

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

1-2017

Comitato di direzione:

Ennio Amodio, Mar Jimeno Bulnes, Giuseppe Di Chiara, Paolo Ferrua, Giulio Garuti, Luigi Kalb, Sergio Lorusso, Cristina Mauro, Mariano Menna, Gustavo Pansini, Francesco Peroni, Stephen C. Thaman

Incerte riforme della giustizia penale
Criminal justice reforms

Ne bis in idem tra legge italiana e Cedu
Ne bis in idem principle between italian legislation and Echr

Archiviazione per particolare tenuità del fatto
The request to drop the case due to "particular tenuity of the fact"

Controllo sul diniego della messa alla prova
Any appeal on all measures about "probation"

La rinnovazione in appello della prova decisiva
The rehearsal of determining evidence

La prova informatica transnazionale
Transnational digital evidence



G. Giappichelli Editore – Torino

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

1-2017

Comitato di direzione:

Ennio Amodio, Mar Jimeno Bulnes, Giuseppe Di Chiara, Paolo Ferrua, Giulio Garuti, Luigi Kalb, Sergio Lorusso, Cristina Mauro, Mariano Menna, Gustavo Pansini, Francesco Peroni, Stephen C. Thaman



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2017 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

COMITATO DI DIREZIONE

Ennio Amodio, professore di procedura penale, Università di Milano Statale
Mar Jimeno Bulnes, professore ordinario di diritto processuale, Università di Burgos
Giuseppe Di Chiara, professore ordinario di procedura penale, Università di Palermo
Paolo Ferrua, professore di procedura penale, Università di Torino
Giulio Garuti, professore ordinario di procedura penale, Università di Modena e Reggio Emilia
Luigi Kalb, professore ordinario di procedura penale, Università di Salerno
Sergio Lorusso, professore ordinario di procedura penale, Università di Foggia
Cristina Mauro, professore ordinario di Scienze criminali, Università di Poitiers
Mariano Menna, professore ordinario di procedura penale, Seconda Università di Napoli
Gustavo Pansini, professore di procedura penale, Università di Napoli SOB
Francesco Peroni, professore ordinario di procedura penale, Università di Trieste
✠ *Giorgio Santacroce*, primo presidente della Corte di cassazione
Stephen C. Thaman, professore emerito di diritto processuale penale comparato, Università di Saint Louis

COORDINAMENTO DELLE SEZIONI

Teresa Bene, professore associato di procedura penale, Seconda Università di Napoli
Maria Elena Catalano, professore associato di procedura penale, Università dell'Insubria
Paola Corvi, professore associato di procedura penale, Università Cattolica di Piacenza
Donatella Curtotti, professore ordinario di procedura penale, Università di Foggia
Mitja Gialuz, professore associato di procedura penale, Università di Trieste
Vania Maffeo, professore associato di procedura penale, Università di Napoli Federico II
Carla Pansini, professore associato di procedura penale, Università di Napoli Parthenope
Nicola Triggiani, professore associato di procedura penale, Università di Bari "Aldo Moro"
Cristiana Valentini, professore associato di procedura penale, Università di Ferrara
Daniela Vigoni, professore associato di procedura penale, Università di Milano Statale

REDAZIONE

Gastone Andreatza, magistrato – *Fulvio Baldi*, magistrato – *Antonio Balsamo*, magistrato – *Giuseppe Biscardi*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Orietta Bruno*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Lucio Camaldo*, professore associato di diritto processuale penale, Università di Milano Statale – *Sonia Campailla*, ricercatore di diritto dell'Unione europea, Università di Roma Tor Vergata – *Laura Capraro*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Assunta Cocomello*, magistrato – *Marilena Colamussi*, ricercatore di procedura penale, Università di Bari "Aldo Moro" – *Antonio Corbo*, magistrato – *Gaetano De Amicis*, magistrato – *Alessandro Diddi*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Ada Famiglietti*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Rosa Maria Geraci*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Paola Maggio*, ricercatore di procedura penale, Università di Palermo – *Antonio Pagliano*, ricercatore di procedura penale, Seconda Università di Napoli – *Giorgio Piziali*, magistrato – *Roberto Puglisi*, dottore di ricerca in procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Alessia Ester Ricci*, assegnista di ricerca in diritto processuale penale, Università di Foggia – *Nicola Russo*, magistrato – *Alessio Scarcella*, magistrato – *Elena Zanetti*, ricercatore di procedura penale, Università di Milano Statale

PEER REVIEW

La “revisione dei pari” garantisce il livello qualitativo dei contenuti della Rivista.

La valutazione viene compiuta tenendo conto della fisionomia tradizionale dei generi letterari (Articolo e Nota), misurandone la chiarezza espositiva, i profili ricostruttivi, il grado di ricerca, la prospettiva critica e le soluzioni interpretative offerte. La verifica è effettuata a rotazione da due professori ordinari di discipline corrispondenti o affini alle materie oggetto dei lavori, i quali esprimono un giudizio sulla meritevolezza o meno della pubblicazione dei contributi. Nell’ipotesi di valutazioni contrastanti tra i revisori, detto giudizio è rimesso al Direttore della Rivista.

Il controllo avviene in forma reciprocamente anonima.

I contenuti editi nella Sezione denominata “Scenari” non sono soggetti a revisione.

PEER REVIEWERS

Enrico Mario Ambrosetti, professore ordinario di diritto penale, Università di Padova

Alessandro Bernasconi, professore ordinario di procedura penale, Università di Brescia

Piermaria Corso, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale

Agostino De Caro, professore ordinario di procedura penale, Università del Molise

Mariavaleria del Tufo, professore ordinario di diritto penale, Università di Napoli SOB

Marzia Ferraioli, professore ordinario di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata

Carlo Fiorio, professore straordinario di procedura penale, Università di Perugia

Novella Galantini, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale

Maria Riccarda Marchetti, professore ordinario di procedura penale, Università di Sassari

Oliviero Mazza, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Bicocca

Paolo Moscarini, professore ordinario di procedura penale, Università di Roma LUISS

Angelo Pennisi, professore di procedura penale, Università di Catania

Tommaso Rafaraci, professore ordinario di procedura penale, Università di Catania

Antonio Scaglione, professore ordinario di procedura penale, Università di Palermo

Andrea Scella, professore ordinario di procedura penale, Università di Udine

Gianluca Varraso, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Cattolica

Email per la corrispondenza: actis@giappichelli.it

Email dell'Editore: editoriale@giappichelli.it

Sommario

Editoriale | *Editorial*

SERGIO LORUSSO

- La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate / *Criminal justice between announced reforms and reforms we hoped*** 1

Scenari | *Overviews*

- Novità legislative interne / *National legislative news* (CARLA PANSINI) 8
- Novità sovranazionali / *Supranational news* (VALENTINA VASTA-FRANCESCA MANFREDINI) 12
- De jure condendo* (LORENZO PULITO) 20
- Corti europee / *European Courts* (FRANCESCO TRAPPELLA) 23
- Corte costituzionale (WANDA NOCERINO) 32
- Sezioni Unite (PAOLA MAGGIO) 35
- Decisioni in contrasto (GIADA BOCELLARI) 41

Avanguardie in giurisprudenza | *Cutting Edge Case Law*

- Ne bis in idem e concorso formale di reati: la censura della Corte costituzionale**
- Corte Costituzionale, sentenza 21 luglio 2016, n. 200 – Pres. Grossi; Rel. Lattanzi 45
- Il ‘fatto’ ai fini del *ne bis in idem* tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio / *The ‘fact’ in the perspective of the ne bis in idem principle between italian legislation and Echr: the Constitutional Court in search of a difficult balancing* (BARBARA LAVARINI) 60
- Circoscritti i confini della “quasi flagranza”: a integrarla non valgono le informazioni fornite nell’immediatezza**
- Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 21 settembre 2016, n. 39131– Pres. Marasca; Rel. Vecchio 69
- L’arresto nella “quasi flagranza” è legittimo solo se l’inseguitore ha avuto diretta percezione dei fatti / *The arrest in “quasi flagrant” is lawful only if the pursuer had a direct perception of the crime event* (LEONARDO FILIPPI) 79
- La competenza sull’impignorabilità dei beni sottoposti a sequestro conservativo spetta al giudice penale**
- Corte di Cassazione, Sezione Unite, 16 settembre 2016, n. 38670 – Pres. Canzio; Rel. Vescicelli 82
- L’impignorabilità del bene tra procedimento penale ed esecuzione civile: le linee guida delle Sezioni Unite / *The guide-lines of Supreme court about the garnishee of assets* (TERESA ALESCI) 91

La Suprema corte sulla disciplina dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 411, comma 1-bis, c.p.p.

Corte di Cassazione, Sezione V, sentenza 7 luglio 2016, n. 36857 – Pres. Fumo; Rel. Scarlini 97

Sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto / *The request to drop the case due to "particular tenuity of the fact"* (ELEONORA A.A. DEI-CAS) 99

Messa alla prova dell'imputato adulto: l'ordinanza di rigetto della richiesta è impugnabile solo con la sentenza di primo grado

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 31 marzo 2016, n. 33216 – Pres. Canzio; Rel. Fidelbo 105

Scelte funamboliche sulle forme di controllo relative al diniego di messa alla prova per l'imputato adulto / *Interpretative reconstructions of any appeal on all measures about "probation"* (CARLA PANSINI) 113

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

Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela / *The implementing rule for DNA Database: new guarantees and previous gaps in safeguards* (CHIARA FANUELE) 121

Per uno spazio giuridico europeo irrobustito dai diritti processuali: mandato di arresto europeo e reciproco riconoscimento delle decisioni *in absentia* / *A European legal area with a view to strengthening the procedural rights: European Arrest Warrant and mutual recognition of decisions rendered in absentia* (SIMONA ARASI) 132

La rinnovazione della prova decisiva dinanzi al giudice deputato a definire il giudizio / *The rehearsal of determining evidence in front of the judge entrusted with the power of decision-making* (GIUSEPPE DELLA MONICA) 154

Analisi e prospettive | *Analysis and Prospects*

La perdita di efficacia della misura nella disciplina dei mezzi di controllo cautelare / *Loss of effectiveness of the precautionary measure in the appeal procedure* (DANIELA VIGONI) 164

La prova informatica transnazionale: un difficile "connubio" fra innovazione e tradizione / *Transnational digital evidence: a difficult "marriage" between innovation and tradition* (FABRIZIO SIRACUSANO) 178

Il perimetro applicativo della legge Balduzzi: aperture giurisprudenziali vs. restrizioni normative? / *The borders in the application of the "Balduzzi" Law* (CRISTIANO CUPELLI) 196

Indici | *Index*

Autori / *Authors* 205

Provvedimenti / *Measures* 206

Materie / *Topics* 207

SERGIO LORUSSO

Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Foggia

La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate

Criminal justice between announced reforms and reforms we hoped

Le istanze riformistiche che attraversano ciclicamente il sistema della giustizia penale appaiono caratterizzate da una scarsa sistematicità e da una diffusa frammentazione che ne condizionano il raggiungimento degli obiettivi. Il disegno di legge AS 2067 offre lo spunto per alcune riflessioni su punti caldi dell'assetto processuale vigente (verifica dei tempi processuali, controllo sull'inazione del pubblico ministero con le sue ricadute sull'obbligatorietà dell'azione penale, violazione del diritto alla riservatezza a causa dell'utilizzo distorto delle captazioni) che, però, non sempre trovano risposte adeguate nel progetto di riforma.

The reformist instances that cyclically through the criminal justice system appear inaccurate and incomplete and that affect the achievement of the targets. The bill AS 2067 offers the opportunity to reflect on some hot spots of our criminal justice system (checking procedural times, control of the public prosecutor's office with his consequences on mandatory prosecution, violation of privacy because of illegal wiretapping), but they do not always find adequate answers in the reform project.

L'ASISTEMATICITÀ DELLE ISTANZE RIFORMISTICHE

Il nostro sistema della giustizia penale appare sempre più attraversato da istanze riformistiche che si susseguono ad ondate, il cui unico dato comune – purtroppo – è costituito dall'assenza di sistematicità e da una ricorrente frammentazione che finisce, molto spesso, per non consentire in concreto il raggiungimento degli scopi prefissati.

Non si discosta da tale linea di politica criminale la più recente produzione legislativa attualmente in discussione in sede parlamentare, nonostante la maggiore ampiezza che la contraddistingue: il riferimento è al disegno di legge AS 2067, recante *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario* (c.d. riforma Orlando), che coniuga al suo interno previsioni destinate ad operare sul terreno sostanziale, processuale e dell'esecuzione penale.

Sembrava che la nuova legislatura e, soprattutto, il nuovo corso di molte forze politiche in grado di superare equilibri faticosamente raggiunti in presenza di una marcata diffidenza tra maggioranze e opposizioni non più scandita, come un tempo, da differenze ideologiche e da disomogeneità sociali ma, piuttosto, da deleteri personalismi e da un'indifferenza quasi genetica e strutturale al dialogo e al confronto – pur nel rispetto delle rispettive idee e posizioni – potessero fornire un *input* decisivo a un significativo cambio di passo dando il via a riforme in grado di sciogliere intricati nodi ordinamentali – amaramente noti agli addetti ai lavori, e non solo – che il pianeta giustizia ineluttabilmente reca con sé da tempo come un gravoso fardello. Il bilancio, quando ormai la XVII legislatura ha superato ampiamente il giro di boa, è tutt'altro che rassicurante, pur avendo l'esecutivo concentrato la propria attenzione sul tema generale delle riforme istituzionali, cui quello della ridefinizione degli assetti ordinamentali della funzione giudiziaria (insieme alla

limatura di non lievi incongruenze) non dovrebbe ritenersi estraneo, costituendone piuttosto una costola vitale¹.

IL CONTROLLO SUI TEMPI DELLE INDAGINI PRELIMINARI

Tra le norme più significative e controverse contenute nella c.d. riforma Orlando vi è certamente l'art. 18, che interviene sulla disciplina delle indagini preliminari e del procedimento d'archiviazione.

Nodale è l'ipotesi di inserimento nell'art. 407 c.p.p. di un comma 3-*bis*, in virtù del quale il pubblico ministero è tenuto a manifestare le proprie opzioni in ordine agli epiloghi delle indagini preliminari esercitando l'azione penale o richiedendo l'archiviazione «entro il termine di tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'articolo 415 *bis*» c.p.p.

Il termine può essere prorogato (con decreto motivato) per non più di tre mesi dal procuratore generale presso la Corte d'appello su richiesta del pubblico ministero qualora si tratti di una *notitia criminis* che rende particolarmente complesse le investigazioni per la molteplicità di fatti tra loro collegati o per l'elevato numero di persone sottoposte alle indagini o di persone offese (art. 407, comma 2, lett. *b*) c.p.p.). Nel caso di reati di cui all'art. 407, comma 2, lett. *a*) nn. 1), 3) e 4), poi, il termine per le richieste dell'accusa – in ragione evidentemente della loro intrinseca gravità – è di quindici mesi².

Qualora il pubblico ministero non assuma le proprie determinazioni in ordine all'azione penale nel termine stabilito – recita l'art. 407 c.p.p. novellato – dovrà darne «immediata comunicazione al procuratore generale presso la corte d'appello», che disporrà l'avocazione ai sensi del nuovo art. 412, comma 1, c.p.p.

L'articolata innovazione normativa risponde alla chiara esigenza di fornire tempi certi alle scansioni procedurali, evitando stasi ricorrenti proprio in quei momenti di snodo che fungono da cerniera tra le varie fasi del processo e che – troppo spesso – nella prassi costituiscono lati oscuri dell'attività giudiziaria. Costituisce al contempo un ulteriore rafforzamento della gerarchizzazione degli uffici del pubblico ministero, avviata con la novella dell'ordinamento giudiziario operata dal d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, con conseguente tendenziale depotenziamento delle Procure inefficienti: il che spiega l'aperta opposizione alla norma della magistratura requirente, e non solo.

Alla stessa *ratio* di velocizzazione (e certezza) dei tempi processuali è riconducibile la modifica proposta per l'art. 409 c.p.p., con la previsione di un termine di tre mesi attribuito al giudice per fissare l'udienza camerale nel caso in cui non ritenga di dover accogliere *de plano* la richiesta di archiviazione (comma 2) o per decidere all'esito della stessa qualora non ritenga necessarie ulteriori indagini (comma 4).

Le sanzioni per il mancato rispetto di detti termini non operano sul piano processuale – che ci offre una sola norma cui ricondurre tali comportamenti omissivi, quell'art. 124 c.p.p. che impone ai soggetti pubblici operanti in ambito giudiziario l'osservanza delle norme del codice di rito «anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale» (comma 1) – ma incidono sulla sfera disciplinare ed eventualmente su quella della responsabilità civile e penale.

Del resto nel nostro ordinamento, vista l'obbligatorietà dell'azione penale, non si potrebbe pensare ad una sanzione che vada ad incidere sulla sua stessa esperibilità, come avviene negli ordinamenti di *common law* ove le scorrettezze degli organi dell'accusa (*Prosecutor* e polizia) nell'avvio e nella conduzione delle indagini configurano ipotesi di *abuse of process*³.

Le previsioni succitate, lodevoli nelle intenzioni, non possono però che ricondurre l'attenzione su quel dibattito ormai pluridecennale in ordine all'opportunità di conservare nel nostro sistema proces-

¹E questo pur riconoscendo il “coraggio” dimostrato dall'attuale maggioranza in ambiti fino a poco tempo tabù come quello della responsabilità civile dei magistrati, riformata dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18.

²L'ampiezza del termine, ad avviso di G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, fasc. 1, p. 92, costituisce una conferma del reale peso del momento investigativo nella nostra struttura processuale.

³Cfr., sul punto, R. Orlandi, *I diritti processuali e il loro abuso nella recente esperienza italiana*, in *Dir. pen. cont. on line*, p. 1-2, che correttamente rileva come il concetto stesso di abuso del processo non sia riferibile ai magistrati penali negli ordinamenti continentali di *civil law* proprio per il carattere di obbligatorietà che contrassegna la loro condotta, di tal che gli abusi in tali contesti assumono di regola la forma di *errores in procedendo*.

suale, tenuto conto della dichiarata (pur se in parte rinnegata) opzione in favore del modello accusatorio, l'unicità delle carriere tra magistrati giudicanti e requirenti e l'obbligatorietà dell'azione penale.

Scelte di sistema, che involgono canoni costituzionali e assetti ordinamentali, e che pertanto presupporrebbero unità di intenti a livello di politica criminale non facilmente raggiungibili nell'attuale orizzonte politico. Ciò non significa, però, che non se ne possa parlare in un panorama scevro ormai da quei condizionamenti che per un ventennio, a cavallo del nuovo secolo, hanno determinato le politiche della giustizia (o la loro assenza).

È noto come il tentativo di intervenire sul titolo IV della parte seconda della Costituzione operato dal governo Berlusconi nel 2011 con un disegno di legge costituzionale voluto dall'allora Ministro della giustizia Angelino Alfano⁴ sia naufragato avendo seguito le sorti di quell'esecutivo in un'ottica di "spoils system legislativo" che poco si addice – come detto – a riforme le quali non dovrebbero essere realizzate a colpi di maggioranza bensì essere il frutto di scelte condivise.

IL FETICCIO DELL'OBBLIGATORIETÀ DELL'AZIONE PENALE

Quel che interessa approfondire in questa sede è il profilo inerente all'obbligatorietà dell'azione penale, in uno con quello dell'eventuale separazione delle carriere, nell'ottica di una ridefinizione complessiva della figura del pubblico ministero. Se tuttora forti appaiono le resistenze opposte da più fronti al superamento delle carriere unificate, volute dall'Assemblea costituente all'indomani della dittatura fascista per eliminare in radice ogni preoccupazione in ordine ad eventuali invasioni di campo dell'esecutivo sul terreno proprio della funzione giudiziaria, il tema dell'obbligatorietà dell'azione penale, enunciata costituzionalmente ma poco rispettata nei fatti, appare sempre più attuale anche alla luce delle più recenti tendenze legislative.

È indubbio, infatti, che istituti come quello dell'archiviazione conseguente alla declaratoria di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, già prevista per il procedimento minorile (art. 27 del d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448) e per quello innanzi al giudice di pace (art. 34 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) ed ora estesa al rito ordinario dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, che ha introdotto l'art. 131-bis c.p., pur non aprendo esplicitamente una breccia nel già fragile muro dell'obbligatorietà si collocano in una zona grigia poiché, pur individuando *ex ante* i parametri che ne legittimano l'applicazione (offesa di particolare tenuità e comportamento non abituale in ragione delle modalità della condotta e dell'esiguità del danno), attribuiscono all'autorità giudiziaria un'innegabile sfera di discrezionalità⁵ nel soppesare in concreto detti presupposti di per sé elastici pur se determinati⁶, con il pericolo tutt'altro che remoto di dar vita a situazioni di evidente disparità di trattamento⁷.

L'obbligatorietà dell'azione penale, d'altro canto, fu costituzionalizzata proprio per evitare qualsivoglia interferenza sull'attività degli organi requirenti da parte del potere politico e fu considerata corollario del principio di legalità, in un'ottica di c.d. neutralità del pubblico ministero che stride fortemente con l'attuale concezione codicistica dell'organo dell'accusa quale parte (pur se pubblica) del processo penale, e con lo stesso dato costituzionale che fa del contraddittorio e della parità (tendenziale) tra accusa e difesa i contrassegni essenziali del giusto processo, sottraendolo ad ogni forma appropriata di controllo⁸.

⁴Sul quale sia consentito rinviare più diffusamente a S. Lorusso, *Gli assetti costituzionali della Giustizia e lo scontro infinito tra poteri*, in questa Rivista, 2011, fasc. 3, p. 1 s.

⁵Secondo A. Giarda, *Introduzione*, in AA.VV., *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di G.M. Baccari, K. La Regina e E.M. Mancuso, Padova, Cedam, 2015, p. 188, suscita qualche perplessità un istituto come questo che «nella sostanza si presenta come un'espressione di un attenuato principio di opportunità nell'esercizio dell'azione penale».

Anche S. Quattrocchi, *L'altra faccia della medaglia: l'impatto della particolare tenuità del fatto sul processo penale*, in *Criminalia*, 2015, p. 241 s., sottolinea come «il paradigma dell'art. 131-bis c.p. abbia oltrepassato la barriera dell'obbligatorietà dell'azione penale», pur «senza violarne il nucleo di irrinunciabile garanzia, [...] introducendo, volutamente, un elemento di discrezionalità, non di arbitrarietà, dell'azione penale» che rimane in linea con il principio di legalità.

⁶Rileva R.E. Kostoris, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze di deflazione e "irrilevanza del fatto"*, in AA.VV., *I nuovi binari del processo penale tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 210, che una certa indeterminatezza della fattispecie di irrilevanza, nell'ottica dell'art. 25, comma 2, Cost. (ma non anche dell'art. 112 Cost.), è di per sé ineliminabile.

⁷Evidenzia il possibile contrasto con l'art. 3 Cost. A. Giarda, *Introduzione*, cit., p. 188.

⁸R. Orlandi, voce *Pubblico ministero (ufficio del)*, in *Enc. dir., Annali*, II, tomo II, Milano, Giuffrè, 2008, p. 945, evidenzia come «il magistrato del pubblico ministero, chiamato ad attività, di fatto, non prive di determinazioni discrezionali e tali, comunque,

È per questo che – da tempo e da più parti – si suggerisce di attenuare la portata apparentemente granitica del principio di obbligatorietà dell'azione penale mediante l'individuazione di criteri di priorità, che dovrebbero essere formulati periodicamente dal Parlamento a seconda delle istanze di politica criminale di volta in volta ritenute prevalenti.

Precursore di tale approccio è la c.d. circolare Zagrebelsky del 16 novembre 1990, voluta dall'allora procuratore della Repubblica presso la Pretura di Torino, ove tra l'altro si afferma che «l'individuazione di criteri di priorità non contrasta con l'obbligo di cui all'art. 112 Cost., dal momento che il possibile mancato esercizio di un'azione penale tempestiva e adeguatamente preparata per tutte le notizie di reato non infondate, non deriva da considerazioni di opportunità relative alla singola notizia di reato, ma trova una ragione nel limite oggettivo alla capacità di smaltimento del lavoro dell'organismo giudiziario nel suo complesso»⁹.

Tale documento genera un aspro dibattito ma anche iniziative analoghe in altre Procure, e il suo contenuto viene nella sostanza recepito dal C.S.M. in alcuni suoi provvedimenti per poi fare da sfondo all'art. 227 del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, istitutivo del giudice unico di primo grado, prima, e all'art. 132-bis disp. att. c.p.p., poi. Non ha seguito, viceversa, l'opera intrapresa dalla Commissione ministeriale di riforma dell'ordinamento giudiziario nominata dal guardasigilli *pro tempore* Giovanni Conso l'8 febbraio 1993, che constata come sia oggettivamente impossibile procedere per tutti i reati, anche ricorrendo ad un drastico intervento di depenalizzazione, proponendo per l'appunto di configurare un sistema incentrato sui criteri di priorità.

Il tema tornerà successivamente, riproponendosi ad ondate – con particolare forza dopo la c.d. circolare Maddalena del 10 gennaio 2007 che propone di accantonare determinati procedimenti quale preludio a una loro non-trattazione o “archiviazione generosa” al fine di disciplinare la discrezionalità dei singoli sostituti e di economizzare le risorse dell'ufficio – per poi essere messo da parte senza ulteriori approdi normativi che potessero davvero cogliere i reali benefici dell'individuazione di criteri di priorità, anche ai fini di una maggiore omogeneità di trattamento sul piano nazionale rispetto alle scelte effettuate a livello territoriale dai vari uffici della Procura della Repubblica e a livello individuale dai singoli sostituti ivi operanti¹⁰.

L'obbligatorietà dell'azione penale, insomma, rappresenta un feticcio, una “bugia convenzionale”¹¹, di cui si dovrebbe discutere senza pregiudizi abbandonando ogni sacralità che l'accompagna. Per giungere finalmente, nell'ottica di una visione pragmatica della stessa, alla configurazione di un sistema che senza privare il pubblico ministero della sua indipendenza introduca dei correttivi alla mancanza di controlli sull'azione penale costituiti, come detto, dall'individuazione di criteri di priorità stabiliti periodicamente da un organo politico¹².

INTERCETTAZIONI E TUTELA DELLA RISERVATEZZA

Nella sua parte restante il disegno di legge AS 2067 conferma la vocazione dei *conditores* di questi ultimi anni per una legislazione “a macchia di leopardo” in materia di giustizia penale, ripercorrendo altresì il modello – parimenti divenuto consueto¹³ – del “doppio binario”: intervento diretto sulle norme

da influire su delicate scelte di politica criminale, goda di un'indipendenza non adeguatamente bilanciata da responsabilità politica», nonostante la sua fisiologica parzialità.

⁹ Così V. Zagrebelsky, *Una «filosofia» dell'organizzazione del lavoro per la trattazione degli affari penali*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 364.

¹⁰ Scelte peraltro ritenute perfettamente legittime e non contrastanti con il principio di obbligatorietà dell'azione penale dal C.S.M., sulla base della considerazione che la domanda di giustizia penale è normalmente superiore alla correlativa capacità di assorbimento da parte degli uffici giudiziari.

¹¹ L'espressione è tratta R.E. Kostoris, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 877, che richiama quanto affermato alla fine dell'Ottocento dai giuristi austriaci.

¹² Il disegno di legge costituzionale di riforma Alfano andava in questa direzione, temperando il rigore dell'art. 112 Cost. mediante l'imposizione all'ufficio dell'accusa dell'obbligo di esercitare l'azione penale «secondo i criteri stabiliti dal Parlamento», cui si ricollegava l'obbligo del Ministro della giustizia di riferire «annualmente alle Camere sullo stato della giustizia, sull'esercizio dell'azione penale e sull'uso dei mezzi di indagine» (art. 110, comma 2, Cost. secondo il testo del disegno di legge di riforma).

¹³ È quanto accaduto con la l. 28 aprile 2014, n. 67.

codicistiche, da un lato, delega legislativa per i profili più sensibili, dall'altro.

Quest'ultima è riservata – tra l'altro¹⁴ – al tema delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, croce e delizia del processo penale, crocevia di diritti della persona (dal diritto alla privacy al diritto all'informazione) e di istanze repressive dei reati¹⁵ che ha ripetutamente attirato l'attenzione del legislatore negli ultimi anni¹⁶.

Particolarmente significativa è, in proposito, l'attenzione per il diritto alla riservatezza, nell'ottica dell'art. 15 Cost. qui espressamente richiamato e che quindi dovrebbe guidare l'operato del legislatore delegato: si fa riferimento alla necessità di garantire, in particolare, la riservatezza delle comunicazioni dei difensori nei colloqui con il proprio assistito e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto dell'attività di intercettazione «attraverso prescrizioni che incidano anche sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni e che diano una precisa scansione procedimentale per la selezione di materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio tra le parti e fatte salve le esigenze di indagine, avendo speciale riguardo alla tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento, e delle comunicazioni comunque non rilevanti a fini di giustizia penale».

Si tratta, com'è noto, di una delle più evidenti criticità della disciplina della materia che, consentendo la fuoriuscita dal circuito giudiziario di dati processualmente irrilevanti sotto il profilo soggettivo o oggettivo, determina un pregiudizio potenzialmente anche notevole. Troppo spesso l'attività di captazione travalica i confini del consentito per sfociare in un fastidioso quanto deleterio (per chi ne è vittima) *gossip* giudiziario e nella reiterata violazione dell'intimità degli ignari interlocutori.

Le conseguenze dannose sono a tutti note: danno all'immagine, alla reputazione, alle relazioni familiari e sociali della persona intercettata, talvolta persino all'attività lavorativa sotto forma di interruzione dell'attività produttiva o di perdita di *chances* nell'attività economica, sociale o politica.

Il solco del futuro, possibile intervento normativo risulta peraltro già tracciato da alcuni interventi del Garante per la protezione dei dati personali – comunicato del 6 maggio 2004, in tema di rapporti tra diritto alla riservatezza ed esercizio della professione giornalistica; comunicato del 21 giugno 2006, in tema di rapporti tra pubblicazione dei risultati delle intercettazioni e dignità della persona – nel secondo dei quali si ipotizza una violazione dell'art. 8 C.e.d.u. ogniqualvolta si giunga alla pubblicazione indiscriminata di trascrizioni di intercettazioni telefoniche al solo fine di suscitare la curiosità del pubblico su aspetti intimi e privati senza soddisfare un'esigenza informativa giustificata ed effettiva su vicende dotate di interesse pubblico. Occorre, insomma, trovare un appropriato punto d'equilibrio tra esigenze contrapposte e talvolta inconciliabili.

Sotto quest'ultimo profilo significativo è il rinvio alle decisioni e ai principi adottati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della libertà di stampa e del diritto dei cittadini all'informazione, dal quale si desume che il compito del legislatore delegato sarà alquanto arduo nel cercare di controbilanciare il diritto alla riservatezza con il diritto all'informazione.

La prescrizione della delega viene ulteriormente scandita dall'obbligo per il pubblico ministero, ai fini della selezione del materiale da sottoporre all'attenzione del giudice quale supporto della richiesta di misura cautelare, di assicurare «la riservatezza anche degli atti contenenti registrazioni di conversazioni o comunicazioni informatiche o telematiche inutilizzabili a qualunque titolo ovvero contenenti dati sensibili [...] che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini ovvero irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei»; dalla previsione della custodia degli atti non allegati alla richiesta di misura cautelare in un apposito archivio riservato, con facoltà per i difensori delle parti e per il giudice di esaminarli e di ascoltarli ma non di estrarne copia, fino al momento conclusivo del procedimento di acquisizione e di trascrizione *ex art.*

¹⁴ Gli ulteriori campi in cui opera la delega sono i giudizi di impugnazione (rispetto ai quali l'azione legislativa è curiosamente frammentata tra intervento diretto e delega al governo) e l'ordinamento penitenziario.

Sui profili di criticità del ricorso per Cassazione, sui rapporti con il giudizio d'appello e sui possibili rimedi, in prospettiva *de iure condendo*, si vedano le incisive considerazioni di A. Scalfati, "Considerazioni inattuali" sulla Suprema Corte, in questa Rivista, 2013, fasc. 1, p. 1 s.

¹⁵ Sul punto cfr., volendo, S. Lorusso, *L'arte di ascoltare e l'investigazione penale tra esigenze di giustizia e tutela della privacy*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1397 s.

¹⁶ Sono molteplici, infatti, i tentativi di riforma della disciplina *de qua* discussi in Parlamento, poi non andati in porto.

268, commi 6 e 7, c.p.p., che fa venir meno il divieto di pubblicazione di cui all'art. 114, comma 1, c.p.p.; di analoghi oneri per il pubblico ministero quando ritenga di dover richiedere il giudizio immediato o stia per far notificare alla persona sottoposta alle indagini e al difensore l'avviso di conclusione delle indagini preliminari; dal divieto di trascrizione sommaria del contenuto delle conversazioni o comunicazioni inutilizzabili a qualunque titolo ovvero contenenti dati sensibili che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini ovvero irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei, di cui dovranno essere indicati soltanto data, ora e apparato con il quale è stata effettuata la registrazione (sarà il pubblico ministero che, verificata l'eventuale rilevanza, ne autorizzerà con decreto motivato la trascrizione *ex* art. 268, comma 2, c.p.p.).

Vi è poi una previsione di carattere sanzionatorio, che punisce con la reclusione non superiore a quattro anni la diffusione, al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui, di riprese audiovisive o registrazioni di conversazioni, anche telefoniche, svolte in sua presenza ed effettuate fraudolentemente, con esclusione della punibilità nel caso in cui le registrazioni o le riprese siano utilizzate nell'ambito di un procedimento amministrativo o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca.

L'articolata delega in materia di captazioni contiene come si vede una serie di disposizioni d'indirizzo estremamente interessanti, potenzialmente in grado – se non di eliminare – di ridurre le conseguenze pregiudizievoli nascenti dall'abuso di questo mezzo di ricerca della prova, che pure risulta molto spesso determinante nell'accertamento giudiziale dei reati.

Molto dipenderà, come in ogni delega, dal modo in cui i principi enunciati verranno tradotti in norme di diritto positivo.

In definitiva, il pacchetto di riforme annunciate – e qui solo in parte evocate – si presenta con un alto tasso di eterogeneità, tanto da ispirare cautela (come in passato) in ordine alla loro effettiva incidenza su un tessuto codicistico ormai ampiamente lacerato da infiniti interventi legislativi e della Corte costituzionale. L'auspicio che si può trarre, nell'incertezza degli esiti futuri, è che la novella legislativa possa costituire l'*input* per riforme da tempo sperate, nel segno di un cambio di passo, di una rinnovata prospettiva che faccia degli interventi organici e di taglio sistematico la chiave di volta della riforma – da più parti invocata – del pianeta giustizia.



Processo penale e giustizia n. 1 | 2017

Scenari

Overviews

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Carla Pansini

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

(D.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202)

LA DIRETTIVA 2014/42/UE

Il d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202 (che entrerà in vigore il prossimo 12 dicembre) dà Attuazione [a]lla Direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea. Si tratta di un altro tassello che va a implementare la già cospicua impalcatura normativa degli strumenti ablativi in grado di paralizzare in maniera definitiva beni a disposizione delle organizzazioni criminali, nell'ambito di una moderna strategia di lotta contro la criminalità organizzata, che passa per la maggiore centralità del ricorso alle misure patrimoniali; centralità che si manifesta, contemporaneamente e con uguale forza, sia nella dimensione nazionale, che in quella europea e internazionale.

È di particolare significato sotto questo profilo che, sia in ambito europeo che in quello delle Nazioni Unite, l'elaborazione di strumenti specificamente dedicati alla lotta contro le organizzazioni criminali sia stata accompagnata, o addirittura preceduta, dalla adozione di norme in materia di misure patrimoniali. Del resto, proprio il sequestro e la confisca dei proventi di reato sono al centro delle linee guida e delle raccomandazioni elaborate nella c.d. "Strategia dell'Unione europea per l'inizio del nuovo millennio", volta al contrasto della criminalità organizzata. L'esigenza posta a fondamento di questa strategia è quella di una preventiva armonizzazione delle norme in tema di confisca proprio per garantire maggiore effettività al sistema di contrasto alla criminalità organizzata operante su un piano internazionale.

Non solo. La volontà di contrastare forme di criminalità organizzata, operanti anche a livello internazionale, che si esplica attraverso il rafforzamento dell'istituto della confisca, quale strumento di *adprehensio* dei beni illecitamente costituiti trova sbocco necessario nel reciproco riconoscimento delle decisioni penali straniere. Sono stati di recente approvati il d.lgs. n. 137 del 2015, recante disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2006/783/GAI del 6 ottobre 2006 del Consiglio dell'Unione europea proprio relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca e il d.lgs. n. 35 del 2016 che ha dato attuazione alla decisione quadro 2003/577/GAI.

Su questo binario si incardina il decreto legislativo in commento, che dà attuazione alla Direttiva 2014/42/UE adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 3 aprile 2014, la cui base giuridica è fondata dagli artt. 82, § 2 e 83, § 1 TFUE che autorizzano tali organi a stabilire norme minime per agevolare il principio del riconoscimento reciproco e la cooperazione penale in relazione a sfere di reati particolarmente gravi, dalla portata transnazionale, rispetto ai quali le misure previste in sede comunitaria non avevano fornito efficace risposta.

È appena il caso di ricordare come, al di là dell'aver specificato il significato dei termini "congelamento" quale «divieto temporaneo di trasferire, distruggere, convertire, eliminare o far circolare un bene o di assumere temporaneamente la custodia o il controllo» e di "confisca" come «privazione definitiva di un bene ordinata da un'autorità giudiziaria in relazione ad un reato» (art. 2), la direttiva all'art. 3

elenca i reati – individuati con riferimento alle fattispecie criminose già oggetto di provvedimenti dell’Unione – che rientrano nel suo campo di applicazione, prevedendo altresì che le autorità nazionali possano procedere alla confisca di beni strumentali e proventi di reato, ovvero di beni di valore corrispondente, a seguito di condanna penale definitiva (art. 4).

L’art. 5 prosegue sollecitando gli Stati membri ad adottare, in presenza di alcune ristrette fattispecie di reato – quelle contemplate dalla stessa Direttiva all’art. 3 (quali, tra gli altri, corruzione attiva o passiva nel settore privato o dei funzionari delle istituzioni dell’Unione e degli Stati membri, criminalità organizzata, pedopornografia e interferenza illecita nei sistemi informatici) –, le misure necessarie che rendano possibile la confisca di beni, quando l’autorità giudiziaria, sulla base degli elementi in suo possesso, compresa la sproporzione tra il reddito reale e quello legittimo del condannato, sia convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose (la c.d. confisca “estesa”).

La Direttiva, all’art. 6, prevede, inoltre, che gli Stati membri adottino disposizioni per la confisca nei casi di trasferimento fittizio dei beni a terzi, almeno nelle ipotesi in cui tali terzi fossero stati a conoscenza o avrebbero dovuto sapere che il trasferimento o l’acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitarne la confisca stessa. Gli Stati membri sono, poi, chiamati ad adottare le misure necessarie per definire le ipotesi di congelamento dei beni in vista della successiva confisca (art. 7), ad assicurare il diritto all’impugnazione da parte delle persone colpite dai provvedimenti di confisca nonché forme di comunicazione immediata ai destinatari dei provvedimenti di congelamento dei beni (art. 8). Al fine di assicurare l’efficacia dei provvedimenti ablativi, la Direttiva impone agli Stati membri non solo di assicurare le misure necessarie ad individuare e rintracciare i beni da sequestrare o confiscare (art. 9), ma anche di garantire un’adeguata gestione dei beni soggetti a sequestro, valutando, in caso di successiva confisca, le misure che permettano di riutilizzare i beni confiscati per scopi di interesse pubblico o sociale (art. 10).

Infine, l’art. 11 prevede che l’impatto delle nuove norme debba essere valutato mediante opportuni rilievi statistici circa il numero di provvedimenti di sequestro e di confisca eseguiti ovvero il valore dei beni interessati. Tale monitoraggio dovrebbe consentire alla Commissione di verificare l’efficacia degli strumenti adottati, anche al fine, se del caso, di perfezionarli (art. 13).

È nell’ambito di questa cornice che si inserisce il d.lgs. n. 202 del 2016 che, recependo i concetti di confisca “per equivalente” e confisca “allargata”, apporta significative modifiche al codice penale e a quello civile (in particolare in materia societaria) nonché alle norme in materia di criminalità mafiosa, antiriciclaggio e stupefacenti. La tecnica è quella della interpolazione normativa di disposizioni che hanno un contenuto specifico, che si inseriscono in quelle già esistenti in modo da estenderne l’ambito di operatività. In particolare, viene esteso l’oggetto della confisca obbligatoria a seguito di condanna, intervenendo sia sulle forme “tradizionali” di confisca delineate dagli artt. 240 e 416-*bis*, comma 7, c.p., sia sulla confisca c.d. “allargata” prevista dall’art. 12 *sexies* del d.l. n. 306 dell’8 giugno 1992.

I NUOVI SPAZI OPERATIVI DELLA CONFISCA OBBLIGATORIA

La prima norma interpolata dal decreto è l’art. 240 c.p., del quale si estende l’operatività in relazione alle ipotesi di confisca obbligatoria. Ai sensi del nuovo comma 2, n. 1-*bis* dell’art. 240 c.p. (come implementato dall’art. 2, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 202 del 2016), la confisca obbligatoria potrà avere ad oggetto anche i beni che costituiscono «il profitto o il prodotto» dei reati riguardanti attacchi ai sistemi informatici (artt. 615-*ter* ss., 617-*bis* ss., 635-*bis* ss., 640-*bis* ss. c.p.) ovvero «di somme di denaro, beni o altre utilità di cui il colpevole ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto, se non è possibile eseguire la confisca del profitto o del prodotto diretti». La precedente formulazione dell’art. 240 c.p., introdotta dalla l. n. 12 del 2012, prevedeva, difatti, con riguardo a tali peculiari delitti la sola confisca obbligatoria dei beni strumentali.

Nell’ambito dei delitti contro la fede pubblica (Titolo VII del Libro II) – in particolare nel Capo I dedicato alla “falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo” – viene inserito un nuovo art. 466-*bis* c.p., con il quale si prevede come obbligatoria la confisca diretta dei beni strumentali all’esecuzione di alcuni reati in tema di falsificazione di monete e altri mezzi di pagamento ovvero, quando essa non è possibile, per equivalente sui «beni di cui il condannato ha comunque la disponibilità per un valore corrispondente al profitto, prodotto o al prezzo del reato». Vengono, tuttavia, fatti salvi i diritti dei terzi qualora i «beni appartengano a persona estranea al reato» (art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 202 del 2016).

Il decreto interviene anche nell'ambito civilistico, introducendo (art. 3, comma 1 d.lgs. n. 202 del 2016) un comma 3-*bis* nell'art. 2635 c.c., in virtù del quale si prevede che la confisca per valore equivalente comunque non potrà essere «inferiore al valore delle utilità date o promesse».

Nell'ambito, poi, delle disposizioni contenute nel t.u. in materia di stupefacenti (d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309) viene introdotto (art. 4, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 202 del 2016) all'art. 74, il comma 7-*bis*, che rende obbligatoria la confisca diretta delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e che costituiscono il prodotto o il profitto, anche con riguardo al reato di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti.

Un'ulteriore interpolazione viene inserita nell'art. 73 t.u. stupefacenti: viene aggiunto un comma 7-*bis* che prevede la confisca obbligatoria al condannato delle cose che sono profitto o prodotto del reato di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope, anche in caso di sentenza emessa a seguito di patteggiamento (art. 4, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 202 del 2016).

In entrambi i casi, da un lato vengono fatti salvi i diritti dei terzi estranei al reato e, dall'altro, è previsto che, qualora non sia possibile procedere con confisca diretta, potrà disporsi la confisca per equivalente sui beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale prodotto o profitto. Con un'unica eccezione: si esclude l'applicabilità della confisca per equivalente nell'ipotesi "lieve" di condotta illecita di cui al comma 5 dell'art. 73 citato.

Il legislatore è intervenuto anche nel contesto della l. n. 356 del 7 agosto 1992 recante *modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*.

Il nuovo art. 12 *sexies*, comma 1, primo periodo, come modificato dall'art. 5 del d.lgs. in commento, sancisce che è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica anche nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale per i reati di falsi nummari (artt. 453, 454, 455, 460, 461 c.p.), l'autoriciclaggio (art. 648-*ter* 1 c.p.), la corruzione tra privati (art. 2635 c.c.).

Sono, poi, inserite alcune precisazioni di carattere generale. Modificando l'art. 12 *sexies*, comma 1, secondo periodo, l. n. 356 del 7 agosto 1992, il decreto precisa – così da fugare ogni dubbio interpretativo sulla natura del rinvio, che l'istituto della confisca allargata trova applicazione anche con riguardo agli stessi delitti commessi per finalità di terrorismo "internazionale" e che essa possa essere ordinata anche nel caso di condanna o di applicazione della pena per ulteriori reati di criminalità informatica, quando le condotte ivi descritte riguardino tre o più sistemi.

Non solo. Al comma 9-*bis* dell'art. 55 d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 è aggiunta la previsione, con riguardo ai reati connessi alla lotta alle frodi e alle falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti di cui al comma 9 dell'art. 55 del suddetto d.lgs., la confisca obbligatoria anche per equivalente delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, nonché del profitto o del prodotto, salvo che appartengano a persona estranea al reato.

In ultimo, l'art. 7 d.lgs. in commento, in attuazione di quanto specificamente contenuto nell'art. 11 della direttiva, contiene disposizioni circa gli obblighi di comunicazione annuale alla Commissione dei dati quantitativi e di valore dei sequestri e delle confische eseguite, rilevati dal Ministero della Giustizia.

Allora, in conclusione, non va sottaciuta qualche perplessità.

