. 129, *www.cortecostituzionale.it*). Il che, peraltro, non ha impedito alla codificazione vigente di prevedere casi non secondari di flessibilità dell'istituto (artt. 669, 670, 671, 673 c.p.p.).

²¹⁷ Verificandosi anche in tal caso l'elisione dell'udienza preliminare (art. 625ter, comma 3, primo periodo, c.p.p. *Supra*).

²¹⁸ *Infra*.

²¹⁹ Di tutto il processo, altrimenti non troverebbe giustificazione la straordinarietà del rimedio, potendo operare, secondo il momento processuale in cui l'ignoranza cessa, gli artt. 420bis, comma 4, 604, comma 5bis e 623, lett. b), c.p.p. (*supra*).

²²⁰ Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848, *www.dirittoegiustizia.it*.

²²¹ *Arch. pen.*, 2014, 2, 1.

²²² Art. 625ter, comma 1, c.p.p.

²²³ *Supra*.

²²⁴ In data 22 agosto 2014 (art. 2 l. n. 118 del 2014, *infra*).

to²²⁵. Tuttavia, tale ultima interpretazione non sembrava del tutto preclusa, con la conseguenza che, se adottata, avrebbe consentito l'assoggettamento al rimedio in esame delle sentenze irrevocabili emesse a partire dal 17 maggio 2014²²⁶.

La pronuncia in esame, d'altra parte, contiene interessanti precisazioni sulle forme e le modalità di trattazione del rimedio. Prima di esaminarle brevemente, è opportuno percorrerne le linee essenziali. Il richiamo testuale alla rescissione, inusuale²²⁷ in ambito processualpenalistico, è stato stigmatizzato in modo persino veemente, rilevandone connotazioni di tipo civilistico²²⁸ non consone all'ambito di operatività del rimedio. Viceversa, la scelta lessicale, pur sorprendente, non pare inappropriata; non del tutto, almeno. Volendo il legislatore rappresentare la separazione tra giudizio rescindente, riservato alla sede di legittimità, e giudizio rescissorio, da svolgere nelle sedi di merito²²⁹. Separazione invece non riscontrabile nelle altre impugnazioni straordinarie²³⁰, in cui il giudice rimuove solo implicitamente la sentenza irrevocabile²³¹.

La richiesta di rescissione è ammessa solo in presenza di condanna²³². Si ripropone pertanto il tema, precedentemente esaminato, della non "aggredibilità" delle pronunce di proscioglimento (artt. 529 e 531 c.p.p.)²³³. La richiesta deve essere presentata²³⁴ entro trenta giorni dal momento in cui si è avuta «conoscenza del procedimento» (art. 625ter, comma 2, c.p.p.). Il testo normativo sul punto è ambiguo e persino paradossale, atteso che la conoscenza *de qua* non può che concernere il provvedimento irrevocabile²³⁵.

²²⁵ In relazione al quale, tuttavia, la stessa l. n. 67 del 2014 usa proprio la stessa espressione (si veda infatti l'art. 420quater, comma 2, c.p.p.; cfr. Tonini-Conti, *La sospensione*, cit., 513, nota 12, 514, nota 17).

²²⁶ Data di entrata in vigore della l. n. 67 del 2014, *infra*. Sembrando corretto, in applicazione del diritto intertemporale (*infra*), individuare nelle sentenze irrevocabili l'*actus* cui ancorare l'operatività della nuova disciplina.

²²⁷ «Improprio» secondo De Caro, *Processo in absentia*, cit., 24.

²²⁸ Quattrocchio, *Il contumace cede la scena*, cit., 7. Adirittura, secondo Dainelli, *Prime riflessioni*, cit., 9, nell'art. 625ter c.p.p. la sentenza irrevocabile verrebbe intesa quale accordo tra le parti (*sic*).

²²⁹ Per un uso in ambito processualpenalistico di tali espressioni v. Cass., sez. III, 1 dicembre 2005, n. 12644, *Dir. e giustizia*, 2006, 26, 91.

²³⁰ Artt. 629 ss. e 625bis, c.p.p.

²³¹ Art. 625bis, comma 4, c.p.p.; artt. 636 ss. c.p.p. In termini Chimichi, *Art. 625ter: la rescissione del giudicato*, Conti-Marandola-Varraso (a cura di), *Le nuove norme*, cit., 326.

²³² O di sottoposizione a misura di sicurezza, art. 625ter, comma 1, c.p.p.

²³³ *Supra*.

²³⁴ Personalmente o a mezzo di procuratore speciale (art. 625ter, comma 2, c.p.p.).

²³⁵ Esprime infatti giustificate perplessità Quattrocchio, *Il con-*

Se la richiesta è accolta, la Corte di cassazione «revoca» la sentenza (art. 625, comma 3, primo periodo, c.p.p.). L'uso di tale verbo sembra appropriato, verificandosi nella fattispecie l'accertamento di un fatto sopravvenuto²³⁶.

La trasmissione degli atti al giudice di primo grado²³⁷, contrariamente a quanto ritenuto in relazione agli artt. 604, comma 5bis, e 623, lett. b), c.p.p., non comporterà la rinnovazione delle prove a norma dell'art. 525 c.p.p., sembrando possibile, nel silenzio della norma, l'applicazione analogica degli artt. 636 ss. c.p.p.²³⁸. Al "riprocessato" spetterà il diritto alla prova²³⁹ e la possibilità di richiedere la rinnovazione delle prove assunte²⁴⁰, nonché il "patteggiamento" ed il rito abbreviato, essendovi di ciò esplicita menzione nell'art. 625ter, comma 3, secondo periodo, c.p.p.²⁴¹.

La rescissione è pronunciata a fronte della dimostrata²⁴² ignoranza incolpevole del processo. Essa pertanto tende, più che a rimuovere una decisione ingiusta²⁴³, a ripristinare nella loro pienezza le "regole del gioco", alterate dallo svolgimento *in absentia* del processo. In quest'ottica, è stato ritenuto che il giudizio rescissorio potrebbe concludersi con una pronuncia persino peggiorativa, in punto di trattamento sanzionatorio, rispetto a quella oggetto di rescissione²⁴⁴. Tale impostazione non è condivisibile.

tumace cede la scena, cit., 7, nota 15. Circa la difficoltà di controllare il rispetto del termine, Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 58; Chimichi, *Art. 625ter*, cit., 333.

²³⁶ Appunto l'incolpevole ignoranza (*supra*). Cfr. art. 673 c.p.p., per l'uso della stessa espressione in relazione all'*abolitio criminis* sopraggiunta alla condanna. In quest'ultimo caso tuttavia, trattandosi di una presa d'atto, non vi è separazione tra fase rescindente e fase rescissoria.

²³⁷ Che dovrà necessariamente essere persona fisica diversa da quella che ha pronunciato sentenza in qualunque grado del giudizio conclusosi con la sentenza revocata (*supra*).

²³⁸ Non si intravede altra soluzione, sebbene la stessa non possa considerarsi soddisfacente (*supra*).

²³⁹ *Supra*. Anche se, svolgendosi il nuovo processo, con buona probabilità, a distanza temporale rilevante da quello definito con la sentenza revocata, non è difficile immaginare difficoltà in ordine all'esercizio di tale diritto.

²⁴⁰ In relazione alla quale si paleseranno le stesse difficoltà appena evidenziate.

²⁴¹ Il che rende, se non inquietante, almeno ambiguo il silenzio sul punto del novellato art. 623, lett. b), c.p.p. (*supra*).

²⁴² Da parte dell'imputato (art. 625ter, comma 1, c.p.p.); con la conseguente riproposizione di tutti i problemi segnalati *supra*.

²⁴³ Come avviene con la revisione (art. 630 c.p.p.). Si veda tuttavia C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, cit.

²⁴⁴ Chimichi, *Art. 625ter*, cit., 325. Non può tacersi che impostazioni del genere possono trarre linfa, sebbene "obliquamente", dall'esaltazione del contraddittorio in senso oggettivo, anziché quale garanzia individuale (*supra*). In tema si veda ancora Iafisco, *Il "giusto processo"*, cit., 1126 s.). Se infatti la partecipazione dell'imputato è strumentale alla completezza e genuinità dell'accertamento, quest'ultima trascende le esigenze difensive e potrebbe persino essere fonte di una condanna più severa di quella emessa *in absentia*.

Anzitutto, si è ricordato che il rimedio è azionabile esclusivamente dal «condannato o sottoposto a misura di sicurezza». Mentre, a voler dare coerente seguito all'affermazione in esame, esso dovrebbe autorizzare anche la messa in discussione di sentenze di proscioglimento²⁴⁵ e persino assolutorie (art. 530 c.p.p.)²⁴⁶. Inoltre, si è ricordata la pronuncia additiva della Consulta²⁴⁷, per cui sono "revisionabili" anche le sentenze rese a conclusione di un processo ritenuto iniquo dalla Corte e.d.u. In tale occasione, la Corte costituzionale ha chiarito che «...rimediare al difetto di "equità"... non significa giungere necessariamente a un giudizio assolutorio: chi è stato condannato... deve vedersi assicurato un nuovo processo... senza che tale diritto possa rimanere... subordinato a un... pronostico circa il relativo esito... fermo naturalmente il divieto della *reformatio in peius*». Si tratta di precisazione²⁴⁸ da tenere in conto in sede di rescissione del giudicato, attesa, oltretutto, la parziale, se non totale, assimilazione tra i casi di processo non equo, oggetto della pronuncia del giudice delle leggi, ed un processo *in absentia* causata da ignoranza incolpevole²⁴⁹.

Si passi, ora, ad esaminare in breve i profili più problematici oggetto del recente intervento della giurisprudenza di legittimità²⁵⁰, necessario punto di riferimento in ragione di una disciplina sicuramente lacunosa. L'art. 625ter c.p.p. configura un'impugnazione straordinaria²⁵¹, da depositare presso il giudice *a quo* a norma dell'art. 582 c.p.p.²⁵². Sebbene l'ignoranza incolpevole debba essere dimostrata

dall'imputato, alla Corte di cassazione non potranno essere inibiti poteri istruttori, quantomeno in ordine all'acquisizione di documenti che integrino gli *alligata* del richiedente²⁵³. Altro aspetto importante concerne la possibilità di sospendere l'esecuzione dal momento della richiesta a quello della decisione, previsione omessa dall'art. 625ter c.p.p. In modo condivisibile, si è ritenuto che non possa esservi soluzione difforme da quella prevista nell'art. 625bis, comma 2, c.p.p.²⁵⁴.

Circa le forme da adottare per la trattazione del rimedio -altra grave lacuna del testo in esame- i giudici di legittimità hanno ritenuto esperibile la procedura camerale di cui all'art. 611 c.p.p., che come noto non prevede -*rectius*, nega- la presenza del difensore²⁵⁵. Tale interpretazione, sebbene prevedibilmente destinata a radicarsi nella prassi, non pare convincente. Le Sezioni Unite fondano l'asserito su un precedente²⁵⁶ che, tuttavia, sembra voler dire altro. Ossia, che in assenza di specificazioni²⁵⁷ le forme da seguire in cassazione sono quelle di cui all'art. 611 c.p.p. A patto, tuttavia, che si tratti di decisioni su provvedimenti non "trattabili" in pubblica udienza. Che invece pare proprio la sede idonea per la decisione sulla richiesta di rescissione; atteso che quest'ultima ha ad oggetto sentenze di condanna «*passate in giudicato*»²⁵⁸, che non pos-

²⁴⁵ *Supra*.

²⁴⁶ Non rilevando, in sede scientifica, il carattere puramente scolastico di un'ipotesi di richiesta di rescissione avanzata dall'assolto con sentenza irrevocabile.

²⁴⁷ C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, cit.

²⁴⁸ Del resto imposta dall'art. 637, comma 4, c.p.p.

²⁴⁹ Sebbene quest'ultima non configuri, *stricto sensu*, un vizio processuale (*supra*). Detta assimilazione pare presupposta, quando si afferma (cfr. *Relazione* alla proposta di legge n. 331, cit.) che la rescissione del giudicato tornerà utile anche quale rimedio -previo intervento legislativo *ad hoc*- anche per i processi dichiarati iniqui dalla Corte e.d.u. (oggi atipicamente rimediabili mediante richiesta di revisione, come riconosce la stessa C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, cit.). Il che consentirà al condannato una *chance* più robusta di quella sfruttabile ricorrendo all'impugnazione straordinaria di cui agli artt. 629 ss. c.p.p. (Quattrocolo, *Il contumace cede la scena*, cit., 8, nota 16).

²⁵⁰ Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848, cit.

²⁵¹ E quindi non è assimilabile ad un incidente di esecuzione, come ritenuto da Ranaldi, *La rescissione del giudicato alle Sezioni unite "anche al fine di prevenire possibili contrasti giurisprudenziali"*, *Arch. pen.*, 2014, 4. Tale soluzione è stata prospettata da De Caro, *Processo in absentia*, cit., 24 s., specie in considerazione del possibile esercizio di poteri istruttori da parte del giudice di legittimità, chiamato a decidere su «una situazione fattuale controversa» (24), per la quale è più attrezzato il giudice di cui agli artt. 665 ss. c.p.p. (*infra*).

²⁵² Come già affermato da Quattrocolo, *Il contumace cede la scena*, cit., 7.

²⁵³ Divenendo quindi il giudice di legittimità non solo, come visto, giudice del fatto, ma anche titolare di poteri (appunto l'istruzione probatoria) istituzionalmente riservati alle sedi di merito. È da rimarcare che tale possibilità sinora era stata esclusa, persino in tempi recentissimi (v. Cass., sez. fer., 31 luglio 2014, n. 35717, *www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com*).

²⁵⁴ Che tuttavia, come noto, limita la sospensione ai «casi di eccezionale gravità», al contrario di quanto previsto nell'altra ipotesi di impugnazione straordinaria (art. 635 c.p.p.). Sembra tuttavia da escludere che la Corte di cassazione, nei casi di cui all'art. 625 ter c.p.p., abbia voluto circoscrivere il potere di sospensione allo stesso modo di cui all'art. 625 bis, comma 2, c.p.p., posto che nel testo della sentenza vi è espresso richiamo ad altre ipotesi (artt. 666, comma 7, e 670, comma 2, c.p.p.) che non contengono tale delimitazione. Prima della pronuncia delle Sezioni Unite, in relazione al silenzio serbato dal legislatore sul potere di sospensione, dubbi sull'esistenza dello stesso erano stati avanzati da Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 59.

²⁵⁵ Nonostante il Primo Presidente della Corte di cassazione avesse disposto, con provvedimento del 29 maggio 2014, cit., la trattazione del procedimento, concluso con la sentenza in esame, nella forma camerale "partecipata" di cui all'art. 127 c.p.p. (*sic*).

²⁵⁶ Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 9857, *www.dejure.giuffre.it*.

²⁵⁷ Quali quella contenuta nell'art. 625 bis, comma 4, c.p.p.

²⁵⁸ Ecco un'altra espressione che, sebbene accolta in sordina, non appare proprio consona al lessico processualpenalistico, che solitamente si riferisce alle sentenze «irrevocabili» (art. 648 c.p.p.), preferendo richiamare la «forza esecutiva» (art. 650, comma 1, c.p.p.), ovvero, nei casi assimilabili al giudicato sostanziale di cui all'art. 2909 c.c., l'«efficacia di giudicato» (artt. da 651 a 654 c.p.p.).

sono essere state rese che in dibattimento ovvero a seguito di giudizio abbreviato. Quindi proprio nei casi in cui la procedura camerale “non partecipata” non è consentita (art. 611, primo periodo, c.p.p.)²⁵⁹. Ed allora, se quest’ultima disposizione è inapplicabile, il silenzio sulla procedura da seguire non può che condurre a ritenere obbligatoria la trattazione in pubblica udienza, a norma dell’art. 614 c.p.p.²⁶⁰. Che del resto costituisce la soluzione *ad hoc* anche in ottica funzionale. Visto che si tratta di accertare un fatto (l’ignoranza incolpevole), per la cui dimostrazione la presenza del difensore, anche in vista dei poteri istruttori esercitabili dal giudice²⁶¹, appare senz’altro utile, se non necessaria²⁶².

Infine – anche se la questione non è stata esaminata dalle Sezioni Unite – ci si deve chiedere se la pronuncia che nega la rescissione²⁶³ sia assoggettabile a sua volta al rimedio straordinario di cui all’art. 625bis c.p.p.²⁶⁴. Sebbene non possa escludersi nella fattispecie la possibilità dell’errore materiale o di fatto, la risposta negativa pare plausibile. Considerato che, anche per la sua collocazione, tale ultima disposizione sembra essere finalizzata a correggere i provvedimenti presi a conclusione del processo, e non quelli che vengono richiesti al fine di demolire pronunce irrevocabili.

UNA NUOVA IPOTESI DI SOSPENSIONE DEL PROCESSO

Se la notificazione²⁶⁵ è valida²⁶⁶, ma non effettuata personalmente all’imputato, non constano impedimenti (art. 420ter c.p.p.), e non vi è la possibilità di

procedere *in absentia*²⁶⁷, il giudice «rinvia l’udienza e dispone che l’avviso sia notificato all’imputato personalmente ad opera della polizia giudiziaria»²⁶⁸ (art. 420quater, comma 1, c.p.p.)²⁶⁹. Se ciò non è possibile, il processo deve essere sospeso (art. 420quater, comma 2, c.p.p.)²⁷⁰. Conseguenza inevitabile: se l’imputato è ignaro del processo a suo carico, o almeno la relativa conoscenza non è dimostrabile, il prosieguo del rito pregiudicherebbe il diritto di partecipazione personale²⁷¹ e di conseguenza renderebbe mutilato il contraddittorio²⁷². Ma resta paradossale che la disciplina vigente in tema di notifiche, rimasta inalterata pur a seguito della l. n. 67 del 2014, non è idonea a garantire la conoscenza reale dell’accusa²⁷³.