È evidente che il legislatore si è mosso unicamente nell'ambito delle misure ablativo conseguenti a condanna, ampliandone in maniera significativa il campo di operatività, come da indicazioni provenienti a livello europeo. È altrettanto evidente che l'aumento (a livello di previsione normativa) delle possibilità di disporre provvedimenti di confisca obbligatoria aumenta proporzionalmente il numero di beni che dovranno essere amministrati, che si uniscono a quelli per i quali nel nostro paese sono disposte misure provvisorie. Ma l'amministrazione giudiziaria dei beni sequestrati e confiscati, nonostante le disposizioni contenute nel c.d. "Codice antimafia" del 2011, è ancora terreno instabile, nebuloso e problematico. Sembra, allora, non più procrastinabile la ripresa delle discussioni sull'approvazione del Disegno di legge contenente Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, approvato alla Camera a Novembre dello scorso anno e ormai da troppo tempo fermo al Senato. Il rischio è che il grande patrimonio dei beni confiscati ai clan diventi nel contempo anche un enorme problema,

è che il grande patrimonio dei beni confiscati ai clan diventi nel contempo anche un enorme problema, nonostante che tali beni, se messi al centro di idonee politiche, risolverebbero molti dei problemi sociali e infrastrutturali, potendosi rivelare anche un'opportunità di sviluppo, eventualmente per creare ricchezza sociale e occupazione per i giovani. Del resto, esperienze virtuose di un nuovo modo di fare *welfare* locale ci sono; andrebbero forse sostenute ed implementate.

NOVITÀ SOVRANAZIONALI SUPRANATIONAL NEWS

di *Valentina Vasta e Francesca Manfredini*

GLI ACCORDI DI COOPERAZIONE IN MATERIA PENALE CON IL KOSOVO E CON IL MAROCCO

I TRATTATI TRA ITALIA E KOSOVO

di *Valentina Vasta*

Con la l. 7 luglio 2016, n. 147 (in *Gazz. Uff.*, 02 agosto 2016, n. 179) è stata autorizzata la ratifica del Trattato di estradizione e del Trattato di assistenza giudiziaria in materia penale tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Kosovo, firmati entrambi a Pristina, il 19 giugno 2013.

Come si legge nell'analisi dell'impatto della regolamentazione (A.I.R.), «i rapporti di collaborazione tra l'Italia e il Kosovo sono divenuti negli ultimi anni sempre più frequenti, anche a causa della presenza di cittadini dell'uno Stato nel territorio dell'altro» e quindi gli accordi bilaterali vengono a regolare e promuovere la cooperazione giudiziaria tra i due Stati contraenti, lasciata fino ad ora unicamente alla c.d. "cortesia internazionale", cioè a forme di assistenza su base esclusivamente volontaria (*cf. Relazione illustrativa*).

A) IL TRATTATO DI ESTRADIZIONE TRA ITALIA E KOSOVO

Il Trattato di estradizione tra Italia e Kosovo si compone di 24 articoli, è redatto in quattro versioni – tutte facenti ugualmente fede – nelle lingue italiana, albanese, serba e inglese, con previsione di prevalenza di quest'ultima in caso di divergenze interpretative (art. 24). Qualsiasi altra controversia circa l'interpretazione o l'applicazione del Trattato dovrà essere risolta tramite consultazioni fra le Autorità centrali o, in caso di insuccesso, per via diplomatica (art. 23).

L'art. 1 pone in capo a ciascuno Stato, ove l'altro ne faccia richiesta, il dovere di estradare le persone che si trovano all'interno del proprio territorio, ma sono ricercate dalle Autorità giudiziarie dell'altro Stato al fine di sottoporle a procedimento penale (c.d. estradizione processuale) o di eseguire una condanna definitiva a pena detentiva o altro provvedimento privativo della libertà personale (c.d. estradizione esecutiva).

La consegna è subordinata ad alcune condizioni specificamente previste. S'impone, in primo luogo, il rispetto del principio della doppia incriminazione, per il quale affinché l'extradizione possa essere concessa è necessario che il fatto sia previsto dalla legge di entrambi gli Stati come reato (art. 2, par. 1). Al tal fine, non rileva che la fattispecie rientri in differenti categorie o abbia diverse qualificazioni nelle legislazioni nazionali (art. 2, par. 2) e, per i reati in materia di tasse, imposte, dazi e cambi, che i due Stati abbiano una diversa disciplina fiscale e impongano tasse ed imposte differenti (art. 2, par. 3). Inoltre, l'Accordo limita la facoltà di concedere l'extradizione processuale ai casi in cui il reato perseguito è punito, in entrambi gli Stati, con una pena detentiva non inferiore ad un anno (art. 2, par. 1, lett. a) e l'extradizione esecutiva alla condizione che al momento della proposizione della domanda la durata della pena o della restrizione ancora da espiare sia di almeno sei mesi (art. 2, par. 1, lett. b).

Gli articoli 3 e 4 del Trattato prevedono motivi di rifiuto – rispettivamente obbligatori e facoltativi – che lo Stato richiesto può opporre alla domanda di estradizione.

In particolare, in base all'art. 3, l'extradizione non è concessa qualora: la richiesta abbia ad oggetto

un reato considerato dallo Stato richiesto di natura politica (o sia a questo connesso) (lett. a) oppure militare (lett. g) o che potrebbe essere punito nello Stato richiedente con una pena vietata in quello richiesto (lett. c); la persona richiesta sia già stata giudicata in via definitiva nello Stato richiesto (divieto di *bis in idem*) (lett. e); sia intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena (lett. f). Parimenti, la richiesta di estradizione dovrà essere rifiutata qualora vi siano fondati motivi per ritenere che l'estradando possa essere sottoposto ad un processo o all'esecuzione di una pena di carattere discriminatorio o persecutorio per motivi di razza, sesso, religione, condizione sociale, nazionalità o opinioni politiche (clausola di non discriminazione) (lett. b), oppure sia – o sarà – sottoposto ad un procedimento penale che non assicuri il rispetto dei diritti minimi di difesa, o ad un trattamento crudele inumano o degradante o a qualsiasi altro atto che violi i suoi diritti fondamentali (lett. d). In tale ultima ipotesi non costituisce motivo obbligatorio di rifiuto il procedimento celebrato in assenza dell'imputato, purché la legislazione dello Stato richiedente preveda la possibilità che sia celebrato un nuovo processo su richiesta di quest'ultimo. L'extradizione, infine, non verrà concessa dallo Stato richiesto quando questo abbia concesso rifugio o asilo politico alla persona di cui è domandata l'extradizione (lett. h) o quando ritiene possibile un pregiudizio alla sovranità, alla sicurezza nazionale, all'ordine pubblico o ad altri interessi essenziali del proprio Stato o qualsiasi altra conseguenza che contrastanti con i principi fondamentali del proprio ordinamento nazionale (lett. i).

L'extradizione può, invece, essere rifiutata, ai sensi dell'art. 4, se richiesta per un soggetto che è – o sarà – sottoposto a procedimento penale nello Stato richiesto per il medesimo reato per cui la stessa è stata domandata (lett. a) e in ragione di valutazioni di carattere umanitario legate all'età, alle condizioni di salute e ad altre caratteristiche personali della persona richiesta (lett. b). Tra i motivi facoltativi di rifiuto l'art. 5 prevede anche lo *status* di cittadino. Nello specifico, al "diritto" dello Stato richiesto di rifiutare, la consegna del proprio cittadino corrisponde, l'onere di sottoporre il caso alle competenti Autorità giudiziarie nazionali al fine dell'instaurazione del procedimento penale a suo carico, qualora lo Stato richiedente ne faccia richiesta, e di comunicarne a quest'ultimo l'esito.

Per quanto attiene gli aspetti procedurali, le Parti hanno concordato che le relative richieste debbano essere formulate per iscritto, complete degli elementi previsti dall'art. 7 e trasmesse per il tramite delle Autorità centrali allo scopo designate (art. 6). La domanda di estradizione, nonché i documenti ad essa allegati, devono essere tradotti nella lingua dello Stato richiesto (art. 7, par. 3). Quest'ultimo può domandare allo Stato richiedente di trasmettere informazioni supplementari entro quaranta giorni dal ricevimento della domanda di estradizione; l'eventuale inottemperanza si intende come rinuncia all'extradizione, ferma restando la facoltà di reiterare la richiesta per la medesima persona e per il medesimo reato (art. 8).

L'art. 12 prevede, nei casi di urgenza, la possibilità di richiedere – per iscritto alle Autorità centrali, direttamente o tramite INTERPOL – l'arresto in via provvisoria, prima dell'invio della formale richiesta di estradizione. Quest'ultima dovrà comunque pervenire allo Stato richiesto entro quaranta giorni dall'esecuzione dell'arresto, pena la revoca delle misure disposte.

L'art. 16 del Trattato prevede una procedura semplificata: l'extradizione può essere concessa sulla base della sola richiesta di arresto provvisorio qualora l'arrestato presti il proprio consenso, che si considera valido se reso con l'assistenza di un difensore di fronte ad un'Autorità competente dello Stato richiesto, sulla quale grava l'obbligo di informare la persona richiesta del carattere irrevocabile della dichiarazione e del diritto di avvalersi di un procedimento formale di estradizione e della protezione offerta dal principio di specialità.

La decisione sulla domanda di estradizione viene adottata secondo le procedure previste dal diritto interno dello Stato richiesto e deve essere prontamente comunicata a quello richiedente, con notifica dei motivi di rifiuto qualora la richiesta non trovi accoglimento (art. 9). Se l'extradizione viene concessa, la consegna dell'estradando deve avvenire secondo i tempi e le modalità concordate dagli Stati e non oltre il termine di trenta giorni (prorogabile di ulteriori quindici giorni), decorso il quale lo stesso deve essere rimesso in libertà. Sono fatti salvi i casi di forza maggiore per cui gli Stati possono concordare una nuova data (art. 14).

La consegna può anche essere differita qualora nei confronti dell'estradando, all'interno dello Stato richiesto, sia in corso un procedimento penale o l'esecuzione di una pena per un reato diverso da quello per cui è stata concessa l'extradizione (art. 15, par. 1) o quando, in ragione delle sue condizioni di salute, il trasferimento potrebbe mettere a rischio la vita o aggravare lo stato della persona richiesta (art. 15,

par. 3). È prevista anche una forma di consegna temporanea per consentire lo svolgimento del procedimento penale in corso nello Stato richiedente (art. 15, par. 2).

Sono consegnate, su richiesta dello Stato richiedente, anche le cose rinvenute nel territorio dello Stato richiesto e sequestrate secondo il diritto interno (art. 17).

In ogni momento, lo Stato che ha richiesto l'extradizione è tenuto a fornire a quello che l'ha concessa informazioni sul procedimento o sull'esecuzione della pena a carico del soggetto estradato, o sull'eventuale estradizione di quest'ultimo ad uno Stato terzo (art. 20), estradizione che rimane, comunque, vietata per reati commessi anteriormente alla sua consegna, senza il consenso dello Stato estradante (art. 11).

La persona estradata, in forza del principio di specialità di cui all'art. 10, non può essere sottoposta, nello Stato richiedente, a procedimento penale, esecuzione di una pena o qualunque altro provvedimento limitativo della libertà personale per un reato commesso anteriormente alla consegna e diverso da quello per cui l'extradizione è stata domandata, a meno che tale persona non abbia lasciato il territorio dello Stato richiedente nei 45 giorni successivi a quando avrebbe potuto farlo, o, in caso contrario, vi abbia fatto volontariamente ritorno.

Infine, ciascuna delle Parti contraenti può autorizzare il transito di soggetti consegnati all'altra da uno Stato terzo e provvedere alla loro custodia durante la permanenza nel proprio territorio (art. 18).

La disciplina delle spese di estradizione è contenuta nell'art. 19 del Trattato, che ne regola i criteri di riparto tra i due Stati.

Il Trattato impone, inoltre, un obbligo di riservatezza riguardo circa la procedura di estradizione e sulla relativa documentazione, che deve essere conservata a cura delle Parti (art. 22).

L'Accordo fa salvi i rapporti fra le Parti contraenti derivanti da altri Trattati (art. 21).

Secondo l'art. 23, il presente Trattato entrerà in vigore alla data di ricezione della seconda delle due notifiche con cui ciascuna Parte comunica ufficialmente all'altra l'avvenuta ratifica (par. 1); potrà essere modificato, in qualunque momento, con accordo scritto (par. 2); ha durata illimitata, salva la facoltà di recesso di ciascuna delle Parti dandone comunicazione scritta all'altra per via diplomatica, che avrà effetto sei mesi dopo, senza pregiudizio per le procedure iniziate prima della medesima (par. 3).

B) IL TRATTATO DI ASSISTENZA GIUDIZIARIA TRA ITALIA E KOSOVO

Con il Trattato di assistenza giudiziaria del 19 giugno 2013, il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Kosovo «si impegnano a prestarsi la più ampia assistenza giudiziaria in materia penale» (art. 1).

Ai sensi dell'art. 2, il tradizionale requisito della "doppia incriminazione" non è necessario affinché lo Stato richiesto conceda l'assistenza giudiziaria, a meno che la relativa domanda non abbia ad oggetto l'esecuzione di perquisizioni, sequestri, confisca di beni o altri atti che incidano sui diritti fondamentali delle persone o siano invasivi di luoghi o cose (par. 2).

Il Trattato prevede solo motivi di rifiuto facoltativi. E invero, secondo quanto previsto dall'art. 3, par. 1, lo Stato richiesto può rifiutare – anche solo in parte – di concedere l'assistenza giudiziaria se: la richiesta è contraria al proprio diritto interno o alle stesse disposizioni del Trattato (lett. a); il reato per cui si procede è un reato politico o un reato a questo connesso (lett. b), o di natura esclusivamente militare ai sensi delle leggi dello Stato che ha domandato l'assistenza giudiziaria (lett. c) o è punito secondo la legge dello Stato richiedente con una pena di specie vietata nel proprio Stato (lett. d); ha fondati motivi per ritenere applicabile la "clausola di non discriminazione" (lett. e); ha già in corso un procedimento penale o ha già emesso sentenza definitiva nei confronti della medesima persona e per il medesimo reato per cui è stata richiesta l'assistenza giudiziaria (lett. f); ritiene che a seguito dell'esecuzione della richiesta possano esservi pregiudizi alla sovranità, sicurezza, ordine pubblico o altri interessi nazionali essenziali dello Stato o conseguenze contrastanti con i principi fondamentali della propria legislazione nazionale (lett. g). Lo Stato richiesto può, altresì, rinviare l'esecuzione dell'atto richiesto se questo interferisce con un procedimento penale in corso nel proprio territorio (par. 2). Il rifiuto o il rinvio dell'assistenza giudiziaria deve essere comunicato in forma scritta, con specificazione dei motivi, dallo Stato richiesto a quello richiedente (par. 4). In ogni caso, il primo, pur in presenza di motivi di rifiuto o di rinvio, ha la facoltà di proporre al secondo l'esecuzione della richiesta a determinate condizioni, che, se accettate, questo è tenuto a rispettare (par. 3).

Le Parti contraenti presentano le relative domande di assistenza giudiziaria per il tramite delle Au-

torità centrali – rispettivamente il Ministero della Giustizia per la Repubblica Italiana e il *Ministria e Drejtësisë* per la Repubblica del Kosovo – le quali cooperano strettamente tra di loro e forniscono, ove richiesto, informazioni sulla posizione delle richieste di assistenza giudiziaria presentate (art. 4). Lo Stato richiedente può procedere, in via preliminare, all’invio della domanda di assistenza giudiziaria con mezzi di comunicazione rapida (ad esempio telex, fax, posta elettronica), a cui entro diciotto giorni deve seguire la presentazione formale della richiesta, a pena di caducazione della stessa (art. 5, par. 6).

Quanto ai requisiti della richiesta di assistenza giudiziaria, l’art. 5 prevede che essa rechi la forma scritta e il timbro – o la firma – dell’Autorità richiedente in conformità del proprio diritto interno (par. 1) e che contenga una serie di elementi dettagliatamente previsti ed enumerati al par. 2 lett. a)– i). La richiesta e i relativi documenti allegati devono essere tradotti in una delle lingue indicate dallo Stato richiesto, ossia l’albanese o il serbo per il Kosovo e l’italiano per l’Italia (par. 5).

La richiesta di assistenza viene eseguita secondo la *lex loci*, ossia in base alla legge dello Stato d’esecuzione. Tale criterio, tuttavia, trova un temperamento nelle previsioni secondo cui lo Stato richiesto, laddove non contrasti con la propria legislazione nazionale, da un lato, esegua l’atto richiesto secondo le modalità indicate dallo Stato richiedente e, dall’altro lato, possa autorizzare ad essere presenti le persone specificatamente indicate nella relativa richiesta. Lo Stato richiesto ha, inoltre, specifici doveri di informazione nei confronti dello Stato richiedente riguardo all’esito dell’esecuzione e nel caso in cui l’assistenza non possa essere fornita, dovendone specificare i motivi.

Qualora la persona nei cui confronti deve essere eseguita la richiesta di assistenza giudiziaria invochi immunità, prerogative, diritti o incapacità secondo il diritto dello Stato richiesto, la competente Autorità nazionale risolve la questione prima dell’esecuzione della richiesta e l’esito è comunicato allo Stato richiedente; nella diversa ipotesi in cui immunità, prerogative, diritti o incapacità siano previsti dalla legislazione dello Stato richiedente, di ciò è data comunicazione attraverso le rispettive Autorità centrali, affinché la competente Autorità nazionale decida nel merito (art. 6).

Il Trattato contiene, inoltre, disposizioni di dettaglio con riferimento all’esecuzione dei singoli atti che possono essere oggetto della richiesta di assistenza giudiziaria.

In particolare, qualora, ai sensi dell’art. 10, par. 1, lo Stato d’esecuzione citi a comparire dinanzi alle Autorità dello Stato richiedente una persona al fine di rendere interrogatorio, testimonianza o altri tipi di dichiarazioni, di essere sentita come perito o compiere altre attività processuali, questa persona trovandosi nel territorio dello Stato straniero, è assistita dalle garanzie previste dall’art. 11 (principio di specialità), per cui non può essere sottoposta a procedimento penale né a qualsivoglia misura limitativa della libertà personale, in relazione a reati commessi prima del suo ingresso (lett. a); parimenti, tale persona non può essere costretta a rendere dichiarazioni o partecipare ad alcun atto inerente un procedimento diverso da quello oggetto della richiesta di assistenza giudiziaria, fatta salva l’ipotesi in cui lo Stato richiesto e l’interessato vi acconsentano (lett. b). Queste garanzie non operano se la persona comparsa non ha lasciato il territorio dello Stato richiedente nei trenta giorni successivi a quando è stata ufficialmente informata che la sua presenza non è più necessaria, oppure quando vi abbia fatto volontariamente ritorno (par. 2).

Le Parti attribuiscono carattere di riservatezza alla domanda di assistenza giudiziaria, alla relativa documentazione giustificativa, agli atti assunti e alle informazioni scambiate in esecuzione di questa (art. 24).

Il presente Accordo, in ordine alla ripartizione delle spese, all’art. 25, prevede che siano a carico dello Stato richiesto i costi sostenuti per l’esecuzione della richiesta di assistenza; tuttavia, fanno eccezione, perché a carico dello Stato richiedente, le spese: di viaggio e soggiorno delle persone autorizzate ad assistere all’esecuzione dell’atto richiesto (lett. a); di indennità viaggio e soggiorno per la comparizione di una persona citata nello Stato richiedente (lett. b); relative all’adozione di misure di protezione di vittime, testimoni ed altri partecipanti del procedimento penale (lett. c); sostenute per effettuare la videoconferenza, fatta salva la facoltà dello Stato richiesto di rinunciare al rimborso (lett. d-e); riguardanti le perizie, le traduzioni, l’interpretariato e le trascrizioni (compresi gli onorari spettanti ai professionisti) (lett. f-g); di custodia e di consegna dei beni confiscati (lett. h).

Nel caso di controversie insorte sulla interpretazione o applicazione del Trattato, la loro risoluzione è affidata alle Autorità centrali, mediante consultazioni. In mancanza di accordo, la controversia dovrà essere risolta tramite consultazione per via diplomatica (art. 26).

Sull’entrata in vigore, la modifica e la cessazione del presente atto si rinvia a quanto detto *supra* (sub A) con riguardo al Trattato di estradizione, stante l’identità del contenuto delle relative disposizioni nei due Trattati in materia.

GLI ACCORDI TRA ITALIA E MAROCCO

di *Francesca Manfredini*

In data 28 luglio 2016, il Presidente della Repubblica ha promulgato la legge di ratifica ed esecuzione di due accordi conclusi con il Governo del Regno del Marocco: *l'Accordo aggiuntivo alla Convenzione di reciproca assistenza giudiziaria, di esecuzione delle sentenze e di estradizione* e la *Convenzione sul trasferimento delle persone condannate* (l. 28 luglio 2016, n. 152, in *Gazz. Uff.*, 9 agosto 2016, n. 185).

La conclusione di tali atti è riconducibile all'opportunità, avvertita da entrambi gli Stati, di intensificare e migliorare l'efficacia della cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli stessi, anche in virtù della sempre più pressante esigenza di assicurare un efficiente contrasto al crimine transnazionale (v. *Analisi tecnico normativa, Senato della Repubblica – Disegno di legge n. 1827*, p. 5).

A) L'ACCORDO AGGIUNTIVO ALLA CONVENZIONE DI RECIPROCA ASSISTENZA GIUDIZIARIA, DI ESECUZIONE DELLE SENTENZE E DI ESTRADIZIONE

L'Accordo aggiuntivo in esame, siglato a Rabat in data 1° aprile 2014, modifica alcune disposizioni della *Convenzione di reciproca assistenza giudiziaria, di esecuzione delle sentenze e di estradizione*, conclusa a Roma in data 12 febbraio 1971 e ratificata dall'Italia con la l. 12 dicembre 1973, n. 1043. Al fine di facilitare i rapporti di cooperazione tra i due Paesi, tale atto provvede principalmente a delineare una disciplina sistematica dei presupposti in presenza dei quali l'extradizione può essere concessa, nonché dei motivi di rifiuto obbligatori e facoltativi (cfr. *Dossier n. 428, Camera dei deputati*, 26 aprile 2016).

In particolare, l'Accordo mira, anzitutto, a ridefinire i reati che possono costituire oggetto di una domanda di estradizione (art. 1), sostituendo l'art. 31 della Convenzione sopra citata. Resta fermo, quale presupposto indispensabile ai fini dell'attivazione del procedimento di estradizione, il rispetto del principio della doppia incriminazione, il quale prescrive che il reato in relazione al quale essa viene richiesta sia punibile ai sensi della legge di entrambi gli Stati. Si introducono poi ulteriori requisiti, distinguendoli a seconda che l'extradizione domandata sia di tipo processuale ovvero esecutivo. Nella prima ipotesi, relativa all'extradizione finalizzata a dar corso ad un procedimento penale, si prevede che il reato sia punibile con una pena detentiva di almeno un anno. Nel caso di estradizione esecutiva (volta ad eseguire una condanna definitiva a pena detentiva o altro provvedimento limitativo della libertà personale) la norma richiede, invece, che, al momento della presentazione della domanda, il tempo residuo di esecuzione della pena o di altro provvedimento da scontare sia di almeno 6 mesi (art. 1, § 1, lett. *a* e *b*). La disposizione disciplina, poi, il caso in cui l'extradizione sia richiesta in relazione a più reati, prevedendo che, in tale ipotesi, fermo restando il rispetto del principio di doppia incriminazione, è sufficiente che uno solo degli illeciti rispetti i requisiti appena indicati (art. 1, § 5).

Vengono, inoltre, espressamente disciplinate le ipotesi in cui il reato oggetto della richiesta sia relativo alla materia fiscale e quella in cui esso non sia stato commesso nel territorio dello Stato richiedente (art. 1, §§ 3 e 4).

Un'autonoma previsione normativa è dedicata alla delicata ipotesi in cui l'extradizione sia domandata per un reato punito, nello Stato richiedente, con la pena di morte o con altra pena contraria alla legge dello Stato richiesto (art. 2). Viene, a tal proposito, introdotto nella Convenzione il nuovo art. 31-bis, il quale prescrive che, in caso di estradizione processuale, lo Stato richiedente debba applicare la pena prevista per il medesimo reato dalla legge dello Stato richiesto, mentre, nel caso di estradizione esecutiva, la consegna del soggetto potrà avvenire unicamente qualora la pena "vietata" sia sostituita da quella massima prevista per lo stesso reato dalla legge dello Stato richiesto.

Come anticipato, una fondamentale modifica operata dall'Accordo in esame è quella concernente la disciplina dei motivi di rifiuto della domanda di estradizione. L'atto ridisegna integralmente la regolamentazione originariamente delineata e ne assicura una maggiore sistematicità, attraverso la sostituzione degli artt. 32 e 33 (effettuata, rispettivamente dagli artt. 3 e 4 dell'Accordo), nonché l'abrogazione degli artt. 34 e 35 della Convenzione (art. 5 dell'Accordo).

In particolare, i motivi di rifiuto vengono distinti in motivi obbligatori (art. 3) e motivi facoltativi (art. 4). Per quanto concerne i primi, ai sensi dell'art. 3, lett. *a* e *f*, è, anzitutto, vietata l'estradizione per reati militari e politici. Al fine di evitare che tale motivo di rifiuto possa costituire l'espedito tramite il quale negare l'estradizione avente ad oggetto reati particolarmente gravi, la disposizione precisa che non sono considerati reati politici: l'omicidio o altro reato contro la vita, l'integrità fisica o la libertà di un Capo di Stato o di Governo o di un membro della sua famiglia; i reati di terrorismo; i crimini contro l'umanità previsti dalla Convenzione ONU per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio del 1948; i reati previsti dalla Convenzione di Ginevra del 1949 e dal primo Protocollo aggiuntivo; gli atti previsti dalla Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1984 e, infine, qualsiasi altro reato escluso da tale categoria ai sensi di qualsiasi trattato, convenzione o accordo internazionale di cui entrambi gli Stati sono parti.

Altri motivi di rifiuto obbligatori sono rappresentati dalle ipotesi in cui lo Stato richiesto abbia fondati motivi di ritenere che la domanda di estradizione sia stata formulata in violazione del divieto di non discriminazione (art. 3, lett. *b*) e che non siano rispettati i diritti fondamentali e i diritti minimi della difesa della persona oggetto della richiesta (art. 3, lett. *c*). A tale ultimo proposito, la disposizione precisa che «il giudizio in contumacia non costituisce di per sé motivo di rifiuto dell'estradizione».

L'estradizione non potrà, inoltre, essere concessa in violazione del principio di *ne bis in idem*, cioè quando, per il reato oggetto della domanda, la persona richiesta sia già stata «definitivamente giudicata dalle Autorità competenti dello Stato Richiesto o di altro Stato» (art. 3, lett. *d*), né nell'ipotesi in cui, in relazione a tale illecito, sia intervenuta nello Stato richiesto una causa di estinzione del reato o della pena (art. 3, lett. *e*). Infine, lo Stato richiesto dovrà rifiutare la domanda qualora ritenga che vengano altrimenti compromessi la sua sovranità, sicurezza, ordine pubblico o altri interessi essenziali dello Stato, ovvero possano emergere contrasti con i principi fondamentali della legislazione nazionale (art. 3, lett. *g*).

L'Accordo introduce, inoltre, due motivi di rifiuto facoltativi. Il primo prevede che lo Stato richiesto possa non dare seguito alla domanda di estradizione qualora il reato oggetto della stessa sia sottoposto alla propria giurisdizione e, in relazione ad esso, la persona richiesta sia o sarà sottoposta a procedimento penale dalle proprie Autorità competenti (art. 4, lett. *a*). Il secondo motivo attiene a «valutazioni di carattere umanitario» e stabilisce che lo Stato possa rifiutare la richiesta qualora essa sia incompatibile con l'età, le condizioni di salute ovvero altre condizioni personali della persona (art. 4, lett. *b*).

L'Accordo interviene anche sulla disciplina della domanda di estradizione e della documentazione ad essa allegata, richiedendone la traduzione in lingua francese (art. 6, che inserisce l'art. 36-*bis* della Convenzione).

Di peculiare rilievo è la disposizione di cui all'art. 7 dell'atto in esame, la quale introduce nella Convenzione del 1971 l'art. 38-*bis*, rubricato «procedura semplificata di estradizione». Il ricorso a tale procedura è possibile ove la persona, della quale si chiede la consegna, presti il proprio consenso. Al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali e dei diritti di difesa, la norma precisa che «la dichiarazione di consenso della persona ricercata è valida se è resa con l'assistenza di un difensore ad un rappresentante del potere giudiziario della Parte richiesta, che ha l'obbligo di informare la persona ricercata del diritto ad avvalersi di un procedimento formale di estradizione, del diritto ad avvalersi della protezione conferitagli dal principio di specialità e dell'irrevocabilità della dichiarazione stessa» (art. 7, § 2). In tale ipotesi, l'estradizione potrà essere concessa sulla sola base della richiesta di arresto provvisorio, senza l'allegazione della documentazione di cui all'art. 36 della Convenzione, salva la facoltà dello Stato richiesto di domandare ulteriori informazioni necessarie ai fini delle proprie determinazioni.

L'Accordo aggiuntivo amplia, inoltre, la disciplina inerente alla decisione sull'estradizione (art. 42 della Convenzione), stabilendo che il periodo intercorrente tra la data dell'arresto e quella della consegna, trascorso dall'estradando *in vinculis*, venga computato dalla Stato richiedente ai fini della custodia cautelare, in caso di estrazione processuale, ovvero della pena da eseguire, in caso di estradizione esecutiva (art. 8).

L'Accordo provvede, altresì, a modificare parzialmente la disciplina concernente il differimento della consegna e la consegna temporanea (art. 9). In primo luogo, la previsione normativa in esame integra quanto stabilito dall'art. 43 della Convenzione con riferimento alla consegna temporanea della persona accusata o condannata nello Stato richiesto per un reato diverso da quello oggetto della domanda di estradizione. In particolare, si precisa che la persona consegnata temporaneamente sia detenuta durante la sua permanenza nel territorio dello Stato richiedente e che tale periodo di detenzione venga compu-

tato ai fini della pena da eseguire nello Stato richiesto (art. 9, § 1). In secondo luogo, la disposizione dell'Accordo integrativo introduce una nuova ipotesi di differimento della consegna, relativa al caso in cui il trasferimento della persona richiesta ne possa porre in pericolo la vita, ovvero possa aggravarne lo stato di salute (art. 9, § 2).

L'Accordo modifica, infine, la materia della riestradizione, già disciplinata dall'art. 45 della Convenzione. In particolare, l'art. 10 subordina al consenso dello Stato richiesto la possibilità per lo Stato richiedente di consegnare a uno Stato terzo il soggetto estradato per reati commessi anteriormente alla consegna. Il consenso non sarà però necessario se, avendone avuta la possibilità, la persona estradata non abbia lasciato il territorio dello Stato richiedente entro 30 giorni dal suo rilascio definitivo, ovvero vi abbia fatto volontariamente ritorno.

Da ultimo, si precisa che l'Accordo, il quale ha durata illimitata, potrà essere modificato mediante pattuizione scritta tra le Parti contraenti (art. 11, §§ 2 e 3). È, inoltre, prevista la possibilità per ogni Stato di recedere dall'atto normativo in esame in qualsiasi momento, dandone comunicazione scritta all'altro Stato, ferma restando l'applicazione dell'Accordo all'esecuzione delle domande di estradizione presentate prima che la cessazione abbia effetto (art. 11, § 4).

B) LA CONVENZIONE SUL TRASFERIMENTO DELLE PERSONE CONDANNATE

Con la sottoscrizione della Convenzione in esame, fatta a Rabat il 1° aprile 2014, gli Stati contraenti hanno inteso colmare la lacuna normativa concernente la cooperazione bilaterale in materia di trasferimento di persone condannate, attesa la mancata adesione, da parte del Regno del Marocco, alla relativa Convenzione promossa dal Consiglio d'Europa, sottoscritta a Strasburgo il 21 marzo 1983 e ratificata dall'Italia con la l. 25 luglio 1988, n. 334 (*Relazione tecnica, Senato della repubblica – Disegno di legge n. 1827, p. 2*).

In particolare, la Convenzione bilaterale, di cui si tratta, permette ai cittadini di ciascuno dei due Paesi contraenti, condannati e detenuti nell'altro Stato (Stato di condanna), di essere trasferiti nel Paese di origine (Stato di esecuzione), consentendo loro di scontare nel luogo in cui hanno saldi legami sociali e familiari la pena o la misura di sicurezza privativa della libertà personale. Lo scopo precipuo dell'atto è, dunque, quello di favorire il reinserimento sociale della persona sottoposta ad una condanna definitiva ed esecutiva (art. 1).

I presupposti, che consentono di procedere al trasferimento del condannato, sono elencati all'art. 3. Oltre al rispetto della doppia incriminazione del fatto di reato, si richiede che la persona condannata sia cittadina dello Stato di esecuzione e che essa acconsenta al trasferimento volontariamente e con la piena consapevolezza delle conseguenze giuridiche che ne derivano. Si richiede, inoltre, che la decisione giudiziaria, che ha irrogato la condanna, sia definitiva ed esecutiva e che, al momento della domanda di trasferimento, la durata della condanna ancora da scontare sia di almeno un anno, ferma la possibilità per i due Stati di autorizzare il trasferimento anche se la pena residua ha durata inferiore.

Al fine di rendere effettive le previsioni contenute nel presente atto, esso prevede specifici obblighi di informazione a carico dello Stato di condanna (art. 2). Quest'ultimo è, infatti, tenuto a comunicare ad ogni soggetto condannato, al quale la Convenzione risulti applicabile, la possibilità di essere trasferito nel proprio Paese di origine per l'esecuzione della condanna. La disposizione stabilisce che tale soggetto sia, altresì, informato dell'impossibilità di essere nuovamente perseguito, detenuto, giudicato o condannato nello Stato di esecuzione per i medesimi reati per i quali è già stato processato nello Stato di condanna (art. 9, § 1), ferma restando la possibilità che ciò avvenga in relazione a fatti diversi e anteriori (art. 9, § 2). Alla persona condannata è poi garantito il diritto di essere informato circa l'evoluzione del procedimento di trasferimento (art. 2, § 2).

La richiesta di trasferimento può essere presentata dal condannato, ovvero dallo Stato di condanna o da quello di esecuzione. Ogni domanda deve essere formulata per iscritto e deve riportare l'identità del condannato, nonché il suo luogo di residenza o domicilio nello Stato di condanna e nello Stato di esecuzione (art. 11). La Convenzione richiede che venga allegata alla domanda dettagliata documentazione (art. 12), alla cui ricezione sono preposte le Autorità centrali dei due Paesi, individuate nel Ministero della Giustizia per l'Italia e nella Delegazione Generale dell'Amministrazione Penitenziaria e del Reinserimento per il Regno del Marocco (art. 13). La domanda di trasferimento e i documenti ad essa allegati sono dispensati da qualsiasi formalità di legalizzazione e devono essere accompagnati da una traduzione in lingua francese (artt. 15 e 16).

Quanto ai motivi di rifiuto, la Convenzione stabilisce che la richiesta di trasferimento sia rigettata qualora determini un pregiudizio alla sovranità, alla sicurezza, all'ordine pubblico e ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato di condanna e dello Stato di esecuzione (art. 3, § 2). Vengono anche disciplinati tre casi di motivi di rifiuto facoltativo, concernenti le ipotesi in cui: la persona condannata abbia anche la cittadinanza dello Stato di condanna; il reato oggetto della condanna consista nella violazione di obblighi militari e, infine, il condannato non abbia provveduto al pagamento in misura soddisfacente delle spese di giustizia, del risarcimento dei danni e delle sanzioni pecuniarie poste a suo carico (art. 4).

La Convenzione stabilisce, inoltre, i principi, che devono essere osservati dallo Stato in cui è trasferita la persona per l'esecuzione della pena (art. 5). Anzitutto, è richiesto il rispetto della natura e della durata della pena o della misura di sicurezza irrogate nello Stato di condanna. Tuttavia, qualora la natura o la durata della condanna siano incompatibili con la legislazione dello Stato di esecuzione, è consentito a quest'ultimo di adattare a quanto previsto dalla propria legislazione interna per i reati della medesima natura, fermo restando il divieto di aggravare la sanzione stabilita dallo Stato di condanna e di superare la pena massima prevista dalla legge dello Stato di esecuzione.

Una specifica previsione è dedicata all'ipotesi in cui il reato commesso dalla persona trasferita sia punito, nello Stato di esecuzione, con la pena di morte: a tale proposito, la Convenzione vincola detto Stato ad applicare la pena prevista dalla legge del Paese di condanna (art. 9, § 2).

Quanto agli effetti connessi al trasferimento del soggetto, si prevede che «la consegna del condannato alle autorità dello Stato di esecuzione sospende l'esecuzione della condanna nello Stato di condanna» (art. 5, § 3) e che lo Stato di condanna non possa «più eseguire la pena quando lo Stato di esecuzione la considera terminata» (art. 5, § 4). A tale ultimo proposito, si precisa che lo Stato di esecuzione dovrà informare lo Stato di condanna quando ritenga terminata l'esecuzione della pena. Nello stesso modo dovrà procedere anche qualora il condannato evada prima che sia terminata l'esecuzione e qualora lo Stato di condanna richieda un rapporto speciale (art. 10).

Lo Stato ricevente dovrà procedere alla cessazione dell'esecuzione non appena lo Stato di condanna lo informi dell'intervento di un atto, che determini la perdita di eseguibilità della condanna (art. 6).

La Convenzione precisa, inoltre, che la competenza relativa a decidere sui ricorsi per la revisione della condanna è attribuita in via esclusiva allo Stato che l'ha pronunciata (art. 7), mentre la concedibilità di amnistia, misure clemenziali e altre misure volte a ridurre la pena è estesa anche allo Stato di esecuzione (art. 8).

Gli articoli finali della Convenzione sono dedicati alle modalità di consegna della persona trasferita. In particolare, il tempo, il luogo e gli ulteriori profili concernenti l'esecuzione del trasferimento sono concordati tra i due Stati (art. 17). Salvo che venga diversamente stabilito, le spese di trasferimento sono poste a carico dello Stato di esecuzione, il quale dovrà anche fornire la scorta necessaria (art. 18).

Da ultimo, il presente atto internazionale disciplina l'ipotesi in cui uno dei due Stati contraenti abbia concluso un accordo con uno Stato terzo per il trasferimento delle persone condannate. In tale evenienza, l'art. 19 dispone che lo Stato terzo firmatario della Convenzione fornisca la propria collaborazione, autorizzando il transito del condannato e occupandosi della sua custodia durante la permanenza sul proprio territorio, fatte salve esigenze di ordine pubblico (art. 19, §§ 1 e 3). A tal fine, lo Stato contraente trasmette allo Stato di transito una domanda recante l'identificazione del condannato da trasferire, unitamente a copia del provvedimento, che ha accordato il trasferimento (art. 19, § 2). In ogni caso, è attribuita allo Stato la possibilità di rifiutare il transito se il condannato è un suo cittadino, ovvero in caso di mancata previsione della doppia incriminazione del fatto (art. 19, § 5).

In conclusione, si prevede che la Convenzione sia applicabile all'esecuzione delle condanne pronunciate sia prima che dopo la sua entrata in vigore (art. 20) e che eventuali controversie concernenti la sua interpretazione e applicazione siano risolte per via diplomatica (art. 21).

La Convenzione potrà essere modificata con accordo scritto tra gli Stati contraenti e, ferma la sua durata illimitata, si prevede la possibilità per gli Stati di denunciare la Convenzione in qualsiasi momento con notifica scritta indirizzata all'altro Stato. In tale ultima ipotesi, la Convenzione continuerà ad applicarsi all'esecuzione delle condanne delle persone trasferite conformemente alla stessa prima che la denuncia abbia effetto (art. 22).

DE JURE CONDENDO

di Lorenzo Pulito

RAFFORZAMENTO DEL CONTRASTO ALLA VIOLENZA DOMESTICA

È stato assegnato il 14 settembre 2016 alla Commissione Giustizia del Senato il d.d.l. S. 2464, d’iniziativa dei senatori Bencini e Romani, recante «*Disposizioni per il contrasto della violenza domestica e la tutela delle vittime di reati particolarmente violenti*» che mira a dare ulteriore impulso – considerati i numeri statistici riportati dall’Istat, ancora preoccupanti – all’evoluzione della legislazione italiana in materia di violenza contro le donne. Come ricordato nella *Relazione illustrativa della proposta*, l’ordinamento sovranazionale sollecita costantemente gli Stati (da ultimo, con la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica) a predisporre con urgenza rimedi adeguati per la prevenzione e la repressione, nonché per la tutela delle vittime.

Sulla scorta di quanto già introdotto dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66, e dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 che, rispettivamente, avevano esteso i termini per proporre querela per i reati di violenza sessuale e di *stalking*, l’articolo 1 modifica il codice penale estendendo il termine per proporre querela da tre a sei mesi per una serie più ampia di reati (quelli previsti dagli artt. 581, 582, 605, 609, 610, 612 c.p.), laddove gli stessi siano riconducibili all’ambito della violenza domestica così come delineata dall’art. 3 del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119.

Le novità di carattere processuale (art. 2) riguardano la limitazione all’accesso ai riti alternativi di natura premiale, secondo una tendenza già inaugurata in altri disegni di legge. In particolare, si esclude che gli autori dei reati commessi nell’ambito del citato art. 3 possano accedere alla applicazione della pena su richiesta delle parti e si impedisce che gli autori dei reati di cui agli artt. 572, 575, 582 secondo comma, 583-bis, 609-bis, 609-quater, 609-octies e 612-bis c.p., commessi nel medesimo ambito, possano accedere al rito abbreviato.

Mirando ad introdurre una serie di modifiche normative che vanno ad incidere su più fronti, si pone in continuità con i provvedimenti, più o meno recenti, emanati nell’azione legislativa di contrasto alla violenza di genere. Sul fronte civilistico, l’obiettivo che ci si propone è quello di superare la necessità di attivare successivamente alla condanna penale, in caso di omicidio del coniuge, un apposito giudizio di accertamento dell’indegnità a succedere. Viene quindi previsto (art. 3) un meccanismo di sospensione dalla successione dal momento dell’iscrizione della notizia di reato per l’omicidio, consumato o tentato, nei confronti dell’altro coniuge fino al provvedimento di archiviazione o alla sentenza di proscioglimento e si demanda al giudice penale, allorché pronuncia sentenza di condanna per l’omicidio consumato o tentato nei confronti del coniuge, la dichiarazione dell’indegnità dell’imputato a succedere.

Nelle stesse situazioni di violenza previste dall’art. 3, all’ipotesi di esclusione definitiva del meccanismo di reversibilità del coniuge superstite viene aggiunta la sospensione del relativo diritto per tutta la durata del procedimento.

Infine, viene ampliato l’ambito di applicazione del gratuito patrocinio in favore delle vittime di violenza, derogandosi ai limiti di reddito esistenti anche per i reati di percosse e lesioni personali, ove commessi nell’ambito di violenza domestica, e si ammettono ad usufruire del patrocinio a spese dello Stato – in deroga ai limiti di reddito – anche gli eredi della vittima di omicidio, figli minorenni o maggiorenni non autosufficienti.

* * *

REGIME DISCIPLINARE PENITENZIARIO E DETENZIONE IN ISOLAMENTO

Traendo spunto da un testo elaborato dall'Associazione "Antigone", il d.d.l. C. 4035 – presentato in data 15 settembre 2016 dai deputati Daniele Farina e altri ed assegnato alla Commissione Giustizia della Camera il 4 ottobre 2016 – è finalizzato a ridurre al minimo l'isolamento disciplinare, in quanto lesivo per la salute psico-fisica della persona detenuta, avendo riscontrato statisticamente un largo utilizzo di tale sanzione, spesso applicata nella sua massima durata (pari a quindici giorni), anche con invii in isolamento reiterati.

Dichiaratamente ispirandosi a quanto previsto dalle regole penitenziarie europee del 2006 e dalle "Mandela Rules" dell'O.N.U. del 2015, la proposta ribadisce il carattere di eccezionalità dell'isolamento disciplinare e giudiziario e la necessità di supervisione medica; impone che, ove applicata, la stessa non si risolva mai nella negazione del diritto alle relazioni affettive con i propri cari o agli incontri religiosi; si cura che venga estrinsecato in sezione ordinaria, ravvisando la pericolosità dei reparti di isolamento, dove sovente si sono registrati fenomeni di autolesionismo, suicidio o violenza.

Con specifico riferimento ai minori di anni ventuno, si prescrive il divieto di ricorrere all'isolamento disciplinare e giudiziario, tenuto conto del carattere vessatorio e diseducativo della pratica, raccomandandone la sostituzione con modalità sanzionatorie e investigative che, pur ugualmente efficaci, non siano altrettanto lesive.

La durata massima dell'isolamento viene fissata in una settimana.

Vale la pena sottolineare che il progetto di legge ha cura di prescrivere che il procedimento disciplinare debba offrire garanzie a chi vi sia sottoposto: l'art. 3, infatti, importa la sostituzione del secondo comma dell'art. 38 della l. 26 luglio 1975, n. 354 con formula tesa ad assicurare ai detenuti accusati di un'infrazione disciplinare un'adeguata informazione in merito alle accuse rivolte, il tempo e i mezzi per preparare la difesa, la possibilità di difendersi da soli o mediante un legale, la facoltà di avvalersi di testimoni e di interrogarli o farli interrogare, l'assistenza gratuita di un interprete qualora non comprendano o non parlino la lingua usata nel procedimento; la proposta di novella del comma terzo, invece, garantisce il diritto di contestare, mediante reclamo al magistrato di sorveglianza, la decisione di comminare l'infrazione disciplinare *de qua*.

* * *

DISPOSIZIONI SUL RIMEDIO ALL'ERRORE GIUDIZIARIO

Risulta assegnato in data 25 ottobre 2016 alla Commissione Giustizia del Senato in sede referente il d.d.l. S. 2531, presentato dal sen. Buemi e recante «*Disposizioni sul rimedio all'errore giudiziario*»: è costituito da tre articoli che si propongono di positivizzare le ipotesi di "errore giudiziario" al cui verificarsi lo Stato è chiamato a porre rimedio risarcitorio.

L'obiettivo è quello di regolare fattispecie di danno diverse da quelle già conosciute, come la riparazione per l'ingiusta detenzione, che presuppone la perdita della libertà, la riparazione dell'errore giudiziario di cui all'art. 643 c.p.p., che presuppone che il proscioglimento sia intervenuto in sede di revisione, oppure la riparazione del danno *ex l. 24 marzo 2001, n. 89*, che si limita a riconoscere un'equa riparazione in caso di violazione del termine di durata ragionevole del processo.