Si è ritenuto²⁷⁴ che gli imputati interessati dal meccanismo sospensivo in esame siano gli irreperibili²⁷⁵. L’affermazione, pur non erranea, sembra necessitare di una precisazione *in maius* e di un’altra *in minus*. La prima è che, quando il giudice dispone la notificazione personale (art. 420quater, comma 1, c.p.p.), può anche mancare un decreto di irreperibilità (artt. 159 e 160 c.p.p.)²⁷⁶; il che viceversa si imporrà a seguito di tentativo infruttuoso di consegna a mani dell’imputato²⁷⁷ (art. 420quater, comma 2, primo pe-

²⁶⁷ Art. 420 bis, comma 2, c.p.p.

²⁶⁸ Insieme, deve ritenersi, al verbale di udienza contenente la data del rinvio. Non può farsi a meno di notare la schizofrenia legislativa in ordine all’individuazione della polizia giudiziaria quale organo delle notificazioni (si vedano gli artt. 148, comma 3, e 151, comma 1, c.p.p. In tema v. De Caro, *Processo in absentia*, cit., 18).

²⁶⁹ Come modificato dall’art. 9, comma 3, l. n. 67 del 2014.

²⁷⁰ Sempre che non debba farsi luogo ad immediata declaratoria di cause di non punibilità (art. 129 c.p.p., *infra*). La sospensione consente la ripresa dell’azione risarcitoria nella sede propria (art. 420bis, comma 2, ultimo periodo, c.p.p.).

²⁷¹ *Supra*.

²⁷² Quattrococo, *Rito degli irreperibili*, cit., 2956.

²⁷³ *Supra*.

²⁷⁴ V. Quattrococo, *Il contumace cede la scena*, cit., 9; Tonini-Conti, *La sospensione*, cit., 512.

²⁷⁵ Conclusione del resto autorizzata dal titolo della l. n. 67 del 2014, che appunto fa espresso riferimento alla «sospensione del procedimento... nei confronti degli irreperibili».

²⁷⁶ Ciò potrà verificarsi, ad esempio, nel caso in cui, in assenza di atti “garantiti” nel corso delle indagini preliminari, l’unico “punto di contatto” tra indagato e procedimento sia la notifica dell’avviso di cui all’art. 415bis c.p.p., effettuata validamente ma a soggetto diverso dal primo. A tale proposito, appare discutibile la scelta del legislatore di collocare il momento della sospensione a processo instaurato, anziché all’esito della notificazione dell’avviso di conclusione delle indagini (come suggerito da Caprioli, *Giusto processo e rito degli irreperibili*, *Legislazione pen.*, 2004, 593). Ciò, oltre a consentire, in caso di successivo reperimento dell’imputato, la possibile archiviazione del procedimento – come segnala Quattrococo, *Rito degli irreperibili*, cit., 2951 – avrebbe evitato l’intasamento dei ruoli di udienza, nonché eventuali censure da parte della Corte e.d.u. in punto di ragionevole durata del (singolo) processo: Dei-Cais, *Il procedimento penale*, cit., 204.

²⁷⁷ A differenza di quanto osservato *supra*, circa la notificazione personale di cui all’art. 420bis, comma 2, c.p.p., nella fattispecie

²⁵⁹ Diddi, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., 226, secondo il quale la conclusione qui sostenuta discende anche dalla circostanza che la decisione sulla rescissione è innescata da una richiesta (art. 625 ter, comma 2, c.p.p.), e non da un ricorso (art. 611, primo periodo, c.p.p.).

²⁶⁰ Diddi, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., *ibidem*.

²⁶¹ *Supra*.

²⁶² Altra soluzione potrebbe essere l’applicazione analogica dell’art. 625bis, comma 2, c.p.p.: procedura camerale “partecipata” a norma dell’art. 127 c.p.p., trattandosi anche in tal caso di rimedio straordinario. Infatti, l’unico dubbio concernente la trattazione in pubblica udienza riguarda la circostanza che quest’ultima è disposta per i ricorsi (art. 610, commi 3 e 5, c.p.p.), e non per le richieste. È l’unica richiesta che l’ordinamento prevedeva prima dell’introduzione dell’art. 625 ter c.p.p., è quella di rimesione (art. 45 c.p.p.). In ordine alla quale è espressamente prevista (art. 48, comma 1, c.p.p.), la procedura camerale di cui all’art. 127 c.p.p.

²⁶³ Peraltro non qualificata espressamente come rigetto dall’art. 625 ter, comma 2, c.p.p.

²⁶⁴ Il quesito è posto da Ranaldi, *La rescissione del giudicato*, cit., 3.

²⁶⁵ Dell’avviso di cui all’art. 419 c.p.p., ovvero della citazione di cui all’art. 552 c.p.p.

²⁶⁶ Dovendo altrimenti procedersi a rinnovazione (art. 420, comma 2, c.p.p.).

riodo, c.p.p.). La seconda, all'apparenza stravagante quanto inevitabile, è che non per tutti gli irreperibili dovrà ordinarsi la sospensione del processo. Se infatti per questi ultimi ricorrono gli indici presuntivi di cui all'art. 420 bis, comma 2, c.p.p., le conseguenze automatiche²⁷⁸ che derivano da tale riscontro sembrano inibire il provvedimento sospensivo, obbligando al prosieguo *in absentia*²⁷⁹. Sebbene l'affermazione conduca a conseguenze paradossali²⁸⁰, non si vede in quale altro modo²⁸¹ possano coniugarsi le rigidità di cui all'art. 420 bis, comma 2, c.p.p., con la necessità di sospendere il processo all'imputato non reperito. Per il quale le notificazioni effettuate al difensore, secondo una previsione non intaccata dalla l. n. 67 del 2014, «sono valide ad ogni effetto» (art. 159, comma 2, primo periodo, c.p.p.)²⁸².

La sospensione del processo, in base ai principi generali, non può impedire l'acquisizione di prove non rinviabili. Che infatti è espressamente prevista nell'art. 420 bis, comma 3, c.p.p., il quale impone tale acquisizione «con le modalità stabilite per il dibattimento», anche quando il processo si trovi nella fase dell'udienza preliminare²⁸³. È probabile che con tale previsione il legislatore intenda compensare almeno in parte, mediante l'apporto attivo del difensore, il deficit di partecipazione personale. Per il resto, il catalogo delle prove non rinviabili non è circoscritto ai casi di cui all'art. 392 c.p.p.²⁸⁴. Si tratterà quindi di un catalogo «aperto», assimilabile alle prove «urgenti» di cui all'art. 3 c.p.p., ed a quelle per le quali «vi è pericolo nel ritardo» dell'assunzione (art. 70, comma 2, c.p.p.).

Decorso un anno dall'ordinanza di sospensione, il giudice dispone nuove ricerche dell'imputato²⁸⁵, e

così ad ogni successiva scadenza annuale. Peraltro, i tempi possono essere abbreviati quando se ne «ravvisi l'esigenza»²⁸⁶. La sospensione è revocata qualora le ricerche vadano a buon fine, ovvero *medio tempore* l'imputato abbia nominato un difensore o vi sia prova certa²⁸⁷ di conoscenza del procedimento o, infine, debba essere pronunciata sentenza di cui all'art. 129 c.p.p. (art. 420 quinquies, comma 2, c.p.p.). In quest'ultima ipotesi, *nulla quaestio* se la pronuncia deve essere resa in udienza preliminare.

In caso di citazione diretta a giudizio (art. 552 c.p.p.), va ricordato l'orientamento²⁸⁸ che limita l'applicabilità dell'art. 469 c.p.p. alle sole pronunce estintive e di non doversi procedere (artt. 529 e 531 c.p.p.)²⁸⁹. Tale indirizzo pare fondarsi sul rilievo, di per sé corretto, della «verginità» del giudice del dibattimento, rispetto a quello dell'udienza preliminare²⁹⁰; il primo, quindi, non potrebbe adottare pronunce di merito se non all'esito dell'istruzione che, però, nel caso di cui all'art. 420 bis, comma 2, c.p.p., è circoscritta alle prove non rinviabili. Tuttavia, laddove la prova che rende possibile l'applicazione dell'art. 129 c.p.p. anche per le causali assolute emerge dagli atti presenti nel fascicolo per il dibattimento²⁹¹, non sarà possibile impedire la relativa declaratoria al giudice del processo sospeso. La soluzione contraria, infatti, costringerebbe l'imputato «ignaro» nell'alternativa tra la condizione di «eterno giudicabile» ed il subire una pronuncia non pienamente liberatoria, della quale non avrebbe in seguito la possibilità di dolersi²⁹². È fuori di dubbio, d'altra parte, che l'esito *in bonam partem* dell'acqui-

cie la notifica a mezzo posta non sarà possibile. Non spiegandosi altrimenti, del resto, la necessità di ricorrere alla polizia giudiziaria, della quale si presume una capacità maggiore di rintracciare persone, rispetto alla capacità dell'ufficiale giudiziario.

²⁷⁸ *Supra*.

²⁷⁹ Cfr. Bricchetti-Pistorelli, *Ipotesi tipizzate*, cit., 97; Tonini-Conti, *La sospensione*, cit., 514, nota 16; Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 50.

²⁸⁰ Si pensi, ad esempio, ad una nomina di difensore finalizzata alla richiesta di cui all'art. 335 c.p.p.

²⁸¹ Diverso dal sollevare eventuali questioni di legittimità costituzionale (*supra*).

²⁸² Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 49.

²⁸³ Nella quale, come noto, l'acquisizione avviene d'ufficio (art. 422, comma 3, c.p.p.), tranne il caso in cui, purché vi sia apposta richiesta, l'imputato chieda di essere interrogato «nelle forme previste dagli articoli 498 e 499» (art. 422, comma 4, secondo periodo, c.p.p.).

²⁸⁴ Al contrario di quanto avviene nell'art. 467 c.p.p., che pure nella fattispecie funge da evidente archetipo. Cfr. Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria*, cit., 266 s.

²⁸⁵ Che potranno essere condotte anche al di fuori dei luoghi «canonici» di cui all'art. 159, comma 1, primo periodo, c.p.p., come del resto sembra ragionevole (cfr. C. cost., sent. 12 dicembre 1998, n. 399, *Cass. pen.*, 1999, 828).

²⁸⁶ Art. 420 quinquies, comma 1, c.p.p., come sostituito dall'art. 9, comma 4, l. n. 67 del 2014. Il che potrà avvenire, ad esempio, quando la polizia giudiziaria fornisca notizie utili alla localizzazione dell'imputato; ovvero quando si approssimi la prescrizione del reato (*infra*).

²⁸⁷ Ottenibile in qualunque modo ad esclusione della cosiddetta prova illecita. Quindi anche, ad esempio, tramite intercettazioni, prescindendo dagli sbarramenti di cui agli artt. 266 e 270 c.p.p. (Focardi, *Le nuove ricerche e la revoca della sospensione*, Conti-Marandola-Varraso (a cura di), *Le nuove norme*, cit., 279). L'affermazione, pur estrema, non pare proprio irricevibile, attenendo l'inutilizzabilità (art. 191, comma 1, c.p.p.) al giudizio sulla responsabilità ed al giudizio cautelare.

²⁸⁸ Cass., sez. un., 13 dicembre 1995, n. 42, *Giust. pen.*, 1996, II, 624.

²⁸⁹ In tal senso Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria*, cit., 265.

²⁹⁰ Che dispone della piattaforma cognitiva costituita quantomeno dagli atti di indagine preliminare (art. 416, comma 2, c.p.p.). Integrabili con atti, documenti e prove di cui agli artt. 421, comma 2, e 422, comma 1, c.p.p.

²⁹¹ Atti irripetibili e verbali di incidente probatorio (art. 431, comma 1, lett. b), c), d), ed e), c.p.p.). Essendo in concreto possibile l'errore di valutazione da parte del giudice dell'udienza preliminare che non ha emesso sentenza di non luogo a procedere.

²⁹² *Supra*.

BISCARDI / ECLISSI DELLA CONTUMACIA E SOSPENSIONE PER IRREPERIBILITÀ

sizione di prove non rinviabili debba condurre alla stessa soluzione.

Revocata la sospensione, il giudice fissa nuova udienza, il cui avviso o la cui citazione devono essere notificati anche all'imputato (art. 420 quinquies, comma 3, c.p.p.). Siccome, tuttavia, non è imposta la notificazione "personale", il giudice potrebbe ritrovarsi nella stessa condizione di cui all'art. 420 quater, comma 1, c.p.p., e quindi dover nuovamente ricorrere alla polizia giudiziaria²⁹³.

Se compare all'udienza fissata dopo la revoca della sospensione, l'imputato può chiedere il "patteggiamento" ed il giudizio abbreviato (art. 420 quinquies, comma 4, c.p.p.). Si tratta di disposizione *inutiliter data*²⁹⁴, posto che al tempo fissato dal legislatore non si è avuta "consumazione" di tali facoltà²⁹⁵.

Infine, va segnalato che nella fattispecie in esame sospensione del processo e sospensione della prescrizione non sono simmetriche. La seconda è possibile non oltre i termini previsti dall'art. 161, comma 2, c.p.²⁹⁶. La scelta del legislatore pare immune da censure, atteso che la quiescenza del rito non è in alcun modo "addebitabile" all'imputato, ritenuto ignaro della pendenza del processo²⁹⁷.

DISCIPLINA TRANSITORIA E DIRITTO INTERTEMPORALE

In modo deprecabile²⁹⁸, la l. n. 67 del 2014 non recava disposizioni transitorie destinate a regolare la successione di norme. La lacuna è stata colmata con la l. n. 118 del 2014, il cui art. 1, comma 1, dispone che gli artt. da 9 a 15 della l. n. 67 del 2014 si applichino ai procedimenti in corso «alla data di entrata in vigore

della presente legge», a condizione che in questi ultimi «non sia stato pronunciato²⁹⁹ il dispositivo della sentenza di primo grado». Il comma successivo prevede, «in deroga», che le disposizioni vigenti «prima della data di entrata in vigore della presente legge» continuino ad applicarsi anche nel caso sopra indicato³⁰⁰, se è già intervenuta dichiarazione di contumacia e non sia stato emesso decreto di irreperibilità.

Prima di esaminare in breve i profili critici di tale disciplina, occorre risolvere un problema: l'individuazione del *dies a quo* cui ancorare l'applicazione della normativa transitoria. Quest'ultima è entrata in vigore il 22 agosto 2014³⁰¹. Non recando disposizioni di interpretazione autentica retroattiva³⁰², potrebbe ritenersi che la "finestra" che dal 17 maggio 2014³⁰³ giunge sino alla data indicata in precedenza sia assoggettata al diritto intertemporale³⁰⁴, il quale, come noto, nel settore processuale è imperniato sulla regola del *tempus regit actum*³⁰⁵. Per effetto di tale impostazione, si avrebbe la coesistenza di due regimi: per i procedimenti in corso alla data del 17 maggio 2014, l'immediata operatività delle disposizioni di cui agli artt. 420bis ss. c.p.p., come modificati dalla l. n. 67 del 2014; per quelli in corso alla data del 22 agosto 2014, la normativa transitoria di cui alla l. n. 118 del 2014. Tuttavia, occorre considerare che quest'ultima non costituisce un *corpus* autonomo, ma si risolve in un'interpolazione della l. n. 67 del 2014, al cui interno viene collocato l'art. 15bis. Si pone quindi la questione di stabilire se l'espreso riferimento alla data di entrata in vigore della legge, presente in entrambi i commi di tale disposizione, riguardi la l. n. 67 del 2014, ovvero la l. n. 118 del 2014. A meno che non voglia ritenersi che il legislatore abbia voluto differenziare tale momento nei due commi dell'art. 1 l. n. 118 del 2014, la tesi secondo cui le norme transitorie operano solo dal 22 agosto 2014 è insuscettibile di applicazione pratica. Se nessun problema sorge per il primo comma, si è visto che il secondo subordina l'applicazione delle disposizioni "vecchie" all'avvenuta dichiarazione di contumacia (in assenza di decreto di irreperibilità). Senonché, quest'ultima è impedita dovendosi

²⁹³ In termini Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 54. Contra Focardi, *Le nuove ricerche*, cit., 282 ss., secondo cui, essendo le ricerche disposte per la notifica dell'avviso di udienza (art. 420 quinquies, comma 1, c.p.p.), il giudice, ogni volta che ordina le stesse, deve contestualmente fissare la data della nuova udienza. Sebbene la prospettazione sia ragionevole e non preclusa dalle disposizioni in esame, va osservato che queste ultime la impongono, limitandosi a prevedere che vengano ordinate ricerche «per la notifica dell'avviso» (art. 420 quinquies, comma 1, c.p.p.): *id est*, l'avviso della prima udienza. Soprattutto, non si impone contestualità tra reperimento dell'imputato e notifica a quest'ultimo; contestualità che anzi sembra smentita dall'art. 420 quinquies, comma 3, c.p.p., che fissa la sequenza reperimento-revoqa della sospensione-fissazione di udienza-notifica all'imputato.

²⁹⁴ In termini Quattrocchi, *Il contumace cede la scena*, cit., 10.

²⁹⁵ Trattandosi in realtà della prima udienza preliminare o dibattimentale, sebbene celebrata a seguito di rinvio (artt. 420 quater, comma 1, e 420 quinquies, comma 3, c.p.p.).

²⁹⁶ Art. 159, comma 4, c.p., come introdotto dall'art. 12, comma 2, l. n. 67 del 2014.

²⁹⁷ *Supra*. In tal senso, in modo condivisibile, Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 55.

²⁹⁸ Testuale Cass., sez. II, 6 giugno 2014, n. 23882, cit.

²⁹⁹ Ossia letto (art. 545, comma 1, c.p.p.), non essendo possibile altra interpretazione.

³⁰⁰ Quindi se non è stato ancora pubblicato il dispositivo della sentenza di primo grado.