Infatti, come risulta dalla *Relazione di accompagnamento*, si vuole tutelare, tipizzandola, la fattispecie di «danno alla salute – unitamente a quella del danno alla vita di relazione – derivante dalla sottoposizione ad un giudizio rivelatosi infondato per assoluzione o proscioglimento dell'imputato».

L'art. 1 della proposta definisce ciò che costituisce errore giudiziario, individuando ben cinque ipotesi, alcune delle quali del tutto inedite, come quella *sub lett. a)* (l'iscrizione nel registro generale delle notizie di reato del nominativo di un soggetto che, al termine dell'indagine preliminare, sia "proscioltto") e *sub lett. b)* (l'iscrizione nel registro generale delle notizie di reato del nominativo di un soggetto che, al termine del processo, sia assolto con sentenza passata in giudicato perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso). Le altre tre ipotesi, invece, sembrano riecheggiare le previsioni di cui agli artt. 314 e 643 c.p.p., sia pur ampliandone la portata: la risarcibilità del danno è prevista anche per i casi di assoggettamento a misure cautelari reali (*lett. c)* e – quando è pronunciata sentenza di proscioglimento a seguito di accoglimento della richiesta di revisione – il ristoro si estende sino a ri-

comprendere tutte le “altre conseguenze penali della condanna” peraltro derivanti dalla mera iscrizione nel registro generale delle notizie di reato (lett d ed e).

A livello procedurale (art. 3), per le ipotesi di errore giudiziario delineate dalle lett. a), b) e d), è il giudice competente ai sensi della l. n. 89 del 2011 ad accordare, con le modalità dell’azione prevista dall’art. 2043 c.c., il risarcimento dovuto per le negative conseguenze personali e familiari, sempre che l’indagato o l’imputato non abbiano dato causa all’errore per dolo o colpa grave; mentre per quelle sub e), si fa rinvio espresso alle regole di cui agli artt. 643 e ss. c.p.p.

Infine, l’art. 2 si occupa della rifusione delle spese processuali sostenute, da liquidarsi direttamente con la sentenza che – pronunciando l’assoluzione o il proscioglimento – riconosce l’erroneità dell’inizio del procedimento penale. In ultimo, il meccanismo delle compensazioni, di cui all’articolo 9 del d.l. 8 aprile 2013, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 giugno 2013, n. 64 viene esteso anche a questa.

Vale la pena ricordare come la proposta di prevedere la rifusione delle spese processuali sostenute per effetto del procedimento penale – ivi ricomprese anche quelle derivanti dall’espletamento delle indagini difensive – non rappresenti una novità, in quanto, già in tempi recenti, sono stati presentati d.d.l. speculari sul punto (v. d.d.l. S. 2153).

Non vi è dubbio che, soprattutto nel caso di proscioglimento, il processo penale incida sulle condizioni morali, familiari ed economiche di chi è ad esso ingiustamente sottoposto, ma il diritto di farsi rimborsare le spese sostenute non ha mai trovato riconoscimento nella giurisprudenza interna ed europea, se non limitatamente ai non abbienti.

Pertanto, appare arduo, soprattutto nelle attuali contingenze economiche, preconizzare che tale previsione, al pari delle altre contenute nella proposta, possa diventare legge.

CORTI EUROPEE

EUROPEAN COURTS

di Francesco Trapella

NE BIS IN IDEM E REATI TRIBUTARI

(Corte e.d.u., Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia)

Il principio del *ne bis in idem* sostanziale non è violato allorché una persona, già perseguita dall'amministrazione tributaria per illeciti fiscali e punita con una sovrattassa di un certo ammontare, sia assoggettata a processo penale – con le relative conseguenze sanzionatorie – per le medesime violazioni, quando queste costituiscano reato. Occorre – dice la Corte – che tra i due procedimenti, tributario e penale, sussista una «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta».

Quanto ora prefigurato non rappresenta la duplicazione di sanzioni per uno stesso fatto, ma, al contrario, descrive un meccanismo di accertamento e di repressione, integrato tra amministrazione fiscale e giustizia penale, idoneo ad evitare in una possibile sanzione, avente natura complessa e, quindi, incorporante sia i caratteri tipici della pena, sia i connotati propri della sanzione tributaria: nel caso di specie, quest'ultima era costituita da una sovrattassa pari al 30% dell'imposta non versata.

Sempre in via preliminare, va meglio compreso che cosa significhi «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta», atteso che proprio questo è il requisito cui la Corte ricollega la compatibilità di un sistema siffatto rispetto all'art. 4 del Settimo protocollo addizionale alla Cedu.

Sicuramente tale è quello nel quale un unico soggetto compie l'accertamento dell'illecito ed è in grado di applicare tanto la sanzione penale quanto quella tributaria; la Corte, però, non impone agli Stati la creazione di giudicanti abilitati alla gestione del procedimento penale e di quello fiscale, restando sicuramente possibile affidare il primo alla magistratura e il secondo all'amministrazione tributaria.

In quest'ultimo caso – invero, più frequente del primo, nelle esperienze giuridiche europee – è necessario che vi sia una continua interazione tra le due autorità, così che la provvista probatoria reperita dall'una sia d'ausilio all'attività dell'altra; in tal modo – continua la Corte – potrà scongiurarsi il rischio di sproporzionate conseguenze dell'illecito: l'autorità che conclude l'accertamento per ultima, saprà tenere in conto la sanzione applicata da quella che per prima ha esaurito la propria attività.

È, poi, di capitale importanza che, nella logica del sistema integrato, ognuno dei due procedimenti sia diversamente connotato e finalizzato a rilevare e a perseguire differenti aspetti della medesima condotta antisociale; del pari, l'avvio di un duplice accertamento dev'essere conseguenza prevedibile della condotta.

In particolare, sotto il primo dei due profili ora ricordati, la ricognizione fiscale operata dall'amministrazione tributaria sarà rivolta ad acclarare aspetti estranei all'«*hard core of criminal law*» (§ 133 della sentenza che si annota, che riprende il linguaggio di Corte e.d.u., 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*): d'altro canto, il procedimento amministrativo sfugge ai criteri del giusto processo – e, quindi, impressi nell'art. 6 Cedu – che animano, invece, il giudizio su fatti penalmente rilevanti. Ecco perché la Corte riferisce di un “nocciolo duro” e distingue tra gli aspetti che propriamente devono essere valutati dal giudice penale, nel contraddittorio tra le parti, e quelli che possono essere rimessi all'inquisitorietà – e all'unilateralità – fisiologica dell'accertamento amministrativo.

Ultimo tra i criteri individuati dal giudice strasburghese è la «*connection in time*» (§ 134). Non è necessaria una contestualità cronologica delle procedure, ossia che le medesime procedano in parallelo: occorre, più genericamente, che i due accertamenti si svolgano in modo tale che, concluso il primo, il secondo – come già detto – possa tenere conto delle risultanze del precedente e, quindi, non esponga l'interessato ad incertezze circa le conseguenze degli illeciti commessi.

Per tal ragione, il sintagma «*connection in time*» potrebbe tradursi come *connessione cronologica e logica* dei due procedimenti: la loro vicinanza nel tempo evita l'infrazione del parametro convenzionale, permettendo l'interazione tra le due autorità; per converso, detta interazione non è possibile, allorché vi sia uno sfasamento tale da portare una delle due procedure a conclusione, magari mentre l'altra ancora deve cominciare o è in uno stadio iniziale, così da promettere di svilupparsi secondo una direzione autonoma rispetto all'esame condotto dall'altra autorità.

Chiariti i principi di diritto cui la Corte ancora l'applicabilità dell'art. 4 del Settimo Protocollo addizionale alla Cedu, bisogna ripercorrere velocemente i fatti per capire se, nei casi di specie, v'è stata violazione del principio del *ne bis in idem*.

Il primo ricorrente è A., cittadino norvegese che nel 2007 viene arrestato per mancata dichiarazione dei proventi derivatigli da alcune transazioni svolte all'estero; A. dichiara di avere compiuto tali operazioni, ma nega ogni responsabilità penale. Nel 2008, a distanza di un mese, A. viene rinviato a giudizio e condannato dall'amministrazione tributaria a pagare il 30% dell'importo non dichiarato. L'odierno istante versa integralmente la somma e, nel 2009, viene condannato ad un anno di reclusione per frode fiscale. Il giudice penale, in motivazione, specifica di avere tenuto conto dell'avvenuto pagamento della sanzione tributaria. A. ricorre in appello e davanti alla Suprema corte, lamentando violazione del *ne bis in idem*, tuttavia entrambe le impugnazioni vengono rigettate.

La Suprema corte, in particolare, riconosce la sostanziale connessione tra i procedimenti penale e tributario, ma rifiuta di annullare la condanna ad un anno di reclusione, ritenendo che sia compatibile con la normativa interna e convenzionale la situazione in cui taluno subisca un giudizio penale contestuale all'accertamento fiscale, laddove la fattispecie all'esame delle due autorità abbia i connotati dell'illecito criminale e della violazione tributaria. Anche, poi, a riconoscere alla sovrattassa del 30% un valore di sanzione sostanzialmente penale – ciò che comunque la Suprema corte norvegese riconosce –, il principio espresso dall'art. 4 del Settimo Protocollo addizionale alla Cedu va applicato senza eccezioni ai soli procedimenti consecutivi – in cui, cioè, il secondo si sia aperto, una volta chiuso il primo – ma non in casi come quello in argomento, in cui le due procedure si sono svolte parallelamente, sfociando in una sanzione che rappresenta l'esito di un accertamento integrato tra autorità diverse, frutto dell'esigenza di chiarire vari aspetti di una identica vicenda.

In sintesi estrema, dunque, per parlare di un *bis in idem* non basta accertare il sostanziale carattere penale della sanzione applicata dall'autorità amministrativa, ma – dice la Suprema corte norvegese – va considerata anche l'eventuale connessione – e, quindi, la contestualità logica – tra i due procedimenti penale e tributario.

Identico è il caso del secondo ricorrente, B. Anch'egli cittadino norvegese, è coinvolto nella medesima indagine che interessa A.; condannato a pagare all'amministrazione fiscale una somma pari al 30% dell'imposta evasa, nel dicembre 2008, B. paga il dovuto, così chiudendo il procedimento tributario. Il mese prima era stata esercitata l'azione penale e, nel settembre 2009, il giudice lo condanna ad un anno di reclusione, dichiarando in motivazione di avere tenuto conto dell'avvenuta corresponsione della sanzione fiscale.

Anche per B., corte d'appello e Suprema corte rigettano le doglianze esperite contro la condanna, ribadendo che non vi è stata infrazione del *ne bis in idem*: sono integralmente richiamate le ragioni già considerate per A.

I due ricorrenti ricorrono alla Corte di Strasburgo, lamentando violazione dell'art. 4 del Settimo Protocollo.

La soluzione del quesito posto ai giudici europei postula di considerare i c.d. *criteri Engel*, elaborati dalla Suprema corte in una sentenza del 1976 (appunto, *Corte e.d.u.*, 23 novembre 1976, *Engel c. Paesi Bassi*): per la definizione della materia penale e, quindi, per assicurare un trattamento uniforme delle violazioni criminali in tutto il territorio europeo, bisogna considerare: a) la classificazione dell'illecito nell'ordinamento nazionale; b) l'intrinseca natura dell'illecito; c) la severità della sanzione applicabile.

Coordinando quanto ora ricordato con le considerazioni svolte in apertura, è innegabile che nell'ordinamento norvegese gli illeciti contestati ai due ricorrenti avessero (anche) natura penale. Si badi: l'uso del connettivo "anche" è essenziale, posto che l'infrazione offendeva sia interessi erariali – atteso che venivano versate meno imposte di quanto dovuto –, sia esigenze protette da una norma penale. Tanto bastava a giustificare l'avvio di un accertamento tributario e, contestualmente, di un giudizio penale, ma tanto motiva la considerazione dei giudici penali che hanno espressamente dichiarato di

avere tenuto in conto, nell'irrogare la sanzione, di quanto già versato dagli imputati in sede tributaria. Questo rilievo si riverbera sul concetto di *severità*, elaborato dalla sentenza *Engel*, contribuendo ad avvalorare la tesi per cui, nel caso di A. e B., non v'è stata violazione del *ne bis in idem*.

Ma si proceda oltre.

La Suprema corte norvegese, nel vagliare il caso di A., prende in esame la sentenza *Corte e.d.u.*, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, così stravolgendo la propria precedente giurisprudenza interna. E, difatti, nel 2006 la Suprema corte dichiarava di escludere il *bis in idem* tra le condotte idonee ad avviare l'accertamento tributario per evasione fiscale e le altre, costituenti frode, penalmente rilevanti. L'argomento impiegato dai giudici di legittimità era l'intrinseca diversità degli elementi costitutivi dei due illeciti, fiscale e criminale. Tale orientamento viene riconsiderato alla luce dei *dicta* europei: la sentenza *Zolotukhin* si concentra sulla nozione di «*stesso fatto*», di cui all'art. 4 del Settimo Protocollo. In particolare, al § 63, la decisione del 2010 specifica: «dal momento che è in questione lo stesso comportamento da parte dello stesso imputato ed entro lo stesso lasso di tempo, la Corte è tenuta a verificare se i fatti di reato per il quale il ricorrente è stato condannato fossero identici o sostanzialmente gli stessi».

La valutazione alla quale invitano i giudici strasburghesi è di tipo sostanziale: per capire se si tratta o meno dello stesso fatto, bisogna considerare il lasso di tempo, il soggetto che ha commesso le violazioni contestate e, quindi, l'«elemento centrale» degli addebiti (§ 64 della sentenza *Zolotukhin*). Altrimenti detto, non basta considerare formalmente l'elenco degli elementi costitutivi, posto a disposizione dalle norme penali e tributarie, così da convincersi circa la diversità dei fatti contestati.

Nel caso di A., quindi, i giudici di legittimità norvegesi fanno proprie le argomentazioni della decisione *Zolotukhin* e, combinandole con i criteri *Engel* qui sopra rammentati, giungono ad attribuire natura penale alla sovrattassa del 30% inflitta all'odierno ricorrente. La Corte, però, sposta il *focus* su un'altra questione, distinguendo tra procedimenti paralleli e conseguenti – a seconda, quindi, che si siano svolti contestualmente o, invece, l'uno si sia avviato a conclusione dell'altro – e, in ragione di ciò, varia la sfera (*rectius*: le modalità) di applicazione dell'art. 4 del Settimo Protocollo e, quindi, del principio del *ne bis in idem*.

La Corte Suprema norvegese riprende alcune decisioni strasburghesi che declinano il criterio della *sufficiently close connection* (*Corte e.d.u.*, 13 dicembre 2005, *Nilsson c. Svezia*, per cui «mentre le due diverse sanzioni sono state imposte da due diverse autorità, in procedimenti diversi, sussiste una connessione, sufficientemente stringente, nella sostanza e nel tempo, da considerare il ritiro della patente come conseguenza, in base al diritto svedese, della guida in stato di ebbrezza»).

Il paragone calza: se ad esito di un controllo, il guidatore viene sorpreso in condizione di ubriachezza, sono ammissibili sia la sospensione della patente – quale esito del procedimento amministrativo –, sia l'applicazione delle sanzioni penali previste dall'ordinamento in considerazione di un fatto che esorbita sicuramente i confini della sola infrazione stradale, offendendo interessi protetti da norme penali.

L'importante – dicevano i giudici strasburghesi – è che ci sia una connessione anche di tempo tra i due procedimenti: tornano i rilievi già sviluppati sul sintagma «*connection in time*» (§ 134 della pronuncia qui annotata), e l'interrelazione tra gli accertamenti va concepita in senso cronologico e logico. Esattamente come sarebbe, nel nostro ordinamento, di fronte alla violazione dell'art. 186 del codice della strada, allorché il prefetto ordinasse la sospensione della patente per un certo numero di mesi contestualmente all'indagine condotta dal pubblico ministero in ordine agli aspetti penali della vicenda.

Focalizzare l'attenzione su tale criterio è essenziale. Torniamo all'esempio della guida in stato di ebbrezza: se non si inquadrasse il rapporto tra procedimenti penale e amministrativo come qui proposto, vista l'afflittività della sospensione della patente di guida e considerati i sicuri punti di contatto tra quella specifica conseguenza e le altre, applicabili in sede penale – non ultima, quella dei lavori di pubblica utilità, il cui positivo compimento permette di dimezzare il periodo di sospensione della patente –, si potrebbe attribuire alla temporanea interdizione alla guida natura di pena sostanziale e, per questo solo fatto, bloccare il giudizio penale poiché rivolto ad applicare una seconda sanzione criminale.

La conclusione è ovviamente inaccettabile, eppure la Corte europea, in altre occasioni (ad esempio, *Corte e.d.u.*, 14 maggio 2015, *Grande Stevens c. Italia*) aveva agganciato il principio del *ne bis in idem* al perdurare di un secondo accertamento quando il primo fosse stato concluso, beninteso allorché entrambe le procedure avessero ad oggetto gli stessi fatti e fossero idonee a concludersi con l'applicazione di sanzioni sostanzialmente penali nel senso poco fa considerato.

Ebbene, se l'esito di una tale argomentazione non desta troppa meraviglia parlando di reati tributari, sicuramente la sua inadeguatezza si svela anche agli occhi del profano della materia penale, rapportandola alla guida in stato di ebbrezza, fattispecie fin troppo frequente, nella quale l'accertamento della prefettura si conclude sempre prima di quello penale.

Così, se è vero che molti Paesi europei adottano il sistema del doppio binario, specialmente nelle materie fiscali, ambientale e della pubblica sicurezza (§ 118 della sentenza qui in commento), lo è del pari che tali Nazioni riconoscono in Costituzione il principio del *ne bis in idem* o comunque concepiscono la possibilità del duplice accertamento in conformità al dettato costituzionale: ciò giustifica – dice la Corte – il fatto che sei tra gli Stati firmatari del Settimo Protocollo aggiuntivo alla Cedu – che, quindi, riconoscono il principio del *ne bis in idem* – sono corsi a sostegno del governo norvegese nel caso che ora ci occupa.

Insomma, è necessario scrivere i rapporti tra procedimenti penale e amministrativo in modo puntuale, evitando il ricorso a criteri eccessivamente generali che possano, poi, produrre conseguenze inaccettabili sul piano pratico: ecco, allora, che ben si motiva l'operazione condotta dai giudici di legittimità norvegesi, che hanno ricostruito l'intera giurisprudenza europea sul *ne bis in idem*, avvalendosi dei criteri *Engel* e modificando un proprio, semplicistico, precedente orientamento.

È possibile, quindi, comprendere le conclusioni della Corte strasburghese, che attesta l'assenza di un pregiudizio per A. e per B. in ragione del duplice procedimento subito: non c'è violazione dell'art. 4 del Settimo Protocollo, né la sanzione è stata eccessivamente severa, considerata la positiva interrelazione tra accertamenti criminale e tributario, oltre alla considerazione della somma pagata in sede fiscale nel calcolo della condanna penale.

Qualche parola merita, infine, la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque.

Dopo una prima parte in cui vengono ricostruite *ratio* e disciplina del principio del *ne bis in idem*, il giudice sviluppa la tesi per cui la decisione ora commentata stravolge l'eredità della sentenza *Zolotukhin*, riducendo il criterio della *sufficiently close connection* a qualcosa di facilmente manipolabile in base alle impressioni dell'interprete. In altre parole, secondo il dissenziente, la Corte strasburghese avrebbe dato la possibilità di applicare il divieto di *bis in idem* in maniera tutt'altro che certa, giungendo a sancire la compatibilità con il Settimo Protocollo di una situazione in cui venivano applicate due sanzioni aventi, entrambe, le medesime finalità: tanto la sovrattassa imposta ad A. e a B. quanto la pena detentiva espleterebbero una duplice funzione generalpreventiva di intimidazione e retributiva, venendo meno il diverso finalismo preteso dalla Corte Suprema norvegese attraverso il richiamo alla decisione *Zolotukhin*.

Insomma, secondo il giudice Pinto, il *ne bis in idem* è stato ridotto ad un diritto «*fluid, narrowly construed, in one word illusory*» (§ 80 della *dissenting opinion*): insomma, ad una situazione giuridica del tutto incerta.

Sicuramente siamo lontani da un punto fermo in materia di rapporti tra decisioni definitive, penali e non. Il tema è di capitale importanza: già le conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *Fransson* (chiuso con sentenza C. giust. U.E., 26 febbraio 2013, C-617/10) sottolineavano la quantità di ambiti in cui, negli ordinamenti europei, occorre il doppio binario tra accertamenti penali e amministrativi. Le categorie di "stesso fatto" e di "sanzione sostanzialmente penale" necessitano di una solida esegesi, proprio per evitare, da un lato, l'indebita sottoposizione di persone ad un duplice processo, e, dall'altro, l'altrettanto ingiustificato blocco dell'attività giudiziaria penale, magari convogliando l'accertamento del fatto verso moduli inquisitori quali sono quelli tipici del procedimento amministrativo.

CARENZA DI SPAZI INDIVIDUALI IN CARCERE

(Corte e.d.u., Grande Camera, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*)

La Corte di Strasburgo ritorna sul tema del sovraffollamento carcerario: come è noto per il solo fatto delle tante decisioni che hanno interessato il nostro Paese per questa problematica, l'insufficiente spazio posto a disposizione dall'amministrazione carceraria al detenuto causa violazione dell'art. 3 Cedu, sostanzialmente in un trattamento inumano e degradante.

I giudici europei declinano il principio, individuando alcune situazioni in rapporto alle quali è presunta l'infrazione del parametro convenzionale ed altre, in cui al ricorrente è richiesto di allegare elementi ulteriori al numero dei metri quadri entro i quali egli è stato costretto.

Sotto un primo profilo, secondo la Corte, «la presunzione di violazione dell'art. 3 Cedu sussiste allorché l'interessato dispone di meno di tre metri quadri di spazio personale all'interno di una cella collettiva» (§ 129 della sentenza che si annota). È richiamato un importante precedente: *Corte e.d.u., 10 gennaio 2012, Ananyev c. Russia*, per il quale, appunto, «ogni detenuto deve disporre di uno spazio personale per dormire nella cella, ogni detenuto deve disporre al meno di tre metri quadri di spazio, e la superficie totale della cella deve permettere ai detenuti di muoversi liberamente tra i mobili» (passaggio citato dal § 45 della sentenza in commento che richiama, altresì, un *Rapporto Generale sulle condizioni detentive in Croazia (no U-X-5464/2012, 12 giugno 2014)*).

Circa una situazione siffatta, l'onere della prova spetta al Governo resistente: la presunzione di trattamento inumano e degradante, infatti, è superabile qualora l'esecutivo attesti l'esistenza di elementi idonei a compensare la carenza di spazio, rendendo accettabile la permanenza del detenuto in carcere.

Così, nonostante lo spazio individuale inferiore alla soglia dei tre metri quadri, non c'è violazione dell'art. 3 Cedu se:

1. la restrizione del detenuto in ambienti ove abbia a disposizione meno di tre metri quadri è occasionale e limitata a brevi lassi temporali;
2. il detenuto può circolare liberamente al di fuori della propria cella e svolgere attività in spazi adeguati;
3. le condizioni del carcere sono globalmente accettabili e la detenzione non è accompagnata da altre condizioni definibili come potenzialmente contrarie all'art. 3 Cedu.

La prova di tali circostanze – elencate dal § 138 della sentenza in argomento – grava sullo Stato, considerata l'estrema gravità di una situazione in cui taluno sia costretto a vivere in spazi così angusti quali sono quelli or ora considerati.

Altro caso è quello nel quale l'ambiente di reclusione sia di ampiezza compresa tra i tre e i quattro metri quadri. In tali casi – dice la Corte – c'è infrazione dell'art. 3 Cedu quando la mancanza di spazio si accompagna ad altre cattive condizioni materiali di prigionia: «impossibilità di accedere a spazi all'aria aperta, scarsa ventilazione, temperatura troppo bassa o troppo alta nei locali, mancanza di intimità nei bagni o cattive condizioni igienico-sanitarie» (§ § 106 e 139 della sentenza in nota).

In ultimo, nelle ipotesi in cui il detenuto abbia più di quattro metri quadri a propria disposizione, la valutazione del rispetto dell'art. 3 Cedu concerne comunque tutti gli altri elementi sin qui elencati, essendo onere del ricorrente attestare l'inadeguatezza delle proprie condizioni di prigionia (§ 140).

Ricostruita la giurisprudenza della Corte strasburghese, è possibile ripercorrere i tratti essenziali del caso di specie.

Il ricorrente è un cittadino croato, Kristijan Muršić, che ha trascorso ventisette giorni consecutivi – dal 18 luglio al 13 agosto 2010 – in una cella con spazio individuale pari a 2.62 metri quadri; alla base delle sue doglianze v'erano, altresì, altri periodi – non continuativi e compresi nel lasso temporale dal 16 ottobre 2009 al 16 marzo 2011 – trascorsi nei penitenziari di Turpolje e di Bjelovar, in Croazia, in celle con spazi personali inferiori ai tre metri quadri.

È bene sottolineare, poi, che una parte del predetto periodo di detenzione veniva trascorsa in spazi individuali di estensione compresa tra i 3.38 e i 3.56 metri quadri, dunque superiore alla soglia già individuata dalla giurisprudenza strasburghese per designare una prigionia come trattamento contrario all'art. 3 Cedu.

Ed infatti i giudici europei distinguono tra:

- a) periodo di ventisette giorni consecutivi in cui il ricorrente era costretto in uno spazio individuale inferiore ai tre metri quadri;
- b) periodi non continuativi in cui il ricorrente era costretto in uno spazio individuale inferiore ai tre metri quadri;
- c) periodi non continuativi in cui il ricorrente era costretto in uno spazio individuale di area compresa tra i tre e i quattro metri quadri.

Per il lasso di tempo *sub a)*, la Corte europea non ritiene che le argomentazioni comunque offerte dal governo croato bastino a superare la presunzione di contrarietà all'art. 3 Cedu, di talché quel periodo va ritenuto come trattamento degradante, avendo il ricorrente patito una detenzione in un luogo assolutamente inadeguato all'umana permanenza.

Diverso è il discorso per le situazioni descritte *sub b)* e *c)*.

Per i periodi non continuativi – di durata ciascuno inferiore agli otto giorni – in celle con spazi personali inferiori ai tre metri quadri, la Corte rileva l'esistenza di alcuni fattori "allevianti", come la libertà di movimento in spazi aperti, la possibilità di beneficiare della luce del sole, le condizioni igieniche di docce e servizi sanitari e le globali condizioni dell'istituto penitenziario. Tali elementi, apportati dal governo croato, uniti alla scarsa durata della permanenza del ricorrente in quegli spazi, bastano ad escludere l'infrazione dell'art. 3 Cedu.

Per ciò che concerne il lasso temporale trascorso in spazi personali di estensione superiore ai tre metri quadri, la Corte ha evidenziato la persistente sussistenza dei fattori sopra individuati, accompagnati dal fatto che viene qui superato il parametro minimo di accettabilità riferibile all'estensione degli spazi individuali riservati ai detenuti. Anche qui, pertanto, non appare violato l'art. 3 Cedu.

Alcuni dati procedurali meritano di essere sottolineati.

In primis, tale pronuncia riforma in parte quella resa lo scorso 12 marzo dalla Camera in qualità di giudicante in prima istanza. *In secundis*, mentre la decisione sul periodo di restrizione in spazi personali di 2.62 metri quadri è stata adottata dalla Grande Camera all'unanimità, le statuizioni sugli altri periodi di reclusione sono state prese a maggioranza. In particolare, per ciò che riguarda il periodo sopra descritto alla lett. b), la decisione era adottata a maggioranza di dieci voti contro sette; mentre la non infrazione dell'art. 3 Cedu per il tempo trascorso in spazi superiori ai tre metri quadri era avallata da tredici voti contro quattro.

Meritano attenzione le *dissenting opinions*, in particolare quella del giudice Pinto de Albuquerque, in base alla quale i fattori ritenuti compensativi della carenza degli spazi dovrebbero essere prerogativa di qualsivoglia penitenziario e, quindi, considerabili alla stregua di prerequisiti inderogabili di ogni periodo di prigionia e, come tali, insuscettibili di essere bilanciati con l'irrimediabile carenza di spazi individuali e, per questa via, tali da escludere la violazione dell'art. 3 Cedu. Sull'eccezionalità delle circostanze che permettono di superare la presunzione di non-umanità della detenzione si concentra, altresì, l'opinione dei giudici Sajò, Lopez Guerra e Wojtyczek. Secondo i giudici Lazarova Trajkovska, De Gaetano e Grozev lo *standard* minimo di umanità dev'essere fissato non ai tre, bensì ai quattro metri quadri di area degli spazi personali riservati a ciascun detenuto: così, peraltro, si esprime il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti, nel rapporto CPT/Inf/C (2015) 44 del 15 dicembre 2015, intitolato, nella sua versione ufficiale francese *Espace vital par détenu dans les établissements pénitentiaires: Normes du CPT*.

La valutazione dell'esegesi operata dalla Corte strasburghese circa il parametro dell'art. 3 Cedu ha diretta ripercussione sulle questioni interne nostrane: l'art. 35-ter ord. penit., infatti, riferisce di rimedi risarcitori alla violazione di quella norma convenzionale nei confronti di detenuti o di internati: il rinvio ai parametri europei invocati diventa inevitabile; la sentenza appena commentata offre un utile completamento ai tanti *dicta* che, nel recente passato, hanno interessato l'Italia e, per questa via, alla lettura dei diritti riconosciuti ai reclusi dall'ordinamento penitenziario.

ASSENZA DEL DIFENSORE DURANTE L'INTERROGATORIO DI POLIZIA

(Corte e.d.u., Grande Camera, 13 settembre 2016, Ibrahim e altri c. Regno Unito)

La vicenda che si pone alla base della pronuncia annotata è intimamente connessa agli attentati londinesi del luglio 2015: come si ricorderà, una prima bomba, esplosa in un'area adibita al trasporto metropolitano della capitale britannica, cagionò cinquantadue morti e il ferimento di numerose persone (7 luglio 2015); poche settimane più tardi, altre quattro bombe inesplose furono reperite a Londra e la strage fu evitata unicamente per l'inefficienza dell'organizzazione terroristica (21 luglio 2015).

Tre cittadini somali furono arrestati per i fatti appena ricordati; in base al *Terrorism Act* del 2000, gli stessi sono stati sottoposti a *safety interviews*, ossia ad interrogatori di polizia condotti nell'immediatezza del fatto al fine di scongiurare eventuali aggravati del reato, consumato o tentato, contro la pubblica sicurezza.

In base alla normativa britannica, l'urgenza di tali colloqui è tale da potere essere questi svolti in assenza di legale o in un momento precedente a quello nel quale l'interessato abbia potuto domandare un parere giuridico ad un esperto.

I tre arrestati non furono assistiti da legali durante le *safety interviews*: in esse, costoro negarono ogni cognizione degli eventi loro addebitati, in particolare di quelli riferibili al 21 luglio 2015 su cui la polizia

inglese stava indagando. Al processo le dichiarazioni urgenti, rese alla polizia furono ritenute utilizzabili; in quel contesto, i tre riconobbero, però, il loro coinvolgimento negli eventi, pur, però, specificando di nulla entrarci nell'organizzazione dell'attacco esplosivo. In primo grado furono condannati ad una pena della reclusione di durata minima pari a quaranta anni.

Un quarto soggetto, tale Abdurahman, fu sentito dalla polizia come testimone: in questa fase, gli agenti raccolsero una sua dichiarazione. Successivamente, acclarato il suo coinvolgimento negli eventi terroristici di cui si tratta, fu arrestato e gli fu offerta assistenza legale.

La dichiarazione già resa come testimone fu ritenuta utilizzabile dal giudice di primo grado, che lo condannò a dieci anni di reclusione; pena, poi, ridotta in appello ad otto anni.

Così descritti sommariamente i fatti, il punto è questo: quanto dichiarato dai quattro alla polizia, in assenza di un legale, è stato utilizzato in processo. Gli interessati lamentano la violazione dei principi dell'equo processo, essendosi le condanne fondate sulle dette asserzioni e, quindi, su *dicta* raccolti dalle forze dell'ordine in spregio al diritto alla difesa riconoscibile a chiunque proprio in base all'art. 6 Cedu.

La questione fu risolta dalla Camera, in qualità di giudice di prima istanza, con sentenza del 16 dicembre 2014: lì, con una maggioranza di sei giudici contro uno, si stabiliva che non v'era violazione degli artt. 6, paragrafi 1 e 3, lett. c), Cedu. La gravità degli eventi che determinarono l'agire della polizia era tale da ammettersi deroghe ai diritti individuali, tutte nel segno della tutela della pubblica sicurezza. Peraltro, il processo ai quattro terroristi si è svolto nell'assoluto rispetto delle regole procedurali: i primi tre hanno potuto controesaminare ogni teste avverso e, più in generale, avvalersi del diritto alla prova contraria rispetto ad ogni elemento accusatorio. Il quarto, benché assistito da un legale, non ha mai ritrattato la propria dichiarazione, resa ancora quando era considerato un semplice testimone e, dunque, non sospettato di avere partecipato all'organizzazione degli attacchi londinesi del luglio 2005.

Su richiesta di due dei tre soggetti già inizialmente arrestati e di Abdurahman, il 1° giugno 2015 la questione è stata rinviata alla Grande Camera, che l'ha risolta con la pronuncia dello scorso 13 settembre.

La Grande Camera distingue le posizioni dei primi tre rispetto a quella di Abdurahman.

Per i primi, con quindici voti contro due, viene dichiarata insussistente la violazione dell'art. 6, paragrafi 1 e 3, lett. c), Cedu; ciò che si ritiene, invece, per il quarto.

I primi tre – accusati fin dal principio di avere preso parte agli attentati del 2005 – soggiacciono ad una logica di bilanciamento. L'emergenza "terrorismo" è una realtà in Europa: in nome di essa, sono sicuramente ammissibili compressioni dei diritti processuali degli accusati, e in tal direzione vanno lette le regole del *Terrorism Act* sulle *safety interviews*.

In tal contesto, non può che farsi riferimento ai criteri enucleati dalla Corte nella sentenza *Corte e.d.u., 27 novembre 2008, Salduz c. Turchia*: di qui in avanti, semplicemente, *criteri Salduz*.

In base a questo arresto, già dai primi momenti dell'indagine in cui taluno sia coinvolto quale accusato, dev'essere assicurata l'assistenza legale; detta regola subisce deroghe solamente in caso di eventi eccezionali, altrimenti pregiudicandosi l'equità complessiva dell'accertamento, che sarà inevitabilmente influenzato da dichiarazioni rese senza una preventiva consultazione tra l'interessato e il suo difensore. È *self-evident* come i criteri *Salduz* abbiano un'importanza capitale anche nella gestione del mandato difensivo, atteso che, in assenza di un legale fiduciario, dovrà esserne individuato uno d'ufficio, prontamente disponibile.

V'è, poi, da domandarsi quali connotati debba avere l'evento eccezionale capace di aggirare le prescrizioni ora rammentate.

Di per sé il timore di nuovi attentati terroristici e la necessità di garantire la pubblica sicurezza sul territorio europeo bastano a configurare una *compelling reason* secondo i criteri *Salduz* per aggirare la prescrizione della necessaria assistenza difensiva. La sentenza *Salduz*, però, impone un vaglio ancora più stringente: lo si comprende bene, leggendo la *partly dissenting opinion* dei giudici Hajiyevev, Yudkivska, Lemmens, Mahoney, Silvis e O' Leary.

Non basta, infatti, individuare un elemento di eccezionale gravità, in grado di scardinare l'impianto delle garanzie difensive tradizionalmente offerte all'accusato; occorre valutare, altresì, se e in quale misura le dichiarazioni rese in assenza di un legale abbiano avuto ripercussioni sulla parte rimanente dell'accertamento. Si pone, dunque, un problema di causalità della potenziale violazione rispetto al complessivo contenuto della sentenza.

Se la condotta processuale conferma il contenuto dei *dicta* dell'indagato sprovvisto di idonea difesa, il problema non si pone: nel caso dei primi tre attuali ricorrenti, infatti, il giudizio si svolgeva in una

dimensione di perfetta equità. In altre parole, i tre hanno avuto la possibilità – non pienamente sfruttata – di esercitare il diritto alla prova in proprio favore; in un simile contesto, non può certo dirsi che la condanna sia derivata *solo ed unicamente* dalle *safety interviews*. Assai diverso è il discorso per Abdurahman: la sua posizione, infatti, diverge poiché avrebbe dovuto essere *ab initio* sentito come indagato, e non già in quanto testimone: entra in gioco il diritto a non rendere dichiarazioni autoindizianti, sancito da ultimo dalla direttiva 2016/343/UE e, comunque, riconosciuto ormai a livello universale; si pensi – solo per fare un esempio, peraltro citato in sentenza – all’art. 55 dello Statuto di Roma.

Secondo la Corte, il diritto a non autoincriminarsi non è assoluto (§ 263 della sentenza qui citata): nel caso *de quo*, Abdurahman fu sentito come testimone e, nel corso dell’audizione, iniziò a rendere dichiarazioni contro se stesso. Lì, la polizia avrebbe dovuto arrestare il colloquio e invitarlo a nominare un difensore: non avendolo fatto, quanto occorso successivamente è stato influenzato dalla confessione dell’odierno quarto ricorrente, con l’inevitabile evento del suo rinvio a giudizio.

Ancora, i reati addebitati ad Abdurahman – dice la Corte (§ 311) – non erano di gravità comparabile ai delitti imputati ai primi tre ricorrenti, di talché non si ritiene, in quel caso, sussistente alcuna *compelling reason* in grado di aggirare il diritto alla difesa del ricorrente, né il governo britannico è stato in grado di spiegare le ragioni per le quali la polizia ha agito in spregio al *nemo tenetur se detegere*.

Dall’inquadramento complessivo della decisione derivano alcune *guidelines* da tenere in conto nella gestione di ogni vertenza in materia terroristica.

Anzitutto, nessuno dei diritti sanciti dall’art. 6 Cedu è assoluto, potendo venire meno in caso di eccezionali ragioni, evidentemente riconducibili all’esigenza di tutelare la sicurezza e l’ordine pubblici. L’onere di dimostrare la sussistenza di tali circostanze grava ovviamente sul governo resistente.

Una volta individuata la ragione motivante la deroga ai parametri convenzionali, occorre considerare il nesso tra l’atto compiuto in spregio ai diritti difensivi del ricorrente e la decisione finale, così da considerare la globale equità del processo cui lo stesso è stato sottoposto.

Sono gli stessi criteri già enucleati nella sentenza *Salduz* che, però, acquisiscono qui un’importanza e un interesse maggiori proprio in relazione al contesto in cui vengono applicati: l’emergenza del terrorismo proveniente da oltre Mediterraneo che, in questi anni, l’intera Europa sta vivendo.

LA NOZIONE DI “AUTORITÀ GIUDIZIARIA” RILEVANTE NEL PROCEDIMENTO APPLICATIVO DEL M.A.E.

(C. giust. UE, 10 novembre 2016, *Ruslans Kovalkovas*)

(C. giust. UE, 10 novembre 2016, *Halil Ibrahim Özçelik*)

Si parta dal principio di diritto: «la nozione di «autorità giudiziaria», di cui all’articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, è una nozione autonoma del diritto dell’Unione e tale articolo 6, paragrafo 1, dev’essere interpretato nel senso che osta a che un organo del potere esecutivo, quale il Ministero della Giustizia della Repubblica di Lituania, sia designato come «autorità giudiziaria emittente», ai sensi di tale disposizione, cosicché il mandato d’arresto europeo da esso emesso ai fini dell’esecuzione di una sentenza che infligge una pena privativa della libertà non può essere considerato una «decisione giudiziaria», ai sensi dell’articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, come modificata dalla decisione quadro 2009/299» (C. giust. UE, 10 novembre 2016, *Ruslans Kovalkovas*).

La procedura applicativa del mandato d’arresto europeo impone un controllo giudiziario: in ciò, essa si distingue da quella estradizionale, che affiancava al predetto vaglio un altro, di natura politico-amministrativa. Solo quest’ultimo era affidato all’esecutivo, essendo rivolto a verificare l’assenza di infrazioni ai diritti fondamentali – in linea più generale ai valori costituenti l’*ordine pubblico interno* – degli Stati coinvolti nella procedura. La valutazione del rispetto delle prerogative giudiziarie – ossia, la compatibilità della richiesta estradizionale o del mandato rispetto al giudizio, di cognizione od esecutivo, nel quale va ad inserirsi – è rimessa ad un’autorità giudiziaria tanto nell’*iter* estradizionale, quanto in quello descritto dalla decisione-quadro 2002/584/GAI.

Orbene, stante la peculiare natura del mandato d'arresto europeo, non può che garantirsi l'assoluta separazione tra poteri esecutivo e giudiziario.

Alla luce di tali considerazioni vanno lette le parole della Corte di giustizia che, in modo assolutamente convincente, spiega come il ministro della giustizia mai possa essere designato quale autorità giudiziaria emittente e, per diretta conseguenza, l'atto con cui egli dispone la consegna in esecuzione di una sentenza, non possa essere inteso come decisione giudiziaria.

Del resto, il mandato d'arresto europeo è strumento nato nel segno della fiducia tra apparati giudiziari di nazioni diverse: l'obiettivo è evitare il ricorso agli esecutivi, di talché il ricorso al giudice di un Paese dev'essere trattato allo stesso modo in tutti gli Stati dello spazio eurounitario.

Per chiarire il concetto di "decisione giudiziaria" ai sensi della decisione-quadro 2002/584/GAI appare, infine, utile riportare il principio di diritto di altra sentenza, resa dalla Corte di giustizia sempre il 10 novembre 2016: qui il riferimento non è alla distinzione tra i possibili ruoli dell'esecutivo e del giudiziario, ma all'attività investigativa che, compiuta sotto l'occhio vigile del pubblico ministero, consta allora di decisioni limitative della libertà personale e della convalida di esse. Ecco il precetto enucleato in calce alla pronuncia: «l'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, deve essere interpretato nel senso che costituisce una «decisione giudiziaria», ai sensi di tale disposizione, una convalida, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, da parte del pubblico ministero, di un mandato d'arresto nazionale precedentemente emesso, ai fini di azioni penali, da un servizio di polizia» (C. giust. UE., 10 novembre 2016, Halil Ibrahim Özçelik, causa C-453/16 PPU).

RITARDI ITALIANI NELL'ATTUAZIONE DEGLI STRUMENTI DI COOPERAZIONE PENALE EUROPEA, ANCHE IN TUTELA DELLA VITTIMA

(C. giust. UE, 11 ottobre 2016, Commissione c. Italia)

Anche qui, si parta dal principio di diritto: «la Repubblica italiana, non avendo adottato tutte le misure necessarie al fine di garantire l'esistenza, nelle situazioni transfrontaliere, di un sistema di indennizzo delle vittime di tutti i reati intenzionali violenti commessi sul proprio territorio, è venuta meno all'obbligo ad essa incombente in forza dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato».

La decisione tratteggia lo sconcertante stato dell'adempimento, per mano italiana, degli obblighi di attuazione dei provvedimenti eurounitari che definiscono strumenti di cooperazione penale contro il crimine transfrontaliero e in tutela delle vittime di reati sovranazionali.

Di sicuro non può concepirsi nei termini di un'attuazione il dettato della l. 7 luglio 2016, n. 122, che pure dedica alcune norme all'indennizzo delle vittime di reati internazionali violenti, tra cui l'art. 12 che lo riconosce a patto che l'offeso abbia un reddito non superiore a quello previsto per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato: insomma, si stabiliscono condizioni ignote alla normativa europea, che fanno naufragare, per parte nostrana, il progetto di un provvedimento unitario in favore delle vittime deboli della criminalità sovrastatale.

Da un semestre circa – con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 36 – l'Italia ha attuato la decisione-quadro 2009/829/GAI sul reciproco riconoscimento delle cautele diverse da quella custodiale: il termine per l'attuazione scadeva il 1° dicembre 2012. Ancora, sono note le carenze nel d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9, attuativo della direttiva 2011/99/UE sull'ordine europeo di protezione. In ultimo, il termine per recepire la Direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine scade il 22 maggio 2017, ma i progetti per definire un'organica e idonea normativa di attuazione sembrano ad oggi in alto mare.

La breve ricognizione, unita al richiamo alla decisione che qui si annota, attestano quanto ancora sia lunga la strada che il nostro Paese deve compiere nella direzione di un processo penale europeo, unico per garanzie rivolte ad accusato e vittima.

CORTE COSTITUZIONALE

di Wanda Nocerino

RESPONSABILE CIVILE E GIUDIZIO ABBREVIATO

(C. cost., sent. 7 ottobre 2016, n. 216)

La Corte costituzionale, con la sentenza del 21 settembre 2016 n. 200, depositata in data 7 ottobre 2016, dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 87, comma 3, c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., dal Tribunale ordinario di Palermo, lì dove la norma esclude il responsabile civile quando il giudice accoglie la richiesta di giudizio abbreviato. Nel motivare la decisione sull'infondatezza della questione, la Corte richiama la Relazione al Progetto Preliminare del codice di rito secondo cui l'esclusione automatica, «senza ritardo, anche d'ufficio», del responsabile civile in caso di procedimento abbreviato, trova giustificazione «nell'intento di non gravare tale tipo di giudizio, che dovrebbe essere caratterizzato dalla massima celerità, della presenza, non indispensabile, di soggetti la cui posizione può restare incisa solo sul piano privatistico dalla decisione penale».

Secondo i giudici costituzionali, nessun cambiamento a detta *ratio* giustificatrice può essere ingenerato dalle modifiche intervenute sulla disciplina del rito alternativo ad opera della l. 16 dicembre 1999, n. 479, la quale pur avendo previsto possibili integrazioni del materiale probatorio utilizzabile ai fini della decisione, tanto su istanza dell'imputato (art. 438, comma 5, c.p.p.), quanto per iniziativa officiosa del giudice (art. 441, comma 5, c.p.p.), non incidono sulla natura del rito che rimane pur sempre un modello alternativo al dibattimento; modello che, da un lato, si fonda sull'intero materiale raccolto nel corso delle indagini preliminari – in base al quale l'imputato accetta di essere giudicato – e, dall'altro, consente una limitata acquisizione di elementi meramente integrativi, sì da mantenere la configurazione di rito “a prova contratta” (ord. n. 57 del 2005). Di qui, la Corte evidenzia il perdurare de «il minor dispendio di tempo e di energie processuali rispetto al procedimento ordinario (che continua) ad essere un carattere essenziale del giudizio abbreviato» (sent. n. 115 del 2001), e dal quale deriva ancora oggi la ragione giustificativa dell'effetto premiale annesso al rito, consistente in una significativa riduzione della pena inflitta nel caso di condanna.

Quanto al diritto di azione della parte civile, la Corte esclude qualsivoglia pregiudizio. Per espresso disposto dell'art. 88, comma 2, c.p.p., infatti, l'esclusione del responsabile civile non pregiudica l'esercizio in sede civile dell'azione risarcitoria. Inoltre, ove la parte civile non accetti il giudizio abbreviato – com'è in sua facoltà – essa non subisce neppure la sospensione del processo civile fino alla pronuncia della sentenza penale non più soggetta a impugnazione, prevista dall'art. 75, comma 3, c.p.p. (art. 441, comma 5, c.p.p.).

Riguardo, poi, all'imputato, anche quando venga in rilievo (come nel caso di specie) la disciplina dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile prevista dalla l. 24 dicembre 1969, n. 990 (Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti) – ipotesi nella quale questa Corte ha riconosciuto all'imputato il diritto di citare nel processo penale l'assicuratore quale responsabile civile (sent. n. 112 del 1998) – è dirimente la considerazione che l'operatività della norma censurata dipende da una libera scelta dell'imputato medesimo, finalizzata a lucrare un trattamento premiale in cambio della rinuncia a determinate garanzie riconosciutegli nel procedimento ordinario (quale, appunto, la richiesta di giudizio abbreviato).

* * *

LA MANCATA REITERAZIONE DELLA MISURA CAUTELARE DIVERSA DALLA CUSTODIA IN CARCERE

(C. cost., sent. 3 novembre 2016, n. 233)

Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Nola, con ordinanza del 28 maggio 2015, solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 309, comma 10, c.p.p., «nella parte in cui prevede che l'ordinanza che dispone una misura coercitiva - diversa dalla custodia cautelare in carcere - che abbia perso efficacia, non possa essere reiterata salvo eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate», in riferimento agli artt. 3, 101 secondo comma, e 104, comma 1, Cost.

La Corte costituzionale ritiene il rilievo di infondatezza privo di fondamento lì dove il giudice rimettente censura la norma impugnata in ragione del fatto che la stessa - impedendo la rinnovazione delle misure coercitive, diverse dalla custodia in carcere, che abbiano perduto efficacia «salvo eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate» - esclude *in toto* tale possibilità di rinnovazione. Rispetto a queste misure, secondo il giudice napoletano, il requisito della "eccezionalità" delle esigenze cautelari sarebbe inconfigurabile dato che «la scelta applicativa di una misura coercitiva meno afflittiva di quella carceraria, in omaggio al principio di gradualità, è sintomatica dell'assenza di esigenze cautelari "eccezionali", dovendosi viceversa presumere che l'individuazione di esigenze di tipo "eccezionale" condurrebbe l'interprete a prescegliere, nell'ambito del ventaglio di misure cautelari di cui agli artt. 275 ss. del codice di rito, la più grave forma di limitazione della libertà personale, ossia la misura della custodia in carcere».

Lo stesso giudice di merito aggiunge che, pur nella perdurante sussistenza delle ragioni giustificatrici dell'intervento cautelare, la misura non potrebbe essere reiterata non sussistendo esigenze cautelari "eccezionali" ma unicamente quelle previste in via generale dall'art. 274, lett. c) c.p.p., e resterebbe così sacrificata in modo irragionevole la necessaria tutela della collettività.

La Corte non condivide questa tesi, ricordando come la scelta della misura debba avvenire considerando, oltre al grado, la natura delle esigenze cautelari (art. 275, comma 1, c.p.p.), e la loro natura, quale che ne sia il grado, può essere tale da rendere in ogni caso adeguata una misura diversa da quella carceraria. Inoltre, la custodia cautelare in carcere di regola può essere adottata solo quando la misura riguarda «delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni» (art. 274, comma 1, lett. c), c.p.p.) e «ogni altra misura risult[i] inadeguat[a]» (art. 275, comma 3, c.p.p.). Di qui, indipendentemente dal "grado" dell'esigenza cautelare e dall'intensità del pericolo, è possibile che venga adottata una misura diversa da quella carceraria, sia perché lo impone la pena comminata per il reato (inferiore nel massimo a cinque anni), sia perché, pur non ostando la pena, la misura prescelta risulta adeguata, cioè idonea a contrastare il pericolo. Il principio di adeguatezza impone infatti al giudice di adottare la misura che comporta per chi la subisce il minor sacrificio necessario per fronteggiare i *pericula libertatis*, ed è ipotizzabile l'esistenza di un'eccezionale situazione di pericolo, che, se non fosse contrastata, determinerebbe con elevata probabilità l'evento da prevenire, e tuttavia potrebbe (e dunque dovrebbe) essere efficacemente contrastata con misure diverse dalla custodia cautelare in carcere.

La Corte, richiamando i lavori parlamentari e ricordando quelle prassi distorsive del passato in cui si ricorreva all'adozione di una nuova ordinanza cautelare prima ancora della scarcerazione dell'interessato, evidenzia il tentativo di contemperamento perseguito dal legislatore nel comma 10 della norma censurata; contemperamento tra l'esigenza di difesa sociale e quella di tutela delle garanzie della persona raggiunta dal provvedimento coercitivo, evitando che si possa «semplicisticamente» provvedere alla rinnovazione della misura caducata.

Altrettanto priva di fondamento è la censura relativa alla differenza tra il trattamento della perdita di efficacia della misura cautelare previsto dalla norma impugnata e quello previsto dall'art. 302 c.p.p., nel caso di omissione dell'interrogatorio entro il termine stabilito dall'art. 294 c.p.p.; dall'art. 13, comma 3, della l. 22 aprile 2005, n. 69 («Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri»), nel caso in cui non pervenga il mandato d'arresto europeo; dall'art. 27 c.p.p., nel caso di misura disposta dal giudice incompetente.

«I casi disciplinati dagli articoli indicati in comparazione sono completamente diversi da quello regolato dall'art. 309, comma 10, c.p.p., che concerne la perdita di efficacia della misura coercitiva all'esito di un procedimento di riesame. In questo caso il procedimento si è concluso, anche se per ragioni for-

mali, con un esito favorevole alla persona che lo ha attivato, e la norma impugnata è diretta a evitare che tale esito sia frustrato attraverso la reiterazione del provvedimento cautelare caducato e la necessità per l'interessato di promuovere un nuovo procedimento di riesame, identico al precedente. Se potesse avvenire ciò, infatti, la perdita di efficacia della misura coercitiva si risolverebbe in un danno per l'interessato, che vedrebbe solo rinviato il momento della decisione sulla richiesta di riesame e il suo eventuale accoglimento».

Si è rilevato, altresì, che l'art. 302 c.p.p., impropriamente messo in comparazione, non consente che la misura sia immediatamente reiterata. Essa «può essere nuovamente disposta», ma solo «previo interrogatorio, allorché, valutati i risultati di questo, sussistono le condizioni indicate negli artt. 273, 274 e 275».

Nessuna violazione dell'art. 3 Cost. è stata ritenuta fondata, pur in presenza di un eventuale diverso trattamento tra coindagati, quando soltanto per alcuni di essi il titolo cautelare avesse perduto efficacia. Il giudice rimettente, a detta della Corte, non ha tenuto in conto che «non è il mancato rispetto delle scadenze temporali stabilite dall'art. 309 c.p.p. a differenziare una vicenda cautelare dall'altra, sicché situazioni cautelari differenti vengono naturalmente a ricevere trattamenti diversi».

Non sussiste neppure la violazione degli artt. 101, comma 2, e 104, comma 1, Cost., perché la legge ben può ricollegare particolari effetti ad accadimenti processuali sottratti al totale controllo dell'autorità giudiziaria, senza che ciò possa menomare la posizione del giudice, che rimane soggetto «soltanto alla legge» (art. 101, comma 2, Cost.), o incidere sulla sua indipendenza e autonomia (art. 104, comma 1, Cost.). «È vero che l'inosservanza dei termini stabiliti dall'art. 309 c.p.p. può anche non dipendere da un comportamento del giudice, ma la norma che ricollega a quell'inosservanza gli effetti processuali censurati non menoma le sue prerogative e non comporta ingerenze estranee sulla sua attività».

SEZIONI UNITE

di Paola Maggio

AMMISSIBILE IL RICORSO PROPOSTO DAL SOSTITUTO DEL DIFENSORE NON CASSAZIONISTA

(Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 40517; Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 40518)

Le Sezioni Unite affermano l'ammissibilità del ricorso proposto da un avvocato iscritto nell'albo speciale della Corte di cassazione, nominato quale sostituto dal difensore dell'imputato di fiducia o di ufficio, non cassazionista.

Il ragionamento delle Corte si fonda su un'analisi diacronica dei dati normativi disciplinanti la possibilità per il difensore di ufficio di indicare un sostituto.

In particolare si fa richiamo all'art. 97, comma 5, c.p.p. e all'art. 30, comma 3, disp. att. c.p.p., a seguito delle modifiche apportate dall'art. 16, l. 6 marzo 2001, n. 60. Tali riferimenti implicano anzitutto la possibilità per il difensore di ufficio, impossibilitato ad adempiere, di incaricare un sostituto. Solo per il difensore impossibilitato ad adempiere all'incarico, che non abbia provveduto a nominare un sostituto, è stabilita la possibilità di azionare la procedura di cui all'art. 97, comma 5, c.p.p. e art. 30 disp. att. c.p.p., avvertendo immediatamente l'autorità giudiziaria, indicando le ragioni della impossibilità alla difesa (il giustificato motivo) e chiedendo la sostituzione.

La base normativa è utile alla Suprema corte per superare le tre obiezioni fondanti l'istanza di rimesione (Cass., sez. I, 18 dicembre 2015, n. 6328) che aveva negato una sostituzione funzionale a sanare il difetto di legittimazione del difensore di ufficio sprovvisto della abilitazione all'esercizio delle funzioni presso la Corte di legittimità. Si segnalava infatti: la maniera episodica ed estemporanea in cui il sostituto si surroga al difensore sostituito, che mantiene la titolarità dell'ufficio defensionale, rimanendone l'unico *dominus*; l'identità di diritti e obblighi gravanti sul sostituto; la necessità che la sostituzione del difensore avvenga in conformità agli istituti processuali di volta in volta coinvolti e, nella specie, all'art. 613 c.p.p. Pertanto, il difensore, a seguito dell'irreperibilità dell'indagato, anziché individuare un sostituto, avrebbe potuto e dovuto rivolgersi al giudice precedente per sollecitare la designazione in suo luogo di un altro difensore di ufficio regolarmente abilitato, secondo le previsioni del combinato disposto degli artt. 97, comma 5, c.p.p. e 30 disp. att. c.p.p. (Cass., sez. un., 11 luglio 2006, n. 24486).

La Suprema corte respinge quest'impostazione perché essa non tiene conto della rimodulazione della disciplina della sostituzione difensiva ex art. 201 c.p.p., a seguito della modifica operata dall'art. 4 della l. n. 60 del 2001. Il legislatore, con un'indubbia valorizzazione dell'istituto, ha infatti esteso anche al difensore di ufficio la possibilità di procedere alla nomina dei sostituti processuali, non condizionando più la possibilità della sostituzione all'esistenza di un impedimento, né limitandone la durata alla persistenza dello stesso impedimento. La nomina del sostituto processuale può dunque essere effettuata senza alcun vincolo normativamente fissato ed, addirittura, senza che il sostituito sia tenuto a fornire giustificazione sulle ragioni che lo hanno indotto ad effettuare la nomina.

In altri termini, la norma consente la designazione del sostituto processuale per tutti i difensori, sia di fiducia che di ufficio, con una estensione applicativa che si pone in termini di assoluta coerenza con il principio di immutabilità del patrocinio ufficioso. La designazione del sostituto processuale – espressione di strategia difensiva – può avvenire dunque anche in via preventiva e l'incarico può protrarsi per lungo periodo, tanto che la tradizionale temporaneità della sostituzione, posta alla base dell'impedimento (Cass., sez. V, 20 ottobre 1993, n. 3264; Cass., sez. III, 13 novembre 2003, n. 3348), si è trasformata nella "permanenza" della medesima, potendo interessare l'intera durata del procedimento. Viene concretamente a realizzarsi una «surrogazione nella posizione del difensore» con un'estensione dell'esercizio di tutti i diritti e di tutti i doveri del titolare, ai sensi dell'art. 102 c.p.p. (Cass., sez. V, 10 novembre 1999, n. 14115; Cass., sez. III, 15 gennaio 2008, n. 7458).

Spostando poi l'attenzione sul diritto all'impugnazione, se ne sottolinea da un lato la natura personale per l'imputato (art. 571, comma 1, c.p.p.), e, dall'altro lato, se ne rimarca la piena titolarità pure in capo al difensore, con l'esclusione della legittimazione a proporre ricorso per cassazione per il soggetto non iscritto nell'albo speciale che può, appunto, essere sostituito (Cass., sez. un., 11 luglio 2006, n. 24486).

In applicazione delle regole stabilite dall'art. 102 c.p.p., se dunque il mancato titolo abilitativo rende il difensore privo di legittimazione a proporre ricorso in cassazione, sicché il ricorso proposto nell'interesse dell'imputato irreperibile dall'avvocato non iscritto nell'albo speciale della Corte di cassazione sarà inammissibile (v., tra le tante, sez. VI, 21 settembre 2007, n. 37534), al contempo, la sussistenza in capo al difensore dell'autonomo diritto di impugnazione rende ammissibile il ricorso per cassazione proposto dal soggetto iscritto nell'albo speciale, nominato quale sostituto dal difensore di ufficio dell'imputato non cassazionista.

RILEVANTE ANCHE NEL RITO CAMERALE L'IMPEDIMENTO DEL DIFENSORE DETERMINATO DA NON PREVEDIBILI RAGIONI DI SALUTE

(Cass., sez. un., 21 luglio 2016, n. 41432)

Le Sezioni Unite affrontano il quesito duplice se, ai fini del rinvio dell'udienza, il difensore abbia l'onere di nominare un sostituto quando l'assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento, prontamente comunicato al giudice e documentato, derivi da serie ragioni di salute o da altre cause di forza maggiore, e se il principio si applichi anche nel giudizio camerale di appello di cui all'art. 599, comma 1, c.p.p.

La risposta fornita è che solo in relazione ai casi di impedimento del difensore, *ex art. 420-ter* c.p.p., determinati da concomitanti impegni professionali, è necessario, per l'accoglimento della istanza di rinvio, che il difensore indichi le ragioni della impossibilità di nominare un sostituto, mentre il diverso caso di impedimento per malattia imprevedibile non soggiace a tale onere. Lo stesso principio vale anche per il rito camerale.

Per pervenire a tali enunciazioni, le Sezioni Unite muovono da un inquadramento sistematico della nozione di legittimo impedimento discendente dell'art. 420, comma 5-*ter*, c.p.p., ma bisognevole anche dell'intervento suppletivo-definitorio della giurisprudenza di legittimità in una prospettiva costituzionalmente orientata.

In tema di sostituto processuale, ai sensi dell'art. 102 c.p.p., per il caso di impossibilità a comparire del difensore per legittimo impedimento, la giurisprudenza prevalente afferma che, ai sensi dell'art. 102 c.p.p., l'onere di nominare un sostituto processuale o di indicare le ragioni dell'omessa nomina ricade sul difensore solo nel caso in cui quest'ultimo deduca un impedimento dovuto a concomitanza con altro impegno professionale, non sussistendo invece (in quanto non previsto da alcuna disposizione di legge) quando l'impedimento, non prevedibile e non evitabile sia costituito da serie ragioni di salute, comunicate all'organo giudicante e debitamente documentate (Cass., sez. VI, 17 giugno 2014, n. 7997; Cass., sez. V, 1° luglio 2008, n. 29914).

Più di recente si è affermata invece una lettura secondo cui l'obbligo di nominare un sostituto, *ex art. 102 c.p.p.*, sussiste anche quando l'impedimento dedotto sia costituito da serie ragioni di salute dello stesso difensore (Cass., sez. IV, 13 novembre 2014, n. 49733), così assimilando l'impedimento per concomitante impegno professionale a quello per malattia ed estendendo correlativamente la disciplina del primo al secondo.

Le Sezioni Unite, nell'accogliere il primo dei due orientamenti, sottolineano come il ruolo essenziale rivestito dalla difesa nel codice di rito e il principio della parità delle parti rendano necessario garantire la «partecipazione» e non la mera «assistenza» o la formale presenza di un tecnico del diritto.

Pertanto, solo in relazione ai casi di impedimento del difensore *ex art. 420-ter* c.p.p., determinati da concomitanti impegni professionali si rende necessaria l'indicazione dell'impossibilità (assoluta o relativa), non potendo tale impostazione operare nel diverso ambito di impedimento per malattia, salvo che lo stato patologico sia prevedibile. Del resto, il sistema prescrive rigorosi criteri di controllo, affinché la tutela del diritto alla salute del difensore non venga strumentalizzata per finalità dilatorie: al fine di supportare l'istanza di legittimo impedimento, dovuto a malattia, o altro evento imprevedibile, il difensore deve fornire idonea documentazione, indicando la patologia ed i profili ostativi alla personale

comparizione. L'impedimento deve cioè essere giustificato da circostanze improvvise e assolutamente imprevedibili, tali da impedire anche la tempestiva nomina di un sostituto che possa essere sufficientemente edotto circa la vicenda in questione.

Ai fini del differimento dell'udienza, inoltre l'apprezzamento è riservato al giudice di merito circa la serietà, l'imprevedibilità e l'attualità del dedotto impedimento, che deve confluire in una motivazione adeguata, logica e corretta.

Dal complesso dei dati codicistici si può dunque dedurre che «*il difensore impedito a causa di serie ragioni di salute o da altro evento non prevedibile o evitabile non ha l'onere di designare un sostituto processuale o indicare le ragioni dell'omessa nomina*».

Secondo le Sezioni Unite l'enunciato principio è riferibile anche ai procedimenti camerali disciplinati dall'art. 127 c.p.p., compresi quelli per i quali la presenza del difensore è prevista come necessaria.

A sostegno della tesi si fa richiamo alla modifica dell'art. 420 *ter* c.p.p., a opera della l. 16 dicembre 1999, n. 479, che ha abrogato l'art. 486 c.p.p. sull'impedimento a comparire dell'imputato o del difensore all'udienza dibattimentale, estendendo la regola del rinvio per assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento del difensore, purché prontamente comunicato, anche alla fase dell'udienza preliminare.

Si è inteso così assicurare, sia nel procedimento camerale che nella fase dibattimentale, l'effettività del contraddittorio e il diritto di difesa dell'imputato, in coerenza con il novellato art. 111 Cost.

Questi principi consentono di superare l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, orientato ad escludere l'applicazione della disciplina del legittimo impedimento nei procedimenti camerali diversi dall'udienza preliminare, in relazione alle precipue caratteristiche del rito di cui all'art. 127 c.p.p. (Cass., sez. V, 15 ottobre 2014, n. 9249; Cass., sez. V, 6 aprile 2006, n. 16555), ed anche ove si tratti di procedimenti a contraddittorio necessario (Cass., sez. un., 8 aprile 1998, n. 7551; Cass., sez. un., 30 ottobre 2014, n. 15232).

Con riguardo specifico al giudizio camerale di appello, relativo a sentenza emessa con rito abbreviato, non può infatti essere condiviso l'assunto che guarda alla partecipazione eventuale delle parti (Cass., sez. V, 12 maggio 2015, n. 25501; Cass., sez. IV, 18 dicembre 2014, n. 25143) quale elemento utile a riferire il legittimo impedimento esclusivamente all'imputato e non anche al difensore.

Il giudice di legittimità, in linea con alcune recenti decisioni, afferma l'operatività dell'istituto del legittimo impedimento del difensore, di cui all'art. 420 *ter* c.p.p., anche nei procedimenti in camera di consiglio e, in particolare, nel giudizio camerale di appello *ex art.* 599 c.p.p., a seguito di rito abbreviato svoltosi in primo grado, pena la concreta ed effettiva lesione del diritto di difesa (Cass., sez. VI, 21 ottobre, n. 10157), con la conseguenza di estendere la disciplina del legittimo impedimento, già prevista per l'udienza preliminare, anche al procedimento camerale disciplinato dall'art. 599 c.p.p.

L'enunciazione – oltre a essere in linea anche con i valori espressi dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo che ha, più volte, sottolineato la necessità di assicurare all'imputato, nell'ottica delineata dall'art. 6 Cedu, un processo equo e di garantire il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento - evita contraddizioni sistematiche interne rispetto alla disciplina prevista per l'udienza preliminare, la quale, pur avendo natura camerale, ed essendo preordinata ad una decisione in rito, vede la partecipazione necessaria del difensore (*ex art.* 420, comma 1, c.p.p.).

Il richiamo effettuato dall'art. 599, comma 1, c.p.p. all'art. 127, comma 3, c.p.p. a norma del quale i difensori sono sentiti «se compaiono», esprime il diritto del difensore di perseguire la propria strategia difensiva favorendo l'interpretazione secondo cui la partecipazione all'udienza del difensore, pur facoltativa, lascia comunque possibilità di scelta se comparire o meno. Tale libera opzione non può essere vanificata da un evento imprevisto e imprevedibile o da forza maggiore che impediscano concretamente di partecipare all'udienza.

Se così fosse, si creerebbe una grave compressione del diritto di difesa e delle garanzie fondamentali dell'imputato, del tutto indipendenti dalla strategia processuale perseguita e non giustificabile con riferimento alle subvalenti esigenze di celerità e snellezza proprie del rito camerale.

Mutando il precedente orientamento, le Sezioni Unite, ritengono dunque che il combinato disposto dell'art. 127, comma 3, c.p.p., art. 443, comma 4, c.p.p. e art. 599 c.p.p., implichi, anche «*nei procedimenti di appello in camera di consiglio (a seguito di rito abbreviato svoltosi in primo grado), la rilevanza del legittimo impedimento del difensore di fiducia che abbia deciso di parteciparvi ma sia stato impossibilitato a comparire per causa di forza maggiore, evento o malattia imprevisti e imprevedibili*».

ABROGAZIONE, DEPENALIZZAZIONE ED EFFETTI SUI CAPI CIVILI DELLA CONDANNA

(Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688)

Le Sezioni Unite enunciano il principio di diritto secondo cui «*in caso di sentenza di condanna, relativa a un reato successivamente abrogato e qualificato come illecito civile, sottoposto a sanzione pecuniaria civile, ai sensi del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, il giudice dell'impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, deve revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili. Il giudice dell'esecuzione, viceversa, revoca, con la stessa formula, la sentenza di condanna o il decreto irrevocabili, lasciando ferme le disposizioni e i capi che concernono gli interessi civili*».

I problemi interpretativi riguardavano, in particolare, la sorte dei capi della sentenza di condanna, già eventualmente pronunciata, contenenti statuizioni civili, nei casi di condanna relativa ad un reato successivamente abrogato, qualificato come illecito civile e sottoposto a sanzione pecuniaria civile ai sensi del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.

Un primo indirizzo era favorevole al mantenimento, in capo al giudice penale della impugnazione contro la sentenza di condanna, del potere di decidere il ricorso agli effetti civili. Gli argomenti utilizzati erano sostanzialmente tre: anzitutto, il testo dell'art. 2, comma 2, ultima parte, c.p., che disciplina il fenomeno dell'abrogazione sopravvenuta a sentenza definitiva di condanna; in secondo luogo, l'art. 11 delle preleggi secondo cui «la legge non dispone che per l'avvenire», che farebbe salvo il diritto acquisito dalla parte civile a vedere esaminata la propria azione già incardinata nel processo penale; infine, l'"analogo" meccanismo procedurale contemplato nel contestuale d.lgs. n. 8 del 2016, in tema di depenalizzazione, sostenendosi in proposito che tra i reati oggetto del decreto di abrogazione e quelli oggetto del decreto di depenalizzazione non vi sarebbe stata alcuna differenza ontologica, atteso che la legge-delega n. 67 del 2014 avrebbe dato luogo, con i d.lgs. nn. 7 e 8, a provvedimenti di depenalizzazione, sicché la disciplina dettata dal d.lgs. n. 8 del 2016, poteva rivestire "valenza generale" (Cass., sez. V, 9 febbraio 2016, n. 7124; Cass., sez. V, 15 febbraio 2016, n. 14041).

A questo filone interpretativo si contrapponeva la lettura di altra parte della giurisprudenza, ora accolta dalla decisione delle Sezioni Unite.

Il ragionamento della Suprema corte muove anzitutto dalla recente decisione della Corte costituzionale sull'art. 538 c.p.p., nel punto in cui, al comma 1, riferisce la decisione sulla domanda della parte civile esclusivamente alle sentenze di condanna, in linea con la scelta di rendere tendenzialmente autonomo il giudizio penale da quello civile sullo stesso fatto (C. cost., n. 12 del 2016). L'evenienza della costituzione di parte civile nel processo penale infatti ha natura accessoria e subordinata alla finalità del processo, che è quella dell'accertamento della responsabilità penale dell'imputato.

Al contempo si contesta l'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 2, ultima parte, c.p., che è riferibile al caso, diverso da quello in oggetto, della cessazione dei soli effetti penali in caso di abrogazione sopravvenuta ad una sentenza di condanna definitiva.

Inoltre, si sottolinea la differenza di *ratio* del d.lgs. n. 7 del 2016, rispetto all'art. 9, comma 3, d.lgs. n. 8 del 2016, che prevede, in materia di depenalizzazione, il potere del giudice dell'impugnazione di pronunciarsi sui capi relativi alle statuizioni civili.

Diversamente opinando, si realizzerebbe l'applicazione analogica di una norma eccezionale, come tale vietata in base agli stessi principi già enunciati in relazione all'art. 578 c.p.p. dalla giurisprudenza di legittimità.

Tale meccanismo processuale prevede infatti che il giudice del risarcimento del danno sia lo stesso che irroga la sanzione pecuniaria civile, anche con riferimento ai fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto (Cass., sez. V, 19 febbraio 2016, n. 15634; Cass., sez. V, 9 marzo 2016, n. 14044; Cass., sez. II, 10 giugno 2016, n. 26091; Cass., sez. II, 9 giugno 2016, n. 26071).

Nell'accogliere il secondo orientamento, le Sezioni Unite propongono un'interpretazione letterale del d.lgs. n. 7 del 2016, *ex art. 12* preleggi, abbinandovi una lettura logico-sistematica che guarda alla *ratio* della norma.

Anzitutto, nella disciplina transitoria (art. 12 d.lgs. n. 7 del 2016), difetta qualsiasi cenno all'eventuale potere del giudice dell'impugnazione di decidere l'appello o il ricorso con riferimento ai capi concernenti le statuizioni civili. Le nuove disposizioni hanno individuato inedite sanzioni pecuniarie civili in luogo delle pene previste per i reati abrogati, prevedendo la loro applicazione retroattiva anche riguardo a fatti già commessi e attribuendo il potere di irrogarle al giudice competente a conoscere della azio-

ne di risarcimento del danno (di regola, il giudice civile).

Inoltre, la contestuale emanazione dei d.lgs. nn. 7 e 8 del 2016, pur evidenziando una comune finalità di deflazione del sistema penale, individua anche obiettivi diversi. Come evidenziato nella Relazione illustrativa del relativo Schema, con le norme confluite nel d.lgs. n. 7 del 2016, il legislatore delegante ha inteso eliminare dal circuito penale alcune ipotesi delittuose che hanno la caratteristica di incidere su interessi di natura privata e di essere procedibili a querela, ricollocandone il disvalore sul piano delle relazioni private; al contempo, ha voluto riconsiderare il ruolo tradizionalmente compensativo attribuito alla responsabilità civile, affiancando alle sanzioni punitive di natura amministrativa un ulteriore e innovativo strumento di prevenzione dell'illecito, nella prospettiva del rafforzamento dei principi di proporzionalità, sussidiarietà ed effettività dell'intervento penale. Una differenza questa, che, a giudizio della Corte, rispecchia la precisa scelta di operare scelte tecniche diversificate fra l'abrogazione (con introduzione delle sanzioni civili) e la depenalizzazione. Peraltro, a livello sistematico, la regola generale oggi configurata è quella del collegamento in via esclusiva della decisione sulla domanda della parte civile alla formale condanna dell'imputato, espressamente richiesta dall'art. 538 c.p.p. Il che ovviamente non significa mancanza di tutela del diritto della parte civile nel processo penale ma, soltanto nel caso di assoluzione perché il fatto non è previsto dalla legge come reato ai sensi dell'art. 530, comma 1, c.p.p., l'individuazione per la parte civile costituita della successiva competenza del giudice civile. Non sussistono dunque ragioni per negare che il principio posto dall'art. 538 c.p.p. debba valere anche per il giudizio dell'impugnazione.

La soluzione proposta dalle Sezioni Unite risulta peraltro costituzionalmente e convenzionalmente orientata. Sotto il primo profilo, essa rispetta i principi di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost. La Corte costituzionale ha più volte confermato la compatibilità costituzionale di precetti in rito che determinino limitazioni o pesi per la parte civile costituita nel processo penale. L'impostazione generale del nuovo processo penale si basa inoltre sul concetto di separazione dei giudizi, penale e civile, essendo prevalente nel disegno del codice l'esigenza di speditezza e di sollecita definizione del processo, rispetto all'interesse del danneggiato di esperire la propria azione nel processo medesimo (C. cost. sentt. n. 168 del 2006 e n. 23 del 2015).

Con specifico riguardo all'asserita violazione del principio di ragionevole durata del processo, la Corte costituzionale (C. cost. n. 23 del 2015 e nn. 63 e 56 del 2009, nonché n. 148 del 2005) ha rilevato come possano arrecare «un *vulnus* a quel principio solamente le norme che comportino una dilatazione dei tempi del processo non sorrette da alcuna logica esigenza». Nel caso in esame la preclusione della decisione sulle questioni civili e l'instaurazione di un autonomo giudizio civile mostrano il carattere accessorio e subordinato dell'azione civile proposta nell'ambito del processo penale, «riportando nella sede naturale le istanze di natura civile fatte valere nei confronti dell'imputato».

Le Sezioni Unite ritengono anche che i prospettati effetti sui capi civili della condanna rispecchino gli interessi tutelati dalle norme sovranazionali ed in particolare dalle Direttive 2012/29/UE. Nell'art. 16, par. 1, è precisato che l'obbligo degli Stati membri di garantire alla vittima il diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato, nel procedimento penale, entro un ragionevole lasso di tempo, risulta subordinato alla condizione che il diritto nazionale non preveda che tale decisione sia adottata nell'ambito di un altro procedimento giudiziario: ciò che, per l'appunto, è previsto nell'ordinamento nazionale vigente. Né la Corte e.d.u. (Corte e.d.u., 20 marzo 2009, Gorou c. Grecia) ha rinvenuto violazioni convenzionali con riferimento al caso della mancata valutazione della domanda della parte civile per essersi il processo penale chiuso con provvedimento diverso dalla condanna dell'imputato.

La revoca della sentenza di condanna per *abolitio criminis*, conseguente alla perdita del carattere di illecito penale del fatto, non comporta del resto il venir meno della natura di illecito civile del medesimo fatto, con la conseguenza che la sentenza non deve essere revocata relativamente alle statuizioni civili derivanti da reato, le quali continuano a costituire fonte di obbligazioni efficaci nei confronti della parte danneggiata, a differenza del caso della sopravvenienza dell'abrogazione alla sentenza di condanna come intesa dall'art. 2, comma 3, ultima parte, c.p. e, cioè, avente carattere definitivo (v. C. cost., n. 273/2002). Il dovere del giudice dell'esecuzione di disporre la cessazione della esecuzione della condanna stessa e dei suoi effetti penali, fatte salve dunque le statuizioni civili, deriva dal riconoscimento che il risarcimento del danno o alla riparazione è avvenuto con riferimento ad un fatto-reato che, al momento della pronuncia stessa, era stato accertato come tale con relativa condanna penale, ma il suc-

cessivo venir meno di questa per effetto dell'abrogazione non può incidere sulla cristallizzazione del giudicato riguardo ai capi civili della sentenza. La disposizione costituisce, del resto, espressione di un principio di carattere generale nel quale deve essere inquadrato il disposto dell'art. 12, comma 2, d.lgs. n. 7 del 2016, nella parte in cui ribadisce il potere del giudice dell'esecuzione di revocare la sentenza o il decreto di condanna, dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato, nella ipotesi in cui il procedimento penale per il reato abrogato dal detto decreto sia stato definito prima della sua entrata in vigore con sentenza di condanna o decreto irrevocabili. Principio che va a legarsi anche all'art. 673 del codice di rito, il quale prevede un identico potere quando il giudice dell'esecuzione sia chiamato a revocare il titolo definitivo di condanna per abrogazione del reato.

Viene da ultima in considerazione, pure se non direttamente inclusa nel quesito sottoposto alle Sezioni Unite, la questione della sorte del ricorso proposto dalla parte civile, ai soli effetti civili, avverso sentenza (non di condanna, ma) di assoluzione da uno dei reati in ordine ai quali, nelle more del giudizio di impugnazione, si è prodotto l'effetto abrogativo. Le Sezioni Unite ritengono che il quesito debba essere risolto nel senso dell'inammissibilità della impugnazione per carenza di interesse. Appare in primo luogo evidente che i limiti stessi di operatività del giudicato di assoluzione nei giudizi di danno, come delineati dall'art. 652 c.p.p., restringono di molto la portata del quesito. In tutti i casi nei quali la sentenza di assoluzione ha avuto una formula terminativa diversa da quella «perché il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso o il fatto è stato commesso nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima», essa non spiega efficacia vincolante in un successivo giudizio in sede civile (Cass., sez. un., 26 gennaio 2011, n. 1768). Analoghe conclusioni valgono nel caso di sentenza di assoluzione comunque non emessa a conclusione del dibattimento o del rito abbreviato, oppure determinata da insufficienti elementi di prova (Cass., sez. L, 11 febbraio 2011, n. 3376), con la conseguenza che non potrebbe ravvisarsi, nell'ottica di impedire l'operatività dell'art. 652 c.p.p., l'interesse della parte civile alla relativa impugnazione. Ma anche con riferimento ai casi di efficacia vincolante, il giudice adito dalla parte civile contro la sentenza di proscioglimento ha, nei limiti del devoluto, i poteri che avrebbe dovuto esercitare il giudice che ha prosciolto; pertanto, egli può affermare la responsabilità del prosciolto agli effetti civili (come indirettamente conferma il disposto dell'art. 622 c.p.p.) e condannarlo al risarcimento o alle restituzioni, in quanto l'accertamento incidentale equivale, virtualmente, alla condanna di cui all'art. 538 c.p.p. (Cass., sez. I, 26 aprile 2007, n. 17321). In modo finalisticamente simile, seppure con diversità di accenti, la previsione di cui all'art. 576 c.p.p., nell'introdurre una deroga all'art. 538 c.p.p., legittima la parte civile che proponga impugnazione contro la sentenza di proscioglimento a chiedere al giudice dell'impugnazione, ai fini dell'accoglimento della propria domanda di risarcimento, di affermare, sia pure incidentalmente, la responsabilità penale dell'imputato ai soli effetti civili, statuendo in modo difforme rispetto al precedente giudizio sul medesimo fatto oggetto dell'imputazione e sulla sua attribuzione al soggetto prosciolto (Cass., sez. V, 27 ottobre 2010, n. 3670). Può dunque riconoscersi che il giudizio richiesto dalla parte civile al giudice penale implichi un percorso di accertamento e valutazione strettamente connesso alla conformazione del reato, nelle more abrogato: accertamento che, perciò, deve ritenersi, non diversamente da quello penale, minato nelle sue fondamenta e impedito dalla espunzione della figura del reato dall'ordinamento penale in virtù del fenomeno abolitivo (Cass., sez. un., 11 luglio 2006, n. 25083). La già costituita parte civile dovrà, di conseguenza, adire *ex novo* il giudice nella sede naturale per la tutela degli interessi risarcitori senza incontrare preclusioni.

DECISIONI IN CONTRASTO

di Giada Bocellari

L'ART. 131-BIS C.P. NON È INVOCABILE DAVANTI AL GIUDICE DI PACE: LA SUPREMA CORTE TORNA SUL PRINCIPIO DI SPECIALITÀ PER COLMARE LE DIFFICOLTÀ DI COORDINAMENTO IN TEMA DI TENUITÀ DEL FATTO

(Cass., sez. V, 2 novembre 2016, n. 45996)

Con la pronuncia in commento, la Suprema corte si inserisce nell'ormai prevalente orientamento giurisprudenziale che nega l'applicabilità dell'art. 131-bis c.p. al procedimento davanti al giudice di pace.

La particolare tenuità del fatto, introdotta nel codice penale con il d.lgs. n. 28 del 2015, non aveva, invero, mancato di suscitare perplessità in ordine alle potenziali interferenze con l'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, già nella fase preparatoria, quando la Commissione Giustizia aveva invitato il Governo a valutare l'opportunità di coordinare le discipline: sollecitazione, a suo tempo, respinta, ma solo perché ritenuta estranea alle indicazioni della legge delega.

Era chiaro, dunque, che il problema avrebbe interessato l'interprete e gli orientamenti giurisprudenziali rintracciabili, oltre che le argomentazioni ad essi sottese, non fanno altro che dimostrare l'esistenza di una reale lacuna legislativa, ma soprattutto di una concreta difficoltà di coordinamento.

Secondo la pronuncia in esame, che rispecchia l'orientamento prevalente (Cass., sez. I, 14 luglio 2016, n. 37551; Cass., sez. V, 27 maggio 2016, n. 44632; Cass., sez. V, 2 febbraio 2016, n. 13093; Cass., sez. VII, 4 dicembre 2015, n. 1510; Cass., sez. fer., 20 agosto 2015, n. 38876; Cass., sez. IV, 14 luglio 2015, n. 31920), l'inapplicabilità dell'art. 131-bis c.p. si desume dai profili di specialità – su tutti, il ruolo della persona offesa – che connotano l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, la quale norma, anche in virtù dell'art. 16 c.p., non può ritenersi tacitamente abrogata dalla novella del 2015, non sussistendo, peraltro, alcun presupposto per ritenerla incompatibile con quella di nuova introduzione.

Se, dunque, già l'art. 16 c.p. esclude, sul terreno sostanziale, l'applicabilità della norma codicistica ai reati di competenza del giudice di pace, la conclusione, secondo la Suprema corte, risulta, comunque, coerente con l'interpretazione sistematica orientata a valorizzare il *favor* per la conciliazione tra le parti che ispira la giurisdizione penale del giudice di pace: è proprio la facoltà "inibitoria" attribuita dall'art. 34 alla persona offesa – facoltà che non si rinviene, invece, nell'art. 131-bis c.p. –, a giustificare e fondare l'inapplicabilità dell'istituto codicistico davanti al giudice di pace.

Di diverso avviso l'orientamento minoritario (Cass., sez. IV, 29 settembre 2016, n. 40699), che, traendo argomenti dal carattere assolutamente generale dell'istituto di cui all'art. 131-bis (sottolineato, per *incidens*, anche da Cass., sez. un., 6 aprile 2016, n. 13681), ne ha legittimato l'applicabilità anche al procedimento davanti al giudice di pace: considerato che nessuna indicazione normativa conforta la tesi negativa e sottolineate proprio le differenze tra i due istituti che consentono di individuare una disciplina di maggior favore nell'art. 131-bis c.p., i giudici di legittimità si sono convinti dell'applicabilità della norma a tutti i reati, compresi quelli di competenza del giudice di pace, fermi i limiti edittali espressamente indicati nel testo della disposizione; hanno ritenuto, peraltro, del tutto irrazionale non consentire di invocare una disposizione (di maggior favore) proprio davanti al giudice competente per i reati (di regola, più "tenui") cui la norma codicistica si ispira.

La questione, dunque, è senz'altro controversa e, da tale punto di vista, non può che auspicarsi un sollecito intervento legislativo; resta il fatto che, sino ad oggi, nessuna delle argomentazioni convince fino in fondo, soprattutto alla luce della natura dell'istituto di cui all'art. 131-bis c.p.

Il confronto tra fattispecie, sotteso all'invocato principio di specialità e necessario presupposto per la sua configurabilità, presuppone, infatti (e quantomeno), una identità di natura degli istituti, che difetta, invece, nel caso che occupa: mentre l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 risulta strutturato come "causa di esclusione della procedibilità" (C. cost., 3 marzo 2015, n. 25), l'art. 131-bis c.p. è concepito, anche nel § 6

della Relazione allo schema di decreto legislativo, oltre che nella stessa giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. III, 15 aprile 2015, n. 15449), quale “causa di non punibilità” (tanto da esserne pacificamente riconosciuta l’applicabilità anche ai procedimenti in corso, in virtù dell’art. 2 c.p.). Ne deriva, da un lato, l’erroneità del riferimento operato dalla pronuncia in commento all’art. 16 c.p. – laddove l’istituto codicistico diverrebbe inapplicabile solo ove ne fosse rintracciabile uno “speciale” di egual natura – e, dall’altro, l’applicabilità della causa di non punibilità in relazione a qualsiasi reato, purché nei limiti edittali consentiti, a meno di non voler far aleggiare ingiustificate ineguaglianze, per di più a sfavore di imputati per reati puniti con pene meno gravi (*contra*, Cass., sez. V, 27 maggio 2016, n. 44632 che, pur riconoscendo la diversa natura dell’art. 131-*bis* c.p. e dell’art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, applica egualmente il principio di “specialità”).

Tale circostanza fa, dunque, propendere per la più condivisibile tesi che afferma il carattere generale dell’istituto di nuovo conio, laddove l’opinione contraria non convince nemmeno nella parte in cui si focalizza sulla natura conciliativa del procedimento davanti al giudice di pace – atteso che anche quello a citazione diretta davanti al tribunale monocratico, in cui l’art. 131-*bis* c.p. risulta senza dubbio applicabile anche per identità di limiti edittali, prevede la fase conciliativa –, né nella parte in cui, assumendo una identità di natura tra istituti, esclude irragionevolmente una disciplina di maggior favore per i reati meno gravi, richiedendo (solo per questi) il consenso della parte offesa.

Resta, comunque, imprescindibile la necessità di un intervento legislativo, atteso che anche l’applicabilità dell’art. 131-*bis* c.p. al procedimento davanti al Giudice di pace può generare difficoltà di coordinamento con le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 274 del 2000, soprattutto nelle fasi antecedenti a quella del giudizio in senso stretto.

* * *

È POSSIBILE LA REVISIONE DELLA SENTENZA DI PROSCIoglimento CHE CONTENGA LA SOLA CONDANNA SULLE STATUZIONI CIVILI: L’ENVIRONMENT GIURISPRUDENZIALE CHE ESTENDE LA PORTATA DELL’ART. 629 C.P.P.

(Cass., sez. V, 3 ottobre 2016, n. 46707)

La pronuncia in esame costituisce un primo importante precedente in tema di ammissibilità della richiesta di revisione della sentenza definitiva di proscioglimento quando non sia pienamente liberatoria, come nel caso in cui, rilevata l’estinzione del reato agli effetti penali, il giudice dell’impugnazione si pronunciasse o confermasse le statuizioni civili adottate in primo grado.

La giurisprudenza di legittimità, sin dai primi anni di applicazione del nuovo codice di rito, si era attestata su di un orientamento diametralmente opposto, da ritenersi del tutto consolidato e mai smentito, sino alla pronuncia in commento, da alcuna diversa sentenza (Cass., sez. II, 23 febbraio 2016, n. 8864; Cass., sez. III, 3 marzo 2011, n. 24155; Cass., sez. V, 2 dicembre 2010 n. 2393; Cass., sez. V, 24 febbraio 2004, n. 15973; Cass., sez. VI, 30 novembre 1992, n. 4231; Cass., sez. I, 15 maggio 1992, n. 1672).

L’impossibilità di immaginare una revisione di una sentenza di proscioglimento, ancorché pregiudizievole sotto il profilo civilistico, è sempre stata fermamente statuita invocando il principio di tassatività di cui all’art. 568, comma 1 c.p.p., valevole anche per le impugnazioni straordinarie: atteso l’esclusivo richiamo contenuto nell’art. 629 c.p.p. alle sentenze di condanna e a quelle di patteggiamento, oltre che ai decreti penali, non possono che ritenersi escluse anche quando la pronuncia sia relativa all’estinzione del reato ed abbia confermato le statuizioni civili di una precedente sentenza, giacché, in tali casi, non si ha una “condanna penale” (Cass., sez. VI, 30 novembre 1992 n. 4231, in un caso di proscioglimento perché il reato è estinto per amnistia, con conferma della condanna civile; Cass., sez. III, 3 marzo 2011, n. 24155, in un caso di sentenza di non luogo a procedere; allo stesso modo, in un caso di dichiarata prescrizione in appello: Cass., sez. V, 2 dicembre 2010, n. 2393).

Né tale conclusione è mai parsa scalfita dalla pronuncia additiva della Corte costituzionale (n. 113 del 2011), per effetto della quale è stata introdotta una nuova fattispecie di revisione in riferimento alla possibile violazione delle norme della Convenzione EDU, in quanto – si è osservato – oggetto della revisione restano pur sempre le sentenze o i decreti penali di condanna e non già di proscioglimento (Cass., sez. III, 3 marzo 2011, n. 24155).

La pronuncia in esame, pur senza mai sconfessare la natura straordinaria della revisione né mettere in discussione la piena operatività del principio di tassatività, è, invece, addivenuta ad una contraria statuizione di principio, ove le argomentazioni sviluppate – certamente più condivisibili – si connotano per una pronunciata tensione verso un sistema in grado di porre rimedio a qualsiasi conseguenza pregiudizievole, ancorché di natura civilistica, che risulti necessario rimuovere, in tempi sopravvenuti al “giudicato”.

Pare dirimente, sotto tale profilo, la considerazione svolta circa l'impraticabilità della strada della revocazione civile di cui all'art. 395 c.c. per il soggetto che sia stato prosciolto, ma ingiustamente condannato agli effetti civili: posto che difetta una espressa previsione normativa in tal senso e non pare comunque consentito che un giudice civile possa revocare una sentenza del giudice penale, quel soggetto rimarrebbe, di fatto, privo di tutela, laddove gli fosse precluso anche il rimedio straordinario tipico previsto dal codice di procedura penale.