³⁰¹ Cfr. art. 2 l. n. 118 del 2014.

³⁰² La lacuna è segnalata da Bonetti, *L'incidenza della riforma sui procedimenti in corso*, Vigoni (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 284.

³⁰³ Data di entrata in vigore della l. n. 67 del 2014.

³⁰⁴ Regolante la successione di norme in assenza di disposizioni transitorie (Silvestri, *Le nuove disposizioni*, cit., 60).

³⁰⁵ Art. 11 disp. prel.

applicare le disposizioni vigenti prima del 22 agosto 2014 le quali, in applicazione della regola intertemporale, sono rappresentate dai “nuovi” artt. 420 bis ss. c.p.p., che hanno eliminato proprio la contumacia (*sic*)³⁰⁶. Insomma: le conclusioni fondate sulla non retroattività della disciplina transitoria trovano uno sbarramento insuperabile nell’art. 1, comma 2, l. n. 118 del 2014, che si riferisce ad uno *status* non più esistente alla data del 17 maggio 2014. La conseguenza, allora, starebbe nel ritenere la sussistenza di una deroga implicita all’irretroattività da parte dell’art. 1 l. n. 118 del 2014³⁰⁷. In definitiva: sino al 16 maggio 2014 si applicano le disposizioni sostituite o abrogate dalla l. n. 67 del 2014; dal giorno successivo si applica la disciplina transitoria in esame. Ne deriva che, nei procedimenti in corso alla data del 17 maggio 2014, a partire dal 22 agosto 2014, si dovrà “ritornare” sui provvedimenti eventualmente adottati a norma degli artt. 420 bis ss. c.p.p. e verificare se, anteriormente al 17 maggio 2014, sia stata dichiarata la contumacia. In caso positivo, continueranno ad applicarsi le disposizioni modificate o eliminate dalla l. n. 67 del 2014³⁰⁸, tranne il caso in cui sia stato emesso decreto di irreperibilità, cui farà seguito l’applicazione della disciplina di cui all’art. 420 quater c.p.p. In caso negativo, lo *ius superveniens* troverà immediata applicazione, a condizione, beninteso, che alla data del 17 maggio 2014 non sia stata data lettura del dispositivo della sentenza di primo grado. Se, durante l’assenza della disciplina transitoria, dopo tale data siano stati applicati gli artt. 420 bis ss. c.p.p. pur in presenza di una dichiarazione di contumacia (senza irreperibilità) resa prima dell’entrata in vigore della l. n. 67 del 2014, la dichiarazione di assenza dovrà essere revocata, continuando ad applicarsi per intero le regole del procedimento con-

tumaciale³⁰⁹. Inutile, a questo punto, sottolineare la singolare difficoltà di tale assetto normativo³¹⁰.

Se, invece, volesse percorrersi –in modo implausibile, come visto– la strada dell’applicazione temporanea³¹¹ della regola *tempus regit actum*, dal 17 maggio 2014 non sarebbe più consentito procedere in contumacia. L’unica alternativa possibile sarebbe dichiarare l’assenza (art. 420 bis, comma 2, c.p.p.) ovvero sospendere il processo (art. 420 quater, comma 2, c.p.p.). Nel primo caso, la declaratoria sarebbe obbligata ogniqualvolta nel processo sia imposta la verifica della costituzione delle parti³¹²: in udienza preliminare, dibattimento e appello (artt. 601, comma 3, e 598 c.p.p.)³¹³. Una tra queste verifiche, purché effettuata dopo il 17 maggio 2014, comporterebbe l’applicazione integrale delle disposizioni di cui alla l. n. 67 del 2014. Atteso che ognuna di tali verifiche è caratterizzata da autonomia rispetto alle altre³¹⁴.

Per il resto, l’ancoraggio dello *ius superveniens* alla mancata lettura del dispositivo in primo grado è stato spiegato³¹⁵ con la difficoltà di innestare i nuovi istituti nei giudizi di impugnazione³¹⁶. Spiegazione non del tutto convincente, quantomeno in relazione ai casi di irreperibilità, che non si vede quali disfunzioni potrebbero causare se ad essi facesse seguito la sospensione anche in appello del processo. Pare proprio questo, in effetti, il punto dolente della disciplina transitoria: il prosieguo del rito a carico dell’irreperibile³¹⁷ una volta varcata la soglia del giudizio di primo grado. Tale soluzione, sicuramente irrispettosa delle garanzie individuali³¹⁸, oltre che

³⁰⁶ *Supra*.

³⁰⁷ Del resto, l’art. 11 prel., pur esprimendo un principio fondamentale, è pur sempre una legge ordinaria derogabile da fonti successive di pari rango. Fa riferimento ad una possibilità in tal senso, proprio in relazione alla normativa qui in esame, il *Dossier* del Servizio Studi della Camera dei Deputati, n. 162 del 12 maggio 2014, www.camera.it.

³⁰⁸ Compreso l’obbligo di notifica dell’estratto di sentenza al contumace (art. 548, comma 3, c.p.p., abrogato dall’art. 10, comma 5, l. n. 67 del 2014), ed il termine di impugnazione concesso a quest’ultimo (art. 585, comma 2, lett. d), c.p.p., modificato dall’art. 11, comma 1, l. n. 67 del 2014). Deve infatti ritenersi che la dichiarazione di contumacia sia atto i cui effetti siano destinati a durare nel tempo, e siano tendenzialmente impermeabili alla circostanza che nel corso di tale durata muti la legge processuale (Bonetti, *L’incidenza della riforma*, cit., 281; Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 128 s.). Per un richiamo piuttosto nebuloso a criteri «*valoriali*» in un ambito in cui, viceversa, è necessaria massima certezza, v. Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, *Arch. n. proc. pen.*, 2011, 522.

³⁰⁹ *Supra*.

³¹⁰ Il cui “aggiustamento” nei modi appena indicati appare ancora più problematico se, nel periodo 17 maggio-22 agosto 2014, si sia giunti alla lettura del dispositivo della sentenza (circostanza, peraltro, che a livello statistico non dovrebbe avere un’incidenza imponente).

³¹¹ Fino all’entrata in vigore della l. n. 118 del 2014.

³¹² Il cui esito costituisce l’actus cui ancorare l’applicazione della normativa sopravvenuta.

³¹³ Nonché in cassazione (cfr. Bonetti, *L’incidenza della riforma*, cit., 280).

³¹⁴ Ineccepibilmente Santalucia, *Il processo in absentia*, cit., 299.

³¹⁵ Cfr. *Relazione* alla proposta di legge n. 2344, Camera dei Deputati – XVII Legislatura, www.camera.it.

³¹⁶ Il che è quanto accadrebbe, a voler sostenere l’applicazione della regola del *tempus regit actum* ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della l. n. 67 del 2014 (*supra*).

³¹⁷ Nonché, deve precisarsi, il prosieguo in primo grado del processo a carico del contumace non irreperibile, cui l’avviso o citazione non siano stati notificati personalmente, e nei confronti del quale non ricorrano i fattori presuntivi di cui all’art. 420 bis, comma 2, c.p.p. In tal caso, l’applicazione della normativa sopravvenuta avrebbe imposto il tentativo di notifica *ad personam* (art. 420 quater, comma 1, c.p.p.) che, se infruttuoso, avrebbe condotto alla sospensione del processo (art. 420 quater, comma 2, c.p.p.).

³¹⁸ De Caro, *Processo in absentia*, cit., 28.

BISCARDI / ECLISSI DELLA CONTUMACIA E SOSPENSIONE PER IRREPERIBILITÀ

processualmente antieconomica, può indurre persino a dubitare della ragionevolezza della disciplina transitoria, che come noto si pone quale unico, ma invalicabile, argine alla discrezionalità del legislatore

nel regolare il fenomeno della successione di norme processuali³¹⁹.

³¹⁹ C. cost., sent. 9 luglio 2004, n. 219, *Giur. cost.*, 2004, 2304.

FEDERICO GUSTAVO PIZZETTI

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi di Milano

Il più recente orientamento della corte costituzionale nel caso abu omar: novità sul segreto di stato?

Constitutional Court on State Secrecy: the last decision related to the Abu Omar Affair

La sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2014, che ha risolto l'ultimo dei tanti conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato insorti tra autorità giudiziaria e Presidente del Consiglio dei Ministri in relazione alla extraordinary rendition di Abu Omar, rappresenta un momento di rilievo per riflettere sullo stato della giurisprudenza costituzionale e della legislazione in materia di controllo sull'apposizione del segreto di Stato da parte dell'autorità politica, anche alla luce della possibilità di affiancare, al circuito politico-parlamentare imperniato sul COPASIR e sulle Camere, un eventuale controllo da parte della Corte costituzionale, non limitato alla sussistenza o insussistenza del segreto, ma esteso alla verifica della sua legittimità costituzionale dal punto di vista di un ragionevole e proporzionale bilanciamento fra le esigenze di tutela della sicurezza nazionale, alle quali il segreto di Stato è preordinato, e le ragioni della giustizia penale, che lo "sbarramento" all'utilizzazione di fonti di prova essenziali, rappresentato dal segreto stesso, può, eventualmente, frustrare.

The judgment of the Constitutional Court no. 24 of 2014, which resolved the last of the many jurisdictional disputes between state powers, arising between the judicial authority and the President of the Council of Ministers in relation to the extraordinary rendition of Abu Omar, is an important circumstance time to reflect, in this article, on the case-law and the statutes about the system of controls on the state secrecy power. Besides, the article makes some insights about the possibility to add, to the political control before the Parliament, a control, exercised by the Constitutional Court, not limited, as today, only on the existence or non-existence of the secret, but extended also to the verification of the constitutionality of the secret from the point of view of a reasonable and proportionate balance between the protection of national security, to which the secret is imposed, on one side, and the enforcement of the criminal justice, that the secret on essential proofs may limit, on the other side.

IL SEGRETO DI STATO FRA INTERESSE ALLA SALUS REI PUBLICAE E ALL'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA

L'istituto del segreto di Stato¹ che, come noto, non

trova alcuna base esplicita nella Costituzione, è stato, tuttavia, ritenuto dalla Corte costituzionale – sin dalla sua prima significativa giurisprudenza²

¹ Cfr. Raveraira, *Segreto nel diritto costituzionale*, Dig. pubbl., XIV, Torino, 1999, 18 ss.; AA. VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Padova, 1983; Pitruzzella, *Segreto I) Profili costituzionali*, Enc. giur., XXVIII, Roma, 1992, ad vocem, 1 ss.; Anzon, *Segreto di stato e costituzione*, Giur. cost., 1976, 1755-1799; Caretti, *Limiti*

costituzionali alla tutela del segreto di stato, *Democr. e dir.*, 1980, 815-840; S. Labriola, *Segreto di stato*, Enc. dir., XLI, Milano, 1989, 1028 ss.; Vendaschi, *Il segreto di Stato tra tradizione e innovazione: novità legislative e recenti evoluzioni giurisprudenziali*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, 978 ss.

² C. cost., sent. 24 maggio 1977, n. 86 (v., prima, anche la pre-

– funzionale alla salvaguardia di interessi primari dello Stato-Comunità implicitamente consacrati negli articoli 1, 5 e 52 Cost., e pertinenti all'esistenza stessa della Repubblica e alla sua autonomia e indipendenza nei confronti degli altri Stati e delle reciproche relazioni, anche con riferimento ad accordi e trattati internazionali, nonché alla salvaguardia delle istituzioni democratiche che la Costituzione pone a fondamento dell'ordine statutale, e alla difesa e preparazione militare dello Stato³.

L'essenzialità e l'eccezionalità⁴ degli interessi in gioco, coinvolgenti, in ultima analisi, la *salus* della stessa *res publica*, ne giustifica la loro posizione di primazia rispetto ad altri principi costituzionali che possono venire a collidere con i vincoli conseguenti alla segretezza, fra i quali, in modo particolare, rilevano quelli inerenti all'esercizio della funzione giurisdizionale, di cui agli artt. 102, 111 e 112 Cost., e al diritto di difesa, ai sensi degli artt. 24, comma 2, e 111, comma 3, Cost., qualora l'accertamento e la sanzione delle responsabilità penali dipendano dall'acquisizione e utilizzazione processuale di materiale probatorio⁵ coperto da segreto⁶.

La giurisprudenza della Corte⁷ e la legge 3 agosto 2007 n. 124⁸ hanno, peraltro, precisato che il segreto

di Stato non elimina la carica di antiggiuridicità del fatto di reato, e di conseguenza non affievolisce né il potere-dovere del pubblico ministero di svolgere indagini in vista dell'eventuale esercizio dell'azione penale, né quello del giudice di pronunziarsi sul capo di imputazione formulato, purché sulla base di fonti di prova acquisite autonomamente rispetto a quelle sulle quali è sceso il segreto⁹, le quali restano, comunque, inaccessibili all'autorità giudiziaria proprio perché il loro inserimento nel circuito informativo del processo metterebbe in pericolo, o lederebbe, la piena salvaguardia dell'interesse alla cui tutela il segreto di Stato è preordinato, che risulta prevalente, essendo la giurisdizione un momento fondamentale, ma non il tutto, della vita dello Stato.

In ogni caso, la legge¹⁰ fermamente esclude che il segreto di Stato possa essere apposto su notizie, cose o documenti relativi a fatti di eversione dell'ordine costituzionale, conformemente al principio (logico, prima ancora che giuridico) che la suprema tutela dello Stato non può risolversi nella segretazione di quanto risulta necessario conoscere per poter colpire i tentativi di sovversione dello Stato stesso, così come informato dalla propria Costituzione. Esclusione, questa, che vale anche per i documenti, gli atti, le notizie, le cose e quant'altro inerente ai fatti di terrorismo, devastazione, saccheggio e strage, associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso, oltre che relativi alle condotte poste in essere dagli agenti segreti e costituenti fatti di reato in violazione, in assenza o oltre i limiti delle immunità funzionali riconosciute e autorizzate¹¹.

I MECCANISMI DI CONTROLLO DEL SEGRETO DI STATO FRA CIRCUITO POLITICO-PARLAMENTARE E CORTE COSTITUZIONALE

La caratura squisitamente politica del segreto di Stato, conseguente alla natura dell'interesse protetto, che è a sua volta massimamente politico in quanto pertinente alla stessa *salus rei publicae*, giustifica, dal punto di vista dell'assetto costituzionale, che il potere di segretazione spetti al solo Presidente del Consiglio dei Ministri, in veste di autorità nazionale per la sicurezza, al quale compete la direzione della politica nazionale di cui è responsabile, ai sensi dell'art. 96 Cost.¹²

cedente C. cost., sent. 6 aprile 1976, n. 82, *Giur. it.*, 1976, I, 1440). Cfr. Russo, *La Corte dei conflitti e le recenti interpretazioni del segreto di Stato*, *Forum di Quaderni costituzionali*, s.d., 1 ss.

³ Cfr. art. 39, commi 1 e 3, legge 3 agosto 2007, n. 124, *Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*, G.U., 13 agosto 2007, n. 187 (di riforma della precedente legge 24 ottobre 1977, n. 801, *Istituzione e ordinamento dei servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato*, G.U., 7 novembre 1977, n. 303), sulla quale, in generale, v. Illuminati (a cura di), *Nuovi profili del segreto di stato e dell'attività di intelligence*, Torino, 2010; AA. VV., *I servizi di informazione e il segreto di Stato* (Legge 3 agosto 2007, n. 124), Milano, 2008; AA. VV., L. 3.8.2007, n. 124 *Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*, *Legislazione pen.*, 2007, 693 ss.; Pisa, *La riforma del segreto di Stato*, *Dir. pen. proc.*, 2008, 12 ss.; Giupponi, *Servizi di informazione e segreto di Stato nella legge n. 124/2007*, AA.VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, IV, Torino, 2010, 1177-1751; Bonetti, *Aspetti costituzionali del nuovo sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica*, *Diritto e società*, 2008, 251 ss.

⁴ Sui profili collegati alla possibile lettura del segreto di Stato come strettamente riferito ad una sorta di "stato di eccezione" rispetto all'ordinario sistema delle garanzie e dei diritti costituzionali, si v., anche per una lettura sistematica della disciplina recente, Pastuglia, *Immunità, Segreto, Stato di eccezione: prospettive sistemiche-normative*, Torino, 2012.

⁵ Sul regime delle prove, si v. per tutti, Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, 2, I, Spangher, (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Padova, 2009.

⁶ Cfr. Bonzano, *Il segreto di Stato nel processo penale*, Assago, 2010.

⁷ C. cost., sent. 10 aprile 1998, n. 110, *Giur. cost.*, 1998, 929 ss. su cui a commento Santoriello, *La sentenza costituzionale n. 110 del 1998 in tema di opposizione del segreto di Stato e poteri dell'autorità giudiziaria: una pronuncia con molte luci e qualche ombra*, *Giur. it.*, 1999, I, 798 ss.

⁸ Art. 202, comma 6, c.p.p., come sostituito dall'art. 40, comma 1, l. n. 124 del 2007, e art. 41, comma 6, l. n. 124 del 2007.

⁹ Da ultimo, C. cost., sent. 13 febbraio 2014, n. 24, *Giur. cost.*, 2014, 368 ss., §5, ult. cpv., cons. dir.

¹⁰ Art. 39, comma 1, l. n. 124 del 2007, su cui v. Pace, *I "fatti eversivi dell'ordine costituzionale" nella legge n. 801 del 1977 e nella legge n. 124 del 2007*, *Costituzionalismo.it*, 2009, 1 ss.

¹¹ Artt. da 17 a 20 l. n. 124 del 2007.

¹² Cfr. C. cost., sent. n. 86 del 1977, cit.; e artt. da 39 a 42 legge n. 127 del 2007.