A tale rilievo si accompagna una lettura più oggettiva delle norme di interesse, laddove si evidenzia come l'art. 629 c.p.p. indichi letteralmente tra i possibili oggetti della revisione “le sentenze di condanna” e l'art. 632 c.p.p., nell'individuare i soggetti legittimati a proporre tale impugnazione, si riferisca in maniera generica al “condannato”, senza altro precisare. Non risulta, quindi, necessario ricorrere all'analogia secondo la Suprema corte, dal momento che l'imputato può anche essere “condannato” alle restituzioni e al risarcimento del danno, risultando tale pronuncia veicolata da un accertamento (a volte solo implicito) della colpevolezza dell'imputato per il fatto di reato: tale situazione comporta una “ontologica identità di diritti processuali”, la quale non può essere negata, tanto più quando l'ordinamento non consenta di ricavare qualsiasi incompatibilità logica o strutturale della norma a consentire la revisione al soggetto che sia stato condannato solo per gli interessi civili e senza che possano ricavarci indicazioni contrarie nell'ordinamento stesso, nemmeno nella legge delega del nuovo codice di procedura penale.

Sempre in un'ottica di sistema incentrata sugli indici normativi, i giudici di legittimità si soffermano, altresì, sul carattere autonomo dell'impugnazione della parte civile di cui all'art. 576 c.p.p. rispetto al proscioglimento agli effetti penali (che può anche essere divenuto definitivo, in assenza di impugnazione da parte del pubblico ministero), nonché sui poteri che, in tali casi, incombono sul giudice dell'appello, il quale ben potrebbe pronunciarsi, per la prima volta, a favore della parte civile: tale sistema si riflette anche sull'accesso alla revisione, poiché, in tali casi, il rimedio verrebbe esperito non contro una sentenza di proscioglimento, ma esclusivamente di “condanna”, salvo che non si consideri questa alla stregua di un *tertium genus*, di cui però non vi è traccia nel lessico codicistico.

Ulteriore spunto viene, infine, tratto dalle analoghe considerazioni svolte dalle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 21 giugno 2012, n. 28719) per affermare la legittimazione del prosciolto, condannato agli effetti civili, ad esperire il ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p., norma che evoca, al pari di quella di cui all'art. 629 c.p.p., la figura del semplice “condannato”: non si rinviene motivo, secondo i giudici di legittimità, per non applicare tali principi anche con riferimento alla possibilità di presentare richiesta di revisione ex art. 629 c.p.p.

Se sulla questione vi è da attendersi un intervento chiarificatore da parte delle stesse Sezioni Unite, non può intanto farsi a meno di plaudire ad una pronuncia ben motivata in diritto e, soprattutto, ragionevole nelle conclusioni.



Processo penale e giustizia n. 1 | 2017

Avanguardie in giurisprudenza

Cutting Edge Case Law

Ne bis in idem e concorso formale di reati: la censura della Corte costituzionale

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 21 LUGLIO 2016, N. 200 – PRES. GROSSI; REL. LATTANZI

È dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, promosso dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Torino, nel procedimento penale a carico di S.S.E., con ordinanza del 24 luglio 2015, iscritta al n. 262 del registro ordinanze 2015 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 48, prima serie speciale, dell'anno 2015.

Visti gli atti di costituzione di S.S.E., dei Comuni di Casale Monferrato, Ponzano Monferrato, Rosignano Monferrato, Cella Monte e di Ozzano Monferrato, di M.G. ed altri, nella qualità di eredi, dell'AIEA - Associazione italiana esposti amianto, dell'AFeVA - Associazione Familiari Vittime Amianto, di G.M.G. ed altri, nella qualità di eredi, nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 31 maggio 2016 il Giudice relatore Giorgio Lattanzi;

uditi gli avvocati Astolfo Di Amato per S.S.E., Marco Gatti per i Comuni di Casale Monferrato, Ponzano Monferrato, Rosignano Monferrato, Cella Monte e di Ozzano Monferrato, Maurizio Riverditi per M.G. ed altri, nella qualità di eredi, Sergio Bonetto per l'AIEA - Associazione italiana esposti amianto e per G.M.G. ed altri, nella qualità di eredi, Laura D'Amico per l'AFeVA - Associazione Familiari Vittime Amianto e l'avvocato dello Stato Massimo Giannuzzi per il Presidente del Consiglio dei ministri.

RITENUTO IN FATTO

1. – Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Torino, con ordinanza del 24 luglio 2015 (r.o. n. 262 del 2015), ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui tale disposizione «limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico"», con riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti «Protocollo n. 7 alla CEDU»), adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con la legge 9 aprile 1990, n. 98.

Il rimettente premette di dover decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio per omicidio doloso di un imputato, che è già stato giudicato in via definitiva per il medesimo fatto storico ed è già stato prosciolto per prescrizione dai reati di disastro doloso (art. 434 del codice penale) e di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (art. 437 cod. pen.), in danno di numerose persone. Ben 186 di queste figurano tra le 258 vittime dei delitti di omicidio, per i quali è stata nuovamente esercitata l'azione penale.

Il giudice *a quo* osserva che, sotto il profilo storico-naturalistico, i fatti devono ritenersi identici. Le imputazioni si incentrano sulle attività svolte dall'imputato, nella qualità di responsabile di alcuni stabilimenti ove veniva impiegato l'amianto, e riguardano l'omissione di misure idonee a prevenire la lesione dell'integrità fisica dei lavoratori e la diffusione di materiali contaminati dalla sostanza cancerogena, con conseguente morte di 258 persone.

Le sentenze dichiarative dell'estinzione dei reati previsti dagli artt. 434 e 437 cod. pen. per prescrizione confermano, a parere del rimettente, che identico deve ritenersi il nesso causale, già verificato positivamente, e le ulteriori condotte descritte nel nuovo capo di imputazione per rafforzare l'ipotesi accusatoria, ma già oggetto di valutazione da parte dei primi giudici.

Nonostante tale acclarata identità dei fatti storici il giudice *a quo* esclude di poter dichiarare non doversi procedere ai sensi dell'art. 649 cod. proc. pen., come è stato richiesto dalla difesa, perché, sulla base del diritto vivente, questa disposizione vieta di procedere nuovamente per uno stesso fatto, solo in presenza di condizioni che non ricorrono nel caso di specie.

Con ampia disamina della giurisprudenza di legittimità il rimettente ritiene che il divieto di *bis in idem* esiga, ai sensi dell'art. 649 cod. proc. pen., l'identità, secondo criteri giuridici, della triade "condotta-evento-nesso di causa". È possibile che ad una medesima azione od omissione storica corrisponda una pluralità di "eventi giuridici", per la diversità della natura dei reati e degli interessi che essi tutelano, con la conseguenza che, in tal caso, il fatto, pur identico nella sua dimensione naturalistica, non può considerarsi tale ai fini della preclusione del *bis in idem*.

In particolare quest'ultima non potrebbe operare in caso di concorso formale di reati, ovvero quando con un'unica azione od omissione si commettono più illeciti penali.

Il giudice *a quo* osserva che nel caso sottoposto al suo scrutinio il delitto di omicidio doloso appartiene a un "tipo legale" diverso dai reati di disastro doloso e di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, per i quali è già stata dichiarata la prescrizione. Questi ultimi sono reati di pericolo, e non di danno; la morte non è elemento costitutivo della fattispecie, come nell'omicidio; è tutelato il bene giuridico dell'incolumità pubblica anziché quello della vita.

Gli eventi giuridici cagionati dalla condotta omissiva dell'imputato sarebbero perciò plurimi e tale circostanza non permetterebbe di applicare l'art. 649 cod. proc. pen.

A questo punto sorge il dubbio di legittimità costituzionale del rimettente, il quale, anche qui con ampie citazioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti «Corte EDU»), reputa che il divieto di *bis in idem* in materia penale enunciato dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU abbia carattere più ampio della corrispondente regola prevista dall'art. 649 cod. proc. pen.

Dalla sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, osserva il giudice *a quo*, si è consolidato il principio secondo cui ha rilievo solo l'identità del fatto storico, valutato con esclusivo riguardo alla condotta dell'agente, senza che in senso contrario si possa opporre il difetto di coincidenza tra «gli elementi costitutivi degli illeciti», con particolare riguardo alla pluralità degli eventi giuridici.

In applicazione di tale criterio, si dovrebbe adottare nel processo principale una sentenza di non luogo a procedere; a ciò tuttavia sarebbe di ostacolo il diritto vivente formatosi sull'art. 649 cod. proc. pen., che andrebbe perciò dichiarato illegittimo allo scopo di recepire la più favorevole nozione di *bis in idem* accolta dalla Corte EDU.

Tale nozione non solo non contrasterebbe con alcun parametro costituzionale, ma sarebbe altresì in armonia con l'art. 111, secondo comma, Cost., che enuncia il principio di ragionevole durata del processo. Si eviterebbe, infatti, che una persona possa conservare la posizione di imputato per lo stesso fatto, «oltre il tempo "ragionevolmente" necessario a definire il processo».

2. – È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile.

La questione sarebbe irrilevante, perché il rimettente non ha indicato la data di morte delle persone offese, e perché, in ogni caso, sarebbe stato omesso un tentativo di interpretazione adeguatrice della disposizione impugnata.

Inoltre, il giudice *a quo* sarebbe carente di "legittimazione" attiva, perché la decisione che deve adottare non avrebbe i caratteri della definitività.

3. – Si è costituito in giudizio l'imputato del processo principale, chiedendo che la questione sia dichiarata fondata.

La parte privata sostiene che vi è una «sovrapposizione pressoché totale» tra i fatti addebitati e quelli per i quali è già stata dichiarata l'estinzione dei reati per prescrizione, e che ciò dovrebbe comportare, ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, l'applicazione del divieto di *bis in idem*, che ha vigore anche rispetto alle sentenze di non doversi procedere conseguenti alla prescrizione.

Si aggiunge che la giurisprudenza europea è senza dubbio consolidata nel senso che il fatto deve essere «ricostruito avendo riferimento alla condotta e non già anche all'evento».

La parte privata si sofferma, poi, sulla compatibilità con la Costituzione del divieto di *bis in idem*, nella versione recepita dalla Corte EDU, e osserva che nella tradizione giuridica italiana questo divieto, che non trova un esplicito riconoscimento nella Carta, ha vissuto in «una prospettiva processualistica», quale «presidio apprestato dall'ordinamento per assicurare la funzionalità del processo». Per questa ragione «l'ampiezza dell'operatività del concetto di "fatto", rispetto al quale va verificata la identità o no del procedimento, è frutto di una decisione del legislatore di carattere del tutto convenzionale non esistendo, sul piano logico-giuridico, la possibilità di giungere ad una sola conclusione ammissibile».

La Corte EDU avrebbe però «rovesciato completamente la prospettiva», valorizzando il divieto di *bis in idem* come «diritto (fondamentale) dell'individuo a non essere giudicato due volte». In questa ottica, «il criterio di determinazione dell'identità del fatto non può che spostarsi su una valutazione non formalistica, ma sostanzialistica, centrata essenzialmente sulla condotta meritevole di censura». Sarebbe perciò necessario avere riguardo alla sola identità della condotta, anziché a «dati di carattere giuridico-formale».

Questo assetto si collegherebbe anzitutto agli artt. 25, secondo comma, e 27, secondo comma, Cost., dai quali dovrebbe ricavarsi un interesse dell'imputato ad essere sottratto indefinitamente all'azione penale per il medesimo fatto, ovvero alla «quiete penalistica», posto che, in caso contrario, vi sarebbe «una ingiustificata persecuzione».

In secondo luogo, il principio del *ne bis in idem* si armonizzerebbe con gli artt. 2 e 3 Cost., collocandosi nel catalogo aperto dei diritti fondamentali, che debbono avere prevalenza su ogni altro principio costituzionale, e quindi anche sul principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Il divieto di *bis in idem* infine apparterebbe ai tratti costitutivi del giusto processo, assicurato dall'art. 111 Cost., e, nella versione recepita dalla Corte EDU, si accorderebbe con la natura accusatoria del procedimento penale, la quale, «proprio perché muove da una piena consapevolezza dei limiti della verità processuale», implica che «il processo deve svolgersi nel rispetto dei diritti e delle posizioni individuali».

4. – Si è costituita in giudizio l'Associazione Familiari Vittime Amianto, parte civile nel processo principale, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o comunque non fondata.

La parte privata contesta anzitutto che l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, posto a confronto con l'art. 649 cod. proc. pen., abbia una portata di maggior favore per l'imputato.

Mentre la norma nazionale si applica anche se l'imputato è stato prosciolto per prescrizione nel primo giudizio, quella convenzionale esige che egli sia stato «acquitté ou condamné», impiegando un'espressione che «viene ricondotta dalla tradizione giuridica francese esclusivamente a quei casi in cui l'imputato viene assolto a seguito di un riconoscimento della sua totale estraneità ai fatti». La disposizione convenzionale non troverebbe quindi spazio ove il primo procedimento si fosse arrestato per la sopraggiunta prescrizione, e di conseguenza la questione di legittimità costituzionale sarebbe priva di rilevanza.

Inoltre, mentre per l'art. 649 cod. proc. pen. il divieto di *bis in idem* presuppone un medesimo fatto, per l'art. 4 del Protocollo n. 7 presuppone l'identità di «une infraction», ovvero, a parere della parte privata, del reato nella sua qualificazione giuridica. Anche sotto questo aspetto la tutela convenzionale sarebbe meno ampia di quella offerta dall'ordinamento nazionale.

Infine la giurisprudenza della Corte EDU non potrebbe mai avere carattere vincolante per l'interprete nazionale, il che implicherebbe un ulteriore profilo di inammissibilità della questione.

La parte privata conclusivamente osserva che la nozione del divieto di *bis in idem* che il rimettente chiede di introdurre sarebbe in contrasto con l'art. 112 Cost., perché determinerebbe un «ridimensionamento» del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

5. – Si sono costituiti M.G., M.M., L.L. e C.M.V., già costituiti parti civili nel processo principale, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o comunque manifestamente non fondata.

L'eccezione di inammissibilità per difetto di rilevanza si basa sul rilievo che i fatti per i quali è intervenuta la prescrizione e quelli per cui pende il giudizio *a quo* non sarebbero i medesimi. L'evento morte sarebbe estraneo alla fattispecie dei reati previsti dagli artt. 434 e 437 cod. pen., e determinerebbe un fatto diverso sotto il profilo, sia dell'evento, sia del nesso causale.

Nel merito, la giurisprudenza europea formatasi sul divieto di *bis in idem*, pur agganciata alla dimensione storico-naturalistica del fatto, imporrebbe di prendere in considerazione non soltanto la condotta dell'imputato ma anche ogni effetto che da questa sia derivato. La questione sarebbe perciò non fondata, posto che la diversità degli eventi nel caso di specie renderebbe inapplicabile l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

Le parti private aggiungono che, se si dovesse invece limitare l'accertamento alla identità della sola condotta, si produrrebbero effetti manifestamente irragionevoli, in contrasto con l'art. 3 Cost. e con il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Il pubblico ministero sarebbe infatti costretto a «“concentrare” [...] in un unico contesto processuale l'iniziativa punitiva», anche quando l'evento si può verificare a distanza di anni dalla condotta comunque punibile, «con buona pace per la maggior parte dei procedimenti per omicidio o lesioni conseguenti a reati ambientali».

Si introdurrebbe in tal modo un «vuoto di tutela» di beni giuridici primari, che sarebbe in contrasto anche con l'«obbligo di criminalizzazione» che la CEDU imporrebbe a tutela del diritto alla salute e di quello alla vita, diritti che, richiedendo un più elevato livello di tutela, dovrebbero prevalere ai sensi dell'art. 53 della CEDU.

6. – Si è costituita in giudizio l'Associazione italiana esposti amianto, già parte civile nel processo principale, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o comunque manifestamente non fondata.

La parte privata ritiene che il primo processo nei confronti dell'imputato, conclusosi con la dichiarazione di estinzione dei reati per prescrizione, non abbia avuto per oggetto l'accertamento relativo alla morte delle vittime e al nesso di causalità.

La questione sarebbe perciò priva di rilevanza, perché questa Corte dovrebbe esprimere «un parere astratto» circa la compatibilità dell'art. 649 cod. proc. pen. con la tutela convenzionale.

Nel merito, la parte privata rileva che «immaginare un sistema in cui un comportamento criminale possa essere oggetto di valutazione una sola volta [...] porterebbe a risultati totalmente illogici», perché sarebbe preclusa «la persecuzione di ulteriori e diversi reati che si integrassero successivamente», come nel caso della morte di altre vittime, sopraggiunta alla conclusione del primo giudizio penale.

Ciò determinerebbe una «lacuna normativa assolutamente inaccettabile per le singole vittime», che potrebbe determinare anche una violazione della CEDU «per il vuoto sanzionatorio che si verrebbe a creare».

7. – Si sono costituiti in giudizio G.M.G., C.M., C.Mi. e R.F., già parti civili nel processo principale, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o comunque manifestamente non fondata, con argomenti analoghi a quelli sviluppati dall'Associazione italiana esposti amianto.

8. – Si sono costituiti i Comuni di Casale Monferrato, Ozzano Monferrato, Cella Monte, Rosignano Monferrato e Ponzano Monferrato, già parti civili nel processo principale, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o comunque manifestamente non fondata.

Le parti private contestano in primo luogo che i fatti già giudicati e quelli per cui pende il processo principale siano i medesimi dal punto di vista storico-naturalistico. Nel giudizio *a quo* sarebbero addebitate all'imputato condotte positive che non furono oggetto della prima imputazione, relativa a mere omissioni, e in ogni caso vengono in rilievo le morti di 258 persone, alcune delle quali sopravvenute rispetto al primo processo. Tali morti sono elementi costitutivi del reato di omicidio, mentre il giudizio conclusosi con la prescrizione non verteva, né su di esse, né sul nesso causale tra gli eventi letali e la condotta dell'imputato.

Ciò determinerebbe l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza.

Inoltre, a parere delle parti private, il rimettente non ha adeguatamente apprezzato la giurisprudenza della Corte EDU, che, pur nel riferimento alla dimensione storica del fatto, non impedirebbe di assumere in considerazione tutti gli elementi che realizzano il reato, e, tra questi, l'evento. A conferma di ciò pongono in evidenza che l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU si riferisce all'identità del reato, no-

zione entro cui andrebbero inclusi gli «“eventi”, intesi come “effetti concreti” o “conseguenze”» che connotano la figura criminosa.

Questo rilievo, desunto anche da una pronuncia della Corte di cassazione, comproverebbe ulteriormente l'inammissibilità della questione.

9. – In prossimità dell'udienza pubblica, il Presidente del Consiglio dei ministri ha depositato una memoria, chiedendo, sulla base di argomentazioni analoghe a quelle svolte nell'atto di costituzione, che la questione sia dichiarata inammissibile o comunque non fondata.

10. – Anche la difesa dell'imputato ha depositato una memoria, con cui ha chiesto che siano dichiarate non fondate «le eccezioni di inammissibilità e di irrilevanza proposte», che sia dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 649 cod. proc. pen., e, «in via subordinata», che sia «sollevata questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia EU».

In replica alle deduzioni della difesa dello Stato e delle altre parti private, la difesa dell'imputato osserva, in particolare, che l'ordinanza di rimessione contiene un'articolata e completa ricostruzione della fattispecie concreta oggetto del giudizio, consentendo una compiuta valutazione della rilevanza da parte di questa Corte. Pacifica sarebbe poi la legittimazione del giudice dell'udienza preliminare a sollevare questioni di legittimità costituzionale. Il rimettente, inoltre, si sarebbe conformato all'orientamento «assolutamente consolidato» della Corte di cassazione nell'interpretare la norma impugnata, il che lo esonererebbe dal tentativo di darvi un «significato conforme ai parametri costituzionali che si assumono violati». La ricostruzione delle fattispecie contestate nel primo e nel secondo procedimento e la valutazione sulla loro identità operate dal Giudice dell'udienza preliminare si sottrarrebbero ad un giudizio di palese arbitrarietà, attesa la coerenza logica che le contraddistingue. Privata di fondamento sarebbe l'obiezione, avanzata dai difensori di alcune parti civili, secondo cui nel primo procedimento a carico dell'imputato la morte delle vittime non sarebbe stata oggetto di esame. Secondo la difesa dell'imputato la sentenza di primo grado, nell'affermare che l'ipotesi di cui all'art. 437, secondo comma, cod. pen. costituiva un reato autonomo, il cui evento era la morte della vittima, aveva necessariamente operato una verifica in ordine a tale evento, mentre la pronuncia del giudice di secondo grado, attraverso l'introduzione del concetto di evento epidemiologico, vi aveva fatto «confluire tutti gli eventi morte, compresi quelli futuri». Sotto l'aspetto giuridico, inoltre, le pronunce della Corte EDU avrebbero dato rilievo esclusivamente al fatto naturalistico e, in tale ambito, alla condotta, e non «alle fattispecie astratte contestate». L'identità tra i fatti oggetto del primo e del secondo procedimento dovrebbe valutarsi avuto riguardo alla formulazione dell'imputazione e non al tipo di accertamento o di motivazione operati dal giudice. In questa prospettiva nel «vecchio capo di imputazione e nel nuovo» la condotta sarebbe assolutamente identica, e gli eventi morte sarebbero identici.

Per quanto attiene ai profili di merito, l'imputato ripercorre i contenuti delle pronunce più recenti della Corte EDU, a partire dalla sentenza 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, sottolineando che il principio del *ne bis in idem* è stato interpretato come divieto di giudicare un individuo per una seconda infrazione, qualora questa scaturisca dagli stessi fatti o da fatti che sono sostanzialmente identici, prendendo in considerazione la «sola condotta» e non anche «gli effetti» da essa derivanti. Tale nozione, superando la dimensione esclusivamente formale del *ne bis in idem*, non determinerebbe la paralisi del principio di obbligatorietà dell'azione penale previsto dall'art. 112 Cost. Sarebbe infondata, infine, anche l'obiezione secondo cui la disposizione contenuta nell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU è stata male interpretata, in quanto «il termine “infractio”, utilizzato dalla norma per individuare l'“idem”», non richiamerebbe la dimensione meramente fattuale della vicenda, bensì i suoi aspetti giuridico-formali. Secondo la difesa dell'imputato, la funzione nomofilattica della Corte EDU sarebbe confermata dagli artt. 19, 32 e 46 della CEDU, oltre che da numerose pronunce di questa Corte.

La difesa dell'imputato chiede, in via subordinata, che sia sollevata «questione pregiudiziale» innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in quanto la fattispecie in esame avrebbe rilevanza per il diritto dell'Unione per motivi di carattere sostanziale e procedurale. Rileverebbero, al riguardo, le disposizioni dell'Unione europea sulla protezione dei lavoratori contro i rischi da esposizione all'amianto. Osserva la parte che nel 1983 è stata adottata la Direttiva 19 settembre 1983, n. 83/477/CEE (Direttiva del Consiglio sulla protezione dei lavoratori contro i rischi connessi con un'esposizione all'amianto durante il lavoro - seconda direttiva particolare ai sensi dell'articolo 8 della direttiva 80/1107/CEE), la quale è stata recepita nel nostro ordinamento dalla legge 27 marzo 1992, n. 257 (Norme relative alla cessazione dell'impiego dell'amianto). Il rilievo di tale direttiva sarebbe stato messo in

evidenza nella motivazione della sentenza di primo grado nei confronti dell'imputato. Pertanto, la materia della protezione dei lavoratori dai rischi derivanti da esposizione ad amianto rientrerebbe nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, come sarebbe dimostrato dall'adozione di una serie di atti normativi dell'Unione europea, tra cui la Direttiva 30 novembre 2009, n. 2009/148/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione dei lavoratori contro i rischi connessi con un'esposizione all'amianto durante il lavoro), i quali si inserirebbero nelle politiche dell'Unione dirette ad assicurare un grado elevato di protezione della salute e alla salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente. Sussisterebbero pertanto le condizioni, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice *a quo*, per effettuare «rinvio pregiudiziale d'interpretazione» dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea in ordine alla nozione di «stessi fatti».

11. – Hanno inoltre depositato memorie di identico contenuto le altre parti private. Esse rilevano come il percorso ermeneutico adottato dalla Corte EDU sarebbe caratterizzato da un approccio strettamente casistico, come tale «non necessariamente funzionale all'elaborazione di una definizione dell'*idem* su cui fondare una teoria generale e paradigmatica in via astratta ed assoluta». Dall'analisi delle recenti pronunce della Corte EDU, a partire dal caso Zolotoukhine, non sembrerebbe potersi evincere alcuna indicazione tale da escludere che «l'espressione “fatti identici o che siano sostanzialmente gli stessi”» debba essere valutata, non solo con riguardo alla condotta, ma anche in riferimento all'evento e al nesso causale. L'accoglimento della questione, così come formulata dal giudice *a quo*, implicherebbe conseguenze abnormi, «sia in termini di (ir)razionalità dell'ordinamento penale e processuale penale, sia (e soprattutto) con riguardo alla (in)compatibilità della predetta interpretazione con il sistema dei diritti fondamentali», tra i quali il diritto alla salute e quello alla vita, tutelati, peraltro, dall'art. 2 della CEDU.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. – Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Torino ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui tale disposizione limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* al medesimo fatto giuridico, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che al medesimo fatto storico, con riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti «Protocollo n. 7 alla CEDU»), adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con la legge 9 aprile 1990, n. 98.

Il rimettente si trova a decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio proposta nei confronti di una persona imputata dell'omicidio doloso di 258 persone. Il Giudice osserva che in relazione alla medesima condotta l'imputato, in un precedente giudizio, è già stato prosciolto per prescrizione dai reati previsti dagli artt. 434, secondo comma, e 437, secondo comma, del codice penale.

In particolare in quel primo processo penale erano stati contestati il disastro innominato aggravato e l'omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, anch'essa nella forma aggravata, reati che l'imputato avrebbe commesso nella sua qualità di dirigente di stabilimenti della società Eternit. Mediante la diffusione di polveri di amianto sarebbero stati cagionati un disastro e un infortunio, che avrebbero comportato la morte o la malattia di circa 2000 persone, 186 delle quali erano indicate nei nuovi capi di imputazione per omicidio.

Il rimettente premette di non poter applicare l'art. 649 cod. proc. pen., che enuncia il divieto di *bis in idem* in materia penale, a causa del significato che tale disposizione avrebbe assunto nel diritto vivente: vi sarebbero infatti due ostacoli insuperabili per l'interprete che intenda adeguarsi a tale consolidata giurisprudenza.

In primo luogo, pur a fronte di una formulazione letterale della norma chiaramente intesa a porre a raffronto il fatto storico, il diritto vivente esigerebbe invece l'identità del fatto giuridico ovvero «la coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati».

Il giudice sarebbe cioè tenuto a valutare non la sola condotta dell'agente, ma la triade «condotta-evento-nesso di causa», indagando sulla natura dei reati e sui beni che essi tutelano. Applicando questo criterio al caso di specie il rimettente afferma che l'omicidio è in sé fatto diverso dal disastro innominato aggravato e dall'omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro aggravata, posto che questi

sono due delitti di pericolo, anziché di danno, diretti alla tutela della pubblica incolumità, anziché della vita. Inoltre, l'evento morte, che è elemento costitutivo dell'omicidio, non figura neppure tra le circostanze aggravanti previste dal secondo comma degli artt. 434 e 437 cod. pen., perché non è necessario per integrare le figure del disastro e dell'infortunio, alle quali queste disposizioni fanno riferimento.

In secondo luogo, il rimettente richiama la pacifica giurisprudenza di legittimità secondo cui l'omicidio concorre formalmente con i reati indicati dagli artt. 434 e 437 cod. pen., quando, come è accaduto nel caso di specie, il primo e i secondi sono commessi con un'unica azione od omissione.

Il diritto vivente in questo caso esclude recisamente l'applicabilità dell'art. 649 cod. proc. pen., ritenendo che la sola circostanza di avere violato diverse disposizioni di legge o di avere commesso più violazioni della medesima disposizione di legge (art. 81 cod. pen.) impedisca di ritenere, ai fini dell'art. 649 cod. proc. pen., unico il fatto, benché realizzato con una sola azione od omissione.

Ciò posto, il giudice *a quo* rileva, sulla base di un'ampia disamina della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti «Corte EDU»), che l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU ha invece un significato più favorevole per l'imputato, poiché, a partire dalla sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, si sarebbe stabilito che è ravvisabile identità del fatto quando medesima è l'azione o l'omissione per la quale la persona è già stata irrevocabilmente giudicata. Nel caso di specie, in applicazione di questo orientamento, non osterebbe al divieto di *bis in idem*, né la diversità dell'evento conseguente alla condotta, né la configurabilità di un concorso formale di reati.

Il rimettente conclude che l'art. 649 cod. proc. pen. è di dubbia legittimità costituzionale, nella parte in cui, in base al diritto vivente nazionale, per valutare la medesimezza del fatto stabilisce criteri più restrittivi di quelli ricavati dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU. In base a quest'ultima norma, infatti, l'imputato andrebbe prosciolto per la sola circostanza che le azioni e le omissioni che hanno causato gli omicidi sarebbero, sul piano storico-naturalistico, quelle per le quali è già stato giudicato in altro processo penale in via definitiva. Non avrebbe alcun rilievo in senso contrario la circostanza che l'evento, ovvero la morte delle vittime, non sia stato in quella prima sede oggetto di accertamento.

2. – L'Avvocatura generale dello Stato e le parti private hanno avanzato numerose eccezioni di inammissibilità.

L'Avvocatura generale sostiene anzitutto che il rimettente sarebbe privo di legittimazione a proporre la questione di legittimità costituzionale.

L'eccezione è manifestamente infondata perché il giudice dell'udienza preliminare è senza alcun dubbio una autorità giurisdizionale tenuta ad applicare la norma impugnata nel corso del giudizio (art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, recante «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale»).

In secondo luogo, l'Avvocatura generale deduce che l'omessa indicazione della data di morte delle vittime rende carente la descrizione della fattispecie. Anche questa eccezione è manifestamente infondata, in quanto si incentra su un elemento del fatto che non è necessario per saggiare la rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Quest'ultima è ravvisabile perché il rimettente postula la medesimezza della condotta, oggetto di una nuova imputazione dopo un primo giudizio conclusosi definitivamente, e l'impossibilità di applicare, nonostante ciò, l'art. 649 cod. proc. pen., senza una previa dichiarazione di illegittimità costituzionale. La data di morte delle vittime non ha alcuna incidenza sui termini della questione così proposta.

2.1. – L'Avvocatura generale eccepisce inoltre l'inammissibilità della questione, perché il rimettente avrebbe potuto risolvere il dubbio di legittimità costituzionale mediante un'interpretazione dell'art. 649 cod. proc. pen. convenzionalmente orientata.

Anche questa eccezione non è fondata. Infatti il Giudice ha ampiamente motivato, rilevando l'esistenza di un diritto vivente contrario a una tale soluzione interpretativa, e lo ha individuato in numerose pronunce successive alla sentenza della Grande Camera, Zolotoukhine contro Russia, con la quale è stato definito l'orientamento della giurisprudenza della Corte EDU da ritenere consolidato. Ciò significa che nella prospettiva del rimettente neppure questo elemento di novità potrebbe valere a far dubitare della persistenza del diritto vivente, aprendo la via a un tentativo di interpretazione adeguatrice. In questo contesto il giudice *a quo* ha «la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di "diritto vivente" e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con parametri costituzionali» (sentenza n. 242 del 2014).

2.2. – Una parte privata ha eccepito il difetto di rilevanza della questione sostenendo che l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU non è applicabile quando, come è avvenuto nel caso in esame, la prima pronuncia penale, passata in giudicato, non ha espresso un giudizio sul merito dell'imputazione. Il testo francese della disposizione europea esige infatti che l'imputato sia già stato *acquitté ou condamné*, e l'*acquittement* implicherebbe un'assoluzione, mentre nel caso oggetto del giudizio principale l'imputato è stato prosciolto per la prescrizione dei reati.

L'eccezione non è fondata.

Premesso che il significato delle disposizioni della CEDU e dei suoi Protocolli va tratto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007), purché consolidata (sentenza n. 49 del 2015), è immediato il rilievo che per tale Corte ciò che rileva è la natura definitiva di una decisione giudiziale, al fine di stabilire se essa possa precludere una nuova azione penale per lo stesso fatto, e tale natura si deduce dall'autorità di cosa giudicata che le attribuisce l'ordinamento nazionale. Di questo principio ha reso applicazione anche la sentenza della Grande Camera, 27 maggio 2014, Marguš contro Croazia (sentenza n. 184 del 2015).

Posto che l'ordinamento italiano riconosce il carattere di giudicato anche alle sentenze di estinzione del reato per prescrizione deve concludersi che l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU si applica al giudizio *a quo*.

2.3. – Alcune parti private hanno eccepito il difetto di rilevanza della questione sostenendo che i fatti già giudicati sono diversi, sotto il profilo storico-naturalistico, da quelli oggetto della nuova imputazione, perciò, pur accogliendo la prospettiva del rimettente, neppure l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU potrebbe sottrarre l'imputato al giudizio.

L'eccezione non è fondata.

Il rimettente ha infatti svolto un'ampia motivazione per dimostrare l'identità della condotta dell'imputato. Posto che si tratta di uno dei passaggi logici preliminari rispetto al dubbio di legittimità costituzionale, questa Corte, per postularne l'adeguatezza ai fini della motivazione sulla rilevanza, non può che limitarsi all'apprezzamento del carattere non implausibile della premessa sviluppata dal giudice *a quo*.

2.4. – Alcune parti private hanno eccepito l'irrilevanza della questione perché il primo processo penale non avrebbe accertato, né l'evento della morte delle vittime, né il nesso di causalità tra quest'ultimo e la condotta. Perciò i fatti dovrebbero ritenersi diversi anche sulla base della giurisprudenza europea, che includerebbe nel giudizio di comparazione evento e nesso di causalità.

L'eccezione non è fondata in quanto pretende di far valere sul piano dell'ammissibilità un profilo che attiene al merito della questione. Il rimettente, infatti, parte dal presupposto che l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU prescriva di prendere in considerazione la sola azione o omissione dell'agente, a differenza dell'art. 649 cod. proc. pen., che attribuirebbe rilievo anche al nesso di causalità e all'evento giuridico.

Per tale ragione valutare se la sentenza già passata in giudicato abbia oppure no apprezzato il nesso di causalità e l'evento eccede il controllo sulla rilevanza. Questa, infatti, per tale aspetto, dipende dalla sola motivazione del rimettente sulla medesimezza della condotta, ovvero sul solo requisito che, a parere del giudice *a quo*, ha importanza, secondo i criteri europei, per affermare o escludere l'unicità del fatto.

3. – La difesa dell'imputato nel giudizio principale sollecita, ove la questione non sia accolta, un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, affinché chiarisca se l'art. 50 della Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007), recante a sua volta il divieto di *bis in idem* in materia penale, impedisca o no di riconoscere all'art. 649 cod. proc. pen. il significato attribuitogli dal diritto vivente.

La richiesta, al di là di ogni ulteriore considerazione, non può essere accolta, considerato che il rimettente ha escluso l'inerenza del diritto dell'Unione al caso di specie e ha delimitato il thema decidendum con riferimento ai profili di compatibilità con la CEDU (sentenza n. 56 del 2015).

4. – Venendo al merito della questione, si tratta di verificare se davvero il principio del *ne bis in idem* in materia penale, enunciato dall'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, abbia un campo applicativo diverso e più favorevole all'imputato del corrispondente principio recepito dall'art. 649 cod. proc. pen.

È anzitutto opportuno saggiare il convincimento del giudice *a quo*, secondo cui la disposizione europea significa che la medesimezza del fatto deve evincersi considerando la sola condotta dell'agente, assunta nei termini di un movimento corporeo o di un'inerzia.

È noto che la sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, è intervenuta per risolvere un articolato conflitto manifestatosi tra le sezioni della Corte EDU, sulla portata dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU. Dopo avere passato in rassegna le tesi enunciate in proposito, la Grande Camera ha consolidato la giurisprudenza europea nel senso che la medesimezza del fatto si apprezza alla luce delle circostanze fattuali concrete, indissolubilmente legate nel tempo e nello spazio. È stata così respinta la tesi, precedentemente sostenuta da una parte di quella giurisprudenza, che l'infraction indicata dal testo normativo sia da reputare la stessa solo se medesimo è il reato contestato nuovamente dopo un primo giudizio definitivo, ovvero il fatto nella qualificazione giuridica che ne dà l'ordinamento penale.

È perciò pacifico oramai che la Convenzione recepisce il più favorevole criterio dell'*idem factum*, a dispetto della lettera dell'art. 4 del Protocollo n. 7, anziché la più restrittiva nozione di *idem legale*.

Il rimettente pare persuaso che da questa corretta premessa derivi inevitabilmente il corollario ipotizzato innanzi, ossia che il test di comparazione tra fatto già giudicato definitivamente e fatto oggetto di una nuova azione penale dipenda esclusivamente dalla medesimezza della condotta dell'agente.

In altre parole, secondo il rimettente, qualora non si intenda far rifluire nel giudizio comparativo implicazioni legate al bene giuridico tutelato dalle disposizioni penali, e ci si voglia agganciare alla sola componente empirica del fatto, come è previsto dalla Corte EDU, sarebbe giocoforza concludere che quest'ultimo vada individuato in ragione dell'azione o dell'omissione, trascurando evento e nesso di causalità.

La tesi è errata.

Il fatto storico-naturalistico rileva, ai fini del divieto di *bis in idem*, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento, perché l'approccio epistemologico fallisce nel descriverne un contorno identitario dal contenuto necessario. Fatto, in questa prospettiva, è l'accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi.

Non vi è, in altri termini, alcuna ragione logica per concludere che il fatto, pur assunto nella sola dimensione empirica, si restringa all'azione o all'omissione, e non comprenda, invece, anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente.

È chiaro che la scelta tra le possibili soluzioni qui riassunte è di carattere normativo, perché ognuna di esse è compatibile con la concezione dell'*idem factum*. Questo non significa che le implicazioni giuridiche delle fattispecie poste a raffronto comportino il riemergere dell'*idem legale*. Esse, infatti, non possono avere alcun rilievo ai fini della decisione sulla medesimezza del fatto storico. Ad avere carattere giuridico è la sola indicazione dei segmenti dell'accadimento naturalistico che l'interprete è tenuto a prendere in considerazione per valutare la medesimezza del fatto.

Nell'ambito della CEDU, una volta chiarita la rilevanza dell'*idem factum*, è perciò essenziale rivolgersi alla giurisprudenza consolidata della Corte EDU, per comprendere se esso si restringa alla condotta dell'agente, ovvero abbracci l'oggetto fisico, o anche l'evento naturalistico.

5. – L'indagine cui si è appena accennato non conforta l'ipotesi formulata dal giudice *a quo*. Né la sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, né le successive pronunce della Corte EDU recano l'affermazione che il fatto va assunto, ai fini del divieto di *bis in idem*, con esclusivo riferimento all'azione o all'omissione dell'imputato. A tal fine, infatti, non possono venire in conto le decisioni vertenti sulla comparazione di reati di sola condotta, ove è ovvio che l'indagine giudiziale ha avuto per oggetto quest'ultima soltanto (ad esempio, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens contro Italia).

Anzi, in almeno tre occasioni, il giudice europeo ha attribuito importanza, per stabilire l'unicità del fatto, alla circostanza che la condotta fosse rivolta verso la medesima vittima (sentenza 14 aprile 2014, Muslija contro Bosnia Erzegovina, paragrafo 34; sentenza 14 aprile 2014, Khmel contro Russia, paragrafo 65; sentenza 23 settembre 2015, Butnaru e Bejan-Piser contro Romania, paragrafo 37), e ciò potrebbe suggerire che un mutamento dell'oggetto dell'azione, e quindi della persona offesa dal reato, spezzi il nesso tra fatto giudicato in via definitiva e nuova imputazione, pur in presenza della stessa condotta (come potrebbe accadere, ad esempio, nell'omicidio plurimo).

Certo è che, perlomeno allo stato, la giurisprudenza europea, che «resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata» (sentenza n. 236 del 2011), non permette di isolare con sufficiente certezza alcun principio (sentenza n. 49 del 2015), alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen., ove si escluda l'opzione compiuta con nettezza a favore dell'*idem factum* (questa sì, davvero espressiva di un orientamento sistematico e definitivo). In particolare, non solo non vi è modo di ritenere che il fatto, quanto all'art. 4 del Protocollo n. 7, sia da circoscrivere alla sola condotta dell'agente, ma vi sono indizi per includere nel giudizio l'oggetto fisico di quest'ultima, mentre non si può escludere che vi rientri anche l'evento, purché recepito con rigore nella sola dimensione materiale.

Ciò equivale a concludere che il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta, libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un contenuto della normativa interposta ulteriore, rispetto al rilievo storico-naturalistico del fatto, salvo quanto si dovrà aggiungere in seguito a proposito del concorso formale dei reati.

6. – Parimenti, un'opzione a favore della più ampia espansione della garanzia del divieto di *bis in idem* in materia penale non è stimolata neppure dal contesto normativo e logico entro cui si colloca l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

È intuitivo che l'accoglimento della posizione propugnata dal giudice *a quo*, circa l'apprezzamento della sola condotta ai fini del giudizio sulla medesimezza del fatto, rassicura al massimo grado l'imputato già giudicato in via definitiva, che per tale via si sottrarrebbe a un nuovo processo penale, sia nei casi, tra gli altri, in cui si sia aggravata l'offesa nei confronti della stessa persona, sia in quelli in cui un'unica condotta abbia determinato una pluralità di vittime, lese in beni primari e personalissimi come la vita e l'integrità fisica.

Tuttavia la tutela convenzionale affronta il principio del *ne bis in idem* con un certo grado di relatività, nel senso che esso patisce condizionamenti tali da renderlo recessivo rispetto a esigenze contrarie di carattere sostanziale. Questa circostanza non indirizza l'interprete, in assenza di una consolidata giurisprudenza europea che lo conforti, verso letture necessariamente orientate nella direzione della più favorevole soluzione per l'imputato, quando un'altra esegesi della disposizione sia comunque collocabile nella cornice dell'*idem factum*.

In primo luogo, l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, secondo paragrafo, permette la riapertura del processo penale, quando è prevista dall'ordinamento nazionale, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni sono in grado di inficiare la sentenza già passata in giudicato. Mentre nell'ordinamento giuridico italiano è consentita la revisione della sola sentenza di condanna, al fine di assicurare senza limiti di tempo «la tutela dell'innocente» (sentenza n. 28 del 1969), la Convenzione consente di infrangere la «quiete penalistica» della persona già assolta in via definitiva solo perché sono maturate, dopo il processo, nuove evenienze, anche di carattere probatorio.

La finalità di perseguire la giustizia, in tali casi, prevale sulla stabilità della garanzia processuale concernente la sottrazione alla pretesa punitiva dello Stato.

In secondo luogo, la stessa Grande Camera (sentenza 27 maggio 2014, Marguš contro Croazia) ha affermato (in un caso in cui un uomo politico aveva goduto dell'amnistia, rilevata in giudizio, per crimini di guerra, ma era stato nuovamente sottoposto a processo per gli stessi fatti) che l'art. 4 del Protocollo n. 7 è soggetto a bilanciamento con gli artt. 2 e 3 della Convenzione, in quanto parti di un tutto (paragrafo 128), ed ha aggiunto che ciò comporta l'inoperatività della garanzia del *ne bis in idem* in presenza di episodi estremamente gravi, quali i crimini contro l'umanità, che gli Stati aderenti hanno l'obbligo di perseguire (paragrafo 140).

Si manifesta, in tal modo, un ulteriore tratto di appannamento dell'istituto che la Convenzione giustifica nel quadro del bilanciamento con obblighi di tutela penale.

È il caso però di sottolineare che nell'ordinamento nazionale non si può avere un soddisfacimento di pretese punitive che non sia contenuto nelle forme del giusto processo, ovvero che non si renda compatibile con il fascio delle garanzie processuali attribuite all'imputato. Né il principio di obbligatorietà dell'azione penale, né la rilevanza costituzionale dei beni giuridici che sono stati offesi, cui le parti private si sono ampiamente riferite, possono rendere giusto, e quindi conforme a Costituzione, un processo che abbia violato i diritti fondamentali, e costituzionalmente rilevanti, della persona che vi è soggetta.

Tra questi non può non annoverarsi il «principio di civiltà giuridica, oltre che di generalissima applicazione» (ordinanza n. 150 del 1995) espresso dal divieto di *bis in idem*, grazie al quale giunge un tempo in cui, formatosi il giudicato, l'individuo è sottratto alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto. In caso contrario, il contatto con l'apparato repressivo dello Stato, potenzialmente continuo, proietterebbe l'ombra della precarietà nel godimento delle libertà connesse allo sviluppo della personalità individuale, che si pone, invece, al centro dell'ordinamento costituzionale (sentenza n. 1 del 1969; in seguito, sentenza n. 219 del 2008).

In questa sede, peraltro, non interessa porre a raffronto i livelli di tutela offerti dalla CEDU e dal diritto nazionale, ma piuttosto trarre conferma che la prima non obbliga, neppure sul piano logico-sistematico, a optare in ogni caso per la concezione di medesimo fatto più favorevole all'imputato, posto che la garanzia del *ne bis in idem* non assume tratti di assolutezza, né nel testo dell'art. 4 del Protocollo n. 7, né nell'interpretazione consolidata tracciata dalla Corte di Strasburgo.

Resta, in definitiva, assodato che, contrariamente all'ipotesi del giudice *a quo*, allo stato la Convenzione impone agli Stati membri di applicare il divieto di *bis in idem* in base ad una concezione naturalistica del fatto, ma non di restringere quest'ultimo nella sfera della sola azione od omissione dell'agente.

7. – Una volta chiarita la portata del vincolo derivante dalla CEDU, si tratta di accertare la compatibilità con esso del diritto vivente formatosi sull'art. 649 cod. proc. pen.