Inoltre, in forza del principio di distinzione dei poteri, ritenuto dalla Corte essenziale nell'ordinamento costituzionale¹³, il quale inibisce «al potere giurisdizionale di sostituirsi al potere esecutivo ed alla P.A. e, quindi, di operare il sindacato di merito sui loro atti, e ciò vale anche per il giudice amministrativo, al quale il controllo di merito è consentito solo nei casi tassativamente determinati dalla legge»¹⁴, deve escludersi qualsiasi sindacato dei giudici comuni sull'*an* e sul *quomodo* dell'esercizio del potere di segretezza attribuito all'Esecutivo¹⁵.

Questo, peraltro, non significa che il Presidente del Consiglio dei Ministri goda di un potere svincolato da qualsivoglia controllo che ne possa attivare la relativa responsabilità in caso di abusi.

Come la stessa Corte costituzionale ha sottolineato sin dalla sua prima giurisprudenza, infatti, rimane pur sempre intatta la responsabilità generale ed istituzionale di ogni Governo davanti al Parlamento, luogo reputato, dal giudice costituzionale, «normale di controllo nel merito delle più alte e più gravi decisioni dell'Esecutivo», e quindi sede ritenuta «naturale nella quale l'Esecutivo deve dare conto del suo operato rivestente carattere politico»¹⁶, posto che è

«dinanzi alla rappresentanza del popolo, cui appartiene quella sovranità che potrebbe essere intaccata (art. 1, secondo comma, della Costituzione), che il Governo deve giustificare il suo comportamento ed è la rappresentanza popolare che può adottare le misure più idonee per garantire la sicurezza di cui trattasi»¹⁷.

Sulla scorta del magistero della Corte costituzionale, dunque, la legge¹⁸ prevede che, in tutti i casi in cui il Presidente del Consiglio dei Ministri apponga, e successivamente confermi, il segreto di Stato opposto da un pubblico ufficiale o da un pubblico impiegato o da un incaricato di pubblico servizio nel corso di un procedimento penale, sia in qualità di indagato che di teste¹⁹, lo stesso Presidente debba darne comunicazione, unitamente alle ragioni essenziali, al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR)²⁰, il quale può, se ritiene, convocarlo in apposita seduta segreta, al fine di avere un quadro informativo idoneo a consentire un esame nel merito. Qualora, poi, il Comitato ritenga infondata l'opposizione del segreto, ne riferisce a ciascuna delle Camere per le conseguenti valutazioni.

La previsione di tale meccanismo di controllo di merito politico in sede parlamentare non esclude, peraltro, anche il coinvolgimento della Corte costituzionale.

La legge, infatti, sia pure senza affatto instaurare un apposito giudizio, ma limitandosi a rinviare alla disciplina del conflitto fra poteri dello Stato di cui all'art. 134, comma 2, alinea 2° Cost., prevede che, qualora sia presentato ricorso, da parte dell'autorità giudiziaria, avverso il Presidente del Consiglio sull'atto motivato di conferma del segreto, adottato all'esito di interpello da parte della stessa autorità giudiziaria, dopo che il segreto in questione è stato

¹³ Cfr. C. cost., sent. n. 86 del 1977, cit.; §8 cons. dir.

¹⁴ Cfr. sempre C. cost., sent. n. 86 del 1977, cit., §8 cons. dir. In proposito, v. Pace, *L'apposizione del segreto di stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, *Giur. cost.*, 2008, 4041 ss.; Natalini, *Arcana imperii e tutela penale del segreto di stato: le "nuove" frontiere del sindacato di legittimità sugli atti di opposizione*, *Giur. it.*, 2003, 1231.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 39, commi 2, 4, 7, 8, 9 e 10, l. n. 124 del 2007, le informazioni, i documenti, gli atti, le attività, le cose e i luoghi coperti da segreto di Stato sono posti a conoscenza esclusivamente dei soggetti e delle autorità chiamati a svolgere, rispetto ad essi, funzioni essenziali, nei limiti e nelle parti indispensabili per l'assolvimento dei rispettivi compiti e il raggiungimento dei fini istituzionalmente prefissati. Tutti gli atti riguardanti il segreto di Stato devono essere conservati con accorgimenti atti ad impedirne la manipolazione, la sottrazione o la distruzione. Il vincolo derivante dal segreto di Stato è apposto e, ove possibile, annotato, su disposizione espressa del Presidente del Consiglio dei ministri per la durata di quindici anni decorrenti dall'apposizione del segreto di Stato o, in mancanza, dalla sua opposizione confermata in giudizio ai sensi dell'art. 202 c.p.p. Decorso tale tempo, chiunque vi abbia interesse può richiedere di avere accesso a quanto coperto dal segreto di Stato al Presidente del Consiglio dei ministri, il quale, entro trenta giorni dalla richiesta, con provvedimento motivato, trasmesso senza ritardo al COPASIR, accoglie la richiesta, oppure dispone una o più proroghe del vincolo fino ad un massimo di trenta anni. Anche prima dello spirare del termine di quindici anni, o delle eventuali successive proroghe, il Presidente del Consiglio dei ministri dispone la cessazione del vincolo, allorquando sono venute meno le esigenze che ne determinarono l'apposizione. Se, in base ad accordi internazionali, la sussistenza del segreto incide anche su interessi di Stati esteri o di organizzazioni internazionali, il vincolo è rimosso d'intesa con le autorità internazionali o estere competenti, a condizione di reciprocità, salvo che ricorrano ragioni di eccezionale gravità.

¹⁶ C. cost., sent. n. 86 del 1977, cit., §8 cons. dir.

¹⁷ C. cost., sent. n. 86 del 1977, cit., §8 cons. dir.

¹⁸ Art. 40, comma 5, e art. 41, comma 9, l. n. 127 del 2007.

¹⁹ Cfr. Pace, *Sull'asserita applicabilità all'imputato dell'obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato e sull'inesistenza di "fatti eversivi" come autonoma fattispecie di reato*, *Giur. cost.*, 2012, 526-534; Sica, *Il segreto di Stato e l'imputato nel processo penale. Commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 40 del 2012*, *Federalismi.it*, 12 settembre 2012, 1 ss.; nonché, ampiamente, Panzavolta, *La Corte costituzionale e la cortina del segreto (dell'imputato) sull'accusa di attività "deviata" dei servizi segreti*, *Cass. pen.*, 2012, 3275 ss.; si v. anche Masaracchia, *Diritto alla prova dell'imputato e segreto di Stato: corsi e ricorsi storici di una questione definitivamente chiarita*, *Giur. cost.*, 2007, 2343 ss.

²⁰ Cfr. Franchini, *Alcune considerazioni sulle nuove competenze del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica*, *Rivista AIC*, 2014, n. 1, 1 ss.; Campanelli, *Il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica nella legge 3 agosto 2007, n. 24*, *Quaderni cost.*, 2008, 372 ss.; di interesse, per la ricostruzione delle attribuzioni dell'"antenato" del COPASIR, Troiso, *Controllo parlamentare e servizi di sicurezza nell'ordinamento italiano*, Roma, 1981.

opposto nel corso di un giudizio, la Corte costituzionale si pronuncia sulla "sussistenza" o sulla "insussistenza" del segreto apposto, opposto e confermato dall'autorità politica, con la conseguenza, nel primo caso, che l'autorità giudiziaria non può né acquisire, né utilizzare, direttamente o indirettamente, atti e documenti sui quali il segreto è stato opposto, salvo procedere – come si è detto – in base ad elementi autonomi e indipendenti; mentre, nel secondo caso, che il Presidente del Consiglio non può più opporre il segreto con riferimento al medesimo oggetto sul quale il segreto è stato dichiarato insussistente dalla Corte²¹. Al fine di potersi pronunciare con piena cognizione di causa, la legge precisa, inoltre, che in nessun caso il segreto di Stato è opponibile alla Corte costituzionale, alla quale compete di adottare le garanzie necessarie per assicurare la segretezza del procedimento²².

Proprio queste ultime disposizioni hanno, invero, spinto un'autorevole dottrina²³ a ritenere che la Corte costituzionale sia chiamata ad esercitare una forma di controllo assai intensa sull'operato dell'autorità politica in materia di segretezza, non solo limitata, cioè, alla verifica "liminare" sulla corrispondenza dell'oggetto del segreto ai criteri normativi²⁴ o all'esistenza di una motivazione non illogica o lacunosa nell'atto di conferma del segreto, ma, altresì, spinta – anche servendosi della piena conoscibilità di quanto altrimenti segretato – sino all'accertamento della ragionevolezza²⁵ e proporzionalità del bilanciamento fra le esigenze di sicurezza nazionale, alla cui tutela l'apposizione, opposizione e conferma del segreto di Stato sono – come si è detto – funzionali, e la salvaguardia degli interessi della giustizia penale, che lo "sbarramento", imposto dalla segretezza

all'acquisizione e all'utilizzazione di materiale probatorio essenziale alla definizione del giudizio, può irrimediabilmente frustrare dando luogo ad un proscioglimento di mero rito per improcedibilità dell'azione penale dovuta alla sussistenza di un segreto di Stato²⁶.

In effetti, il controllo parlamentare può rivelarsi assai meno efficace ed effettivo di quanto la giurisprudenza costituzionale e il legislatore mostrano di ritenere.

A differenza di quanto poteva sostenere la Consulta nel 1977, infatti, ora, nel 2014, per intervenuta modifica dell'art. 96 Cost., ad opera della l. rev. cost. n. 1 del 1989, il Parlamento non è più promotore d'accusa per i reati commessi dal Presidente del Consiglio dei Ministri nell'esercizio delle sue funzioni, così che un'arma invocabile per far valere una forma stringente di responsabilità dell'Esecutivo in caso di abuso del potere di segretezza risulta, ad oggi, spuntata.

Inoltre, per quanto il COPASIR sia presieduto da un parlamentare di opposizione, svincolato quindi dal rapporto fiduciario fra Parlamento e Governo, non è affatto escluso che eventuali "deviazioni" nella gestione del segreto di Stato non possano essere comunque coperte per partigiana "ragion politica" di maggioranza²⁷.

In ogni caso, quand'anche le Camere siano inflessibili nell'esercitare il loro controllo di merito politico senza alcuna "soggezione" nei confronti del Governo – cosa di cui, volendo, si potrebbe anche un po' dubitare, attesa l'evoluzione della forma di governo verso un significativo rafforzamento del ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri nel rapporto col Parlamento – resta pur sempre il fatto che le conseguenze di un'apposizione-conferma infondata del segreto di Stato si riverberano unicamente sul piano politico, al limite comportando le dimissioni dell'Esecutivo, ma non spiegano alcun effetto di rimozione del vincolo di segretezza che sbarra l'azione dell'autorità giudiziaria²⁸ (a meno che il Presidente del Consiglio dei Ministri non ritenga, *sua sponte*, di rimuovere il segreto all'esito della valutazione parlamentare).

La Corte costituzionale, invece, non solo assoggetterebbe l'azione governativa ad un tipo di controllo immune dall'influenza politica, ma sarebbe

²¹ Art. 202, comma 7, c.p.p., come sostituito dall'art. 40, comma 1, l. n. 124 del 2007 e art. 41, comma 7, l. n. 124 del 2007.

²² Art. 202, comma 8 c.p.p., come sostituito dall'art. 40, comma 1, l. n. 124 del 2007; art. 204, comma 1-*quater*, c.p.p., come introdotto dall'art. 40, comma 2, l. n. 124 del 2007; e art. 41, comma 8, l. n. 124 del 2007.

²³ Giupponi, *La riforma del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e la nuova disciplina del segreto di Stato*, *Illuminati* (a cura di), *Nuovi profili del segreto di stato*, cit., 125; Salvi, *Alla Consulta il ruolo di ultimo garante*, *Guida dir.*, 2007, 40, 85; Giupponi, *La Corte costituzionale giudice e "parte" in tema di segreto di Stato? Le sentenze n. 110 e 410 del 1998*, *Giur. cost.*, 1999, 1226 ss.; Anzori, *La Corte abbandona definitivamente all'esclusivo dominio dell'autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale*, *Giur. cost.*, 2012, 534 ss.

²⁴ Oltre alla l. n. 124 del 2007, rilevano il d.p.c.m. 22 luglio 2011, n. 4 (su cui si v. Massera, Simoncini, *La tutela amministrativa del segreto di Stato e delle informazioni classificate*, *Giornale dir. amm.*, 2012, 362 ss.), il d.p.c.m. 12 giugno 2009, n. 7 e il d.p.c.m. 8 aprile 2008, adottati ai sensi dell'art. 39, comma 5 l. n. 124 del 2007.

²⁵ Per tutti, v. Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, *Dig. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 341 ss.; Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001.

²⁶ Art. 202, comma 3, c.p.p. come sostituito dall'art. 40, comma 1, l. n. 124 del 2007 e art. 41, comma 3, l. n. 124 del 2007.

²⁷ Soprattutto, Salvi, *La Corte e il segreto di stato*, *Cass. pen.*, 2009, 3729 ss. nell'ambito di un'ampia trattazione sulla C. cost., sent. n. 106 del 2009, cit.

²⁸ Cfr. Orlandi, *Il segreto di Stato e i limiti della sua opponibilità, tra vecchia e nuova normativa*, *Giur. cost.*, 2011, 5224 ss.; Id., *Una pervicace difesa del segreto di Stato*, *Giur. cost.*, 2012, 2327 ss.

anche dotata, in sede di giudizio sul conflitto interorganico, del potere di annullamento dell'atto illegittimo di conferma del segreto di Stato opposto dall'autorità politica all'autorità giudiziaria, con conseguente rimozione dello sbarramento frapposto dal segreto all'azione della magistratura.

All'obiezione che siffatta funzione di controllo di legittimità costituzionale dell'esercizio del potere di segretazione implicherebbe sottoporre un atto squisitamente politico ad un sindacato di tipo giurisdizionale, si è replicato – da parte della dottrina²⁹ – che la Corte non è comunque assimilabile, nel sistema costituzionale, al giudice comune, e che essa stessa, nell'esercizio delle funzioni di cui all'art. 134, comma 1, alinea 1°, Cost., opera di norma il controllo su atti – le leggi, e le fonti ad esse equiparate, dello Stato e delle Regioni – che hanno natura politica; inoltre, nell'esercizio delle sue funzioni ex art. 134, comma 1, alinea 2°, la Consulta si è recentemente avventurata in profondità nell'analisi di atti un tempo gelosamente custoditi nella sfera della politica, come è accaduto con le deliberazioni parlamentari ai sensi degli artt. 68³⁰ e 96³¹ Cost.; infine, il controllo di legittimità costituzionale di cui si tratta non avrebbe, comunque, ad oggetto la valutazione delle ragioni di opportunità politica delle scelte di imporre il segreto di Stato, che rimarrebbe di esclusiva pertinenza del Parlamento, bensì unicamente la conformità tecnico-giuridica dell'atto di segretazione ai principi costituzionali: senza, perciò, che si determini alcuna ingerenza, né tantomeno sostituzione, della Corte rispetto al circuito di controllo politico.

Ora, per quanto suggestive siano le tesi di chi spinge per un rafforzamento del controllo giurisdizionale-costituzionale sul segreto di Stato, non si può non rilevare, da un lato, che la Corte ha da sempre tenuto un atteggiamento assai prudentiale in materia³², pur, in effetti, non mancando mai

di sottolineare le proprie attribuzioni³³, e dall'altro lato, che il legislatore, nel mentre in cui ha puntualizzato – con la novella del 2013³⁴ – che il controllo parlamentare deve riguardare, fino in fondo, il “merito” delle scelte governative, nulla ha, invece, innovato – rispetto alla legge del 2007 – in relazione al giudizio davanti alla Corte costituzionale, il quale resta, perciò, circoscritto alla sola verifica della “sussistenza/insussistenza” del segreto. Termini, questi ultimi, che se non escludono – volendo – di poter essere interpretati in senso estensivo sino ad arrivare a comprendere anche un accertamento della legittimità costituzionale dell'atto di segretazione, di certo si prestano, assai più agevolmente, nella loro formulazione letterale, a ritenere che le attribuzioni della Corte rispetto al controllo sul segreto di Stato siano molto più circoscritte, e quindi in linea con la prassi giurisprudenziale “prudente”, sviluppata in materia, nel corso del tempo, dal giudice costituzionale.

LA SENTENZA N. 24 DEL 2014 ALLA LUCE DEI TERMINI DEL CONFLITTO DI ATTRIBUZIONE FRA POTERI DELLO STATO CHE LA CORTE COSTITUZIONALE ERA CHIAMATA A RISOLVERE

Nel quadro sin qui tratteggiato, l'ultima pronuncia della Corte, n. 24 del 13 febbraio 2014³⁵, intervenuta a risoluzione di uno dei tanti conflitti fra poteri dello Stato insorti tra autorità giudiziaria e Presidente del Consiglio dei Ministri in relazione alle vicende processuali conseguenti alla *extraordinary rendition* dell'*imam* di Milano Nasr Osama Mustafà Hassam

²⁹ Cfr. Veronesi, *La “villa dei misteri”: uso e abuso del segreto di Stato*, *Studium iuris*, 205, 567 ss.; Id., *Vecchi segreti (e sempre attuali ritardi) di Stato*, *Forum di Quaderni costituzionali*, s.d., 1 ss.; Anzon, *Il segreto di stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, Autorità giudiziaria e Corte costituzionale*, *Giur. cost.*, 2009, 102 ss.; Giupponi, *Il segreto di stato ancora davanti alla Corte (ovvero del bilanciamento impossibile)*, *Dir. pen. contemporaneo*, aprile 2014, 9; Nota a C. cost., sent. 13 febbraio 2014, n. 24, *www.cortecostituzionale.it*, 28 aprile 2014.

³⁰ A partire da C. cost., sentt. 17 gennaio 2000, nn. 10 e 11, *Giur. cost.*, 2000, 70 ss.