Per quanto finora è stato precisato, è evidente che la ragione del contrasto non potrebbe consistere nella ricezione, da parte dell'interprete nazionale, di una visione di medesimezza del fatto svincolata dalla sola condotta, ed estesa invece all'oggetto fisico di essa, o all'evento in senso naturalistico, come suggerisce il rimettente. Piuttosto, la disposizione nazionale avrebbe violato l'art. 117, primo comma, Cost., solo se dovesse essere interpretata nel senso di assegnare rilievo all'*idem* legale, ovvero a profili attinenti alla qualificazione giuridica del fatto.

È quanto il giudice *a quo* ritiene accaduto, per effetto di una torsione curiale della lettera dell'art. 649 cod. proc. pen., che si riferisce al fatto storico, anche diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze.

Bisogna aggiungere che, se così fosse, a essere violati sarebbero anche gli artt. 24 e 111 Cost., ai quali il principio del *ne bis in idem* va collegato in via generale (ordinanza n. 501 del 2000), ma con una particolare pregnanza nella materia penale (sentenza n. 284 del 2003). Benché non riconosciuto espressamente dalla lettera della Costituzione, tale principio è infatti immanente alla funzione ordinante cui la Carta ha dato vita, perché non è compatibile con tale funzione dell'ordinamento giuridico una normativa nel cui ambito la medesima situazione giuridica possa divenire oggetto di statuizioni giurisdizionali in perpetuo divenire. Nel diritto penale, questa Corte ha da tempo arricchito la forza del divieto, proiettandolo da una dimensione correlata al valore obiettivo del giudicato (sentenze n. 6 e n. 69 del 1976, n. 1 del 1973 e n. 48 del 1967) fino a investire la sfera dei diritti dell'individuo, in quanto «principio di civiltà giuridica» (ordinanza n. 150 del 1995; inoltre, sentenze n. 284 del 2003 e n. 115 del 1987), oltretutto dotato di «forza espansiva» (sentenza n. 230 del 2004), e contraddistinto dalla natura di «garanzia» personale (sentenza n. 381 del 2006).

Il criterio dell'*idem* legale appare allora troppo debole per accordarsi con simili premesse costituzionali, perché solo un giudizio obiettivo sulla medesimezza dell'accadimento storico scongiura il rischio che la proliferazione delle figure di reato, alle quali in astratto si potrebbe ricondurre lo stesso fatto, offra l'occasione per iniziative punitive, se non pretestuose, comunque tali da porre perennemente in soggezione l'individuo di fronte a una tra le più penetranti e invasive manifestazioni del potere sovrano dello Stato-apparato.

Costituzione e CEDU si saldano, dunque, nella garanzia che la persona già giudicata in via definitiva in un processo penale non possa trovarsi imputata per il medesimo fatto storico, e ripudiano l'intorbidamento della valutazione comparativa in forza di considerazioni sottratte alla certezza della dimensione empirica, così come accertata nel primo giudizio. Le sempre opinabili considerazioni sugli interessi tutelati dalle norme incriminatrici, sui beni giuridici offesi, sulla natura giuridica dell'evento, sulle implicazioni penalistiche del fatto e su quant'altro concerne i diversi reati, oggetto dei successivi giudizi, non si confanno alla garanzia costituzionale e convenzionale del *ne bis in idem* e sono estranee al nostro ordinamento.

8. – Ciò premesso, questa Corte ha già avuto modo di prendere atto che «l'identità del "fatto" sussiste - secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. un. 28 giugno 2005, n. 34655) - quando vi sia

corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona» (sentenza n. 129 del 2008).

È in questi termini, e soltanto in questi, in quanto segnati da una pronuncia delle sezioni unite, che l'art. 649 cod. proc. pen. vive nell'ordinamento nazionale con il significato che va posto alla base dell'odierno incidente di legittimità costituzionale. E si tratta di un'affermazione netta e univoca a favore dell'*idem factum*, sebbene il fatto sia poi scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità, ed evento naturalistico.

A condizione che tali elementi siano ponderati con esclusivo riferimento alla dimensione empirica, si è già testata favorevolmente la compatibilità di questo portato normativo con la nozione di fatto storico, sia nella sua astrattezza, sia nella concretezza attribuita dalla consolidata giurisprudenza europea.

Certamente, a differenza di quanto mostra di credere il rimettente anche con riguardo alla pronuncia delle sezioni unite appena ricordata, l'evento non potrà avere rilevanza in termini giuridici, ma assumerà significato soltanto quale modificazione della realtà materiale conseguente all'azione o all'omissione dell'agente. Detto questo, e alle ricordate condizioni, non vi è spazio di contrasto tra l'art. 649 cod. proc. pen. e l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

Questa Corte deve però riconoscere che persiste nella stessa giurisprudenza di legittimità un orientamento minoritario, diverso da quello adottato dalle sezioni unite fin dal 2005. Lo stesso rimettente ha individuato con esattezza alcuni esempi di decisioni che si limitano a echeggiare il principio di diritto affermato dalle sezioni unite, ma lo corrompono aggiungendo che va tenuta in conto non solo la dimensione storico-naturalistica del fatto ma anche quella giuridica; ovvero che vanno considerate le implicazioni penalistiche dell'accadimento.

Queste e altre simili formule celano un criterio di giudizio legato all'*idem legale*, che non è compatibile, né con la Costituzione, né con la CEDU, sicché è necessario che esso sia definitivamente abbandonato.

Tuttavia il carattere occasionale di tali interventi giurisprudenziali li rende incapaci di trasfigurare la lettera e la logica dell'art. 649 cod. proc. pen., conferendogli, come invece ipotizza il rimettente, un significato difforme dalla normativa interposta evocata nel presente processo incidentale. Al contrario, il diritto vivente, con una lettura conforme all'attuale stadio di sviluppo dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, impone di valutare, con un approccio storico-naturalistico, la identità della condotta e dell'evento, secondo le modalità con cui esso si è concretamente prodotto a causa della prima.

Non vi è perciò dubbio che nel caso di specie gli indici segnalati dal Giudice rimettente per ritenere diversi i fatti già giudicati rispetto a quelli di omicidio oggetto della nuova contestazione non siano adeguati, perché non possono avere peso a tali fini né la natura di pericolo dei delitti previsti dagli artt. 434 e 437 cod. pen., né il bene giuridico tutelato, né il «differente "ruolo" del medesimo evento morte all'interno della fattispecie». Allo stesso tempo, è chiaro che, anche dal punto di vista rigorosamente materiale, la morte di una persona, seppure cagionata da una medesima condotta, dà luogo ad un nuovo evento, e quindi ad un fatto diverso rispetto alla morte di altre persone.

Entro questi limiti va escluso che sussista il primo profilo di contrasto individuato dal giudice *a quo* tra l'art. 649 cod. proc. pen. e la normativa interposta convenzionale, perché entrambe recepiscono il criterio dell'*idem factum*, e all'interno di esso la Convenzione non obbliga a scartare l'evento in senso naturalistico dagli elementi identitari del fatto, e dunque a superare il diritto vivente nazionale.

9. – Il secondo profilo di contrasto, segnalato dall'ordinanza di rimessione, tra l'art. 649 cod. proc. pen. e l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU riguarda la regola, enucleata dal diritto vivente nazionale, che vieta di applicare il principio del *ne bis in idem*, ove il reato già giudicato sia stato commesso in concorso formale con quello oggetto della nuova iniziativa del pubblico ministero, nonostante la medesimezza del fatto.

Sulla corrispondenza di tale regola a un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità non vi sono dubbi, posto che essa è stata ininterrottamente applicata dall'entrata in vigore dell'art. 90 del codice di procedura penale del 1930 fino ad oggi, anche dopo che a quest'ultima disposizione è subentrato l'art. 649 del nuovo codice di procedura penale. La sola eccezione ammessa, al fine di prevenire un conflitto tra giudicati, è quella che la giurisprudenza ha ravvisato nel caso in cui il primo processo si è concluso con una pronuncia definitiva perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso.

Ne consegue che questa Corte è tenuta a scrutinare la legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen. postulando che esso abbia il significato che gli è conferito dal diritto vivente, e la relativa questione, collegata con quella già esaminata sulla medesimezza del fatto, è fondata nei termini che saranno precisati.

10. – Allo stato attuale del diritto vivente il rinnovato esercizio dell'azione penale è consentito, in presenza di un concorso formale di reati, anche quando il fatto, nel senso indicato, è il medesimo sul piano empirico, ma forma oggetto di una convergenza reale tra distinte norme incriminatrici, tale da generare una pluralità di illeciti penali.

Va premesso che, sul piano delle opzioni di politica criminale dello Stato, è ben possibile, per quanto qui interessa, che un'unica azione o omissione infranga, in base alla valutazione normativa dell'ordinamento, diverse disposizioni penali, alle quali corrisponde un autonomo disvalore che il legislatore, nei limiti della discrezionalità di cui dispone, reputa opportuno riflettere nella molteplicità dei corrispondenti reati e sanzionare attraverso le relative pene (sia pure secondo il criterio di favore indicato dall'art. 81 cod. pen.).

Qualora il giudice abbia escluso che tra le norme viga un rapporto di specialità (artt. 15 e 84 cod. pen.), ovvero che esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell'altro, è incontestato che si debbano attribuire all'imputato tutti gli illeciti che sono stati consumati attraverso un'unica condotta commissiva o omissiva, per quanto il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico.

Siamo, infatti, nell'ambito di un istituto del diritto penale sostanziale che evoca mutevoli scelte di politica incriminatrice, proprie del legislatore, e in quanto tali soggette al controllo di questa Corte solo qualora trasmodino in un assetto sanzionatorio manifestamente irragionevole, arbitrario o sproporzionato (ex plurimis, sentenze n. 56 del 2016 e n. 185 del 2015).

Né queste opzioni in sé violano la garanzia individuale del divieto di *bis in idem*, che si sviluppa invece con absolutezza in una dimensione esclusivamente processuale, e preclude non il simultaneus processus per distinti reati commessi con il medesimo fatto, ma una seconda iniziativa penale, laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo.

In linea astratta pertanto la circostanza che i reati concorrano formalmente non sembrerebbe interferire con l'area coperta dal portato normativo dell'art. 649 cod. proc. pen. Quest'ultima dovrebbe, al contrario, essere determinata esclusivamente dalla formazione di un giudicato sul medesimo fatto, sia che esso costituisca un solo reato, sia che integri plurime fattispecie delittuose realizzate con un'unica azione od omissione.

Ciò detto, questa Corte è obbligata a prendere atto che il diritto vivente, come è stato correttamente rilevato dal rimettente, ha saldato il profilo sostanziale implicato dal concorso formale dei reati con quello processuale recato dal divieto di *bis in idem*, esonerando il giudice dall'indagare sulla identità empirica del fatto, ai fini dell'applicazione dell'art. 649 cod. proc. pen. La garanzia espressa da questa norma, infatti, viene scavalcata per la sola circostanza che il reato già giudicato definitivamente concorre formalmente, ai sensi dell'art. 81 cod. pen., con il reato per il quale si procede.

Non spetta a questa Corte pronunciarsi sulla correttezza ermeneutica del principio appena esposto. È invece oggetto del giudizio incidentale la conformità di esso, e dunque dell'art. 649 cod. proc. pen., che secondo il diritto vivente lo esprime normativamente, rispetto all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

Ove, infatti, non vi fossero motivi di contrasto, il rimettente, pure a fronte del medesimo fatto, sarebbe tenuto a procedere nel giudizio per la sola ragione che l'omicidio concorre formalmente, secondo la giurisprudenza di legittimità, con i delitti previsti dagli artt. 434, secondo comma, e 437, secondo comma, cod. pen., mentre, nel caso opposto, egli dovrebbe concentrare la propria attenzione sulla sola identità del fatto, per decidere se applicare o no l'art. 649 cod. proc. pen.

11. – Il nesso di necessità predicato nel diritto vivente tra concorso formale di reati e superamento del *ne bis in idem* inevitabilmente reintroduce nel corpo dell'art. 649 cod. proc. pen. profili di apprezzamento sulla dimensione giuridica del fatto, che erano stati espulsi attraverso l'adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica di condotta, nesso causale ed evento.

Per decidere sulla unicità o pluralità dei reati determinati dalla condotta dell'agente ai sensi dell'art. 81 cod. pen., l'interprete, che deve sciogliere il nodo dell'eventuale concorso apparente delle norme incriminatrici, considera gli elementi del fatto materiale giuridicamente rilevanti, si interroga, tra l'altro,

sul bene giuridico tutelato dalle convergenti disposizioni penali e può assumere l'evento in un'accezione che cessa di essere empirica.

Questa operazione, connaturata in modo del tutto legittimo al giudizio penalistico sul concorso formale di reati, e dalla quale dipende la celebrazione di un eventuale *simultaneus processus*, deve reputarsi sbarrata dall'art. 4 del Protocollo n. 7, perché segna l'abbandono dell'*idem factum*, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di *bis in idem*.

Nel sistema della CEDU (e, come si è visto, anche in base alla Costituzione repubblicana), l'esercizio di una nuova azione penale dopo la formazione del giudicato deve invece dipendere esclusivamente dal raffronto tra la prima contestazione, per come si è sviluppata nel processo, e il fatto posto a base della nuova iniziativa del pubblico ministero, ed è perciò permessa in caso di diversità, ma sempre vietata nell'ipotesi di medesimezza del fatto storico (salve le deroghe, nel sistema convenzionale, previste dal secondo paragrafo dell'art. 4 del Protocollo n. 7).

Ogni ulteriore criterio di giudizio connesso agli aspetti giuridici del fatto esula dalle opzioni concesse allo Stato aderente.

Difatti, la sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, non ha aderito a un pregresso orientamento della Corte EDU volto a escludere la violazione del divieto di *bis in idem* in presenza di un *concorso idéal d'infractions* (paragrafi 72 e 81).

D'altro canto, è evidente che la clausola di riserva delineata dalla giurisprudenza nazionale, che fa salvi i casi di assoluzione dell'imputato per l'insussistenza del fatto o per non averlo commesso, vietando per essi il secondo giudizio pure in presenza di un concorso formale di reati, tradisce in modo scoperto la mera finalità di prevenire il conflitto dei giudicati, e con questa l'oscuramento della componente garantista del principio del *ne bis in idem*, che invece in materia penale lo connota profondamente e va anzi ritenuta prioritaria.

Sussiste perciò il contrasto denunciato dal rimettente tra l'art. 649 cod. proc. pen., nella parte in cui esclude la medesimezza del fatto per la sola circostanza che ricorre un concorso formale di reati tra *res iudicata* e *res iudicanda*, e l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, che vieta invece di procedere nuovamente quando il fatto storico è il medesimo.

12. – È il caso di precisare che la conclusione appena raggiunta non impone di applicare il divieto di *bis in idem* per la esclusiva ragione che i reati concorrono formalmente e sono perciò stati commessi con un'unica azione o omissione.

È infatti facilmente immaginabile che all'unicità della condotta non corrisponda la medesimezza del fatto, una volta che si sia precisato che essa può discendere dall'identità storico-naturalistica di elementi ulteriori rispetto all'azione o all'omissione dell'agente, siano essi costituiti dall'oggetto fisico di quest'ultima, ovvero anche dal nesso causale e dall'evento. Tale ultima posizione, in particolare, è fatta propria dal diritto vivente nazionale e se ne è già accertata la compatibilità con la Costituzione e con lo stato attuale della giurisprudenza europea.

Sono queste le ipotesi a cui va riferita la giurisprudenza di questa Corte per la quale l'art. 90 del codice di procedura penale del 1930 non si riferiva «al caso di concorso formale di reati», ove «anche se l'azione è unica, gli eventi, che sono plurimi e diversi, danno ontologicamente luogo a più fatti, che possono anche essere separatamente perseguiti» (sentenza n. 6 del 1976; in seguito, sentenza n. 69 del 1976). E sono, altresì, le ipotesi regolate dall'art. 671 cod. proc. pen., che permette al giudice dell'esecuzione penale di applicare la disciplina del concorso formale di reati, nel caso di più sentenze irrevocabili pronunciate nei confronti della stessa persona, e dunque presuppone normativamente che siano date occasioni in cui la formazione del primo giudicato non preclude il perseguimento in separato processo del reato concorrente con il primo.

In definitiva l'esistenza o no di un concorso formale tra i reati oggetto della *res iudicata* e della *res iudicanda* è un fattore ininfluenza ai fini dell'applicazione dell'art. 649 cod. proc. pen., una volta che questa disposizione sia stata ricondotta a conformità costituzionale, e l'ininfluenza gioca in entrambe le direzioni, perché è permesso, ma non è prescritto al giudice di escludere la medesimezza del fatto, ove i reati siano stati eseguiti in concorso formale. Ai fini della decisione sull'applicabilità del divieto di *bis in idem* rileva infatti solo il giudizio sul fatto storico.

Per effetto della presente pronuncia di illegittimità costituzionale, pertanto, l'autorità giudiziaria (e quindi lo stesso giudice *a quo*) sarà tenuta a porre a raffronto il fatto storico, secondo la conformazione identitaria che esso abbia acquisito all'esito del processo concluso con una pronuncia definitiva, con il

fatto storico posto dal pubblico ministero a base della nuova imputazione. A tale scopo è escluso che eserciti un condizionamento l'esistenza di un concorso formale, e con essa, ad esempio, l'insieme degli elementi indicati dal rimettente nel giudizio principale (la natura del reato; il bene giuridico tutelato; l'evento in senso giuridico).

Sulla base della triade condotta-nesso causale-evento naturalistico, il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica, sicché non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico. Ove invece tale giudizio abbia riguardato anche quella persona occorrerà accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato, cioè se il fatto già giudicato sia nei suoi elementi materiali realmente il medesimo, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze.

13. – In conclusione, per le ragioni esposte, l'art. 649 cod. proc. pen. va dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, nella parte in cui secondo il diritto vivente esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 31 maggio 2016.

Depositata in Cancelleria il 21 luglio 2016

BARBARA LAVARINI

Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Torino

Il 'fatto' ai fini del *ne bis in idem* tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio

The 'fact' in the perspective of the ne bis in idem principle between italian legislation and Echr: the Constitutional Court in search of a difficult balancing

La Corte costituzionale, riconoscendo un contrasto fra l'accezione convenzionale e quella interna di *ne bis in idem*, ha dichiarato l'art. 649 c.p.p. illegittimo nella parte in cui, nella lettura offertane dal diritto vivente, esclude l'identità del fatto per la sola circostanza che sussista, tra la *res iudicata* e la *res iudicanda*, un rapporto di concorso formale. La Corte ha negato, però, che la giurisprudenza europea imponga altresì di intendere l'*idem factum* come 'stessa condotta', ribadendo, quindi, la necessaria coincidenza di condotta, nesso causale ed evento, seppure inteso in senso naturalistico e non giuridico. Sotto questo secondo profilo, la sentenza in commento appare criticabile, vuoi perché non è pienamente in linea con le indicazioni della Corte di Strasburgo, vuoi perché rischia di avallare orientamenti interpretativi in contrasto con la lettera dell'art. 649 c.p.p.

The Constitutional Court, acknowledging a contrast between the national and the conventional notion of the ne bis in idem principle, has declared art. 649 of italian criminal procedure code partially unconstitutional, with regard to the interpretation given by the prevalent case-law, which exclude 'idem factum' on the sole grounds that the same conduct may constitute several offences. The Constitutional Court has denied, though, that European case law suggests to interpret 'idem factum' as 'same conduct', and has confirmed that 'factum' is 'idem' when essential elements of the offence, i.e. conduct, event, and causal relationship, correspond. As to this second profile, the decision at issue is criticizable: on the one hand, it does not fully comply with European Court guidelines; on the other hand, it might endorse unlawful interpretations, contrasting with provisions of art. 649 of italian criminal procedure code.

PREMESSA

Terribile, sotto il profilo dei risvolti umani, il compito demandato alla Corte costituzionale dal G.u.p. presso il Tribunale di Torino nel sollevare questione di legittimità, per violazione degli artt. 117 Cost. e 4 Prot. 7 Cedu, dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui – secondo il diritto vivente – «limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, invece che al medesimo "fatto storico" così come delineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»¹. Nel giudizio *a quo* – c.d. Eternit *bis* – l'imputato è infatti chiamato a rispondere, quale responsabile della gestione di Eternit S.p.a, dell'omicidio di 258 persone, in conseguenza, peraltro, delle medesime condotte, omissive dell'adozione di cautele contro i danni da esposizione all'amianto, per le quali è già stato irrevocabilmente giudicato, e prosciolto per prescrizione, a titolo di disastro aggravato (art. 434 comma 2 c.p.) e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (art. 437 comma 2 c.p.)²: di

¹ G.u.p. Trib. Torino, ord. 24 luglio 2015, in *G.U.*, 1^a serie spec., 2015, n. 48.

² Cfr., quanto alla declaratoria di prescrizione del reato *ex art. 434 c.p.*, Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 febbraio 2015; quanto, invece, alla declaratoria di prescrizione del reato *ex art. 437 c.p.*, v. App. Torino, 3 giugno 2013, Schmidheiny, *ivi*, 18 novembre 2013. Per una compiuta ricostruzione delle diverse "tappe" del processo Eternit v. S. Zirulia, *Processo Eternit: a che punto siamo?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2013; Id., *Eternit, Il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*, *ivi*, 24 febbraio 2015.

qui l'evidente impatto della risposta al quesito di costituzionalità sulle aspettative di giustizia di un elevato numero di vittime, già duramente provate dall'esito del primo processo.

Fulcro della questione, come sottolineato in dottrina, è lo "scontro" fra due diritti viventi³ – quello interno e quello convenzionale – curiosamente accomunati dalla totale indifferenza – sia pure con risultati interpretativi, appunto, antitetici – ai rispettivi riferimenti di diritto positivo⁴. Da un lato, infatti, la giurisprudenza nazionale, benché l'art. 649 c.p.p. inequivocabilmente precluda un nuovo giudizio sul medesimo *fatto materiale* – data l'irrilevanza della relativa considerazione per titolo, grado o circostanze –, fa solo apparentemente leva su quest'ultimo, circoscrivendo in realtà l'applicazione del divieto ai casi di identità del *reato* in tutti i suoi elementi costitutivi, identificati nella condotta, nell'evento – anche in senso giuridico⁵ – e nel nesso di causalità⁶; dall'altro lato il giudice convenzionale, benché l'art. 4 Prot. 7 Cedu sembri calibrare il divieto sull'*idem legale* – dato il riferimento al «medesimo reato⁷» –, attribuisce rilievo al solo fatto materiale, ravvisando la violazione della garanzia quando le imputazioni, ascritte all'accusato nel secondo procedimento, «scaturiscano dalle medesime circostanze concrete relative allo stesso autore e indissociabilmente legate fra loro nel tempo e nello spazio»⁸, ovvero siano riconducibili «alla medesima condotta, riconoscibile alla luce delle concrete circostanze, che per come inestricabilmente collocate nel tempo e nello spazio, appaiano sostanzialmente identiche»⁹.

Appariva allora più che fondato il dubbio, sollevato dal rimettente, che a fronte delle *medesime condotte* oggetto del primo giudicato – fra l'altro incidenti, almeno in parte, sulle *medesime vittime*¹⁰ –, non bastasse invocare la diversità di "fatti giuridici", sottesa alla configurabilità del concorso formale tra reati "giudicati" e "giudicandi", per escludere la violazione del *ne bis in idem* convenzionale. Nell'impossibilità, d'altra parte, di piegare la pur malleabile lettera dell'art. 649 c.p.p. alle esigenze dell'interpretazione conforme – dato il già ricordato granitico orientamento della giurisprudenza nazionale – non restava che attivare la verifica di costituzionalità¹¹, secondo il meccanismo delineato dalle sentenze "gemelle" nn. 348 e 349 del 2007¹².

La Corte costituzionale ha optato per una soluzione di fatto compromissoria, dichiarando l'art. 649 c.p.p. illegittimo limitatamente alla parte in cui «esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il

³Cfr. A. Galluccio, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 gennaio 2016, p. 6 ss.; D. Labianca, *Ne bis in idem: una questione "eterna" all'esame della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. (web)*, 2016, n. 2, p. 20 ss.; E. Scaroina, *Ancora sul caso Eternit: la giustizia e il sacrificio dei diritti*, in *Arch. pen. (web)*, 2015, n. 3, p. 4 ss.

⁴Mettono in particolare luce la circostanza P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vivente e diritto vivente*, in corso di pubblicazione (p. 2 dattiloscritto); N. Galantini, *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1209.

⁵Fra le altre, con riguardo ad ipotesi di concorso formale di reati, Cass., sez. III, 18 settembre 2014 n. 50310, in www.cortedicassazione.it; Id., sez. IV, 16 marzo 2005, n. 10180, in *Leggi d'Italia*.

⁶Cfr. Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Cass. pen.*, 2006, p. 28, secondo cui «il "medesimo fatto" esprime l'identità storico-naturalistica del reato in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalità, in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona». V. anche C. cost., 30 aprile 2008, n. 129, in www.giurcost.org.

⁷Così dovendosi tradurre le locuzioni '*same offence*' e '*meme infraction*' figuranti nei testi ufficiali del Protocollo.

⁸Cfr. Corte e.d.u., Gr. C., 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, in www.echr.coe.int, §§ 80-84: secondo il testo inglese «*article 4 Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution of trial of a second "offence" in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same...the Court inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings*».

⁹Testualmente Corte e.d.u., sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, in www.echr.coe.int, § 224.

¹⁰Come rilevato nell'ordinanza di rimessione, infatti, 186 fra i 258 "eventi morte" contestati in Eternit-bis erano stati contestati, agli effetti dell'integrazione delle fattispecie aggravate ex artt. 434 comma 2 e 437 comma 2 c.p., anche nel primo processo.

¹¹Concordano con la scelta del giudice a quo N. Galantini, *Il 'fatto'*, cit., p. 1217; A. Galluccio, *Diritti viventi*, cit., p. 14 ss.; I. Gittardi, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 novembre 2015. V. anche, con qualche diversa sfumatura, E. Scaroina, *Ancora sul caso Eternit*, cit., p. 16, secondo cui «la scelta del giudice di rimettere la palla alla Corte costituzionale, seppur non necessitata, appare tutto sommato comprensibile nonché strategicamente accorta».

¹²C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e Id., 24 ottobre 2007, n. 349, entrambe in www.giurcost.org.

reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale». Come vedremo – e come del resto precisa lo stesso Giudice delle leggi – siffatto dispositivo, letto alla luce dell’articolata motivazione, sembra “salvare”, in tutto o in parte, il processo *a quo* dalla scure dell’improcedibilità, dando però luogo ad alcune riserve, in ragione tanto della compatibilità con le indicazioni effettivamente ricavabili dalla giurisprudenza europea, quanto del quadro legislativo e sistematico interno.

UNA QUESTIONE PRELIMINARE: ‘ACQUITTEMENT’ CONVENZIONALE E PROSCIoglimento PER PRESCRIZIONE

La sentenza annotata si preoccupa anzitutto di rigettare alcune eccezioni di irrilevanza, su una delle quali – in particolare – qualche riflessione è opportuna.

Invocando l’art. 4 Prot. 7 Cedu nella versione originale francese, secondo cui il *ne bis in idem* scatta allorché l’imputato sia stato definitivamente «*acquitté ou condamné*», una parte privata aveva rilevato che la garanzia postula una vera e propria ‘assoluzione’, laddove, nel caso di specie, l’imputato era stato prosciolto per prescrizione. La Corte costituzionale supera sbrigativamente la questione, osservando che, alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, la preclusione del *ne bis in idem* scaturisce dalla «natura definitiva di una decisione giudiziale», per tale intendendosi l’autorità di giudicato di quella decisione nell’ordinamento interno, certamente riconosciuta – in Italia – alle sentenze di proscioglimento per prescrizione.

Premesso che va a nostro parere distinta la definitività della decisione dal relativo configurarsi come assoluzione o condanna, proprio dalla giurisprudenza europea *in re* Margus c. Croazia, a cui la Corte costituzionale fa rinvio, si ricavano indicazioni meno univoche di quanto la stessa Corte parrebbe ritenere¹³: nel caso Margus, infatti, la Corte di Strasburgo osservava come la prima decisione, applicativa di un’amnistia, non presupponesse alcuna indagine sulle accuse contestate al ricorrente, né statuisse sulla responsabilità di costui, traendone che fosse allora «aperta la questione in ordine al se [*tale decisione*] possa considerarsi “assoluzione o condanna definitiva” nel senso dell’art. 4 Prot. 7»¹⁴. Sebbene il giudice europeo non abbia poi ritenuto di risolvere il problema – l’insussistenza della violazione convenzionale emergendo per altra via –¹⁵, ed una parola definitiva non sia arrivata nemmeno dalla Grande Camera a cui il caso è stato successivamente deferito¹⁶, sarebbe stato forse opportuno, da parte della nostra Corte costituzionale, un maggiore approfondimento. Del resto, anche ad ipotizzare che il *ne bis in idem* convenzionale postuli un effettivo accertamento sulla consistenza della accuse, le sorti dell’eccezione di irrilevanza non sarebbero probabilmente cambiate, dato che la prescrizione è stata dichiarata, nel primo processo Eternit, nei giudizi di appello e cassazione seguenti alle condanne di primo grado, e quindi dopo che le responsabilità dell’imputato erano state ampiamente accertate¹⁷.

¹³ V. anche P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit*, cit., p. 2.

¹⁴ Cfr. Corte e.d.u., sez. I, 13 novembre 2012, Margus c. Croazia, in *www.echr.coe.int*, § 67: «*that decision did not presuppose any investigation into the charges brought against the applicant and did not amount to an assessment of the applicant guilt. The Court considers that it is therefore open the question whether it can be regarded as a “final acquittal or conviction” within the meaning of article 4 of Protocol No. 7*».

¹⁵ Cfr. in particolare il § 68: «*however, the Court will leave the question open in the present case and instead proceed with its analysis under paragraph 2 of art. 4 of Protocol No. 7*».

¹⁶ Cfr. Corte e.d.u., Gr. C., 27 maggio 2014, Margus c. Croazia, in *www.echr.coe.int*, la quale, preso atto che la vicenda aveva riguardo a gravi crimini contro l’umanità perpetrati durante la guerra nei territori della ex Jugoslavia, ha concluso per l’inapplicabilità dell’art. 4 Prot. 7 Cedu, in ragione dell’esigenza di bilanciare la garanzia ivi prevista con l’indefettibile tutela che gli artt. 2 e 3 Cedu offrono al diritto alla vita e all’integrità fisica delle persone (v. anche, *infra*, nota n. 21). È peraltro significativo che, nella *Concurring opinion* di ben tre giudici (Spielmann, Power-Forde e Nussberger), ci si rammarichi del fatto che la Corte non abbia colto l’occasione di chiarire il significato dell’espressione “*finally acquitted or convicted*”, da intendersi – secondo i medesimi giudici – come non automaticamente inclusiva delle decisioni applicative dell’amnistia (cfr., in particolare, i §§ 2 e 7).

¹⁷ L’idoneità del proscioglimento irrevocabile per prescrizione a fondare il divieto di *bis in idem* – nella specie ai sensi dell’art. 54 CAAS – è stata invece affermata espressamente dalla Corte di giustizia dell’Unione europea: cfr. C. giust. UE, 28 settembre 2006 (C-467/04), Gasparini, in *www.curia.europa.eu*, che, nell’ambito di una procedura di rinvio pregiudiziale, ha dato risposta positiva al quesito «se il principio *ne bis in idem*, sancito all’art. 54 della CAAS, [*si applichi*]...ad una decisione di un giudice di uno Stato contraente con cui un imputato viene definitivamente assolto in ragione della prescrizione del reato che ha dato luogo al procedimento penale».

LA COMPLESSITÀ ARGOMENTATIVA DELLA DECISIONE NEL MERITO

Nel decidere sul merito della questione, la Corte costituzionale segue un percorso argomentativo molto articolato e complesso, che sembra in parte esorbitare dai binari del quesito di costituzionalità e della relativa soluzione, nell'intento – peraltro dichiarato – di tracciare una precisa “strada interpretativa” per il giudice *a quo*¹⁸.

In primo luogo la sentenza annotata, pur dando atto che la Corte europea, «a dispetto della lettera dell'art. 4 del Protocollo 7», recepisce «il più favorevole criterio dell'*idem factum* ... anziché la più restrittiva nozione di *idem legale*», esclude – contrariamente a quanto adombrava il rimettente – che ne derivi l'inevitabile corollario per cui l'identità del fatto vada calibrata esclusivamente su quella della condotta, nell'irrelevanza, quindi, di evento e nesso di causalità.

La Corte premette come non vi sia «alcuna ragione logica» sulla cui base il ‘fatto’, pure inteso «nella sola dimensione empirica», dovrebbe restringersi all'azione od omissione, e non comprendere, invece, «anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente». Entro quest'ultimo limite la scelta, «di carattere normativo», fra le possibili accezioni di *idem factum* non incontrerebbe ostacoli ad opera della giurisprudenza convenzionale.

Non avrebbero peso, innanzitutto, le sentenze europee – a partire da quella *in re* Grande Stevens – ove pure si afferma testualmente come debba accertarsi se «i fatti ascritti ai ricorrenti» nei diversi procedimenti siano «riconducibili alla stessa condotta»¹⁹: si tratterebbe, infatti, di fattispecie concrete in cui la comparazione intercorreva tra reati di mera condotta, sì che l'indagine giudiziale non poteva che coinvolgere solo quest'ultima. Sarebbe poi significativo che il giudice di Strasburgo abbia talora attribuito importanza, nel valutare l'*idem factum*, alla riferibilità della condotta alla medesima vittima, così fornendo quantomeno degli «indizi» sul possibile rilievo, a segnare il mutamento del fatto, del diverso «oggetto fisico» attinto dall'azione. Ancora, la giurisprudenza europea non offrirebbe alcuno spunto che impedisca di trarre l'alterità del fatto dal mutamento dell'evento naturalistico.

Da ultimo, la Corte costituzionale fa leva su «un certo grado di relatività» nella tutela convenzionale del *ne bis in idem* – in ragione, da un lato, degli spazi lasciati dall'art. 4 § 2 Prot. 7 Cedu alla riapertura del procedimento²⁰, dall'altro dell'esigenza, recentemente affermata dalla Corte di Strasburgo, di bilanciare il divieto con le garanzie fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 Cedu²¹ –, per escludere che l'interprete nazionale sia stimolato a preferire, fra le accezioni convenzionalmente compatibili di *idem factum*, quella – di “stessa condotta” – che preserverebbe l'imputato da una nuova azione penale anche nei casi «in cui sia aggravata l'offesa nei confronti della stessa persona», oppure «un'unica condotta abbia determinato una pluralità di vittime, lese in beni primari e personalissimi come la vita e l'integrità fisica».

In un quadro siffatto, l'unico profilo di contrasto fra l'accezione interna e quella convenzionale di *idem factum* sarebbe ascrivibile al persistere di una giurisprudenza che, nel richiedere la coincidenza della “triade” condotta/nesso causale/evento, dà rilievo al mutamento di quest'ultimo inteso non solo in senso naturalistico²², ma pure in senso giuridico, in particolare escludendo che il ‘fatto’ possa dirsi il medesimo anche per il solo motivo che tra la *res iudicata*, e quella oggetto della nuova imputazione, sia

¹⁸ Cfr., in questi termini, P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit*, cit., p. 1.

¹⁹ Il riferimento è, in particolare, al § 233 di Corte e.d.u., 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, cit., ove si afferma che «la questione da definire non è se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187 *ter* e 185 comma 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla Consob e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta».

²⁰ Come è noto, la disposizione prevede che il principio del *ne bis in idem*, enunciato dall'art. 4 § 1, non impedisca «la riapertura del procedimento, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale della procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso».

²¹ Il riferimento è a Corte e.d.u., Gr. C., 27 maggio 2014, Margus c. Croazia, cit., la quale ha escluso l'applicabilità dell'art. 4 Prot. 7 Cedu in un caso in cui il primo processo, definito attraverso l'applicazione di un'amnistia, riguardava gravi crimini contro l'umanità (cfr. anche *supra*, nota n. 16). Nel dettaglio, la Corte ha rilevato che «*the guarantees under Article 4 of Protocol No. 7 and States' obligations under Articles 2 and 3 of the Convention should be regarded as parts of a whole*», e ha di conseguenza riconosciuto che «*bringing a fresh indictment against the applicant and convicting him of war crimes against the civilian population, the Croatian authorities acted in compliance with the requirements of Articles 2 and 3 of the Convention*». Di qui la conclusione che «*Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention is not applicable in the circumstances of the present case*».

²² Come invece imporrebbe, secondo la Corte, l'insegnamento di Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, cit.

configurabile il concorso formale di reati²³. Per il Giudice delle leggi questa lettura, allontanandosi dalla dimensione storico-naturalistica del fatto, cela un criterio di giudizio fondato sull'*idem legale*, venendo dunque certamente a confliggere con la Cedu, ma anche con gli artt. 24 e 111 Cost., ai quali la garanzia del *ne bis in idem*, pur in assenza di enunciazione esplicita, è immanente²⁴.

Di qui la declaratoria di illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nei termini sopra ricordati, con la precisazione però – ad evitare fraintendimenti – che non potrà farsene discendere l'automatica applicabilità del divieto ogniqualvolta il reato *sub iudice* concorra formalmente con quello giudicato, ben potendo accadere che, a fronte di un'identica azione od omissione, il fatto muti in virtù «di elementi ulteriori... siano essi costituiti dall'oggetto fisico di quest'ultima, ovvero anche dal nesso causale e dall'evento» naturalistico²⁵.

Quanto ai riflessi sul procedimento *a quo*, quindi, seppure la configurabilità del concorso formale tra i reati *ex artt.* 434 e 437 c.p. (giudicati) e quelli di omicidio (*sub iudice*) di per sé non escluda la violazione del *ne bis in idem*, né assuma alcun rilievo – a tal fine – la diversa struttura delle fattispecie criminose o la differenza degli interessi protetti, non dovrebbe dubitarsi che i fatti siano diversi «qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio», cioè un nuovo evento in senso materiale. Se invece detto giudizio ha riguardato «anche quella persona», il nuovo giudice dovrà «accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato».

LUCI E OMBRE: A) NELLA RICOSTRUZIONE DEL QUADRO CONVENZIONALE

La sentenza annotata, condivisibile laddove reputa “convenzionalmente precluso” negare la medesimezza del fatto per via della sola sussistenza, tra il reato *sub iudice* e quello giudicato, del concorso formale, non convince, invece, nel delineare i confini del “convenzionalmente consentito”, ricomprendendovi – in particolare – quell'interpretazione di *idem factum* che postula la corrispondenza di condotta, nesso causale ed evento, alla sola condizione che quest'ultimo sia inteso in senso naturalistico.

Va innanzitutto rilevato come il frequente riferimento della giurisprudenza di Strasburgo alla medesimezza della ‘condotta’ non sempre possa essere sminuito dalla circostanza che, nel caso concretamente all'attenzione della Corte europea, entrambi i reati in discussione siano di mera condotta²⁶: non mancano, infatti, sentenze in cui il giudice convenzionale pone l'accento sulla «stessa condotta, rivolta nei confronti della stessa vittima», per trarne la violazione dell'art. 4 Prot. 7 Cedu nonostante siano a raf-

²³ Fra le altre, Cass., sez. II, 20 novembre 2014, n. 52645, in www.cortedicassazione.it; Id., sez. II, 28 novembre 2013, n. 51127, in www.cortedicassazione.it; Id., sez. IV, 11 novembre 2004, n. 10180, cit.; cfr. inoltre, con qualche diversa sfumatura, Id., sez. III, 15 aprile 2009, n. 25141, in *Giur. it.*, 2010, p. 5, ove si ribadisce che la preclusione del *ne bis in idem* non opera quando tra i fatti già giudicati e quelli ancora da giudicare sia ravvisabile il concorso formale, facendo però salva l'ipotesi in cui nel primo giudizio sia stata dichiarata l'insussistenza del fatto o la mancata commissione di esso da parte dell'imputato (e così incorrendo nell'aporia logica giustamente rilevata da F. Caprioli, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1186: «se davvero X e Y fossero fatti diversi ai sensi dell'art. 649 c.p.p., perché mai dovrebbe assumere rilevanza, nel processo concernente il secondo di essi, l'accertata insussistenza del primo?»); in termini analoghi Id., sez. III, 18 settembre 2014, n. 50310, cit. In dottrina la tesi, per cui la configurabilità di un concorso formale di reati comunque esclude l'*idem factum ex art.* 649 c.p.p., è autorevolmente sostenuta da G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2014, p. 808 s.; in termini analoghi P.P. Rivello, *La nozione di “fatto” ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1410 ss.

²⁴ È opportuno ricordare che C. cost., 15 gennaio 1976, n. 6, in www.giurcost.org, aveva invece dichiarato infondata una questione di costituzionalità, per violazione degli artt. 24 e 3 Cost., dell'art. 90 c.p.p. 1930 nella parte in cui, secondo la lettura giurisprudenziale allora (come in tempi più recenti) prevalente, «non opera[va] in caso di concorso formale di reati».

²⁵ È a queste ultime ipotesi, precisa la Corte, che deve riferirsi l'art. 671 c.p.p., il quale, consentendo al giudice dell'esecuzione di applicare il regime del concorso formale anche a fronte di più decisioni irrevocabili nei confronti della stessa persona, «presuppone normativamente» l'esistenza di casi in cui «la formazione del primo giudicato non preclude il perseguimento in separato processo del reato concorrente con il primo». V. anche, *infra*, nel testo.

²⁶ Di recente, il riferimento della giurisprudenza di Strasburgo alla “medesima condotta” è stato valorizzato da F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano, 2016, p. 28, secondo il quale la Corte europea avrebbe così definitivamente superato «ogni residua ambiguità semantica» in ordine a cosa debba intendersi per *idem factum*.

fronto un reato di mera condotta e uno di evento, o due reati di diverso evento²⁷.

Su un piano più generale va poi osservato che, a partire dalla sentenza della Grande Camera *in re* Zolotukhin – intervenuta a “mettere ordine” in una giurisprudenza sino ad allora parecchio variegata²⁸ – la Corte dei diritti umani sembra riferire la medesimezza del fatto ad un *quid* completamente diverso dalle categorie componenti la “triade” di cui si discute²⁹, le quali, seppure valutate nella dimensione empirica, restano di matrice normativa, e dunque irrilevanti nella prospettiva sovranazionale. In particolare, il giudice europeo fa costante ed esclusivo riferimento agli accadimenti concreti da cui «scaturiscono» (*arise*³⁰) le imputazioni oggetto dei plurimi giudizi, ravvisandovi l'*idem factum* a condizione che riguardino il medesimo imputato e siano inscindibilmente legati nel tempo e nello spazio: è quindi la discontinuità spazio-temporale degli accadimenti – rispettivamente “giudicati” e “giudicandi” – a segnare il mutamento del fatto, laddove nessun rilievo pare assumere la circostanza che il primo giudicato copra solo alcuni segmenti delle condotte, eventi, e relativi nessi causali di rilievo “penalistico”, se questi, traendo origine da un inestricabile insieme di circostanze storiche, ben si potevano individuare *ab origine* e contestare cumulativamente³¹.

Possono richiamarsi in tal senso diverse decisioni relative a casi in cui, a fronte di una prima condanna per reati minori contro l'ordine pubblico, concretamente perpetrati attraverso condotte minacciose o aggressive verso cose e persone, è seguito un secondo processo per i danni o le lesioni a quelle cose o persone. In nessun caso, infatti, è valsa ad escludere la violazione convenzionale la circostanza che, nel primo processo, non si fosse preso in considerazione il “risvolto lesivo” delle condotte contestate – il nostro evento naturalistico, in altre parole – tenuto conto che l'accadimento concreto era comunque il medesimo³².

Né, ancora, la Corte europea ha ritenuto legittimo un secondo giudizio per rapina a carico dell'irrevocabilmente giudicato – nella specie prosciolto – per percosse e lesioni, sul presupposto che i medesimi fatti di violenza, riferibili ad una medesima vittima in una medesima data, integrassero tanto l'unico elemento costitutivo della prima imputazione, quanto una componente essenziale della seconda, a nulla rilevando che i due procedimenti avessero comunque ad oggetto elementi parzialmente differenti³³.

²⁷ Cfr., in particolare, Corte e.d.u., sez. IV, 14 aprile 2014, Muslija c. Bosnia Herzegovina, in *www.echr.coe.int*, relativa ad un caso in cui il ricorrente, già giudicato per aver disturbato la quiete pubblica attraverso condotte aggressive nei confronti della moglie, era stato successivamente processato per le lesioni personali scaturenti da quelle condotte; v. anche Corte e.d.u., sez. III, 23 giugno 2015, Butnaru e Bejan-Piser c. Romania, *ivi*, ove le fattispecie a raffronto erano quelle di lesioni e rapina (cfr. anche, *infra*, nel testo).

²⁸ Secondo la ricostruzione della stessa sentenza Zolotukhin, nella giurisprudenza europea potevano allora rinvenirsi, quanto alla nozione di *idem factum*, tre principali orientamenti, che facevano leva, rispettivamente, sulla medesimezza del fatto storico e in particolare della condotta, sul c.d. *idem legale* – con conseguente esclusione dall'ambito dell'art. 4 Prot. 7 dei casi in cui una medesima condotta integrasse più reati in concorso formale –, sulla coincidenza degli “elementi essenziali” delle fattispecie di reato in discussione. Cfr., per un più approfondito esame e per il dettaglio dei riferimenti giurisprudenziali, S. Allegrezza, sub art. 4 Prot. 7, in R. Bartoli-G. Conforti-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 890 ss.

²⁹ Lo nota, fra gli altri, N. Galantini, *Il 'fatto'*, cit., p. 1214.

³⁰ Cfr. Corte e.d.u., Gr. C., 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, cit., § 82, costantemente richiamata dalla giurisprudenza successiva.

³¹ Cfr., per uno spunto analogo, I. Gittardi, *Eternit “bis in idem”?*, cit.

³² Cfr. Corte e.d.u., sez. IV, 14 aprile 2014, Muslija c. Bosnia Herzegovina, cit. (in particolare § 34); v. anche Id., sez. I, 26 giugno 2009, Maresti c. Croazia, in *www.echr.coe.int* (§ 63); Id., sez. III, 1° giugno 2016, Milenkovich c. Serbia, *ivi* (§§ 39-41).