³¹ Con particolare riferimento a C. cost., sent. 24 luglio 2009, n. 241, *Giur. cost.*, 2009, 3041 ss.; C. cost., sent. 12 aprile 2012, nn. 87 e 88, *Giur. cost.*, 2012, 1209 ss.; C. cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 29, *Giur. cost.*, 2014, 441 ss.

³² Si segnala, in particolare, C. cost., sent. 23 febbraio 2012, n. 40, *Giur. cost.*, 2012, 486 ss., sulla quale si v. Mari, *Segreto di Stato: la Corte costituzionale conferma la non conoscibilità degli arcana imperii*, *Cass. pen.*, 2012, 3934 ss., e nota di Romboli, in *Foro it.*, 2012,

1341-1342; nonché C. cost., sent. 3 aprile 2009, n. 106, *Giur. cost.*, 2009, 951 ss.; C. cost., sent. n. 110 del 1998, cit.; C. cost., sent. n. 410 del 1998 cit.

³³ Sottolinea l'importanza del richiamo che la Corte effettua, di solito, alle proprie competenze in materia di segreto di Stato, quale segnale di consapevolezza del proprio ruolo, anche se poi declinato in modo assai circoscritto, Giupponi, *“A ciascuno il suo”. L'attività dei servizi di informazione e la disciplina del segreto di Stato di nuovo davanti alla Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, s.d., 1 ss.

³⁴ Artt. 10, comma 1, e 11, comma 1, legge 7 agosto 2012, n. 133, *Modifiche alla legge 3 agosto 2007, n. 124, concernente il Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e la disciplina del segreto*, G.U., 10 agosto 2012, n. 186.

³⁵ Corte cost., sent. 13 febbraio 2014, n. 24, *Giur. cost.*, 2014, 368 ss., v. Pisanelli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2014 in materia di segreto di Stato*, *Federalismi.it*, 19 marzo 2014, 1 ss.; Barbara, *Osservazioni a C. Cost. 10 febbraio 2014, n. 24*, *Cass. pen.*, 2014, 1521 ss.; Pace, *Le due Corti e il caso Abu Omar*, *Consulta OnLine*, s.d., 1 ss.; Bonzano, *La Consulta alza il “sipario nero”: alla ribalta la deprecabile confusione normativa fra prova e fatto*, *Arch. pen.*, 2014, 2 ss.; Giupponi, *Il segreto di stato ancora davanti alla Corte*, cit., 1 ss.; Anzon, *Disarmonie tra Corte costituzionale e Corte di cassazione in tema di segreto di Stato*, *Consulta OnLine*, s.d., 1 ss.; Vedaschi, *Il segreto di Stato resta senza giudice*, *Giur. cost.*, 2014, 3 ss.

– *alias* Abu Omar – è stata ritenuta, da autorevole giurisprudenza³⁶, decisamente innovativa e stravolgente capisaldi consolidati dell'assetto democratico del Paese, soprattutto per la parte in cui sembra evidentemente «abbattere alla radice la possibilità stessa di una verifica sulla legittimità, contingenza e ragionevolezza dell'esercizio del potere di segretazione in capo alla competente autorità amministrativa, con compressione del dovere di accertamento dei reati da parte dell'autorità giudiziaria che inevitabilmente finisce per essere rimessa alla discrezionalità dell'autorità politica – il che non può non indurre ampie e profonde riflessioni che vanno al di là del caso singolo»³⁷.

In effetti, come segnalato da un'attenta dottrina³⁸, la Corte, per un verso, ha omesso il pur formale, ma normalmente presente, inciso di salvaguardia alle sue stesse attribuzioni in materia di segreto di Stato e, per altro verso, ha statuito che la spettanza, in via esclusiva, al Presidente del Consiglio dei Ministri dell'individuazione del perimetro del segreto, esclude che «altri organi o poteri possano ridefinirne la portata, adottando comunque comportamenti nella sostanza elusivi dei vincoli che dal segreto devono – in relazione a quello specifico “oggetto” – scaturire, anche nell'ambito della pur doverosa persecuzione dei fatti penalmente rilevanti»³⁹.

Tuttavia, se si prendono in considerazione i termini specifici della controversia sottoposta all'attenzione della Corte, la sentenza potrebbe anche esser letta con una preoccupazione forse un poco meno accentuata rispetto ad una sorta di volontà di “auto-disattivazione”, manifestata dalla Consulta stessa, del circuito di controllo sulla “sussistenza/insussistenza” del segreto previsto dalla legge e che ad essa fa capo.

Il ricorso da ultimo sollevato davanti alla Corte, infatti, non è stato proposto dall'autorità giudiziaria nei confronti dell'autorità politica al fine di verificare la sussistenza del segreto di Stato sulla vicenda Abu Omar opposto dai funzionari del SISMI nel procedimento a loro carico, e poi confermato dal Presidente del Consiglio, com'era, invece, accaduto nel corso delle prime fasi del giudizio⁴⁰.

Al contrario, si tratta di un ricorso proposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri nei confronti

dell'autorità giudiziaria, avente ad oggetto l'interpretazione, data autonomamente e senza interpellare al Presidente del Consiglio, da parte della Corte di cassazione⁴¹ e, su rinvio, della Corte d'Appello⁴², dell'effettivo contenuto del segreto di Stato imposto, dallo stesso Governo, in relazione al caso dell'*imam* milanese e già ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale, all'esito dei primi conflitti di attribuzione intercorsi, nell'ambito del medesimo caso, fra magistratura e Presidente del Consiglio dei Ministri⁴³.

Da questo punto di vista, perciò, la sottolineatura che non compete ad alcuna autorità di modificare, anche solo per via ermeneutica, il perimetro del segreto di Stato così come tracciato dal Presidente del Consiglio, in una trama motivazionale che comunque richiama, specificando di ritenerli ancora del tutto validi, i principi in materia di segreto di Stato elaborati dalla giurisprudenza costituzionale e codificati dalla legge, può essere letta anche solo come la spia della premura con la quale il giudice costituzionale, lungi dall'escludere l'esistenza di limiti e di forme di controllo all'esercizio del potere di segretazione dell'Esecutivo, ha inteso ribadire, rispondendo alla doglianza del Governo e ritenendone fondate le argomentazioni, quanto ha da sempre tenuto fermo⁴⁴: e cioè che non compete al giudice ordinario sindacare o interpretare, né tanto meno modificare, il contenuto della tutela del segreto di Stato tracciato dall'autorità politica⁴⁵.

⁴¹ Cass., sez. V pen., sent. 19 settembre 2012, n. 46340, *CED Cass.*, n. 253633-38-42-43.

⁴² App. Milano, sent. 12 febbraio 2013, n. 985, *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

⁴³ C. cost., sent. 106 del 2009, cit.; v. Pili, *Il segreto di Stato nel caso Abu Omar ed equilibri(smi) di sistema*, *Forum di Quaderni costituzionali*, s.d.; Giupponi, *Il “caso Abu Omar” e le zone grigie dello stato costituzionale di diritto*, *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 settembre 2006, spec. 1-3, nonché Id., *Stato di diritto e attività di intelligence: gli interrogativi del caso Abu Omar*, *Quaderni cost.*, 2006, 810 ss.

⁴⁴ Qualche elemento dubitativo, tuttavia, si può riscontrare in C. cost., sent. 19 giugno 2002, n. 295, *Giur. cost.*, 2002, 2122.

⁴⁵ Sempre in ragione del fatto che il conflitto non verteva sui presupposti del segreto di Stato in relazione al prelievamento coatto di Abu Omar, si comprende anche perché la Corte costituzionale non abbia inteso spendere parole sul punto relativo all'inidoneità a ledere l'interesse nazionale, se diffusi, di elementi probatori già divenuti di pubblico dominio in quanto legittimamente acquisiti al circuito informativo del procedimento penale da parte del pubblico ministero nel corso di attività di indagine svolte prima che il segreto di Stato venisse opposto dagli apparati di *intelligence* e confermato dall'autorità politica. Senza contare, comunque, che il profilo della “non indifferenza” della discesa “tardiva” del segreto di Stato, al fine degli atti successivi che l'autorità giudiziaria è tenuta a compiere, era già stata affermata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 106 del 2009, cit., intervenuta in una fase precedente dello stesso caso Abu Omar, e non censurata sul piano dell'equilibrata composizione di tutti gli interessi costituzionali in gioco, anche se oggetto di rilievi in

³⁶ Cass., sez. I pen., sent. 16 maggio 2014, n. 20447, *CED Cass.*, n. 259809.

³⁷ Cass., sez. I pen., sent. n. 20447 del 2014, cit., §3 cons. dir.

³⁸ Giupponi, *Il segreto di stato ancora davanti alla Corte*, cit., 9-11.

³⁹ C. cost., sent. n. 24 del 2014, §5, ult. cpv., cons. dir.

⁴⁰ Cfr. Perini, *Segreto di Stato, avanti con leggerezza: due ordinanze, quattro ricorsi e un probabile assente, il conflitto fra poteri*, *Giur. cost.*, 2007, 2311 ss.

Inoltre, non si può non osservare che la Consulta non ha comunque mancato di accennare, per quanto indubbiamente di sfuggita, alla circostanza che se al Presidente del Consiglio «spetta in via esclusiva l'esercizio della relativa attribuzione costituzionale»⁴⁶ in punto di apposizione e conferma del segreto, restano comunque «salve le attribuzioni di cui agli artt. 30 e seguenti e 41 della legge n. 124 del 2007»⁴⁷. Attribuzioni, queste, che non si riferiscono solamente al circuito politico "COPASIR-Parlamento", disciplinato dagli artt. 30 e seguenti, ma che contemplano anche il vaglio sulla sussistenza/insussistenza del segreto svolto dalla Corte, contemplato agli artt. 40 e 41 della legge n. 124 del 2005. Anche in quest'ottica, quindi, la Corte non sembra aver palesato, nella motivazione della sentenza n. 24 del 2014, la volontà di abdicare al proprio ruolo tradizionale di controllo, per quanto prudenziale esso sia rispetto ad un sindacato "a tutto tondo" sulla legittimità costituzionale del segreto di Stato apposto, opposto e confermato dall'autorità politica.

D'altra parte, se la Corte – ragionando *a contrariis* rispetto a quanto ha fatto – avesse rigettato il ricorso sollevato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, avallando così l'operazione "ermeneutica" condotta dalla magistratura senza alcun interpello al Presidente del Consiglio, avrebbe essa stessa contribuito, e non poco, alla messa in ombra proprio di quel controllo sul segreto di Stato che la legge le affida⁴⁸, e che parte della dottrina vorrebbe rendere anche più ampio, dal momento che si tratta di uno strumento azionabile solo allorquando l'autorità giudiziaria, dopo aver chiesto e ottenuto, attraverso l'apposito interpello, dal Presidente del Consiglio la motivata conferma del segreto di Stato, ritenga, nonostante ciò, di doversi rivolgere, quale *ultima ratio*, alla Consulta per verificare l'effettiva sussistenza del segreto.

Che poi, nel caso di specie, l'operazione ermeneutica compiuta dalla magistratura sul segreto di Stato imposto in relazione alla vicenda Abu Omar abbia comportato una «sostanziale modifica (di contenuto e di portata) di quello che (...) era stato il per-

spicuo "oggetto" del segreto» fissato dal Presidente del Consiglio legittimamente⁴⁹ – ovverosia i documenti e le notizie riguardanti i rapporti tra i Servizi italiani e quelli stranieri, nonché gli *interna corporis* del SISMI, anche se relativi alla vicenda delle *extraordinary rendition* e del sequestro di Abu Omar⁵⁰ – la Corte ritiene di poterlo evincere in base a tre differenti argomenti.

Il primo, condivisibile, fa perno sul fatto che allo scopo di stabilire, come la Cassazione e la Corte territoriale hanno ritenuto di poter fare, che il segreto imposto dal Governo non coprisse anche la condotta specificamente posta in essere dagli "007" italiani nella collaborazione con gli agenti della CIA all'organizzazione del rapimento dell'*imam* in quanto tenuta a titolo personale e non nell'ambito di un collegamento funzionale con il Servizio⁵¹ (il quale, insieme al Governo, si era sempre proclamato estraneo al prelevamento coatto di Abu Omar), sarebbe stato necessario accedere alle deliberazioni governative o dei vertici del SISMI, le quali, tuttavia, formano oggetto esse stesse, e *a fortiori*, di segreto in quanto attinenti proprio ai rapporti fra apparati di *intelligence* italiani e stranieri, nonché agli *interna corporis* del Servizio.

Il secondo argomento, anch'esso persuasivo, ruota sulla circostanza che la pubblica accusa ha ritenuto di contestare, nei confronti degli agenti segreti italiani, il reato p. e p. dall'art. 605, comma 2, numero 2, c.p., riguardante il sequestro di persona aggravato dall'abuso di poteri inerenti alle funzioni del pubblico ufficiale: capo di imputazione, questo, che appare contraddittorio con l'asserzione che il delitto commesso dagli appartenenti al SISMI sarebbe stato del tutto avulso da qualsiasi rapporto con l'apparato di *intelligence* di appartenenza⁵², sulla quale i giudici di cassazione e d'appello si sono invece fondati proprio per escludere l'operato degli "007" italiani dalla portata del segreto di Stato imposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri in relazione alle *extraordinary rendition*, in quanto quest'ultimo non

dottrina da parte di Giupponi, *Il "caso Abu Omar" e le zone grigie dello stato costituzionale di diritto*, *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 settembre 2006, spec. 1-3; nonché, Id., *Stato di diritto e attività di intelligence: gli interrogativi del caso Abu Omar*, *Quaderni cost.*, 2006, 810 ss.; Scovazzi, *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dalla segretezza delle relazioni tra servizi informativi italiani e stranieri?*, *Riv. dir. internaz.*, 2009, 960 ss.; Orlandi, *Una pervicace difesa del segreto di Stato*, cit.; Salvi, *Ne scaturisce un approccio interpretativo che lascia irrisolti i nodi fondamentali*, *Guida dir.*, 2009, 79 ss.

⁴⁶ C. cost., sent. n. 24 del 2014, cit., §5, 1° cpv., cons. dir.

⁴⁷ C. cost., sent. n. 24 del 2014, cit., §5, 1° cpv., cons. dir.

⁴⁸ Art. 202, comma 7, c.p.p., così come sostituito dall'art. 39, comma 1, l. n. 124 del 2007; art. 41, comma 7, l. n. 124 del 2007.

⁴⁹ C. cost., sent. n. 106 del 2009, cit.

⁵⁰ C. cost., sent. n. 24 del 2014, cit.

⁵¹ Sui quali, per un'analisi che, pur riferita all'assetto *ante* riforma del 2007, conserva immutato interesse, si v. Poggi, *Servizi di informazione e sicurezza*, *Dig. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 21 ss.; cfr. anche S. Labriola, *Le informazioni per la sicurezza dello stato*, Milano, 1978. Merita, altresì, di essere particolarmente segnalata, rispetto alle più recenti trasformazioni dell'*intelligence*, la trattazione di Giannuli, *Come funzionano i servizi segreti. Dalla tradizione dello spionaggio alle guerre non convenzionali del prossimo futuro*, Firenze-Milano, 2013.

⁵² A maggior ragione, poi, se si contesta pure, come la pubblica accusa ha fatto, l'utilizzo di strutture, risorse e mezzi del Servizio.

avrebbe potuto coprire anche delle condotte *extra-funzionali*.

Qualche perplessità, invece, fa sorgere il terzo argomento addotto dalla Consulta e riferito al comportamento tenuto dal Governo italiano nel corso della vicenda processuale conseguente alla *extraordinary rendition*.

La Corte muove, infatti, dalla constatazione che se gli agenti del SISMI avessero davvero operato a titolo personale, e quindi in assenza o oltre i limiti delle autorizzazioni ricevute (come hanno ritenuto la Cassazione e giudici del rinvio nel momento in cui hanno qualificato la loro condotta estranea al segreto di Stato in quanto *extra-funzionale*), allora, a norma di legge⁵³, il Presidente del Consiglio dei Ministri non solo non avrebbe potuto apporre il segreto sui fatti relativi al coinvolgimento degli "007" italiani nel prelevamento coatto dell'*imam*, ma avrebbe dovuto anche informare, senza ritardo, l'autorità giudiziaria del comportamento illegale tenuto dagli stessi agenti segreti, previa adozione delle misure amministrative e disciplinari necessarie. Da questo punto di vista, perciò, la circostanza che, al contrario, il Governo abbia ribadito e confermato, più volte, l'esistenza del segreto, sollevando numerosi ricorsi a tutela di quest'ultimo, attesta per la Corte, «di per sé l'implausibilità della tesi che vorrebbe ricondurre i fatti nel quadro di un'iniziativa adottata "a titolo personale" dai vari imputati; e comunque esclud[e], anche sul piano logico, la possibilità che lo spazio operativo del segreto possa essere "interpretato" nei sensi additati dalla Corte di cassazione».

Solo che la Corte costituzionale non si sofferma sul fatto che l'introduzione, per legge, del sistema di immunità funzionale in capo agli "007", al quale si ricollega l'obbligo del Presidente del Consiglio dei Ministri di riferire alla magistratura le condotte *extra-funzionali* da questi ultimi poste in essere senza poterle sottoporre a segreto di Stato, è avvenuta dopo – e non prima – della commissione dell'*extraordinary rendition* ai danni di Abu Omar, e quindi la sua operatività, almeno ai fini della valutazione della condotta governativa nel procedimento relativo al sequestro dell'*imam*, avrebbe potuto essere invocata solo ove si fosse intesa la normativa come processuale e non sostanziale, e perciò applicabile *post-facto* in ragione del principio *tempus regit actum* – tesi, questa, tutt'altro che pacifica⁵⁴.

Inoltre, anche ammesso che la normativa sull'immunità funzionale degli agenti segreti⁵⁵ possa essere applicata in relazione al caso di Abu Omar, la disciplina esclude comunque che siano autorizzabili e segretabili le condotte, costituenti fatti di reato, volte a mettere in pericolo o a ledere la libertà personale e morale, e la personalità individuale, di una o più persone⁵⁶; condizione, questa, che sarebbe, invece, avvenuta proprio nei confronti dell'*imam*, cittadino egiziano rifugiato politico in Italia, prima col prelevamento coatto, e poi col trasferimento forzoso attraverso basi NATO italiane e straniere nel Paese d'origine, dove sarebbe stato sottoposto a trattamenti inumani e degradanti al fine di estorcergli informazioni sulla rete terroristica di matrice islamica della quale si riteneva che facesse parte⁵⁷.

Se si assume la prospettiva della legge vigente in materia, allora, il tema della riconducibilità dell'operato degli agenti del SISMI a delibere di autorizzazione dei vertici dei Servizi stessi o a privata iniziativa degli "007" non si sarebbe neanche dovuta porre, in quanto la loro condotta, anche se fosse stata tenuta nell'ambito di un rapporto istituzionale

⁵³ Artt. da 17 a 20 l. n. 124 del 2007.

⁵⁴ *In parte qua* condizionata dai riflessi politici nazionali e internazionali delle *extraordinary rendition* e dalla loro considerazione, anche da parte del Parlamento europeo, quali pratiche lesive di inviolabili e fondamentali diritti della persona e perciò ripugnanti al patrimonio costituzionale degli Stati europei: v. Giupponi, *Ancora su caso Abu Omar: la riforma dei servizi e i conflitti sul segreto di Stato*, *Forum di Quaderni costituzionali*, 27 marzo 2007, 1 ss.; Carpanelli, *Extraordinary renditions e diritti umani: alcune riflessioni sul caso Abu Omar*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 315-330, ove per ulteriori riferimenti bibliografici al dibattito internazionale sulle *extraordinary renditions*; nonché, per i profili di diritto internazionale, Venturini, *International Law and the Offense of Enforced Disappearance*, Venturini, Bariatti (a cura di), *Liber Fausto Pocar, I, Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009, 939 ss. In giurisprudenza, si segnala Corte e.d.u., g.c., sentenza 13 dicembre 2012, *El-Masri c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, di condanna della Macedonia per complicità nel prelevamento coatto di un supposto terrorista, Khaled El-Masri, assunte le violazioni degli artt. 3, 5, 8 della Corte e.d.u., con analisi di Napoletano, "Extraordinary renditions, tortura, sparizioni forzate e "diritto alla verità": alcune riflessioni sul caso El Masri, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 329 ss. e di S. Saluzzo, *Le "extraordinary renditions" al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: alcune osservazioni a margine della sentenza El-Masri c. Repubblica di Macedonia*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, 632 ss.; si v. anche, per un'approfondita analisi dei rapporti fra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo, Arconzo, Pellizzone, *Il segreto di Stato nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Rivista AIC*, 2012, 1, 1 ss. Sull'evoluzione in senso "multilivello" che caratterizza il costituzionalismo contemporaneo, si v. la sistematica e suggestiva trattazione di P. Bilancia, *The Dynamics of European Integration and the Impact on the National Constitutional Law*, Milano, 2012.

⁵⁷ E per la cui affiliazione era anche stato oggetto di un'indagine da parte della Procura della Repubblica di Milano e della polizia giudiziaria, in corso quando veniva progettata e realizzata la *extraordinary rendition*, che ne vanificava, perciò, i risultati.

⁵³ Art. 18, comma 6, l. n. 124 del 2007.

⁵⁴ Giupponi, *Il segreto di stato ancora davanti alla Corte*, cit., 6; Anzon, *Disarmonie tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, cit., passim.

col Servizio, non avrebbe potuto comunque formare oggetto di avallo legale e conseguentemente parte del perimetro del segreto di Stato che il Presidente del Consiglio dei Ministri ha l'esclusiva facoltà di tracciare a tutela della sicurezza nazionale⁵⁸.

Proprio da questo punto di vista, allora, se si segue l'avvertenza dei giudici costituzionali secondo la quale «la copertura del segreto si proiett[a] su tutti i fatti, notizie e documenti concernenti le eventuali direttive operative, gli *interna corporis* di carattere organizzativo e operativo, nonché i rapporti con i Servizi stranieri, anche se riguardanti le *renditions* ed il sequestro di Abu Omar» solamente a condizione «che gli atti e i comportamenti degli agenti siano oggettivamente orientati alla tutela della sicurezza dello Stato»⁵⁹, se ne dovrebbe addirittura dedurre che, contrariamente a quanto invece accaduto, il «nero sipario» sul coinvolgimento dei servizi italiani nell'*extraordinary rendition* dell'*imam* non avrebbe potuto essere calato, in quanto si è trattato di una pratica che la legge vigente considera illegale e ingiustificabile per gli «007» italiani anche nella loro opera di difesa dello Stato.

PROSPETTIVE EVOLUTIVE DEL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL SEGRETO DI STATO

Dal momento che, come si è tentato sin qui di mettere in rilievo, la Corte non pare, invero, aver voluto mutare il corso della propria giurisprudenza in materia di segreto di Stato, né scardinare il sistema di equilibri raggiunto fra circuito giurisdizionale-costituzionale e circuito politico-parlamentare in merito al controllo sull'esercizio della funzione governativa di segretazione, anche la sentenza n. 24 del 2014, come già la precedente n. 106 del 2009, anch'essa resa nel caso Abu Omar, risulterà probabilmente «sgradita a coloro che postulano, non solo in questa materia, una sempre più penetrante giurisdizionalizzazione della politica; o, all'opposto, pienamente condivisibile per quanti tendono a preferire un ruolo più discosto della Corte dalle vicende più dense politicamente»⁶⁰.

D'altra parte, se si ritiene che «una disciplina della tutela del segreto di Stato tutta incentrata sul potere del capo del governo e sul controllo politico parlamentare, senza un effettivo controllo giuridico

e giurisdizionale è semplicemente un simulacro»⁶¹, e se si immagina che, nonostante la pervicace difesa del segreto che sembra caratterizzare l'esperienza italiana⁶², «il *nomos* (necessariamente) politico del segreto di stato consenta, anzi esiga, ancora rilevanti (e auspicabili) spazi di penetrazione della *jurisdiction* nelle aree di dominio del *gubernaculum*»⁶³, non è detto che una tal modifica del sistema dei rapporti fra magistratura, Corte costituzionale, Governo e Parlamento possa avvenire unicamente attraverso un'opera pretoria della Corte, su impulso della dottrina, all'interno delle maglie dell'ordinamento vigente, senza un intervento del legislatore.

Si tratterebbe, infatti, di riconoscere, *ex professo*, alla Corte costituzionale un'attribuzione – quella di «giudice del segreto» – autonoma e distinta rispetto a quella di giudice del conflitto sulla quale l'attuale ruolo della Consulta, nella verifica della sussistenza/insussistenza del segreto di Stato, è stato sino ad oggi ricondotto dalla legge ordinaria e dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

Un'attribuzione, quest'ultima, che, vuoi per la materia nella quale interverrebbe, consustanziale ai più alti interessi dello Stato-Comunità e del suo assetto democratico, vuoi per la caratura che avrebbe, implicando un controllo di ragionevolezza e proporzionalità del segreto di Stato rispetto al legittimo bilanciamento fra interessi costituzionali di primario rilievo, vuoi, infine, per il rango costituzionale degli organi che vedrebbe coinvolti⁶⁴, non potrebbe non incidere notevolmente sul sistema istituzionale del Paese: ciò sembra suggerire l'opportunità (o addirittura la necessità) di un intervento anche con fonte di revisione costituzionale o con legge costituzionale *ad hoc* (com'è stato fatto, per esempio, per assegnare alla Corte la funzione di controllo di ammissibilità del *referendum ex art. 75 Cost.*), e non solamente legislativa.

Sarebbe, peraltro, anche l'occasione per introdurre direttamente nella Costituzione, o comunque in una fonte di rango costituzionale, il fondamento stesso del segreto di Stato, evitando così che le radici di un istituto, che involge e interferisce con interessi supremi dello Stato, principi cardine dell'ordinamento repubblicano e diritti inviolabili della persona, continuino a riposare solamente sull'interpretazione, e non anche sulla lettera, della Costituzione.

⁵⁸ Cfr. Anzon, *Disarmonie tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, cit., 4-6.

⁵⁹ C. cost., sent. n. 24 del 2014, cit., §6, ult. cpv., cons. dir.

⁶⁰ Morrone, *Il nomos del segreto di Stato, tra politica e Costituzione*, *Forum di Quaderni costituzionali*, s.d., 36.

⁶¹ Morrone, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 38.

⁶² Orlandi, *Una pervicace difesa del segreto di Stato*, cit., passim.

⁶³ Morrone, *Il nomos del segreto di Stato*, cit., 38.

⁶⁴ A.M. Sandulli, *Note minime in tema di segreto di Stato*, *Giur. cost.*, 1977, 1200-1205.

L'attuale compagine governativa ha mostrato, attraverso un atto di declassificazione di alcuni documenti relativi a passate stragi, adottato poco dopo la sua entrata in carica⁶⁵, una particolare attenzione

⁶⁵ Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri per la declassifica e il versamento straordinario di documenti all'Archivio centrale dello Stato del 22 aprile 2014, inerente a materiali, peraltro non coperti da segreto di Stato, concernenti gli eventi di Piazza Fontana a Milano (1969), di Gioia Tauro (1970), di Peteano (1972), della Questura di Milano (1973), di Piazza della

al tema della segretezza e ai rapporti fra quest'ultima e la trasparenza dell'azione pubblica. Forse, allora, un intervento in materia di segreto di Stato, anche attraverso una riforma di livello costituzionale e non solo legislativo, potrebbe essere un tema della agenda riformatrice (peraltro, assai fitta...) della XVII legislatura repubblicana.

Loggia a Brescia (1974), dell'*Italicus* (1974), di Ustica (1980), della stazione di Bologna (1980), del Rapido 904 (1984).

CRISTIANA VALENTINI

Professore Associato di Procedura Penale – Università degli Studi di Ferrara

La Corte e.d.u. e il diritto alla prova: vecchi canoni, nuove precisazioni

The European Court of Human Rights contributes to specify the exact meaning of the right to evidence

Qualora siano ammessi come prova verbali di dichiarazioni rese da testimoni mai comparsi in dibattimento e, dunque, mai assoggettati a *cross examination*, occorre verificare un duplice ordine di situazioni, al fine di valutare l'effettiva equità del processo: in primo luogo occorre verificare l'esistenza di un serio motivo per la mancata partecipazione del testimone; in secondo luogo, anche in presenza di questa prima condizione, laddove una condanna sia stata basata esclusivamente o in misura determinante sulle dichiarazioni fatte da una persona che l'accusato non ha avuto alcuna possibilità di esaminare, i diritti della difesa rischiano di essere limitati in misura incompatibile con le garanzie di cui all'articolo 6 C.e.d.u.

When a guilty verdict is based exclusively or mainly on the witnesses's statements which are available on record but without the opportunity for the defence to have them heard, it is necessary to consider if any infringement of Article 6 ECHR occurs. Still, however, the reasons why the witness or witnesses were absent should always be verified.

IL CASO

Con una sentenza passata forse un po' in sordina, la Corte di Strasburgo è tornata a parametrare i confini del diritto alla prova all'interno del *fair trial*.

I punti affrontati sono di notevole interesse, ma – come spesso accade con le decisioni della Corte – una reale comprensione dei principi estraibili dalla sentenza è possibile solo a seguito di adeguata ricostruzione della vicenda processuale concreta.

Ed eccone i tratti.

La ricorrente Matytsina, cittadina russa, svolgeva la professione di istruttrice presso un ente *non profit*,

ispirato agli insegnamenti di un *guru* indiano: scopo dell'associazione era quello di promuovere uno stile di vita salutare, attraverso sessioni di allenamento, letture e *workshops* basati sulle pratiche spirituali orientali.

La Sig.ra S.D. era stata, invece, un'abitualmente frequentatrice dei corsi tenuti dalla Sig.ra Matytsina, corsi che avevano incluso la pratica dello yoga, esercizi respiratori e meditazione. La donna, a partire dal 2002, aveva cominciato ad accusare gravi disturbi psichici – fondamentalmente allucinazioni e depressione – che l'avevano portata ad isolarsi dalla sua famiglia e ad abbandonare gli studi universitari.

Siffatte condizioni avevano reso necessari numerosi ricoveri ospedalieri.

S.D. era stata dapprima interrogata da un investigatore di polizia, che ne aveva raccolto le dichiarazioni e, in seguito, su disposizione di quest'ultimo, era stata esaminata da un gruppo di psichiatri: gli esperti in parola avevano ritenuto che la paziente fosse affetta da schizofrenia acuta, cagionata dalla partecipazione alle attività.

Inoltre, aperta un'inchiesta per esercizio abusivo della professione medica, l'investigatore aveva commissionato ad esperti plurime indagini in ordine alle attività dell'associazione, al fine di acclarare se le pratiche ivi svolte potessero essere classificate quali prestazioni mediche e se vi fosse un collegamento tra il crollo delle condizioni psichiche della presunta vittima e la partecipazione alle attività suddette. L'odierna ricorrente veniva, quindi, accusata di esercizio abusivo della professione medica.

All'assoluzione ottenuta in fase di prime cure, seguiva un complesso *iter* procedurale. Il giudice d'appello annullava la pronuncia di proscioglimento, con rinvio: nel nuovo giudizio nonostante l'opposizione difensiva venivano acquisite le dichiarazioni predibattimentali della presunta vittima, ritenendo il giudice che, a causa delle condizioni di salute, ella non fosse in grado di partecipare al processo.

Neppure era concesso alla difesa dell'imputata l'esame in contraddittorio di uno degli esperti che avevano confermato le tesi dell'accusa: anche tali dichiarazioni venivano lette. Veniva, infine, rifiutata la richiesta, avanzata dalla difesa, di disporre un'ulteriore consulenza volta a fare luce sulle cause della malattia di S.D.

L'imputata veniva, quindi, riconosciuta responsabile del reato a lei ascritto: la declaratoria di colpevolezza appariva fondata sulle dichiarazioni rese dalla vittima nella fase investigativa, sulle testimonianze dei familiari, nonché sulle numerose consulenze disposte nel corso del procedimento, inclusa quella redatta sotto la direzione dell'esperto che la difesa non aveva potuto esaminare.

Adita la Corte E.D.U., l'odierna ricorrente lamenta il mancato rispetto – tra le varie norme – dell'art. 6 §§ 1 e 3, lett. d) della Convenzione: ella afferma, in particolare, di non essere stata posta nelle condizioni d'interrogare la presunta vittima, censurando, altresì, il fatto di non aver potuto né partecipare alla formulazione dei pareri esperti nel corso delle indagini, né ottenere l'ammissione di ulteriori consulenze durante il processo.

IL MANCATO ESAME DIBATTIMENTALE DELLA VITTIMA

I giudici di Strasburgo hanno respinto la prima censura, riconoscendo, invece, una violazione dei diritti garantiti dall'art. 6 della Convenzione quanto al mancato riconoscimento alla difesa della *chance* di confutare le conclusioni degli esperti addotti dall'accusa.

L'interesse della pronuncia si appunta sul primo aspetto.

Rammentiamolo: la critica svolta dalla ricorrente atteneva al fatto che la presunta vittima S.D. non fosse mai stata sentita in dibattimento, a causa delle sue precarie condizioni di salute psichica; il contributo probatorio fornito dalla medesima era peraltro giunto a disposizione dei giudici del merito nella forma di dichiarazioni raccolte durante le indagini di polizia, in ovvia assenza di qualsivoglia partecipazione della difesa dell'indagata.

Sul punto la Corte, dopo aver rammentato come sia un aspetto fondamentale del diritto ad un equo processo che i procedimenti penali siano realmente *adversarial*, precisa come, secondo principi da tempo elaborati, laddove siano ammessi come prova verbali di dichiarazioni rese da testimoni mai comparsi in dibattimento e, dunque, mai assoggettati a *cross examination*, occorre verificare un duplice ordine di situazioni, al fine di valutare l'effettiva equità del processo.

In primis, occorre verificare l'esistenza di un serio motivo per la mancata partecipazione del testimone; in secondo luogo, anche in presenza di questa prima condizione, laddove una condanna sia stata basata esclusivamente o in misura determinante sulle dichiarazioni fatte da una persona che l'accusato non ha avuto alcuna possibilità di esaminare, i diritti della difesa potrebbero essere stati limitati in misura incompatibile con le garanzie di cui all'articolo 6 C.e.d.u.

Precisa poi la Corte: seppure la difesa sia stata posta in condizione di interrogare un testimone o un esperto nella fase delle indagini di polizia, ciò non può sostituire l'esame di quel testimone o esperto dinanzi al giudice; è elemento fondante di un procedimento penale equo che l'imputato si confronti con il teste, ma non in qualunque momento del tempo, bensì alla presenza del medesimo giudice che sarà chiamato a decidere il merito, in modo che quel giudice possa ascoltare la testimonianza senza mediazioni e osservare il comportamento del teste, così da formarsi un'affidabile opinione circa la sua credibilità.

Poste siffatte premesse, la Corte ha rilevato come la decisione dei giudici nazionali di non chiamare

la vittima a testimoniare si era fondata su due certificati medici che attestavano come la deposizione della donna in tribunale avrebbe potuto cagionare una ricaduta nella grave patologia psichiatrica da cui risultava affetta; in tal senso – nota la Corte – la decisione del giudice russo di evitare alla vittima l'esame dibattimentale non può essere qualificata come arbitraria.

Ancora più importante, però, è la considerazione successiva: la Corte ritiene che l'utilizzo del verbale contenente le dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio non abbia prodotto alcuna prova conclusiva nei confronti della ricorrente.