³³ V. Corte e.d.u., sez. III, 23 giugno 2015, Butnaru e Bejan-Piser c. Romania, cit., in particolare §§ 37-38 («*En l'espèce, la Cour note que la requérante a été accusée à deux reprises des mêmes faits de violences qu'elle aurait infligées à la même personne, D.M.M., et à la même date, le 2 juin 2004; elle note également que D.M.M. a eu la possibilité de présenter son cas en tant que victime.... Même si d'autres faits – à savoir une atteinte au patrimoine de D.M.M. – ont été reprochés à l'intéressée lors de la seconde procédure, il n'en reste pas moins vrai que les deux procédures en cause coïncidaient quant aux faits de violences... Or, dans des affaires similaires à la présente espèce, la Cour a déjà conclu à l'existence de faits essentiellement les mêmes, bien que les deux procédures concernées aient eu trait à des éléments partiellement différents*») e 42 («*Dès lors, en l'espèce, la Cour estime que l'infraction de vol avec violences reprochée à la requérante englobait en sa totalité les faits de l'infraction de coups et blessures et que cette dernière infraction ne renfermait aucun élément qui ne fut compris dans l'infraction de vol avec violences. Les faits de violences constituaient ainsi l'élément infractionnel unique dans le cadre de la procédure pour coups et blessures et un élément essentiel dans le cadre de la procédure pour vol avec violences*»).

A maggior ragione significativa è una recentissima sentenza, ove si ravvisa la violazione del *ne bis in idem* in un caso in cui il ricorrente, già condannato per l'illecito di "atti di disordine minori" per avere ingiuriato e minacciato il personale di un bar³⁴, era stato ulteriormente condannato per il reato di "atti di disordine aggravati" per aver percosso e cagionato lesioni al medesimo personale, nonché danneggiato gli arredi del locale. La Corte riconosce, invero, che dalla successiva condanna emergono "fatti rilevanti" nemmeno menzionati nella precedente, ma, sul presupposto che questi ultimi traggano origine «dalla medesima e continuativa condotta solo parzialmente descritta nella prima decisione», conclude che siffatta "selezione" di taluni comportamenti dal contesto complessivo appare artificiosa, in particolare perché la polizia, intervenuta – a quanto pare di comprendere – pressoché in flagranza, aveva avuto l'opportunità di accertare in modo completo e immediato il caso sulla scena del reato³⁵.

Dalla giurisprudenza convenzionale sembra in definitiva emergere con sufficiente chiarezza che, a fronte dei plurimi risvolti penali di un unico accadimento concreto, e della possibilità di verificarli contestualmente, l'esigenza di prevenire la violazione dell'art. 4 Prot. 7 Cedu ne consiglia la trattazione cumulativa, e ciò a prescindere dal fatto che gli eventi o finanche le condotte, quali categorie giuridiche, possano avere una loro autonomia³⁶. Quanto di più distante, insomma, dalle vicende del processo Eternit, nel quale, pur risultando *ab origine* un notevole numero di vittime dell'omissione di cautele contro l'esposizione all'amianto – tanto che gli eventi morte e lesivi comportavano la contestazione dei reati ex artt. 434 e 437 c.p. nell'ipotesi aggravata – l'accusa, con una scelta chiaramente funzionale ad alleggerire il proprio onere probatorio, ha preferito non contestare, come pure avrebbe potuto, il concorso formale fra detti reati e quelli di omicidio o lesioni³⁷.

Con riguardo, invece, agli eventi morte o lesivi ancora ignoti al tempo del primo processo, non c'è effettivamente motivo di pensare che la Corte europea ravviserebbe la violazione del *ne bis in idem*, data, *in primis*, la diversità di vittime, in secondo luogo l'impossibilità di procedere ad un'unica contestazione *ex ante*, e da ultimo la sensibilità del giudice convenzionale – giustamente sottolineata dalla Corte costituzionale – al bilanciamento fra la garanzia di cui si discute e quella ex art. 2 Cedu.

(SEGUE) B) NELL'IMPATTO COI DATI TESTUALI E SISTEMATICI INTERNI

In relazione al quadro testuale e sistematico interno, la parziale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. è indubbiamente apprezzabile, in quanto la riconosciuta irrilevanza – ai fini del mutamento del fatto – della mera configurabilità di un concorso formale fra il reato giudicato e quello *sub iudice*, da un lato, restituisce significato alla *littera legis*, laddove vieta di tornare a procedere se il fatto è diversamente configurato per 'titolo', dall'altro, segna opportunamente l'autonomia del *ne bis in idem* processuale dal *ne bis in idem* sostanziale, in conformità al diverso obiettivo a cui i due principi rispondono.

Sull'onda della giurisprudenza europea, la Corte costituzionale finalmente riconosce, infatti, quanto un'autorevole dottrina sosteneva da tempo, e cioè che la versione "processuale" del divieto opera non solo, come è (o dovrebbe essere) ovvio, quando un medesimo fatto sia oggetto di un concorso apparente di norme penali – e quindi in funzione preventiva del rischio di una doppia punizione – ma anche nei casi, appunto di concorso formale, in cui la legge sostanziale ammette, invece, il cumulo sanzionato-

³⁴ L'illecito, meramente amministrativo nel diritto nazionale, è stato ritenuto "sostanzialmente penale" dalla Corte di Strasburgo.

³⁵ Cfr. Corte e.d.u., Sez. V, 16 giugno 2016, Igor Tarasov c. Ucraina, in *www.echr.coe.int*, §28: «as to the second conviction...it disclosed new relevant facts which were not mentioned in the first case: the infliction of injuries on bar staff and causing damage to bar property. The Court notes that these new elements originated from the same continuous conduct which was only partially described in the first conviction...the first conviction referred to some of the applicants movements which were made within a wider continuous action embraced by the same criminal intent of the applicant. Such extraction of movements from the wider context appears to be artificial, especially when the applicant was taken from the bar by the police who had the opportunity to properly and immediately assess the case at the scene of the crime».

³⁶ V. anche I. Gittardi, *Eternit "bis in idem"?*, cit., secondo cui «il principio sancito dall'art. 4 Prot. 7 CEDU mira quindi a evitare, nella consapevolezza dell'estrema varietà delle fattispecie incriminatrici, che si proceda per tentativi, sottoponendo lo stesso soggetto a più procedimenti successivi per il medesimo fatto, creando così degli "eterni giudicabili"».

³⁷ Cfr. D. Labianca, *Ne bis in idem*, cit., p. 5. L. Maserà, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, n. 3, p. 350 ss.; E. Scaroina, *Ancora sul caso Eternit*, cit., p. 23; S. Zirulia, *Processo Eternit*, cit., p. 7.

rio *de eadem re et persona*: pure in questa seconda eventualità, invero, si pone l'esigenza di preservare l'interessato dalla "sanzione aggiuntiva" del doppio processo, considerato che, a fronte di un unico accadimento storico, ben se ne possono individuare a monte, e perseguire unitariamente, tutti i risvolti penali³⁸.

È altresì condivisibile – ad evitare una disarmonia sistematica fra gli artt. 649 e 671 c.p.p. – la precisazione che il rapporto di concorso formale fra i reati 'giudicati' e 'giudicandi', seppure non basti ad escludere l'operatività del *ne bis in idem*, nemmeno la imponga. La previsione dell'applicabilità *in executivis* della disciplina ex art. 81, comma 1, c.p. non si spiegherebbe, infatti, se non presupponendo l'esistenza di casi, in cui il pregresso giudicato non impedisca un nuovo processo per altro reato, integrato dalla medesima azione od omissione³⁹.

Suscita invece perplessità che la Corte si serva, per individuare i casi *de quibus*, della nozione di *idem factum* tradizionalmente elaborata dalla giurisprudenza di legittimità, incentrata sulla coincidenza non soltanto della condotta – al più qualificata dall'oggetto fisico su cui cade⁴⁰ –, ma altresì del nesso causale e dell'evento, per quanto inteso in senso naturalistico.

Ribadendo il rilievo dell'intera "triade", la sentenza annotata rischia infatti di produrre effetti che vanno ben oltre la questione del concorso formale fra il reato giudicato e quello *sub iudice*.

In particolare, la nozione di *idem factum* accolta dal Giudice delle leggi potrebbe offrire ulteriore linfa a quella giurisprudenza che, sul presupposto del mutamento dell'evento naturalistico, ammette il *bis in idem* nelle ipotesi di reato progressivo, ed in particolare nel caso – non infrequente – in cui la morte della vittima sopravvenga a un giudicato, di condanna o proscioglimento, per percosse o lesioni in suo danno⁴¹. Un siffatto orientamento si pone però in radicale conflitto con l'art. 649 c.p.p. nella parte in cui, nel sancire il *ne bis in idem* quand'anche il fatto sia diversamente considerato per 'grado', palesemente esclude la rilevanza del più grave evento⁴², e non, secondo un'incredibile lettura della Cassazione, del «grado della colpevolezza»⁴³.

Né la Corte costituzionale si preoccupa di erigere qualche "paletto", precisando, ad esempio, che l'evento naturalistico possa segnare il mutamento del fatto solo fuori dei casi – del reato progressivo, o del "passaggio" dal tentativo al delitto consumato – in cui sia il 'grado' a variare⁴⁴. A ben vedere, anzi, il Giudice delle leggi sembra addirittura "spingere" – almeno implicitamente – in favore della soluzione qui paventata: in un passaggio motivazionale, infatti, la Corte valuta positivamente il fatto che la «relatività» della tutela convenzionale del *ne bis in idem* non impedisca un nuovo processo, fra l'altro, quando «si sia aggravata l'offesa nei confronti della stessa persona»⁴⁵.

Onde prevenire il rischio di avallare letture *contra legem* dell'art. 649 c.p.p., al contempo evitando che la garanzia ivi sancita apra intollerabili vuoti nella tutela di beni giuridici primari – come nel caso, oggetto appunto del processo Eternit, in cui gli effetti lesivi o mortali di una medesima condotta possano verificarsi a notevole distanza di tempo da questa –, sarebbe stato preferibile contenere l'*idem factum* nei più ristretti confini suggeriti dalla prevalente dottrina, intendendolo come mera condotta, qualificata,

³⁸ Cfr., *ex plurimis*, F. Caprioli, *Il principio del ne bis in idem*, in F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 88 s.; F. Cordero, *Procedura penale*⁹, Milano, 2012, p. 463 s.; E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, p. 454 s.; T. Rafaraci, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, p. 873.

³⁹ Cfr., in particolare, F. Caprioli, *Sui rapporti*, cit., p. 1183.

⁴⁰ V. meglio *infra*, nel testo.

⁴¹ Cfr. Cass., sez. V, 30 ottobre 2014, n. 52215, in www.cortedicassazione.it, la quale ha ritenuto legittima la condanna per omicidio preterintenzionale del già irrevocabilmente condannato per lesioni; in termini analoghi Id., sez. V, 1° luglio 2010, n. 28548, in *CED Cass.*, n. 247895; Id., sez. V, 18 novembre 2009, n. 4404, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1598 (ove si è ravvisata una progressione criminosa, legittimante il *bis in idem*, tra le fattispecie di appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta).

⁴² L'assunto è pressoché unanime in dottrina. Cfr., in particolare, gli Autori citati *sub* nota 38.

⁴³ Cfr. Cass., sez. V, 30 ottobre 2014, n. 247895, cit., secondo cui la locuzione «diversamente considerato...per grado» ex art. 649 c.p.p. «si riferisce al diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo, facendo rimando al grado della colpevolezza e non alle conseguenze dell'illecito». La tesi è all'evidenza errata, dato che l'irrelevanza, ai fini della mutazione del fatto, del coefficiente psicologico, va fatta discendere dal riferimento ex art. 649 c.p.p. al 'titolo' del reato: per tutti F. Caprioli, *Il principio*, cit., p. 85.

⁴⁴ Formula un suggerimento in questo senso P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit*, cit., p. 5.

⁴⁵ Cfr. il § 6 del *Considerato in diritto*.

però, dall'oggetto "fisico" su cui questa incide⁴⁶. In siffatta prospettiva, fermo restando – conformemente alla lettera dell'art. 649 c.p.p. – il divieto di procedere *ex novo* nelle fattispecie di reato progressivo – in cui l'oggetto fisico è il medesimo – nulla osterebbe a un secondo giudizio vuoi nei casi di concorso formale omogeneo in cui la stessa azione attinga diversi oggetti, vuoi in quelli di concorso eterogeneo in cui il primo giudicato copra soltanto l'azione, ed il secondo quest'ultima, "qualificata" da un oggetto materiale⁴⁷. Col che, fra l'altro, residuerebbe comunque un margine applicativo all'art. 671 c.p.p.⁴⁸.

Accedendo all'una o all'altra interpretazione di *idem factum*, le sorti del processo Eternit-*bis* potrebbero cambiare. Secondo la lettura da noi preferita il giudice *a quo*, ferma la possibilità di procedere per l'omicidio delle 72 persone offese che non comparivano nel primo giudizio⁴⁹, dovrebbe rilevare il *bis in idem* quanto all'omicidio delle persone già figuranti, *illo tempore*, fra i soggetti deceduti – o ammalatisi – a seguito della condotte omissive dell'imputato. Ipotizzando, invero, che nelle fattispecie aggravate *ex artt. 434 comma 2 e 437 comma 2 c.p.* la condotta, intransitiva nelle fattispecie base, abbia una ricaduta "fisica", verrebbero infatti a coincidere, con riguardo appunto alle vittime coinvolte nel primo processo, sia la condotta omissiva, sia i relativi oggetti materiali.

Aderendo all'impostazione della Corte, invece, un nuovo giudizio per omicidio potrebbe essere ammesso anche in ordine agli eventi morte o lesivi già oggetto del primo processo, a condizione che non siano stati «specificamente considerati unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato»⁵⁰: al di là dell'oscurità di tale locuzione, ciò non è probabilmente avvenuto, dato che quegli eventi sono stati al più valutati nell'ambito di uno sfumato e onnicomprensivo "evento epidemiologico", e che solo in questa più evanescente prospettiva è stato "indagato" il nesso causale⁵¹.

⁴⁶ Cfr., limpidamente, F. Caprioli, *Il principio*, cit., secondo cui «fatto = condotta + oggetto materiale; o, più esattamente, fatto = condotta: ma condotta = azione + (eventuale) oggetto materiale». V., altresì, gli Autori citati *sub* nota n. 38.

⁴⁷ Cfr., anche per alcune esemplificazioni, F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 1229; E. Mancuso, *Il giudicato*, cit., p. 465; T. Rararaci, *Ne bis in idem*, cit., p. 874.

⁴⁸ Cfr. in particolare F. Caprioli, *Sui rapporti*, cit., p. 1185.

⁴⁹ V. anche S. Zirulia, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 luglio 2015.

⁵⁰ Cfr. § 12 del *Considerato in diritto*.

⁵¹ Facendo leva su quest'ultimo argomento, e in particolare osservando come la Cassazione e il giudice d'appello abbiano escluso, con riguardo ai reati *ex artt. 437 e 434 c.p.*, il rilievo dei "singoli" eventi morte e lesivi, P. Ferrua, *La sentenza*, cit., p. 6, ritiene invece che il processo Eternit *bis* possa proseguire, anche per gli omicidi delle vittime coinvolte nel primo processo, tanto se si intenda l'*idem factum* come coincidenza della condotta e del relativo oggetto materiale, quanto se lo si intenda come corrispondenza dell'intera triade condotta/nesso causale/evento. Sulle complesse problematiche attinenti al rapporto fra i singoli eventi morte e lesivi e l'evento "aggravante" dei reati *ex artt. 434 comma 2 e 437 comma 2 c.p.*, e sulle differenti ricostruzioni di tale rapporto nei diversi gradi di giudizio del primo processo Eternit cfr., in una prospettiva più generale, L. Masera, *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1590 s.; S. Zirulia, *A che punto siamo*, cit., p. 5 ss.

Circoscritti i confini della “quasi flagranza”: a integrarla non valgono le informazioni fornite nell’immediatezza

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, SENTENZA 21 SETTEMBRE 2016, N. 39131, PRES. MARASCA; REL. VECCHIO

Non può essere considerato arresto in flagranza quello messo in atto sulla base di informazioni assunte dalla vittima o da terzi nella immediatezza del fatto.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. I Carabinieri della stazione di C. M., il (*OMISSIS*), in via (*OMISSIS*) di quel comune, trassero in arresto V.C. nella ritenuta “quasi flagranza” del delitto di lesione personale aggravata (dall’uso di un coltello), commesso in danno di B.R., rappresentando quanto segue nel relativo processo verbale.

1.1. Su disposizione impartita dalla centrale operativa del comando della compagnia (in seguito alla telefonata colla quale la moglie del B., S.C., aveva denunciato il reato), una pattuglia dei militari si era recata presso la tabaccheria gestita dal figlio della vittima, sita nella ridetta via (*OMISSIS*), constatando la presenza all’interno del locale dello stesso B., ferito superficialmente al cuoio capelluto, al lobo dell’orecchio sinistro e al braccio sinistro.

La vittima aveva dichiarato che era stata accoltellata da tal C., soprannominato lo (*OMISSIS*). E di tanto i componenti della pattuglia avevano prontamente informato il maresciallo comandante della stazione.

1.2. In precedenza B., mentre si dirigeva in bicicletta alla volta del proprio terreno, era stato raggiunto, lungo via (*OMISSIS*), da V.; costui aveva reiterato le rimostranze, espresse quella stessa mattinata, per la mancata restituzione di una bilancia; e, nonostante B. avesse rinnovato l’assicurazione che avrebbe restituito l’utensile, V. dapprima gli aveva sferrato alcuni calci alle gambe; quindi aveva prelevato dalla cassetta porta oggetti della propria bicicletta un coltello e aveva colpito più volte l’interlocutore, ferendolo.

La vittima si era sottratta alle ulteriori coltellate, fuggendo e riparando in cerca di aiuto presso il campo del suo vicino, D.V.G., il quale lo aveva prontamente soccorso.

Era sopraggiunto V., brandendo l’arma e proferendo minacce di morte. Ma D.V., intimando pressantemente a V. di desistere, aveva posto termine alla aggressione; aveva, quindi, accompagnato B. in via (*OMISSIS*), presso la tabaccheria del figlio.

Dal locale la S. aveva, poi, chiamato i Carabinieri.

1.3. Il maresciallo comandante della stazione, sulla base delle indicazioni onomastiche del feritore trasmesse dai componenti della pattuglia (in seguito alle dichiarazioni rese loro dalla vittima), pervenne subito alla identificazione di V., persona a lui nota per pregressa conoscenza; si recò, quindi, anche egli presso la fazione (*OMISSIS*) e ivi, avendo avvistato V. nelle adiacenze della tabaccheria B., lo arrestò.

In concomitanza dell’arresto i Carabinieri procedettero a perquisizione personale, veicolare e domiciliare a carico dell’arrestato allo scopo di sequestrare il coltello e cose pertinenti al reato.

Tutte e tre le perquisizioni diedero esito negativo.

2. Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di L., all'esito dell'interrogatorio dell'arrestato, sentito il difensore, ha deliberato di non convalidare l'arresto, rigettando la richiesta in tal senso formulata dal Pubblico Ministero.

Pur riconoscendo il concorso di gravi indizi di reità, in ordine al delitto di lesione personale pluriaggravata, ai sensi dell'art. 582 c.p., art. 585 c.p., comma 2, n. 2, e art. 61 c.p., comma 1, n. 1, e di esigenze cautelari, il giudice a quo ha reputato che difettesse "il requisito della flagranza o della quasi flagranza" del reato.

In proposito il Giudice per le indagini preliminari ha motivato, con citazione di pertinenti arresti della giurisprudenza di legittimità, che alla individuazione dell'autore della condotta delittuosa i Carabinieri erano pervenuti "solo in ragione delle dichiarazioni della persona offesa", mentre V. "non aveva indosso alcuna traccia del reato, atteso che il coltello utilizzato per il ferimento non (era) stato rinvenuto e (atteso che) gli indumenti, indossati dall'arrestato, non recavano macchie di sangue o altre tracce del reato"; sicché era da escludere anche lo stato di quasi flagranza" in quanto la polizia giudiziaria aveva "appreso il fatto non direttamente", bensì – ed esclusivamente – "dalla denuncia della persona offesa e (...) solo successivamente (aveva) proceduto all'inseguimento del colpevole".

3. Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Locri ha proposto ricorso per cassazione, mediante atto recante la data del 30 giugno 2014, denunciando "inosservanza ed erronea applicazione della legge penale e inosservanza delle norme processuali".

Il ricorrente si duole del diniego della convalida dell'arresto e, in proposito, dopo aver ricapitolato lo svolgimento dei fatti, sulla base dei primi accertamenti della polizia giudiziaria, e l'azione dei Carabinieri operanti, deduce: il Giudice delle indagini preliminari non ha convalidato l'arresto facoltativo, del quale peraltro ricorrevano pacificamente tutte le altre condizioni (titolo del reato, gravità del fatto e pericolosità del reo) soltanto per la ritenuta carenza della "quasi flagranza"; ma tale conclusione è erronea.

Sul punto il Procuratore della Repubblica obietta, invocando conformi arresti di legittimità, affatto in termini, che, ai fini della "quasi flagranza", nella "nozione di inseguimento del reo" deve intendersi compresa anche "l'azione di ricerca immediatamente posta in essere (...) purché protratta senza soluzione di continuità, sulla scorta delle indicazioni delle vittime, dei correi o di altre persone a conoscenza dei fatti".

4. La Quinta Sezione penale, assegnataria del ricorso, l'ha rimesso alle Sezioni Unite a norma dell'art. 618 c.p.p., con ordinanza in data 18 febbraio 2015.

Sulla considerazione che il *thema decidendum* "attiene all'esatto significato da attribuire alla nozione di quasi flagranza" la Sezione rimettente ha rilevato e illustrato nei termini che seguono – un contrasto giurisprudenziale al riguardo.

4.1. Secondo l'orientamento prevalente la quasi flagranza non è ravvisabile, se l'inseguimento dell'indagato sia stato intrapreso dalla polizia giudiziaria "per effetto e solo dopo" l'assunzione di informazioni dalla persona offesa o da altri testi presenti in loco nel momento della commissione del reato.

L'indirizzo in parola valorizza il carattere eccezionale della privazione della libertà personale, che si traduce nell'arresto; e ravvisa il fondamento e la "giustificazione" dell'istituto nella diretta percezione della polizia giudiziaria della azione delittuosa, ovvero – in difetto – dell'inseguimento del reo o, infine, della circostanza che costui presenti tracce (o rechi cose) le quali rivelino che egli immediatamente prima abbia commesso il reato.

A siffatte condizioni che abilitano all'arresto non sono assimilabili le investigazioni e le ricerche che la polizia giudiziaria, subito dopo la commissione del reato, intraprende affatto tempestivamente, sulla base delle dichiarazioni assunte, anche informalmente, dalle persone presenti al fatto, così pervenendo alla individuazione della persona dell'indagato.

4.2. L'orientamento contrario, richiamato dal Procuratore della Repubblica ricorrente, sostiene, invece, che la nozione di "inseguimento del reo" deve essere estesa al di là della accezione "strettamente etimologica" (*scilicet*: "di attività di chi corre dietro, tallona e incalza, a vista, la persona inseguita"), fino a comprendere "anche la azione di ricerca, immediatamente eseguita (...) protratta senza soluzione di continuità, sulla base delle ricerche immediatamente predisposte sulla scorta delle indicazioni delle vittime, dei correi o di altre persone a conoscenza dei fatti" e nel tempo strettamente necessario, occorrente "alla polizia giudiziaria per giungere sul luogo del delitto, acquisire notizie utili e iniziare le ricerche".

L'indirizzo in parola ravvisa il fondamento dell'arresto nella correlazione tra il dato temporale di prossimità – fra la commissione della azione delittuosa e la privazione della libertà del suo autore – con l'elemento funzionale del "controllo anche indiretto" e della repressione del reato esercitati dalla polizia giudiziaria tempestivamente intervenuta.

4.3. In conclusione la Sezione – rimettente, preso atto del contrasto, ha ravvisato la necessità dell'intervento delle Sezioni Unite, al fine di stabilire "cosa debba intendersi con esattezza per quasi flagranza", essendo, in proposito, ineludibile il "chiarimento" circa il significato degli "elementi (...) fondamentali nella costruzione della definizione della quasi flagranza, rappresentati dalla percezione della azione delittuosa e dall'inseguimento del reo".

5. Nella requisitoria il Procuratore generale, previa ricognizione delle ipotesi di flagranza enunciate dell'art. 382 c.p.p., comma 1, (inquadrate nella cornice costituzionale alla stregua del principio della inviolabilità della libertà personale, sancito dall'art. 13 Cost.), ha considerato che, in punto di fatto, la polizia giudiziaria non aveva colto l'arrestato nell'atto di commettere il reato (di lesione personale), né lo aveva sorpreso con cose o tracce compromettenti dalle quali appariva che l'indagato aveva perpetrato la azione delittuosa immediatamente prima; sicché assumeva esclusivamente rilievo la disamina della residua previsione, contemplata nella citata disposizione del codice di rito, dell'inseguimento dell'autore del reato.

In proposito il requirente ha osservato che, sebbene il progresso tecnologico (colla possibilità del controllo a distanza mediante sistemi elettronici e satellitari) renda non più "adeguata alla realtà fenomenica" e, pertanto, superata "la tradizionale definizione dell'inseguire, come azione di chi "corre dietro a chi fugge, tallonandolo da presso"", tuttavia resta estranea alla nozione dell'"inseguimento" la differente ipotesi della attività investigativa della polizia giudiziaria, ancorché tempestivamente intrapresa e proseguita colla ricerca del reo celermente e fruttuosamente compiuta in tempi rapidi.

Infatti – soggiunge il Procuratore generale – deve essere mantenuta "netta e ferma" la distinzione tra la previsione normativa dell'inseguimento e la categoria dottrina del c.d. "inseguimento investigativo", che, invece, "si colloca fuori dell'alveo della interpretazione, conforme ai principi costituzionali" della disciplina dell'arresto.

In tale prospettiva il *quid proprium* della flagranza è ravvisato dal Procuratore generale nella "situazione di evidenza probatoria" caratterizzata dal "peculiare legame tra (il) reato commesso e (il) contesto nel quale l'indiziato viene tratto in arresto". Tale legame è diretto nella flagranza in senso proprio; mentre è indiretto nelle ipotesi della quasi flagranza, caratterizzate, entrambe, dal criterio temporale, che si combina, nel primo caso, col "nesso teleologico" (dell'inseguimento del reo) e nel secondo col "nesso logico" (delle tracce rivelatrici della commissione del reato).

Con specifico riguardo alla previsione dell'inseguimento – prosegue il requirente – la flagranza ricorre non solo nella ipotesi in cui la polizia giudiziaria, avuta diretta percezione della azione delittuosa nella attualità della relativa commissione e non avendo, tuttavia, potuto procedere in continenti all'arresto del reo, dandosi alla fuga, lo rincorra, lo raggiunga e lo acciuffi, ma anche nella ipotesi ulteriore in cui l'autore del reato sia fuggito, immediatamente dopo aver perpetrato il delitto, e la polizia giudiziaria (successivamente intervenuta) si sia posta sulle sue tracce per "effetto delle informazioni (...) fornite da terzi", presenti al fatto, i quali abbiano indicato agli "operanti la direzione di fuga" del reo. Siffatta interpretazione evita di "restringere ingiustificatamente l'alveo delle ipotesi di arresto in flagranza" e soddisfa il requisito della "stretta continuità (...) spazio-temporale" tra la commissione del reato e l'arresto, in quanto, al momento dell'intervento della polizia giudiziaria "permane il nesso teleologico" tra il reato e l'autore, che consente di operare il relativo collegamento "sulla base della diretta percezione" del comportamento *post delictum* del reo in fuga e sulla base delle "dichiarazioni dei terzi che materialmente assisterono alla condotta delittuosa".

Alla luce di siffatte considerazioni il Procuratore generale ha motivato il rigetto del ricorso, rilevando che, nella specie, difettava il "nesso spazio-temporale" tra la commissione del delitto e l'arresto dell'indagato: la misura precautelare era stata adottata solo "all'esito di una corposa attività di indagine", sebbene compiuta "a breve lasso di tempo dal fatto"; il delitto di lesione personale era stato commesso "in epoca anteriore e, soprattutto, in altro luogo sito a considerevole distanza"; l'indagato, dopo la consumazione del delitto, non era stato inseguito da alcuno; e, prima di essere individuato dai Carabinieri e arrestato, "si era anche disfatto del coltello"; sicché la cesura del "continuum che deve sussistere tra la commissione del reato e la sorpresa del suo autore" precludeva la adozione della misura.

6. Con decreto del 27 marzo 2015 il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite penali e ne ha fissato la trattazione per la udienza camerale del 28 maggio 2015, successivamente differita a quella odierna, per impedimento del componente relatore, giusta decreto del 4 maggio 2015.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto sottoposta alle Sezioni Unite è la seguente:

“Se può procedersi all’arresto in flagranza sulla base di informazioni della vittima o di terzi fornite nella immediatezza del fatto”.

L’art. 382, del vigente codice di rito, sotto la rubrica “Stato di flagranza”, condensa nel comma 1 le corrispondenti previsioni racchiuse nel secondo e nell’art. 237 c.p.p., comma 3 1930 (eccettuata la disposizione relativa alla flagranza del reato permanente – già contenuta nel secondo inciso del comma 1, del previgente articolo – che attualmente trova collocazione nel ridetto art. 382, comma 2).

La partizione della materia nei due distinti commi operata dal previgente codice (analogamente alle precedenti codificazioni) e, soprattutto, l’incipit dell’art. 237 cit., comma 3, che recitava “Si considera pure in stato di flagranza chi (...)”, hanno offerto solida base alla tradizionale distinzione dottrinarie tra la flagranza (in senso proprio) e la quasi flagranza, secondo la terminologia che è tuttora generalmente adottata pur dopo la codificazione del 1988.

Per vero, la formulazione letterale dell’art. 237 c.p.p. 1930, comma 2, è transitata affatto inalterata nell’art. 382 c.p.p., comma 1: “È in stato di flagranza chi viene colto nell’atto di commettere il reato”; tuttavia – in luogo del segno (immediatamente successivo) del punto finale della disposizione previgente – nella costruzione sintattica della norma attuale la congiunzione disgiuntiva “ovvero” salda nella medesima proposizione principale del ridetto comma 1 le previsioni di entrambi i casi della quasi flagranza contenuti nell’art. 237 c.p.p. 1930, comma 3, enunciandoli (con qualche variazione meramente terminologica, v. Sez. 1, n. 3318 del 08/07/1992, Maglione, Rv. 192032) mediante la ulteriore proposizione subordinata del periodo, introdotta analogamente dal pronome relativo e articolata nella ulteriore disgiunzione. Sicché non già “si considera”, bensì “è” in stato di flagranza anche “chi, subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima”.

Siffatte ulteriori due previsioni, pertanto, non devono più ritenersi meramente equiparate alla prima, in virtù della *fictio legis*, bensì integrano, disgiuntamente e a pieno titolo – esattamente al pari della prima – lo stato di flagranza.

Consegue che il sintagma “quasi flagranza” resta ormai privo di ogni valore giuridico – concettuale e assume nella accezione corrente la funzione di espressione puramente indicativa dei due casi di “flagranza” *de quibus*.

Orbene la *quaestio iuris* in esame è pertinente allo specifico stato di flagranza costituito dall’“inseguimento” dell’autore del reato.

Le variazioni letterali apportate al riguardo dall’art. 382 c.p.p., comma 1, (rispetto alla formulazione della corrispondente previsione dell’art. 237 c.p.p. 1930, comma 3) sono modeste (*scilicet*: “subito dopo il reato”, “polizia giudiziaria” e “persona offesa”, rispettivamente al posto di “immediatamente dopo il reato”, “forza pubblica” e “offeso dal reato”) e non assumono rilievo ai fini della soluzione del quesito di diritto.

“Subito” è sinonimo di “immediatamente” ed è, per vero, assai dubbio che con la sostituzione dell’avverbio sia stato conseguito l’intento del legislatore delegato, espresso nella Relazione al Progetto preliminare del vigente codice di rito, di “restringe(re) la possibilità di interpretazioni estensive” alle quali poteva dar luogo la precedente formulazione “immediatamente dopo il reato” (v. Relazione cit., in G.U., supplemento ordinario n. 2, al n. 250 del 24 ottobre 1988, p. 97, c. 1).

Orbene, i temi di indagine attengono a) alla nozione di inseguimento del reo; b) alla relazione, temporale e logica, che lega l’inseguimento al reato.

2. La ordinanza impugnata si è uniformata al prevalente e più rigoroso indirizzo della giurisprudenza di legittimità.

Secondo il principio di diritto espresso da tale orientamento “non sussiste la condizione di cosiddetta quasi flagranza qualora l’inseguimento dell’indagato da parte della polizia giudiziaria sia stato iniziato non già a seguito e a causa della diretta percezione dei fatti” da parte della polizia giudiziaria,

bensì “per effetto e solo dopo l’acquisizione di informazioni da parte di terzi” (Sez. 3, n. 34899 del 24/06/2015, Amistà, Rv. 264734; Sez. 1, n. 43394 del 03/10/2014, Quaresima, Rv. 260527; Sez. 4, n. 15912 del 07/02/2013, Cecconi, Rv. 254966; Sez. 6, n. 19002 del 03/04/2012, Rotolo, Rv. 252872; Sez. 3, n. 34918 del 13/07/2011, Z., Rv. 250861; Sez. 6, n. 20539 del 20/04/2010, R., Rv. 247379; Sez. 5, n. 19078 del 31/03/2010, Festa, Rv. 247248; Sez. 2, n. 35458 del 06/07/2007, Di Benedetto, Rv. 237802; Sez. 2, n. 7161 del 18/01/2006, Morelli, Rv. 233345; Sez. 4, n. 17619 del 05/02/2004, Sakoumi, Rv. 228180; Sez. 5, n. 3032 del 21/06/1999, Carrozzino, Rv. 214473; Sez. 3, n. 4860 del 20/11/1990, dep. 1991, Ponticelli, Rv. 186494).

Le ragioni che sorreggono l’affermazione del principio testé enunciato possono essere sinteticamente ricapitolate nei termini che seguono.

La provvisoria privazione del diritto fondamentale della libertà personale, di iniziativa della polizia giudiziaria e in carenza di alcun provvedimento motivato della autorità giudiziaria, rappresenta, per vero, istituto di carattere affatto eccezionale e in tal senso è espressamente connotato dall’art. 13 Cost., comma 3.

Le disposizioni della legge ordinaria e, segnatamente, del codice di rito, che disciplinano l’arresto sono, pertanto, di stretta interpretazione (art. 14 preleggi, comma 1).

Orbene, la dilatazione della nozione della quasi flagranza sino a prescindere dalla coesistente correlazione tra la percezione diretta del fatto delittuoso (quantomeno attraverso le tracce rivelatrici della immediata consumazione, recate dal reo) e il successivo intervento di privazione della libertà dell’autore del reato, deborda dall’ambito della interpretazione estensiva dell’art. 382 c.p.p., comma 1.

Attraverso progressivi slittamenti e assimilazioni tra l’ipotesi specifica dell’inseguimento (contemplata nella disposizione) e quelle (più generiche e, pertanto, differenti) delle ricerche ovvero delle investigazioni tempestive si finisce col contravvenire al tenore testuale della norma.

Gli è che il lemma inseguire, denotante, con tutta la sua pregnanza, l’azione del “correre dietro chi fugge”, e l’ulteriore requisito cronologico di immediatezza, “subito dopo il reato”, richiesto dalla legge, postulano la necessità della correlazione funzionale tra la diretta percezione della azione delittuosa e la privazione della libertà del reo fuggitivo.

La conclusione si rinsalda alla luce della considerazione della *ratio legis*.

La eccezionale attribuzione alla polizia giudiziaria (o al privato) del potere di privare della libertà una persona trova concorrente giustificazione nella altissima probabilità (e, praticamente, nella certezza) della colpevolezza dell’arrestato.

Ebbene, sono proprio la diretta percezione e constatazione della condotta delittuosa da parte degli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria procedenti all’arresto, che possono suffragare, nel senso indicato, la sicura previsione dell’accertamento giudiziario della colpevolezza.

Mentre, in difetto, apprezzamenti e valutazioni, fondati sul piano affatto differente degli elementi investigativi assunti (ancorché prontamente e magari anche in loco) dalla polizia giudiziaria, non offrono analoghe sicurezza e affidabilità di previsione (v., in proposito, Sez. 1, n. 6642 del 11/12/1996, dep. 1997, Palmarini, Rv. 207085).

3. L’orientamento contrario – presente in modo significativo nella giurisprudenza più risalente nel tempo e, tuttavia, pur recentissimamente ribadito con pronunce deliberate in consapevole contrasto col prevalente indirizzo – ravvisa la ipotesi della flagranza anche qualora, subito dopo la commissione del reato, la polizia giudiziaria, prontamente intervenga, assuma le informazioni del caso dalla persona offesa o dai testimoni presenti al fatto, e immediatamente si ponga, sulla scorta delle stesse, all’“inseguimento” dell’autore del reato, celermente pervenendo – senza alcuna interruzione della attività di investigazione e di ricerca, tempestivamente intrapresa – all’arresto dell’indagato. Secondo il principio conseguentemente affermato “lo stato di quasi flagranza sussiste anche nel caso in cui l’inseguimento (...) sia iniziato (...) per le informazioni acquisite da terzi (inclusa la vittima), purché non sussista soluzione di continuità fra il fatto criminoso e la successiva reazione diretta ad arrestare il responsabile del reato. (Sez. 3, n. 22136 del 06/05/2015, B., Rv. 263663; Sez. 1, n. 6916 del 24/11/2011, Vinetti, Rv. 252915; Sez. 2, n. 44369 del 10/11/2010, Califano, Rv. 249169; Sez. 4, n. 29980 del 2G/06/2006, Sali, Rv. 234816; Sez. 5, n. 2738 del 07/06/1999, Giannatiempo, Rv. 214469; Sez. 4, n. 1314 del 12/04/1995, Bianchi, Rv. 202108; Sez. 1, n. 1646 del 12/04/1994, Padovano, Rv. 198882; Sez. 1, n. 402 del 19/02/1990, Mastrodonato, Rv. 183661).

Alla base dell'indirizzo in parola risiede la convinzione che la giuridica essenza del "concetto di flagranza o quasi flagranza" consista nella relazione di "continuità" tra la commissione del delitto e "la reazione diretta ad arrestarne" l'autore (Sez. 3, n. 22136 del 06/05/2015, 8., cit.).

Ciò che conta è che la polizia giudiziaria si attivi immediatamente *post delictum* e inneschi una sequela ininterrotta di atti (della più varia tipologia: di natura investigativa, di materiale ricerca, di vero e proprio inseguimento) che, senza soluzione di continuità, culminino nell'arresto del reo.

Il costrutto argomentativo che sorregge l'assunto si sviluppa nei termini che seguono.

L'argomento letterale, piuttosto che l'indirizzo prevalente, suffraga, invece, la tesi contraria: in relazione alla previsione dell'inseguimento l'art. 382 c.p.p., comma 1, non richiede, nella sua formulazione testuale, che "chi procede all'arresto abbia veduto l'agente mentre commetteva il fatto" e, neppure, "che abbia veduto il reo fuggire dal luogo dove ha commesso il fatto" (v. *ibidem*).

La norma configura la ipotesi del reo, colto dalla polizia giudiziaria nell'atto di commettere il reato, e la ipotesi dell'inseguimento, subito dopo la commissione del delitto, come casi autonomi e alternativi dello stato di flagranza; mentre, se si reputi necessario che l'inseguitore debba aver avuto "una propria diretta percezione del fatto", quella dell'"inseguimento divent(erebbe) una ipotesi subordinata all'ipotesi precedente della percezione del reato" (v. *ibidem*).

Il lemma "inseguire" comprende nel suo significato non solo l'azione di chi corre dietro a taluno che fugge, ma anche quella di "chi procede in una determinata direzione, secondo più punti di riferimento, al fine di raggiungere qualcuno o qualcosa" (Sez. 2, n. 44498 del 04/11/2015, Isaia, n.m.).

Il concetto di "inseguimento", pertanto, "non può non dilatarsi alla confinante accezione di perseguimento" così da "estendersi ermeneuticamente nel concetto di (...) esplicazione di indagine che sortisce immediatamente dalla *notitia criminis* e, senza soluzione di continuità, conduce in tempo oggettivamente breve ad arrestare l'autore del reato" (Sez. 3, n. 22136 del 06/05/2015, B., cit.).

4. Le Sezioni Unite ritengono di dover ribadire il prevalente indirizzo che negli anni più recenti si è andato progressivamente affermando nella giurisprudenza di legittimità.

4.1. Deve riconoscersi che il contrario orientamento risponde alla esigenza pratica, variamente avvertita nella opinione pubblica, di assicurare la pronta reazione istituzionale nella repressione dei reati, di maggior gravità, dei quali la polizia giudiziaria (o, nei casi previsti, il privato abilitato all'arresto) ha contezza nel medesimo contesto storico-temporale della loro perpetrazione.

Siffatta esigenza trovava, peraltro, sul piano normativo, remoti addentellati nella più estesa nozione della flagranza del reato, contemplata nei codici di rito che precedettero quello del 1930.

L'art. 47 c.p.p. 1865, comma 1, recitava "È flagrante reato il crimine o delitto che si commette attualmente, o che è stato poco prima commesso".

E, analogamente, l'art. 168 c.p.p. 1913, comma 1, disponeva: "È flagrante il reato che si commette attualmente o che è stato poco prima commesso".

Sicché (a prescindere dai casi di quasi flagranza distintamente contemplati dall'art. 47 c.p.p. 1865, comma 2, e art. 168 c.p.p. 1913, comma 3) la flagranza in senso proprio comprendeva anche il caso del reato, commesso "poco prima", cioè (non nella immediatezza, bensì) in un momento cronologicamente anteriore dal quale era trascorso un apprezzabile intervallo temporale, ancorché modesto e contenuto.

Il dato codicistico comportava, dunque, la legittimità dell'arresto dell'autore del reato sol perché il fatto era stato "commesso poco prima" ed era, quindi, tuttora "flagrante".

4.2. Ma già alla stregua dell'art. 237 c.p.p. 1930, comma 1, (peraltro entrato in vigore nella stessa cornice costituzionale dei due precedenti codici di rito del Regno d'Italia, v. infra 4.8.) era venuta meno la base normativa che attribuiva alla polizia giudiziaria la potestà di procedere – solo in virtù delle informazioni tempestivamente assunte dalla persona offesa o da terzi all'arresto dell'autore del reato che era "stato poco prima commesso".

La citata disposizione, infatti, considerava flagrante esclusivamente "il reato che si commette attualmente", in quanto non aveva riprodotto la ulteriore previsione (estensiva della flagranza) recata dai corrispondenti articoli dei codici precedenti.

In conclusione, anche in base all'art. 382 c.p.p., comma 1, che non ha variato la enunciazione letterale dello stato di flagranza contenuta nell'art. 237 c.p.p. 1930, comma 2, il dato meramente cronologico, costituito dalla brevità del lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato – pur nella sinergia colla indagine dalla polizia giudiziaria, tempestivamente incoata e, senza alcuna interruzione, rapidamente conclusa non assume giuridica rilevanza, sulla base del diritto positivo (salvo i casi particolari del-

l'arresto "ritardato" previsti da speciali disposizioni), al fine di offrire fondamento di legittimità all'arresto del reo nella indicata prospettiva della soddisfazione della esigenza della pronta "reazione" istituzionale alla attività criminale.

4.3. In carenza della *deprehensio in ipsa perpetratio facinoris*, il reo continua a versare nello stato di flagranza, qualora, subito dopo il reato sia inseguito. La norma si sofferma a enumerare categorie di inseguitori: la polizia giudiziaria, la persona offesa o altre persone. Ma, in effetti, in virtù dell'ultimo termine della disgiunzione, chiunque può inseguire l'autore del reato.

Il punto controverso risiede nella accezione della voce verbale.

Il lemma inseguire (nella norma coniugato in forma passiva) designa la azione del "correre dietro a chi fugge, o anche a chi corre, cercando di raggiungerlo, di solito con intenzione ostile, o anche per afferrarlo, arrestarlo, e talvolta solo per superarlo".

Non è condivisibile la tesi che l'art. 382 c.p.p., comma 1, sia comprensivo di previsione (ulteriore e affatto diversa) fondata sulla accezione del verbo in senso figurato o puramente metaforico, così da includere la ipotesi dell'autore del reato che venga fatto oggetto di incalzante attività investigativa, in seguito alla ricezione della *notitia criminis*, e, pertanto, sotto tale profilo risulti "perseguito" dalla polizia giudiziaria, come il caso (citato a titolo di esempio da un Autore in epoca non recente) dell'"arresto eseguito tre ore dopo la consumazione del fatto a seguito di chiamata di correo che abbia posto la polizia giudiziaria sulle tracce dell'arrestato".

Innanzitutto il contesto linguistico del periodo, composto dalle proposizioni che compongono il testo normativo, conduce a escludere la postulata assimilazione.

Nell'art. 382 c.p.p., comma 1 – norma nella quale il legislatore, ridefinendo lo stato di flagranza, ha concentrato in una unica disposizione le previsioni collocate in commi distinti del corrispondente articolo del codice abrogato, in prospettiva unitaria – condotte e situazioni assumono rilievo nella evidenza della loro materialità, siccome espresse da dati effettuali, quali l'essere il soggetto colto nell'atto di commettere il reato ovvero l'essere sorpreso con cose o tracce dalla quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima.

Con particolare riguardo a tale ultima previsione è significativo l'intervento del legislatore colla novella recata dalla L. 18 giugno 1955, n. 517, art. 7, di riformulazione del testo originario dell'art. 237 c.p.p. 1930, comma 3, (secondo la quale bastava che le cose o le tracce della quasi flagranza potessero far "presumere che il reo avesse commesso poco prima il delitto"), così sostituendo alla soggettività della valutazione la valorizzazione dell'oggettività del dato segnaletico, rivelatore della reità.

Orbene la assimilazione all'inseguimento materiale dell'"inseguimento" figurato, c.d. investigativo, risulta palesemente incoerente rispetto al contesto semantico del linguaggio normativo.

Soccorre, poi, *a contrariis* l'argomento storico-comparativo.

Laddove l'art. 47 c.p.p. 1865, comma 2, e art. 168 c.p.p. 1913, comma 3, includevano tra i casi di quasi flagranza anche quello dell'inseguimento inteso nella accezione figurata (era, infatti, considerato in flagranza anche chi fosse "inseguito (...) dal pubblico clamore"), siffatta previsione è stata definitivamente espunta dai testi normativi fin dalla entrata in vigore del codice di rito del 1930.