Esaminando il testo delle dichiarazioni, la Corte, in effetti, sottolinea come nessuno dei fatti storici ivi asseriti risultavano posti in discussione dalla difesa, la quale, nel corso del giudizio di merito, non aveva mai negato né la partecipazione della testimone ai programmi dell'associazione e neppure l'esistenza dei suoi problemi di salute.

Risulta quindi dimostrato – notano i giudici strasburghesi – che la difesa non ha mai cercato di confutare il risultato probatorio della testimonianza della sig.ra S.D., limitandosi a contestare ben altro aspetto dell'impostazione accusatoria, ovvero l'asserita esistenza di un nesso di causalità tra i disturbi mentali e le pratiche seguite all'interno dell'associazione, dato – quest'ultimo – che non avrebbe potuto essere oggetto di altra prova che di una a carattere scientifico.

In questo senso, dunque, secondo la Corte non può certamente asserirsi che il contributo dichiarativo reso dalla vittima in assenza di contraddittorio abbia costituito "unica o determinante prova" nei confronti della ricorrente.

LA C.D. "SOLE OR DECISIVE RULE"

Com'è agevole notare già a prima lettura, questo aspetto della sentenza Matytsina introduce ulteriori elementi di riflessione, utili a precisare il concetto di prova decisiva da tempo seguito dalla Corte e.d.u..

Ma procediamo con ordine.

Come noto, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – aperta alla firma il 4 novembre 1950¹ – non solo non manifesta in alcuna guisa l'uso di termini o perifrasi che alludano al concetto di decisività della prova, ma, più in generale, appare priva di qualsiasi indicazione relativa a criteri che guidino i giudici nazio-

nali nell'opera di ammissione delle fonti conoscitive.

Il testo dell'art. 6 – dedicato all'equo processo – è concepito nella forma non già delle regole, ma delle disposizioni di principio, da cui la Corte di Strasburgo trae le *guidelines* sulla cui scorta decide, creando una giurisprudenza «casistica, legatissima al caso concreto»².

Nonostante l'ormai risalente data di entrata in vigore della Convenzione europea, l'attività della Corte ha avuto un avvio assai lento, progressivamente accelerato a partire dagli anni '80 in poi³: sempre ragionando in termini di tempi, la prima sentenza che abbia «gettato il seme» del concetto di prova determinante, secondo le affermazioni della medesima Corte e.d.u.⁴, sarebbe quella emessa nel caso *Unterpertinger v. Austria*, del 24 novembre 1986, mentre la prima sentenza in cui si trovi adoperata e contestualizzata con maggior precisione l'espressione di prova decisiva o determinante risulta essere *Kostovsky v. Paesi Bassi*, del 20 novembre 1989⁵: è a quest'epoca che la Corte di Strasburgo inizia a ragionare sull'idea per cui se la condanna di un imputato è basata in modo esclusivo o determinante su prove fornite da testimoni che l'imputato non è stato in grado di controesaminare durante il procedimento, i diritti della difesa risultano limitati in termini incompatibili con l'art. 6, par. 3, lett. d), C.e.d.u.

Peraltro, va subito soggiunto come il successivo ed invero esponenziale aumento del carico di que-

² Così Zagrebelsky, *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo"*, *Processo penale e giustizia europea*, Atti del Convegno, Torino, 26-27 settembre 2008, Milano, 2010, 14.

³ Il rilievo appartiene ad un profondo conoscitore della materia quale Chiavario, *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, Balsamo-Kostoris (a cura di) *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 11 e ss.

⁴ In *Al-Khawaja e Tahery v. Regno Unito*, del 15 dicembre 2011.

⁵ Merita rievocare proprio i termini del caso *Kostovsky* contro Paesi Bassi; il ricorso era fondato su fatti processuali piuttosto chiari: accusato del delitto di rapina a mano armata sulla scorta di deposizioni rilasciate da due testi anonimi, dapprima innanzi al tribunale di Utrecht e poi davanti alla Corte d'appello di Amsterdam, il ricorrente era stato posto in condizione d'interrogare uno solo dei due testi, rimasti, peraltro, entrambi anonimi, e i due istruttori che avevano registrato i rispettivi *dicta*. La Corte e.d.u. rilevava, *in primis*, come tutte le volte in cui la difesa ignori l'identità dell'individuo da sottoporre a controesame, può vedersi privata delle delucidazioni che le consentirebbero di provare che il testimone è parziale, ostile o non degno di fiducia; nel caso specifico, dunque, la difesa si era, di fatto, trovata nella situazione di chi non possiede le informazioni che le avrebbero fornito il mezzo per controllare la credibilità del teste o per metterla in dubbio. Ma non solo: secondo la Corte, l'assenza in aula dei testi anonimi aveva certamente impedito ai giudici del merito di analizzare il loro comportamento durante l'interrogatorio e dunque di formarsi un'opinione affidabile sulla loro credibilità; l'altro teste anonimo risultava, peraltro, sentito solo ed esclusivamente dalla polizia.

¹ Per lo stato aggiornato delle firme e delle ratifiche si consulti l'indirizzo <http://conventions.coe.int>.

stioni devolute all'attenzione dei giudici di Strasburgo, abbia prodotto risultati di notevole interesse: il concetto di prova "unica o determinante" – noto come "*sole or decisive rule*"⁶ – appare, in effetti, adoperato con costanza d'intendimenti, a partire, come si accennava, da quella prima decisione datata 1989.

Secondo un modulo divenuto successivamente costante nell'opera della Corte, all'interno della decisione Kostovsky c. Paesi Bassi i giudici europei operano una verifica sulla complessiva equità del procedimento⁷, decidendo, poi, che effettivamente vi era stata, nel caso specifico, violazione dell'art. 6, par. 3, lett. d), Ce.d.u., in base alla constatazione che le dichiarazioni di due testimoni anonimi avevano costituito "prova determinante" ai fini dell'emissione di una sentenza di condanna.

Ora, il concetto in parola – prova determinante, ma anche decisiva o essenziale⁸ – ha conosciuto costante fortuna nella giurisprudenza successiva della Corte: esso appare adoperato tutte le volte in cui i ricorrenti invocano la violazione delle regole dell'equo processo afferenti alla prova: in particolare, il diritto di difendersi personalmente o ad avere l'assistenza di un difensore di propria scelta durante la fase istruttoria, ovvero, ancora, il diritto di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni avversari.

In via di estrema sintesi può dirsi che, secondo una giurisprudenza europea ormai ventennale, la Corte dichiara l'esistenza di una violazione dell'art. 6 qualora un esame globale dei fatti processuali riveli che la condanna è stata fondata in misura esclusiva o anche solo decisiva su prove assunte in violazione (di uno o più) dei canoni dell'equo processo.

Il linguaggio estremamente semplice delle sentenze e la natura casuistica della giurisprudenza tra-

discono solo talvolta l'approfondimento concettuale e il metodo sottostante alle decisioni della Corte, ma alcuni passaggi appaiono concretamente rivelatori.

In linea di massima, sul *file rouge* dell'idea che il compito della Corte consiste unicamente nell'appurare se il procedimento, considerato nel suo insieme, incluse le modalità di ammissione e acquisizione dei mezzi di prova, sia stato equo e se siano stati rispettati i diritti della difesa, i giudici di Strasburgo effettuano tale vaglio d'insieme attraverso lo *speculum* delle motivazioni delle sentenze di merito pronunziate nel procedimento sottoposto a controllo; oppure – come tipicamente nella decisione del 19 ottobre 2006, Majadallah v. Italia, caratterizzata dal fatto che i due principali testimoni dell'accusa non si erano presentati in dibattimento e le testimonianze da loro rese alla polizia al momento dei fatti erano state lette ed utilizzate a termini dell'articolo 512 c.p.p. – la Corte adotta una diversa modalità operativa, secondo cui il controllo è effettuato previa disamina di atti processuali che rivelino l'effettività del materiale conoscitivo adoperato dai giudici del merito.

La disamina potrebbe continuare, seguendo le tracce di una giurisprudenza che si attiene con apprezzabile costanza ai canoni sopra individuati⁹; di fatto è senz'altro da condividersi l'opinione di chi nota come, in assenza di un'esplicita indicazione di criteri adoperati dalla Corte ad individuare la natura decisiva o determinante della prova "incriminata", essa pare compiere «un'operazione di sottrazione, testando la resistenza del materiale probatorio restante»¹⁰, operazione effettuata – come si accennava – talora esclusivamente sulla motivazione della sentenza di condanna, talaltra sugli atti processuali.

Come si accennava, la c.d. *sole and decisive rule* risulta poi compendiata in alcuni passaggi successivi: anzitutto dev'essere riscontrabile un serio motivo per cui sia stato precluso all'imputato l'esame del teste in contraddittorio; in secondo luogo occorre appunto verificare se la prova di cui si discute sia stata

⁶ Per una ricostruzione v. Balsamo, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, 89 e ss.

⁷ Si tratta di notazione diffusa; v. di recente, Chiavario, *La lunga marcia*, cit., 18; La Rocca, *La prova nell'ottica della giurisprudenza europea*, Gaito (diretto da), *La prova penale*, Vol. I, Torino, 2008, 161 e ss.; Zagrebelsky, *Il regime della prova dichiarativa nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione Europea*, Atti del Convegno "L'armonizzazione della prova penale nell'Unione Europea", Bologna, 18-19 aprile 2008, Bologna, 2009, 113 e ss. Sul punto, sempre in tempi recenti, si veda pure Ruedin, *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Bruylant, 2009, 278.

⁸ Nella lingua originale delle decisioni le espressioni usate sono: «*uniquement ou dans une mesure déterminante*» (così in Corte e.d.u., 18 maggio 2010, ric. n. 231/07, Ogaristi c. Italia) ovvero «*la preuve essentielle justifiant la condamnation*» (così, ad esempio, in Corte e.d.u., 27 novembre 2008, ric. n. 36391/02, Salduz c. Turchia).

⁹ Tra le più interessanti, nell'indicata prospettiva, possono segnalarsi: Corte e.d.u., 27 settembre 1990, ric. n. 12489/86, Windisch c. Austria; Id., 19 dicembre 1990, ric. n. 11444/85, Delta c. Francia; Id., 23 aprile 1997, n. 21363, Van Mechelen c. Paesi Bassi; Id., 27 febbraio 2001, ric. n. 33354/96, Lucà c. Italia; Id., 21 marzo 2002, ric. n. 62676/00, Raniolo c. Italia; Id., 24 marzo 2003, ric. n. 37235/97, Sofri ed altri c. Italia (decisione particolarmente rilevante per l'approfondimento condotto sugli atti processuali); Id., 7 aprile 2005, ric. n. 27549/02, Jerinò c. Italia; Id., 13 ottobre 2005, ric. n. 36822/02, Bracci c. Italia; Id., 27 novembre 2008, ric. n. 36391/02, Salduz c. Turchia; Id., 8 dicembre 2009, ric. n. 45291/06, Previti c. Italia; Id., 1° giugno 2010, ric. n. 22978/05, Gäfgen c. Germania.

¹⁰ Così Selvaggi, *Il valore probatorio delle dichiarazioni irripetibili*, Balsamo-Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 373 e ss., in particolare p. 378.

fondamento unico oppure determinante della decisione giudiziale; in terzo luogo, bisogna appurare se le complessive garanzie processuali del singolo ordinamento e del singolo caso siano state tali permettere al giudice nazionale una valutazione equa e corretta dell'affidabilità dell'elemento dimostrativo che abbia preso il posto della prova dichiarativa assunta nel contraddittorio delle parti¹¹.

Com'è intuibile, ciascuno di questi *steps* successivi reca con sé componenti valutative gravide di potenziali ambiguità ed incertezze, le più serie delle quali probabilmente si appuntano giusto sul concetto di prova determinante o decisiva, radicato com'è sullo scivoloso terreno della valutazione della prova medesima e del peso effettivo da essa assunto nella decisione del caso¹².

QUANDO LA PROVA È DECISIVA

È esattamente in questa prospettiva che la sentenza *Matytsina* assume un ruolo rilevante, laddove spiega «*the defence did not deny that Ms S.D. had participated in the programmes, as she described, and that she had had health problems afterwards. They also accepted Ms S.D.'s account of the activities and practices in which she had been involved. It thus appears that the defence did not try to refute the essential elements of Ms S.D.'s testimony. Their case was built upon other arguments which pertained to the examination of medical issues (namely, the existence of a causal link between Ms S.D.'s mental disorder and her participation in the programme) and le-*

gal issues (determination of the "medical" nature of the practices used by the associations). It is unlikely that Ms S.D., as a lay person, would have been able to elucidate on either of those points».

In buona sostanza, la Corte opera qui il proprio controllo secondo un duplice approccio: da un lato, verifica il contenuto delle dichiarazioni rese dalla vittima durante le indagini e al di fuori del contraddittorio, notando come il relativo contenuto sia limitato a fatti storici di contenuto atecnico e soprattutto mai contestati dalla difesa (partecipazione ai programmi dell'associazione, da un lato, insorgenza di problemi psichici, dall'altro); in secondo luogo, la Corte rileva come, al di là e a prescindere dalla mancata contestazione di questi dati, la difesa avesse fondato la propria strategia lungo due direttrici ben precise, ovvero *in primis* sulla confutazione dell'assunto accusatorio secondo cui i problemi di salute della vittima sarebbero causalmente riconducibili alla terapie seguite all'interno dell'associazione, dall'altro, sulla confutazione in diritto della natura "medica" delle terapie praticate dalla ricorrente.

Ora, se tutto questo è vero, ne risulta che l'analisi operata dalla Corte ha portato a respingere la censura della ricorrente fondandosi su di un concetto giuridico ben preciso: la prova acquisita al di fuori del contraddittorio non ha mai avuto la natura di prova decisiva in quanto *de facto* irrilevante.

Precisiamo ancora: irrilevante non già in base alla fattispecie concreta dedotta in giudizio e/o al relativo schema legale, bensì in relazione alla linea difensiva adottata dalla ricorrente all'interno del giudizio di merito.

Non sfugge come risulti del tutto anodina, rispetto al ragionamento effettuato dai giudici strasburghesi, ogni verifica relativa all'eventuale peso che le dichiarazioni della vittima possano aver avuto nella decisione di condanna.

PROVA DECISIVA E PROCESSO PENALE ITALIANO

Che la sentenza *Matytsina* sia capace di ridondare il termini apprezzabili sull'ordinamento interno diventa chiaro non appena si rifletta sul fatto che il concetto di prova decisiva risulta adoperato dal legislatore italiano a strutturare uno dei casi di ricorso per cassazione, contenuto nell'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p.

È piuttosto noto, peraltro, come la disposizione in parola, teoricamente costruita al fine di offrire tutela completa al diritto alla prova, subisca interpretazioni assolutamente divergenti in seno al supremo

¹¹ I passaggi sono esplicitati con chiarezza nella decisione *Al-Khawaja e Tahery v. Regno Unito* già citata, ma ancor più nella sentenza *Matytsina v. Russia*, qui in esame.

¹² Sottolinea questo aspetto Balsamo, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., 112. Diversamente si nota come maggiore (e preoccupante) vaghezza presenti il terzo ed eventuale passaggio del controllo affidato alla Corte e.d.u., quello accentrato sulla verifica dell'esistenza di forti garanzie procedurali che bilancino l'uso dell'elemento dimostrativo non assunto in contraddittorio. Scrive infatti Biral, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, *Arch. pen.*, 2013, 1 e ss.: «Come contropartita, si richiedono salvaguardie procedurali che compensino, nella misura maggiore possibile, le *chances* difensive precluse. Possono venire in considerazione: la maniera in cui le garanzie legali sono state applicate, le possibilità offerte all'imputato per far fronte agli ostacoli con i quali si è dovuto confrontare, il modo in cui il giudice ha condotto il procedimento nel suo insieme, e così via. La Corte non predispose alcun catalogo (né, tantomeno, una gerarchia) dei "*counterbalancing factors*" in astratto reperibili, in modo da poter avere il più ampio margine di manovra nella valutazione concreta delle circostanze del caso. Il precipitato della nuova impostazione – in termini di annacquamento della garanzia convenzionale e di incremento della indeterminazione delle valutazioni del giudice europeo – è agevolmente intuibile». Della medesima opinione pare essere Zacche', *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti (working paper)*, www.penalecontemporaneo.it

consesso¹³. Secondo un primo e più restrittivo orientamento, il *refrain* diffuso è quello che segue: «il vizio di mancata assunzione di prova decisiva rileva quando la prova richiesta e non ammessa, confrontata con le argomentazioni addotte in motivazione a sostegno della decisione, risulti “decisiva”, cioè tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una diversa decisione»¹⁴; mentre massime più generose in virtù esplicativa notano che «l’*error in procedendo* rilevante ex art. 606, comma primo, lett. d), cod. proc. pen., è configurabile soltanto quando la prova richiesta e non ammessa, confrontata con le motivazioni addotte a sostegno della sentenza impugnata, risulti decisiva, cioè tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una decisione diversa; la valutazione in ordine alla decisività della prova deve essere compiuta accertando se i fatti indicati dalla parte nella relativa richiesta fossero tali da poter inficiare le argomentazioni poste a base del convincimento del giudice di merito»¹⁵.

Massime del genere denunciano con chiarezza l’intendimento di collocare il centro logico del concetto di prova decisiva su duplice sponda: anzitutto il termine di riferimento del controllo circa il potenziale effetto della prova omessa non è la *res in iudicium deducta* – insomma il capo d’imputazione con il fatto storico e la relativa qualificazione giuridica – ma la *motivazione della sentenza*, ovvero la ricostruzione prescelta dal giudice e rivelata appunto dalla parte motiva della decisione¹⁶; dall’altro si assume

che il fatto, l’elemento di prova, la circostanza, per essere decisivi debbano essere *capaci di rovesciare la visuale prospettica adottata in sentenza o addirittura di farla apparire come priva di riferimento alle prove in atti, ovvero apodittica*.

Va detto, peraltro, che – come si accennava, alludendo ai contrastanti orientamenti di cui fa mostra la Suprema Corte sul punto – questo scenario ormai ultraventennale risulti solo apparentemente monocromatico, punteggiato com’è da episodiche emergenze di massime sgargianti per *esprit* garantistico; la prima risale al 1992 e senza remore espone passaggi di rara chiarezza: prova decisiva – si nota qui – è quella che «con giudizio *ex ante*, appaia idonea a contrastare, nell’ambito dell’oggetto del processo, circostanze altrimenti acquisite, elidendone l’efficacia probatoria, ovvero capace di introdurre ulteriori elementi di valutazione, così da rendere possibile, nell’uno e nell’altro caso, una pronuncia diversa»¹⁷.

Come si accennava, si tratta di una linea argomentativa destinata a sporadiche apparizioni, nell’arco degli anni¹⁸, anche in termini variegati; così quando si osserva che è «priva di fondamento la censura che denunci il rigetto... della istanza difensiva, se tale rigetto risulta sorretto da argomentazioni logiche, idonee a dimostrare che le cosiddette controprove, dedotte dalla parte, non possono mo-

¹³ Sia consentito il rinvio, per una più ampia ricostruzione, al volume dell’Autrice, *La prova decisiva*, Padova, 2012, *passim*.

¹⁴ Cass., sez. IV, 08 maggio 2007, n. 27738. Rigorosamente identica, ma più recente Id., sez. VI, 25 marzo 2010, n. 14916.

¹⁵ Cass., sez. IV, 14 marzo 2008, n. 23505; sostanzialmente analoga la massima di sez. III, 15 giugno 2010, n. 2758, secondo cui «è prova decisiva, la cui mancata assunzione è deducibile come motivo di ricorso per cassazione, solo quella prova che, non assunta o non valutata, vizia la sentenza intaccandone la struttura portante»; o anche quella di sez. II, 21 settembre 2010, n. 36276: «per prova decisiva, la cui mancata assunzione può costituire motivo di ricorso per cassazione, deve intendersi solo quella che, confrontata con le argomentazioni addotte in motivazione a sostegno della decisione, risulti “determinante” per un esito diverso del processo. Per l’effetto, tale vizio è ravvisabile solamente quando la prova richiesta e non ammessa, confrontata con le argomentazioni formulate in motivazione a sostegno e illustrazione della decisione, risulti tale che, se esperita, avrebbe sicuramente determinato una diversa pronuncia».

¹⁶ Il riferimento alla motivazione della sentenza è continuo sin dalle prime sentenze, emesse all’indomani della riforma del codice: si veda, tra le tante, sez. VI, 14 ottobre 1993, n. 11411: «Il diritto della parte a vedersi ammettere prove contrastanti con l’accusa, la cui mancata assunzione è denunciabile con ricorso per cassazione ex art. 606 lett. d) in relazione all’art. 495, comma secondo cod. proc. pen., va rapportato, per verificarne il fondamento, alla motivazione della sentenza impugnata. Viene, infatti, ad essere priva di fondamento la censura che denunci il rigetto, sul punto, della istanza difensiva, se tale rigetto risulti sorretto da argomentazioni logiche, idonee a dimostrare che le cosiddette controprove, dedotte dalla parte, non possono modi-

ficare il peso delle prove di accusa»; Id., sez. I, 20 ottobre 1993, n. 1293: «L’art. 606 comma primo, lett. d), nuovo cod. proc. pen. prevede tra i motivi di ricorso per Cassazione la denuncia di mancata assunzione di una prova decisiva richiesta dalla parte a norma dell’art. 495 stesso codice. L’*error in procedendo*” in cui si sostanzia il vizio in questione rileva solo quando la prova richiesta e non ammessa, confrontata con le argomentazioni in motivazione addotte a sostegno della sentenza, risulti decisiva, cioè tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una diversa decisione. La valutazione in ordine alla decisività della prova deve essere quindi compiuta accertando se i fatti dalla parte indicati o, nel caso, le eventuali risultanze di perizia, siano tali da poter inficiare le argomentazioni poste a base del convincimento del giudice».

¹⁷ Cass., sez. VI, 19 dicembre 1991, n. 2516; di segno comparabile anche una massima piuttosto recente di Cass., sez. I, 20 gennaio 2009, n. 5611: «La ricognizione di persona può risultare prova decisiva, e cioè determinare, se assunta, una diversa decisione del giudice, consentendo il superamento di eventuali contrasti o dubbi emergenti dal quadro probatorio acquisito ovvero inficiando l’efficacia dimostrativa di prove di segno contrario. (Nella specie, l’imputato, condannato in primo grado anche grazie a un riconoscimento fotografico, era stato assolto dal giudice di appello che, pur sollecitato dal p.m., non aveva ammesso la ricognizione di persona, sul rilievo del lungo lasso di tempo trascorso dal fatto, della probabile metamorfosi fisionomica dell’imputato frattanto intervenuta e della non decisività di tale mezzo di prova; argomenti ritenuti illogici dalla Corte suprema che ha annullato con rinvio la sentenza impugnata)».

¹⁸ V., ad esempio, pedissequa, Cass., sez. VI, 20 aprile 1995, n. 9303.

dificare il peso delle prove di accusa»¹⁹ oppure che «il giudice di legittimità, nel porsi il problema della decisività della prova, ai sensi dell'art. 606, comma primo, lett. d), cod. proc. pen., deve condurre l'indagine sull'effettiva incidenza della richiesta sui fatti già indicati come oggetto delle prove a carico e sulla possibilità che l'esito della prova, correttamente dedotta, possa modificare sostanzialmente l'esito del processo»²⁰.

La distanza di siffatte massime dall'orientamento restrittivo dominante²¹ non può essere sottovalutata; anzitutto si esige che la prospettiva del controllo operato dalla Cassazione sia analoga a quella propria del giudice di merito al momento dell'ammissione della prova, con giudizio *ex ante* sui fatti prospettati quale oggetto delle prove a carico; in secondo luogo, si condiziona l'annullamento della sentenza ad un doppio *test*, verificandone la capacità di agire quale prova contraria *diretta* – tale, dunque, da elidere l'efficacia delle prove addotte

ex adverso – ovvero, in alternativa, quale prova contraria *indiretta*, capace d'introdurre all'attenzione del giudice fatti diversi da quelli descritti nel capo d'imputazione o nella lista testimoniale dell'accusa e incompatibili con i medesimi.

Altrettanto chiara appare l'incompatibilità dell'orientamento restrittivo con la c.d. *sole or decisive rule* elaborata dalla Corte e.d.u.: all'interno della lunga serie di decisioni che, nell'arco di un ventennio, si sono occupate del tema, ma soprattutto nella recente sentenza *Matytsina v. Russia*, i giudici strasburghesi appaiono avallare un'esegesi decisamente più affine a quello che si è sopra definito come l'orientamento più garantista occasionalmente adottato dalla Cassazione: il termine di riferimento del controllo risulta qui essere, in effetti, non già la ricostruzione fattuale prescelta nella sentenza di condanna, bensì la fattispecie concreta portata *sub iudice* dall'accusa e, all'interno della medesima, la linea strategica di confutazione adottata dalla difesa.

L'auspicio, ovviamente, è che i giudici nazionali vogliano prediligere quella linea interpretativa che riconduce l'art. 606, 1° comma, lett. d), c.p.p. all'interno dei confini del giusto processo.

¹⁹ Cass., sez. VI, 14 ottobre 1993, n. 11411, ma anche Id., sez. VI, 20 aprile 1995, n. 9303.

²⁰ Cass., sez. IV, 29 gennaio 1993, n. 6212.

²¹ A tutt'oggi diffusissimo; tra le più recenti si veda ad esempio Cass. sez. II, 20 marzo 2013, n. 21884.

INDICI / INDEX

AUTORI / AUTHORS

Federico Bardelle Corti europee / <i>European court</i>	21
Giuseppe Biscardi Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo / <i>Eclipse of the non-appearance proceeding and suspension for untraceability. Legal knowledge versus real knowledge of the trial</i>	103
Lucio Camaldo Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i>	15
Marcello D’Aiuto <i>De jure condendo</i>	18
Ada Famiglietti Un nuovo contrasto in materia di divieto di <i>reformatio in peius</i> / <i>A new conflict relating to the prohibition of reformatio in peius</i>	77
Valeria Marchese Sezioni Unite	32
Carla Pansini Novità legislative interne / <i>National legislative news</i>	11
Nuovi ambiti operativi della competenza funzionale del g.u.p. “minorile” tra specializzazione e specialità del rito / <i>New operating field for the functional competence of the “juvenile” preliminary hearing judge between specialization and speciality</i>	44
Federico Gustavo Pizzetti Il più recente orientamento della Corte costituzionale nel caso Abu Omar: novità sul segreto di Stato? / <i>Constitutional Court on State Secrecy: the last decision related to the Abu Omar Affair</i>	129
Francesco Porcu Latitanza e irreperibilità: le Sezioni Unite abbandonano gli irreperibili alla ricerca dei latitanti / <i>Abscondence and untraceability: the Supreme Court sitting en banc leaves the untraceables in search of the absconders</i>	94
Alessia Ester Ricci Corte costituzionale	28
Adolfo Scalfati Legislazione “a pioggia” sulle cautele <i>ad personam</i> : l’effervescente frammentarietà di un triennio / <i>The highly questionable legislative actions of the last three years on personal pretrial precautionary measures</i>	1
Adriano Spinelli Alcoltest ed omesso avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia tra rigidità sanzionatorie ed elasticità ermeneutiche / <i>Alcoltest and failure notice to the defendant to be assisted by a counsel: tough sanctions and elastic hermeneutics</i>	56

Cristiana Valentini

La Corte e.d.u. e il diritto alla prova: vecchi canoni, nuove precisazioni / *The European Court of Human Rights contributes to specify the exact meaning of the right to evidence* 139

PROVVEDIMENTI/MEASURES

Corte costituzionale

sentenza 11 luglio 2014, n. 198 28
sentenza 18 luglio 2014, n. 218 30

Cassazione penale – Sezioni Unite

sentenza 27 febbraio 2014, n. 18292 39
sentenza 14 aprile 2014, n. 16208 66
sentenza 7 maggio 2014, n. 18822 84
sentenza 22 luglio 2014, n. 32351 34
sentenza 23 luglio 2014, n. 32697 33
sentenza 3 settembre, n. 36847 32
sentenza 3 settembre, n. 36848 32

Cassazione penale – Sezioni Semplici

Sezione IV, sentenza 25 marzo 2014, n. 13999 53

Corte europea dei diritti dell'uomo

27 marzo 2014, *Matytsina c. Russia* 139
22 luglio 2014, *Bulatovic c. Montenegro* 21
22 luglio 2014, *Bifulco e altri c. Italia* 21
24 luglio 2014, *Lyapin c. Russia* 22
24 luglio 2014, *Al Nashiri c. Polonia* 23
31 luglio 2014, *Jaeger c. Estonia* 24
31 luglio 2014, *Jannatov c. Azerbaijan* 25
9 settembre 2014, *Carrella c. Italia* 26

Atti sovranazionali

Legge 3 luglio 2014, n. 99 «*Ratifica dell'Accordo tra Italia e Stati Uniti d'America sottoscritto a Roma il 28 maggio 2009*» 15

Norme interne

D.lgs. 1° luglio 2014, n. 101 «*Attuazione della Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*» 12
Legge 11 agosto 2014, n. 117 «*Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile*» 11
Legge 11 agosto 2014, n. 118 «*Introduzione dell'articolo 15-bis della legge 28 aprile 2014, n. 67, concernente norme transitorie per l'applicazione della disciplina della sospensione del procedimento penale nei confronti degli irreperibili*» 11

De jure condendo

Disegno di legge C. 2506 «*Nuove norme in materia di punibilità dei giovani ultradiciottenni*» 18
Disegno di legge C. 2440 «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione*» 19

MATERIE/TOPICS

Assenza

- Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo / *Eclipse of the non-appearance proceeding and suspension for untraceability. Legal knowledge versus real knowledge of the trial*, di Giuseppe Biscardi 103

Cooperazione giudiziaria internazionale

- Disegno di legge C. 2440 «*Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione*» 19

Corte di cassazione

– *giudizio di rinvio*

- Divieto di *reformatio in peius* e reato continuato nel giudizio di rinvio (*Cass., sez. un., 14 aprile 2014, n. 16208*), con nota di Ada Famiglietti 66

Difesa e difensori

- Accertamento del tasso alcolemico ed assistenza difensiva (*Cass., sez. IV, 25 marzo 2014, n. 13999*), con nota di Adriano Spinelli 53

Diritti fondamentali (tutela dei)

- Trattamenti inumani e degradanti (*Corte e.d.u., 24 luglio 2014, Lyapin c. Russia; Corte e.d.u., 24 luglio 2014, Al Nashiri c. Polonia; Corte e.d.u., 31 luglio 2014, Jannatov c. Azerbaijan; Corte e.d.u., 9 settembre 2014, Carrella c. Italia*) 22, 23, 25, 26

Divieto di *reformatio in peius*

- Divieto di *reformatio in peius* e reato continuato nel giudizio di rinvio (*Cass., sez. un., 14 aprile 2014, n. 16208*), con nota di Ada Famiglietti 66

Esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali

- Determinazione della pena detentiva da eseguire e computo della custodia cautelare e delle pene espiate senza titolo (*C. cost., sent. 11 luglio 2014, n. 198*) 28

Giudice

– *ricusazione*

- Ricusazione del giudice che ha pronunciato sentenza di patteggiamento nei confronti del concorrente necessario nel medesimo reato (*Cass., sez. un., 3 settembre 2014, n. 36847*) 32

Giudizio abbreviato

- Rito abbreviato minorile instaurato a seguito di immediato: è competente il g.u.p. (*Cass., sez. un., 27 febbraio 2014, n. 18292*), con nota di Carla Pansini 39

Impugnazioni straordinarie

- Ambito di applicazione e disciplina intertemporale del nuovo istituto della rescissione del giudicato previsto dall'art. 625-ter c.p.p. (*Cass., sez. un., 3 settembre 2014, n. 36848*) 32

Intercettazioni di comunicazioni

- Utilizzabilità delle intercettazioni che costituiscono corpo di reato in procedimenti diversi da quello nel quale sono state disposte (*Cass., sez. un., 23 luglio 2014, n. 32697*) 33

Irreperibilità (e latitanza)

- Latitante e irreperibile: la diversificazione delle ricerche nella pronuncia delle Sezioni Unite (*Cass., sez. un., 7 maggio 2014, n. 18822*), con nota di Francesco Porcu 84

Minori

- Rito abbreviato minorile instaurato a seguito di immediato: è competente il g.u.p. (*Cass., sez. un., 27 febbraio 2014, n. 18292*), con nota di Carla Pansini 39

Misure cautelari personali

– diritto all'informazione

- Diritto all'informazione nel processo penale (D.lgs. 1° luglio 2014, n. 101 «Attuazione della Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali») 12
- Legislazione “a pioggia” sulle cautele *ad personam*: l'effervescente frammentarietà di un triennio/
The highly questionable legislative actions of the last three years on personal pretrial precautionary measures, di Adolfo Scalfati 1

Oblazione

- Onere di presentare istanza di oblazione in seguito a nuova qualificazione giuridica del reato compatibile con il beneficio (Cass., sez. un., 22 luglio 2014, n. 32351) 34

Ordinamento giudiziario

- Modifiche all'ordinamento giudiziario (anche dei minori) (Legge 11 agosto 2014, n. 117 «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile») 11

Ordinamento penitenziario

- Disegno di legge C. 2506 «Nuove norme in materia di punibilità dei giovani ultradiciottenni» 18
- Modifiche all'ordinamento giudiziario (anche dei minori) (Legge 11 agosto 2014, n. 117 «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile») 11
- Perquisizione in carcere (Corte e.d.u., 31 luglio 2014, Jaeger c. Estonia) 24
- Sovraffollamento carcerario (Corte e.d.u., 22 luglio 2014, Bulatovic c. Montenegro) 21

Processo penale

– diritto all'informazione

- Diritto all'informazione nel processo penale (D.lgs. 1° luglio 2014, n. 101 «Attuazione della Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali») 12

– durata

- (Ir)ragionevole durata della c.d. procedura Pinto (Corte e.d.u., 22 luglio 2014, Bifulco e altri c. Italia) 21

– sospensione del processo nei confronti degli irreperibili

- Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo / *Eclipse of the non-appearance proceeding and suspension for untraceability. Legalknowledge versus real knowledge of the trial*, di Giuseppe Biscardi 103
- Norme transitorie e imputati irreperibili (Legge 11 agosto 2014, n. 118 «Introduzione dell'articolo 15-bis della legge 28 aprile 2014, n. 67, concernente norme transitorie per l'applicazione della disciplina della sospensione del procedimento penale nei confronti degli irreperibili») 11

Prova

- La Corte e.d.u. e il diritto alla prova: vecchi canoni, nuove precisazioni / *The European Court of Human Rights contributes to specify the exact meaning of the right to evidence*, di Cristiana Valentini 139

Responsabilità degli enti

- Responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 e citazione dell'ente quale responsabile civile (C. cost., sent. 18 luglio 2014, n. 218) 30

INDICI / INDEX

Segreto di Stato

- Il più recente orientamento della Corte costituzionale nel caso Abu Omar: novità sul segreto di Stato? / *Constitutional Court on State Secrecy: the last decision related to the Abu Omar Affair*, di Federico Gustavo Pizzetti..... 129

Sicurezza pubblica

- Accordo tra Italia e Usa sullo scambio di dati personali per la prevenzione e la lotta alle forme gravi di criminalità incluso il terrorismo (*Legge 3 luglio 2014, n. 99 «Ratifica dell'Accordo tra Italia e Stati Uniti d'America sottoscritto a Roma il 28 maggio 2009»*) 15