Sicché la stessa evoluzione del diritto positivo esclude alla evidenza la interpretazione avversata.

4.4. Deve, inoltre, considerarsi la assoluta peculiarità della misura precautelare dell'arresto in flagranza rispetto agli altri provvedimenti coercitivi.

Nell'arresto in flagranza la esecuzione della coercizione è coesistente rispetto alla deliberazione di chi lo esegue.

A' termini degli artt. 380, 381 e 383 c.p.p., non è giuridicamente configurabile la esistenza di un arresto che non sia materialmente eseguito, bensì soltanto (come per es. il fermo dell'indiziato di delitto) semplicemente disposto.

La attività di privazione della libertà personale del reo e la deliberazione di chi esegue l'arresto (di esercitare la relativa potestà) sono inscindibili: la misura precautelare consiste (e si esaurisce) nella sua materiale esecuzione, perché è dalla legge prevista come essenzialmente attuosa.

La configurazione normativa della misura, in termini di materiale esplicazione della corrispondente potestà di polizia giudiziaria, risulta, per vero, speculare rispetto alla denotazione delle ipotesi di flagranza, che risiede nella pertinenza – sul piano fattuale alla condotta delittuosa, cotta nel mentre si compie ovvero, tosto che sia consumata, nelle immediate proiezioni materiali della perpetrazione: l'inseguimento del reo o la sorpresa di costui con cose o tracce rivelatrici della subitanea commissione del delitto.

E perspicuamente la dottrina, già nel penultimo secolo trascorso, rilevava che “il carattere (dei casi di flagranza) è quello di non essere staccati dalla esistenza del reato”.

Ulteriore conforto riceve, pertanto, la conclusione che l’arresto eseguito sebbene dopo brevissimo lasso di tempo dal fatto e tuttavia – in virtù della assunzione (e, dunque, della valutazione) di informazioni rese dai presenti alla polizia giudiziaria e all’esito alle pronte e fruttuose ricerche dell’“indicato” autore del reato, resta affatto estraneo alla previsione normativa dello stato di flagranza costituito dall’inseguimento dell’indagato.

Conclusivamente appare fondata la severa censura formulata in dottrina (a commento della sentenza Sez. 1, Mastrodonato, cit.) da un Autore secondo il quale la contraria opinione “rompe la sequenza logica della norma”.

4.5. La successione sul piano temporale, stabilita dalla legge in termini di immediatezza, tra il reato e l’inseguimento del suo autore rivela il nesso che avvince, sul piano logico, la condotta delittuosa alla previsione normativa del succitato stato di flagranza.

Se l’inseguimento origina “subito dopo il reato”, necessariamente l’inseguitore deve aver personale – percezione, in tutto o in parte, del comportamento criminale del reo nella attualità della sua concreta esplicazione: è proprio tale contezza che – eziologicamente – dà adito all’inseguimento orientato – teleologicamente – alla cattura del fuggitivo, autore del reato.

Non è condivisibile la tesi del Procuratore generale il quale ricomprende nello stato di flagranza il caso in cui, essendosi consumato il reato ed essendo già iniziata la fuga, la polizia giudiziaria, intervenenga in loco e, quindi, si ponga sulle tracce del fuggitivo, per effetto delle informazioni acquisite dai testi presenti circa la identità dell’autore del delitto e “la direzione di fuga” di costui.

Inseguire e fuggire designano azioni differenti: la prima è transitiva e richiede le attività concomitanti e antagoniste di due persone (cioè, dell’inseguitore e dell’inseguito); mentre la seconda, là dove prescinde dalla attualità dell’inseguimento, è affatto intransitiva.

Secondo la previsione della legge l’inseguimento in continenti e non la fuga avvince il reo allo stato di flagranza, in quanto assicura, per le ragioni indicate, il pregnante collegamento tra il reato e il suo autore.

Mentre la mera fuga (già incoata) di taluno dal *locus commissi delicti* non permette (in difetto della denuncia degli astanti) di inferire la reità del fuggitivo, posto che il precipitoso allontanamento dalla scena del crimine può indifferentemente correlarsi a ragioni diverse dalla colpevolezza (come, ad esempio, alla esigenza di tutelare la propria incolumità, di chiedere soccorso etc.); e l’inseguimento, qualora sia intrapreso non immediatamente, bensì sulla scorta delle dichiarazioni acquisite dai testimoni, non corrisponde alla previsione dell’art. 382 c.p.p., comma 1, in quanto la disposizione esige che l’indagato sia inseguito “subito dopo il reato”.

4.6. Non ha pregio la obiezione che la ipotesi dell’inseguimento risulterebbe in definitiva assorbita in quella dell’arresto del reo colto dell’atto di commettere il reato.

La ratio della previsione normativa dell’inseguimento risiede, infatti, nella estensione della possibilità della esecuzione dell’arresto dell’autore del reato, in luogo diverso da quello di commissione del delitto e dopo apprezzabile intervallo di tempo dalla relativa consumazione, nella ipotesi che il reo, pur essendo stato scorto nell’atto della perpetrazione, sia riuscito a darsi alla fuga.

Né, infine, appare fondato l’argomento che, laddove la legge ammette l’arresto dell’indagato a opera del privato (art. 383 c.p.p., comma 1), sarebbe senza giustificazione “svilito” il contributo informativo del testimone oculare del fatto che dia adito all’inseguimento della polizia giudiziaria, quando, invece, il privato è abilitato a procedere direttamente all’inseguimento e all’arresto del reo.

Il raffronto è mal posto.

Nel vigore del codice previgente, la Corte costituzionale, risolvendo positivamente la questione della legittimità costituzionale della disposizione dell’art. 242 c.p.p. 1930, comma 1, relativa alla facoltà di arresto da parte dei privati, ha spiegato che, in tale evenienza, il privato cittadino, autore dell’arresto, “allorché agisce in presenza delle condizioni e rimane nei limiti stabiliti dalla norma stessa, assume la veste di organo di polizia, sia pure straordinario e temporaneo, ed in conseguenza viene a godere, nell’esercizio delle funzioni pubbliche assunte, della stessa speciale posizione giuridica conferita agli ufficiali di polizia giudiziaria, come risulta dal n. 2 dell’art. 357 c.p.” (Corte cost., sent. n. 89 del 1970).

Ebbene ai fini della legittimità dell’arresto ciò che rileva è che colui che lo esegue si determini – indipendentemente dalla condizione personale di appartenenza alla forza pubblica ovvero di privato cit-

tadino – in virtù della diretta percezione della situazione fattuale, costitutiva dello stato di flagranza dell'autore del reato, e non sulla base di informazioni ricevute da terzi.

4.7. Nella dottrina sono diffusamente avvertiti il “rischio di pericolose estensioni giurisprudenziali” e di prassi poliziesche, che attraverso la dilatazione del concetto di inseguimento, conducano, “lontano dal concetto stesso di flagranza”, a inammissibili interpretazioni “oltre i limiti della norma” la quale, invece, si correla alla previsione costituzionale che connota in termini di eccezionalità i provvedimenti provvisori di restrizione della libertà personale adottati dalla autorità di polizia.

Si riconosce, peraltro, che, ai fini dello stato di flagranza, l'inseguimento non necessariamente implica la rincorsa a vista del reo, bensì “può manifestarsi in concreto nei modi più svariati, per esempio, attraverso l'esecuzione di blocchi stradali ovvero con il circondare l'edificio in cui si è nascosto l'autore del reato”.

Purtuttavia, in modo pressoché concorde gli Autori escludono la possibilità della assimilazione all'inseguimento “vero e proprio” di quello “ideale”, ovvero del c.d. “inseguimento investigativo”, spiegato dalla polizia giudiziaria sulla base di informazioni prontamente assunte.

Ricorrente è il rilievo che il legislatore, imprimendo con l'art. 382 c.p.p., comma 1, una sistemazione unitaria ai casi della flagranza in senso proprio e della quasi flagranza (in precedenza contemplati in distinte disposizioni), ha inteso porre a fondamento della unificata previsione dello stato di flagranza il “rapporto di contestualità tra la condotta del reo e la percezione della stessa” o del “nesso tra il reato e il suo autore”.

In proposito è stato osservato: “In ogni caso la flagranza del reato giustifica l'arresto in quanto chi vi procede sia diretto testimone del fatto” ovvero “solo quando sia, comunque, immediata la percezione di un nesso tra il reato e il suo autore. Non è dunque legittimo l'arresto quando manchi in chi vi procede l'immediata e autonoma percezione delle tracce del reato e del loro collegamento inequivocabile con l'indiziato. Non è legittimo l'arresto che si fondi sulla percezione di testimoni o sulle dichiarazioni confessorie resa dallo stesso accusato, perché in questi casi, mancando una percezione diretta dei fatti, si richiede un apprezzamento di elementi probatori estranei alla ratio dell'istituto”.

Pur ribadendo la esclusione dall'ambito dello stato di flagranza dell'inseguimento intrapreso dalla polizia giudiziaria sulla scorta della sollecita acquisizione di informazioni dalle persone presenti al fatto, un Autore sostiene che non sia necessario che gli inseguitori abbiano “una percezione diretta (...) della commissione dell'illecito”, in quanto può supplire la percezione diretta della fuga del reo, a condizione che, in una “unica sequenza temporale”, l'inseguimento sia intrapreso nel “momento che coincide con quello in cui inizia la fuga” e che la fuga stessa sia incoata dall'autore del reato nel preciso “momento che coincide con la cessazione della condotta delittuosa”. Per vero, tuttavia, la ritenuta necessità della doppia coincidenza (consumazione del reato-fuga e fuga-inseguimento), alla luce del pertinente esempio addotto dallo stesso Autore – l'inseguimento del rapinatore, sorpreso dalla polizia, all'uopo accorsa in loco, mentre fugge dalla banca rapinata – comporta in definitiva che la “evidenza probatoria” dell'inseguimento trova pur sempre ancoraggio nella diretta percezione della condotta criminale nella immediatezza e attualità dell'impossessamento della refurtiva.

In generale gli Autori concordano nella affermazione che lo stato di flagranza si caratterizza sulla base della percezione della “evidenza *prima facie*” della reità e che “tale evidenza giustifica l'arresto dell'autore (del reato) a opera degli ufficiali o agenti della polizia giudiziaria, senza l'ordine del magistrato, appunto perché è ridotto al minimo il pericolo di una ingiusta” privazione della libertà.

4.8. L'indirizzo prevalente della giurisprudenza di legittimità, pienamente confortato dalla dottrina, trova decisivo avallo nella piena conformità della ermeneutica della norma al dettato della Costituzione.

In materia di libertà personale, laddove l'art. 26 dello Statuto Albertino si limitava a sancire (genericamente), al primo comma, la relativa guarentigia e a stabilire, nel comma successivo, che “Niuno può essere arrestato (...) se non nei casi previsti dalla legge, e nelle forme che essa prescrive”, con ben più pregnante formulazione, l'art. 13, primo comma, Cost. proclama: “La libertà personale è inviolabile”. E il secondo comma appresta la tutela stabilendo che le restrizioni della libertà personale sono ammesse “nei soli casi e modi previsti dalla legge”, su disposizione della autorità giudiziaria e con “atto motivato”.

Nell'ambito della materia disciplinata dal comma successivo sono generalmente collocate (salvo qualche isolata e non recente obiezione dottrina) le disposizioni della legge ordinaria relative all'istituto dell'arresto in flagranza.

L'art. 13 Cost., comma 3, contempla, infatti, che "in casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori" *de libertate* sottoposti alla comunicazione alla autorità giudiziaria e alla convalida della stessa, da eseguirsi entro termini perentori, a pena di revoca e, comunque, di perdita "di ogni effetto".

La sancita eccezionalità delle ipotesi di privazione della libertà personale a opera della autorità di polizia, di iniziativa e senza provvedimento della autorità giudiziaria, osta alla espansione in senso figurato della previsione dell'inseguimento così da includere l'accezione "confinante" (Sez. 3, n 22136 del 06/05/2015, cit.) – e, pertanto, differente – del "perseguimento" del reo attraverso la sollecita attività di investigazione e ricerca.

In proposito, peraltro, il Giudice delle leggi, in relazione alle disposizioni sull'arresto contenute nel previgente codice di rito, non ha mancato di rilevare che si tratta di norme "di stretta interpretazione, e quindi non suscettibili di applicazione estensiva", in quanto trovano collocazione nell'ambito della deroga al principio "che incentra nella sola autorità giudiziaria ogni potere di disporre misure incidenti sulla libertà delle persone" (Corte cost., sent. n. 89 del 1970).

La eccezionalità dell'arresto in flagranza – da apprezzarsi, ovviamente, non sul piano empirico della frequenza statistica della pratica di polizia, bensì sul piano squisitamente giuridico per la natura derogatoria dell'istituto sottolineata dalla sentenza da ultimo citata – si rinsalda alla considerazione che la privazione della libertà a opera della polizia giudiziaria ovvero, nei casi ammessi, da parte del privato, trova ragionevole giustificazione nella constatazione (da parte di chi procede all'arresto) della condotta del reo, nell'atto stesso della commissione del delitto, ovvero della diretta percezione di condotte e situazioni personali dell'autore del reato, immediatamente correlate alla perpetrazione e obiettivamente rivelatrici della colpevolezza; sicché appare assai remota (e praticamente esclusa) la eventualità di ingiustificate privazioni della libertà personale.

In conclusione, così definiti i confini della misura precautelare dell'arresto in stato di flagranza, risulta evidente che nel relativo ambito non deve essere compresa la privazione della libertà dell'indagato allorché sia operata, seppure in tempo prossimo alla commissione del reato, sulla base delle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria dai testimoni del fatto.

5. Alla luce delle considerazioni che precedono la risposta al quesito proposto dalla Sezione rimettente si compendia nella affermazione del seguente principio di diritto:

"Non può procedersi all'arresto in flagranza sulla base informazioni della vittima o di terzi fornite nella immediatezza del fatto".

6. L'applicazione del principio di diritto, testé enunciato, al caso oggetto del presente scrutinio di legittimità, comporta il rigetto del ricorso.

Infatti, alla stessa stregua delle prospettazioni in punto di fatto del Pubblico Ministero ricorrente e secondo quanto, peraltro, pacificamente emerge dalla ordinanza impugnata, all'arresto dell'indagato i Carabinieri procedettero (dopo alcune ore dalla commissione del reato) esclusivamente sulla base delle dichiarazioni loro rese, dalla vittima e dalle persone informate dei fatti (nonché degli esiti obiettivi delle lesioni rilevati sul corpo della persona offesa), senza che ricorresse la ipotesi dell'inseguimento del reo ed essendo fuori discussione gli altri due casi dello stato di flagranza, per la netta cesura – intervenuta tra la consumazione del reato e l'intervento successivo della polizia giudiziaria.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

[*Omissis*]

LEONARDO FILIPPI

Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Cagliari

L'arresto nella "quasi flagranza" è legittimo solo se l'inseguitore ha avuto diretta percezione dei fatti

The arrest in "quasi flagrant" is lawful only if the pursuer had a direct perception of the crime event

Nel risolvere il contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite aderiscono all'interpretazione più garantista della nozione di "quasi flagranza" ed affermano l'importante principio di diritto secondo cui non può ammettersi l'arresto in flagranza, dopo un inseguimento sulla base di informazioni della vittima o di terzi, anche se fornite nella immediatezza del fatto.

The Joint Chambers of the Supreme Court of Cassation ruled that an arrest made following a pursuit cannot be deemed in flagrante delicto if it is based upon statements given by the victim or by other persons, even if those statements were made immediately after the fact was committed.

PREMESSA

Dalle Sezioni Unite giunge una pronuncia veramente garantista. La sentenza 24 novembre 2015, n. 39131, ha, infatti, dato l'interpretazione più genuina dell'art. 13 Cost., chiarendo che la regola è la libertà personale e l'eccezione è la sua privazione, la quale, pertanto, non può essere estesa oltre i casi tassativamente stabiliti dalla legge. In applicazione di tale principio, le Sezioni Unite hanno stabilito che non può ammettersi l'arresto in flagranza, dopo un inseguimento sulla base di informazioni della vittima o di terzi, anche se fornite nella immediatezza del fatto.

IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE

In questo modo le Sezioni Unite hanno risolto un contrasto giurisprudenziale risalente nel tempo. Infatti secondo un orientamento maggioritario e più garantista non era considerato legittimo l'arresto in flagranza quando mancasse in chi vi procedeva «la immediata ed autonoma percezione delle tracce del reato e del loro collegamento con l'indagato (così detta quasi flagranza)», osservando che «nel caso in cui la individuazione del soggetto attivo del reato si fondi, non sulla diretta percezione dei fatti da parte di chi opera l'arresto, ma sulle indicazioni di terze persone, pur presenti ai fatti, o su dichiarazioni confessorie dello stesso accusato, si richiede un apprezzamento di elementi probatori estranei alla ratio dell'istituto»¹. La Corte aveva pure escluso

¹ Cass., sez. V, 21 giugno 1999, n. 3032, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3064, in una fattispecie nella quale l'agente, resosi responsabile di furto in un supermercato, era stato tratto in arresto perché riconosciuto da un commesso, cui era stato mostrato, mentre era per strada, dalla polizia giudiziaria. In senso conforme v. Cass., sez. I, 11 dicembre 1996, Palmarini, in *CED Cass.*, n. 207085, la quale ha escluso la flagranza in caso di mera, seppur verosimile, confessione di reato poco prima commesso, non accompagnata dall'evidente collegamento delle tracce percepibili con la persona del reo, in una fattispecie in cui la Corte ha ritenuto che la semplice presenza dell'indagato nell'appartamento in cui si trovava il cadavere della vittima, a qualche ora di distanza dal fatto, non fosse sufficiente a giustificare lo stato di flagranza, desunto solo dalla confessione da lui resa. Nel senso che per aversi flagranza deve esistere e mantenersi un rapporto di materialità tra il fatto-reato e la persona inseguita dalle forze dell'ordine, dalla persona offesa o da qualunque altro cittadino, v. Cass., sez. IV, 22 aprile 1998, n. 1610, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3157, in una fattispecie in cui la Corte ha escluso la flagranza nell'arresto di un soggetto che, a seguito di chiamata in correità da parte di altra persona, era stato rintracciato nell'azienda

lo stato di flagranza «qualora l'inseguimento dell'indagato da parte della polizia giudiziaria sia stato iniziato, non già a seguito e a causa della diretta percezione dei fatti, ma per effetto e solo dopo l'acquisizione di informazioni da parte di terzi»². La Corte aveva anche avuto occasione di precisare che lo stato di quasi flagranza presuppone una correlazione tra l'azione illecita e l'attività di limitazione della libertà che, pur superando l'immediata individuazione dell'arrestato sul luogo del reato, permetta comunque la riconduzione della persona all'illecito sulla base della continuità del controllo, anche indiretto, eseguito da coloro i quali si pongono al suo inseguimento, non rilevando che siano le persone offese o gli agenti di polizia. In altre parole la Corte aveva voluto chiarire come, seppur non sia necessaria la contestualità e simultaneità tra la commissione del delitto ed il suo accertamento, propri della nozione di flagranza, deve però essere presente una stretta contiguità tra la commissione del fatto e l'arresto e tale situazione non sussiste qualora l'inseguimento dell'indagato da parte della polizia giudiziaria sia iniziato non a seguito e a causa della diretta percezione dei fatti, bensì per effetto e solo dopo l'acquisizione di informazioni da parte di terzi³.

Un orientamento giurisprudenziale minoritario aveva, invece, ampliato il concetto di "inseguimento", includendovi l'azione senza soluzione di continuità intrapresa subito dopo la commissione del reato dalla polizia giudiziaria per raggiungere la persona da arrestare⁴ oppure aveva stravolto la previsione dell'"inseguimento" includendovi il caso del "perseguitamento" del reo da parte della polizia giudiziaria attraverso la sollecita attività di investigazione e ricerca⁵. Quest'ultima opinione riteneva che il concetto di flagranza consistesse nel rapporto di "continuità" tra la commissione del delitto e la "reazione diretta ad arrestarne" l'autore, ritenendo sufficiente che la polizia giudiziaria si attivasse immediatamente *post delictum* e inneschasse una sequela ininterrotta di atti (ad es. investigazioni, ricerche, inseguimento) che, senza soluzione di continuità, culminasse nell'arresto del reo, giungendovi in seguito ad un vero e proprio "inseguimento investigativo". Anche più di recente, la Corte di cassazione, aveva ravvisato lo stato di "quasi-flagranza", che rende legittimo l'arresto, nel caso in cui l'inseguimento da parte della polizia giudiziaria trovasse causa non nella diretta percezione dei fatti da parte della polizia giudiziaria, ma nella denuncia della persona offesa o nelle indicazioni di terze persone⁶.

LA DECISIONE DELLE SEZIONI UNITE

Le Sezioni Unite hanno aderito all'interpretazione più garantista e hanno fatto giustizia dell'orientamento minoritario. Infatti l'indirizzo giurisprudenziale da ultimo citato finiva per ammettere l'arresto non più nella quasi-flagranza, ma in presenza di semplici indizi di reità, i quali hanno una evidenza probatoria assai inferiore alla quasi-flagranza; senza contare che, in presenza di gravi indizi di colpevolezza e della fuga, la limitazione della libertà personale può essere disposta con il diverso istituto del fermo di indiziato di delitto. La flagranza, invece, la quale, etimologicamente, com'è noto, significa ciò che *flagrat*, cioè è evidente, come la fiamma che brucia, esige una manifesta evidenza della responsabilità dell'autore del reato⁷. Occorre cioè una relazione sicura tra il fatto e il suo autore, percepita da un

dove lavorava e fatto presentare ai Carabinieri. Cfr. Cass., sez. I, 31 marzo 1992, Forigno, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, p. 588, in una situazione analoga, nella quale la Corte ha escluso lo stato di flagranza, giacché l'arresto era stato eseguito a distanza di sette-otto ore dalla commissione dei reati contestati, in base alle dichiarazioni di altro arrestato nella flagranza di detti reati.

² Cass., sez. III, 24 giugno 2015, n. 34899, in *CED Cass.* n. 264734.

³ In questo senso Cass., sez. I, 3 ottobre 2014, n. 43394, in *CED Cass.* n. 260527; Cass., sez. IV, 7 febbraio 2013, n. 15912, *ivi*, n. 254966; Cass., sez. III, 13 luglio 2011, n. 34918, *ivi*, n. 250861; Cass., sez. VI, 20 aprile 2010, n. 20539, *ivi*, n. 247379; Cass., sez. V, 31 marzo 2010, n. 19078, *ivi*, n. 247248.

⁴ Cass., sez. V, 7 giugno 1999, n. 2738, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3065, la quale intende l'"inseguimento" del reo «in senso più ampio di quello strettamente etimologico», ricomprendendovi anche «l'azione di ricerca, immediatamente posta in atto, anche se non immediatamente conclusa, purché protratta senza soluzione di continuità» e affermando il principio, per cui «non è quindi indispensabile richiesta coincidenza tra il momento iniziale della fuga e quello in cui inizia l'inseguimento, purché l'arresto non intervenga dopo la cessazione della fuga o dopo che sia terminato l'inseguimento»; in senso sostanzialmente conforme, v. Cass., sez. II, 15 maggio 1998, n. 1814, *ivi*, 1999, p. 3475.

⁵ Cass., sez. III, 6 maggio 2015, n. 22136, in *CED Cass.* n. 263663.

⁶ Cass., sez. V, 24 febbraio 2016, n. 7285, inedita.

⁷ Sul concetto di flagranza sia consentito rinviare a L. Filippi, *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 115 ss.

terzo, cioè la “visibilità del reato” tanto che si è detto che la flagranza “si mostra e non si dimostra”, per cui il reato è flagrante “in quanto costituisce la prova di se stesso”.

Ma è anche la *littera legis*, oltre all’art. 13 Cost., ad imporre una diversa più restrittiva nozione di flagranza: infatti l’art. 382 c.p.p., avendo unificato le nozioni di “flagranza propria” e “quasi flagranza”, indica tre casi, e cioè quando taluno è colto «*nell’atto di commettere il reato*» ovvero «*subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone*» o infine «*è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima*»: si tratta di tre ipotesi, diverse, ma accomunate dall’evidenza della prova che scaturisce dall’osservazione diretta della intera condotta criminosa (flagranza propria) oppure soltanto di una sua parte o dei suoi effetti (quasi flagranza: inseguimento subito dopo il reato da parte di chi ha assistito, almeno in parte, alla sua commissione o ad un fatto inequivocabilmente rivelatore della responsabilità del fuggitivo oppure sorpresa con cose o tracce che rendono evidente la responsabilità dell’arrestato). Ma è chiaro che, per essere “flagrante”, l’inseguimento da parte della polizia giudiziaria, della persona offesa o di altre persone (le quali non hanno colto l’autore del reato nell’atto di commetterlo, altrimenti ricadremmo nella flagranza propria), deve avvenire “subito dopo il reato”, cioè immediatamente dopo. E l’essenza di questa ipotesi di “quasi flagranza” sta proprio nella successione, in termini di stretta immediatezza, tra il reato e l’inseguimento del suo autore, dal momento che, poiché l’inseguimento inizia “subito dopo il reato”, l’inseguitore deve aver necessariamente avuto una diretta percezione personale, almeno in parte, della flagrante condotta criminosa o di un inequivoco atteggiamento che rende evidente la responsabilità del fuggitivo (ad es. il ladro che nasconde il portafogli appena sottratto o lo cede al complice o l’accoltellatore che occulta il coltello appena usato per l’aggressione), giacché il motivo per cui l’inseguitore si mette in movimento è dato proprio da ciò che egli ha appena visto e sentito e che lo spinge ad inseguire l’autore del reato: cioè una diretta percezione di un segmento della condotta criminosa o un comportamento dell’autore del fatto, immediatamente e inequivocabilmente riferito alla commissione del reato appena consumato e obiettivamente rivelatore della colpevolezza del fuggitivo. L’arresto potrà certamente avvenire in luogo diverso da quello di commissione del reato e anche dopo un apprezzabile lasso temporale, ma l’inseguitore deve essersi messo all’inseguimento “subito dopo” aver direttamente osservato almeno in parte la condotta criminosa o l’atteggiamento dell’autore del fatto che sia sicuro rivelatore della sua responsabilità, in un rapporto di contestualità tra la condotta criminale e la diretta percezione da parte dell’inseguitore.

CONCLUSIONI

Pronuncia assolutamente condivisibile, quindi, quella annotata.

Semmai, sono altri i dubbi che pone l’istituto. Infatti, ci si dovrebbe domandare se l’arresto in flagranza sia compatibile con l’art. 13, comma 3, Cost., il quale ammette “provvedimenti provvisori” della polizia giudiziaria, ma solo in «*casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge*»: e se è pacifico che l’arresto in flagranza è “eccezionale” in quanto si pone come eccezione alla regola che sia l’autorità giudiziaria a disporre la limitazione della libertà personale ed è pure “urgente” in quanto non si può attendere il provvedimento della stessa autorità giudiziaria, non si comprende, invece, dove stia la “necessità” della misura restrittiva, visto che il codice non indica alcuna esigenza cautelare da soddisfare (né pericolo di fuga, né di inquinamento e neppure di commissione di reati). O meglio, si comprende benissimo che l’arresto in flagranza ha storicamente una funzione intimidatoria e insieme di esemplarità, la quale però sta al di fuori, anzi contro, la Costituzione e la presunzione di innocenza dell’accusato. Ma questo è un altro discorso e non era il quesito posto all’esame delle Sezioni Unite.

La competenza sull'impignorabilità dei beni sottoposti a sequestro conservativo spetta al giudice penale

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE UNITE, 16 SETTEMBRE 2016, N. 38670 – PRES. CANZIO; REL. VESSICHELLI

Le questioni attinenti alla pignorabilità dei beni sottoposti a sequestro conservativo sono deducibili con la richiesta di riesame e vanno decise dal tribunale del riesame.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

1. C.G.M.T. ha proposto ricorso per cassazione avverso l'ordinanza in data 10 dicembre 2015 con la quale il Tribunale di Alessandria ha rigettato la richiesta di riesame dell'ordinanza di sequestro conservativo adottata, su istanza della parte civile, il 27 marzo 2015, dal Tribunale di Alessandria quale giudice precedente nei confronti del medesimo ricorrente e di altri imputati, in ordine ai reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale, documentale e preferenziale.

In particolare tali reati erano stati contestati con riferimento al fallimento della s.r.l. Comal, con un danno, nei confronti dello stesso fallimento costituito parte civile, quantificato in complessivi Euro 4.871.879, pari al valore del denaro e dei beni mobili distratti e, altresì, con riferimento al fallimento della s.r.l. Zucor, con danno quantificato in Euro 1.229.988, in relazione a condotte analoghe.

2. Il giudice precedente ha ritenuto sussistente il *fumus boni juris* e il *periculum* in mora ed ha pertanto disposto la misura cautelare con riferimento a un'autorimessa e a un'abitazione in villini, entrambi intestati all'odierno ricorrente.

Il Tribunale ha ritenuto infondata la doglianza riguardante la pretesa illegittimità della misura per mancanza di specificazione degli elementi (ammontare del credito da garantire, del valore dei beni sequestrati e della capacità reddituale del ricorrente) concorrenti a determinare il *periculum* in mora.

Ha altresì ritenuto infondato il rilievo che il ricorrente non avrebbe materialmente posto in essere condotte distrattive, osservando, in contrario, che egli è chiamato a rispondere in forma concorsuale dei reati e, in forma solidale, della responsabilità da fatto illecito.

Ha respinto infine il motivo di impugnazione con il quale era stata dedotta la violazione dell'art. 316 c.p.p., L. Fall., art. 46, n. 4, e art. 170 c.c., e cioè la illegittimità del sequestro conservativo in quanto disposto su beni impignorabili. Si trattava, invero, secondo la tesi del richiedente, di beni conferiti in un fondo patrimoniale costituito con atto notarile trascritto il 4 novembre 2009 e annotato a margine dell'atto di matrimonio, sottratti al pignoramento, e dunque al sequestro conservativo, per debiti che, come nel caso di specie, il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia.

Ha osservato il Tribunale, in via preliminare, che la questione della impignorabilità dei beni che sono stati sottoposti a sequestro conservativo dal giudice penale, appartiene alla competenza del giudice dell'esecuzione civile.

3. Ha proposto ricorso per cassazione la difesa dell'imputato.

3.1. Ha dedotto in primo luogo la violazione dell'art. 324 c.p.p., comma 7, in relazione all'art. 309, commi 9 e 10, sostenendo che, avendo presentato l'istanza di riesame in cancelleria il 27 novembre 2015, corredata di documentazione, il dispositivo avrebbe dovuto essere depositato entro dieci giorni, mentre era stato pubblicato tardivamente il 10 dicembre 2015.

3.2. Con il secondo motivo ha dedotto la omessa motivazione sul *periculum*, in violazione dell'art. 316 c.p.p., sul duplice rilievo che sarebbe apodittica l'affermazione della mancanza di garanzie del credito, essendo stata omessa qualsiasi analisi della situazione patrimoniale e della capacità di reddito del ricorrente e dei coimputati e che il credito vantato dalla parte civile corrisponde a condotte di distrazione non contestate al ricorrente.

La risposta del Tribunale, d'altra parte, sarebbe insoddisfacente, alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità in sede civile, per cui in caso di illecito plurisoggettivo, ciascuno può essere chiamato a rispondere solo dei danni che ha provocato o concorso a provocare.

In altri termini, rispetto alla posizione del ricorrente, l'entità del credito rilevante ai sensi dell'art. 316 c.p.p., non sarebbe determinata né determinabile.

Sarebbe mancata del tutto, inoltre, da parte del Tribunale, la valutazione della consistenza patrimoniale dell'imputato.

La conclusione del giudice *a quo* sarebbe in contrasto con i principi affermati dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 51660 del 2014, laddove si è ritenuto che fossero imprescindibili la chiarificazione della situazione patrimoniale dell'imputato e il comportamento in concreto assunto.

3.3. Si è dedotta, infine, con il terzo motivo di ricorso, la violazione dell'art. 316 c.p.p., in relazione all'art. 671 c.p.c., nonché artt. 167 e 170 c.c., e L. Fall., art. 46.

Era stato documentato dalla difesa come i beni caduti in sequestro fossero confluiti in un fondo patrimoniale costituito, ai sensi dell'art. 167 c.c., antecedentemente non solo alla misura cautelare in esame ma anche ai fatti oggetto del procedimento, richiamando la tesi giurisprudenziale sulla impignorabilità – e, dunque, insuscettibilità di sequestro conservativo – dei beni assoggettati al regime del fondo patrimoniale.

4. Il Procuratore generale, in data 11 febbraio 2016, ha presentato la propria requisitoria concludendo con la richiesta di declaratoria di inammissibilità del ricorso, osservando in particolare che la giurisprudenza di legittimità riconosce la confiscabilità, pro quota, dei beni che costituiscono il fondo patrimoniale e che dall'art. 317 c.p.p., comma 3, si ricava testualmente che il sequestro conservativo disposto dal giudice penale è soggetto alle forme previste dal codice di procedura civile, nel senso che è il giudice in sede di esecuzione civile il solo deputato a risolvere le questioni relative ai limiti di pignorabilità dei beni.

5. Le parti civili costituite, curatela del fallimento Zucor s.r.l. e del fallimento Comal s.r.l., con memoria si sono riportate alle conclusioni del Procuratore generale, citando, con particolare riferimento alla questione controversa, la giurisprudenza che qualifica come questione di merito, non sindacabile in Cassazione, l'apprezzamento sulla sequestrabilità del bene conferito in fondo patrimoniale.

6. Con ordinanza del 4 maggio 2016 la Quinta Sezione ha preso atto del contrasto giurisprudenziale e ha disposto la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite, chiedendo di pronunciarsi sul se le questioni attinenti alla impignorabilità dei beni sottoposti a sequestro conservativo possano essere proposte al tribunale del riesame nell'incidente cautelare ovvero se la competenza funzionale a deciderle sia devoluta al giudice dell'esecuzione civile.

7. Con provvedimento del 24 maggio 2016, il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissandone la trattazione alla odierna camera di consiglio.

8. È stata depositata nuova requisitoria del Procuratore generale, il quale, reiterando le precedenti richieste, ha posto in evidenza, in primo luogo, che i limiti di pignorabilità dei beni, quando questi vengano sottoposti a sequestro conservativo, non possono che venire in considerazione nel tempo e nella sede processuale in cui essi sono deducibili: e cioè nella sede esecutiva civile, cui può accedersi dopo la definitività della condanna, quando il sequestro conservativo si converte in pignoramento.

Inoltre la deduzione della impignorabilità soggiace al principio dispositivo, con la conseguenza che, in mancanza di opposizione da parte dell'interessato, anche un bene impignorabile può divenire oggetto di esecuzione forzata.

In terzo luogo il Procuratore generale ha evocato l'assetto normativo – ed in particolare quello derivante dal combinato disposto degli artt. 192 e 185 c.p. –, nonché il costante orientamento giurisprudenziale civile per cui il fondo patrimoniale, quale atto a titolo gratuito, sarebbe inopponibile alla massa dei creditori, soprattutto in considerazione del suo connotato di fraudolenza, essendo stato istituito, dal debitore, dopo la realizzazione degli atti di distrazione, sebbene poco prima della dichiarazione di fallimento.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato nei termini che si indicheranno. Va peraltro preliminarmente osservato, affrontando il primo motivo di ricorso, che pone una questione pregiudiziale, che esso è destituito di qualsiasi fondamento. Come esattamente rilevato nell'ordinanza di rimessione, in tema di misure cautelari reali, il termine di dieci giorni imposto, a pena di decadenza della misura, dal combinato disposto dell'art. 324 c.p.p., comma 7, e art. 309 c.p.p., commi 9 e 10, per la decisione da parte del tribunale del riesame, decorre dal giorno della ricezione degli atti processuali e non dalla ricezione dell'istanza di riesame (v. fra le molte, Sez. 2, n. 38091 del 05/06/2013, Dilucca, Rv. 257064). Nel caso di specie risulta che il Tribunale si è ritenuto in possesso degli atti solo il 1 dicembre 2015, a seguito della ricezione della risposta del giudice procedente all'uopo interpellato, a nulla rilevando, in senso contrario, che, in allegato all'istanza di riesame fossero stati introdotti nell'incidente cautelare atti che, secondo la prospettazione del richiedente il riesame, sarebbero stati sufficienti alla decisione del medesimo.

2. Il quesito sul quale le Sezioni Unite sono chiamate a pronunciarsi è il seguente: "Se le questioni attinenti alla pignorabilità dei beni (costituenti, nella specie, un fondo patrimoniale) sottoposti a sequestro conservativo siano deducibili con la richiesta di riesame e debbano essere decise dal tribunale del riesame, oppure siano devolute in via esclusiva al giudice dell'esecuzione civile dopo la conversione del sequestro conservativo in pignoramento, a seguito della irrevocabilità della sentenza penale di condanna".

3. La fattispecie concreta che ha dato origine alla rimessione è quella della opposizione, in sede di incidente cautelare reale dinanzi al tribunale del riesame, dello specifico vincolo, gravante sui beni sequestrati, che deriva dal pregresso conferimento degli stessi in un fondo patrimoniale, vincolo del quale, dunque, si richiede il riconoscimento e la immediata operatività. Con riferimento a tale fattispecie si registra un contrasto giurisprudenziale sulla competenza a provvedere, il quale, peraltro, si inserisce in un dibattito che aveva preso le mosse da fattispecie sostanziali diverse, con riguardo ad ipotesi di impignorabilità dei beni sottoposti al sequestro conservativo penale derivanti da vincoli di destinazione differenti dal fondo patrimoniale, e segnatamente quelli concernenti crediti retributivi o quelli derivanti da polizze assicurative sulla vita.

3.1. Va dunque rilevato, in primo luogo, che, relativamente alla specifica questione della deducibilità, nell'incidente cautelare penale, da parte dell'imputato-debitore, del vincolo di destinazione determinato dal conferimento del bene sequestrato in un fondo patrimoniale, si rinvencono due sole decisioni della Corte di cassazione. Sez. 6, n. 4435 del 17/01/2011, Trozzi, non mass., ha rilevato che il conferimento di beni in fondo patrimoniale non esclude la legittimità del sequestro conservativo disposto dal giudice penale, né lo condiziona al limite posto per l'esecuzione del pignoramento perché l'art. 317 c.p.p., comma 3, rinvia alle forme previste dal codice di procedura civile, sicché, fermo il titolo del sequestro conservativo disposto dal giudice penale, le questioni relative ai limiti di pignorabilità dei crediti sono proponibili solo in sede di esecuzione civile; Sez. 5, n. 598 del 01/10/2003, dep. 2004, Rv. 227445, Orlando, si è limitata a decidere ex professo la questione della opposta impignorabilità derivante dal conferimento nel fondo patrimoniale, di fatto schierandosi, senza rilievi critici, a favore della tesi della competenza del giudice dell'incidente cautelare penale ed affermando che era illegittimo il sequestro conservativo disposto su beni facenti parte di fondo patrimoniale a garanzia di un debito contratto da una società fallita, in quanto necessariamente conosciuto come estraneo ai bisogni della famiglia, con la ulteriore precisazione che era irrilevante il fatto che il debito fosse stato contratto prima della costituzione del patrimonio familiare, in quanto la pignorabilità andava considerata al momento in cui ha luogo l'esecuzione.

3.2. Sul tema, in generale, della competenza a decidere riguardo alla impignorabilità di beni sottoposti a sequestro conservativo, dedotta dall'imputato colpito dal sequestro, la espressa articolazione di tesi contrapposte deriva, da un lato – oltre che dalla già citata sentenza Trozzi – dalle sentenze Sez. 5, n. 35531, del 25/06/2010, Donigaglia, Rv. 248495, e n. 42244 del 10/10/2010, Ricci Maccarini, Rv. 248891, entrambe in tema di sequestro conservativo di somme derivanti da crediti lavorativi, e favorevoli alla competenza del giudice della esecuzione civile. A favore della tesi opposta, e cioè del riconoscimento della competenza del giudice del riesame penale, e contestuale esclusione della riserva di competenza del giudice della esecuzione civile, in pendenza dell'incidente cautelare penale, si rinvencono le seguenti sentenze, relative al sequestro conservativo di crediti di lavoro: Sez. 6, n. 2033 del 22/05/1997,

Lentini, Rv. 209111; Sez. 6, n. 16168, del 04/02/2011, De Biase, Rv. 249329; Sez. 5, n. 31733 del 26/05/2015, Valeria, Rv. 264768. Vale la pena citare, a sostegno della impostazione adottata dall'orientamento maggioritario, anche la sentenza Sez. 2, n. 46626 del 20/11/2009, Melis, Rv. 245466 che ha riconosciuto, in capo al giudice penale che dispone il sequestro conservativo, il potere previsto dall'art. 496 c.p.c., che consente al giudice, ove risulti l'esorbitanza dei beni originariamente staggiti rispetto all'ammontare del credito, la riduzione del pignoramento. Possono ascriversi a tale filone giurisprudenziale anche le sentenze che, nell'ambito dell'incidente cautelare penale, sono passate alla diretta disamina del tema dell'applicabilità delle regole sulla impignorabilità a quanto sottoposto a sequestro preventivo: Sez. 1, n. 4081 del 06/07/1995, Caprara, Rv. 202884, che ha escluso la soggezione al limite di parziale impignorabilità delle somme percepite dal lavoratore a titolo di crediti di lavoro e in sua libera disponibilità, in quanto ormai confuse nel suo patrimonio, mentre l'art. 545 c.p.c., al quale rinvia l'art. 317 c.p.p., fissando il limite di pignorabilità nel "quinto" di detti crediti, si riferisce alla pignorabilità presso il datore di lavoro; Sez. 5, n. 16750 del 30/03/2016, Barberini, Rv. 266703, ha convalidato la tesi del tribunale del riesame sull'assoggettabilità a sequestro conservativo, a determinate condizioni, di somme derivanti dal riscatto di una polizza assicurativa sulla vita cui debba riconoscersi natura e finalità non previdenziali ma di strumento finanziario.

4. Tanto premesso, ritengono le Sezioni Unite che meriti di essere condiviso l'orientamento maggioritario da ultimo rievocato. L'analisi della questione in esame non può che prendere le mosse – sia pure dopo la necessaria panoramica sulla evoluzione normativa che ha riguardato l'istituto del sequestro conservativo penale nella fase della impugnazione e una rassegna sinottica delle discipline di rilievo, nei codici di rito penale e civile e nei codici sostanziali – facendo leva sulla interpretazione letterale e sistematica dell'istituto menzionato, quale si evince dall'art. 316 c.p.p., e dalle norme susseguenti.

4.1. Tale precetto è stato concepito nel codice di procedura penale del 1988, per ridisegnare – attribuendole il giusto rilievo connesso alla incisività della misura, destinata a determinare anche la inibizione di rilevanti attività della persona – una tutela di tipo cautelare reale conservativo, capace di imporsi sulla precedente fisionomia dell'istituto, caratterizzata dall'essere una garanzia patrimoniale di esecuzione. E ciò, in favore sia di crediti dello Stato dipendenti dalla celebrazione del processo concluso sfavorevolmente per l'imputato, sia di crediti della parte civile per le obbligazioni derivanti dal reato, con espansione della misura cautelare reale anche ai beni immobili e la successiva e coerente previsione, nell'art. 218 disp. att. c.p.p., della abrogazione dell'istituto dell'ipoteca legale sugli immobili, che era stata prevista a garanzia del pagamento di una serie anche maggiore di crediti dello Stato e della parte civile, unitamente al sequestro dei beni mobili, ritenuto peraltro estensibile anche a somme o cose mobili dovute da terzi all'imputato – previsione poi codificata nella edizione dell'art. 316 c.p.p. – ma non all'azienda. Si è venuto così a delineare un istituto che, nelle sue connotazioni, ambisce a contemperare i vari interessi coinvolti, dovendo equilibrare la tutela della persona danneggiata dal reato, i diritti dei terzi creditori e di quelli che sono titolari apparenti dei beni sequestrati all'imputato *uti dominus*, la pretesa risarcitoria dello Stato e, non ultimo, il diritto dell'imputato a vedere esaminati i profili di legittimità della misura, particolarmente afflittiva perché destinata ad inibirgli in concreto l'esplicazione di diritti anche di rilevanza costituzionale: ciò che risulta evidente dalla avvenuta assimilazione, quanto al regime e alla collocazione nel codice, alle misure cautelari personali (v. Relazione al Progetto preliminare del codice di rito, pag. 79). Parallelamente e contestualmente alla disciplina del codice penale sulla ipoteca legale e sul sequestro conservativo sopra citata, quella contenuta nel codice di rito del 1930 trovava sede nell'art. 616 e segg., con una impronta fortemente pubblicistica derivante dal potere-dovere di iniziativa del solo pubblico ministero (al quale, invece, oggi si aggiunge, come già prevedeva il codice di procedura penale del 1913, quello della parte civile), titolare esclusivo anche del potere di iscrivere direttamente la ipoteca legale, e con la previsione di un sistema di contestazione successiva da parte del colpito, che era di semplice "opposizione" (art. 618 c.p.p., previgente), da decidersi con le forme stabilite per l'incidente di esecuzione ad opera, a seconda dei casi, della corte di appello o del tribunale. Un complessivo sistema che una parte della dottrina dell'epoca aveva visto come caratterizzato da "provvedimenti di diritto civile del giudice penale" e che la giurisprudenza di legittimità reputava limitato al controllo e alla verifica dell'esercizio dei poteri attribuiti al p.m. (Sez. 3, 02/06/1981, Rametta, Rv. 149792), in tal senso venendo riconosciuto anche dalla Corte costituzionale (sent. n. 136 del 1980). Il vigente sequestro conservativo penale è un istituto ridisegnato anche sulla falsariga del sequestro conservativo civile, previsto dall'art. 2905 cod. civ. e regolato, nella procedura, dall'art. 671 c.p.c., del quale ri-

calca il limite alla autorizzabilità da parte del giudice rispetto a beni impignorabili, e la eseguibilità con forme (secondo le norme stabilite per il pignoramento presso il debitore o presso terzi o mediante trascrizione), che ne rendono evidente la natura di pignoramento anticipato. Omologa è anche la norma che prevede la conversione del sequestro conservativo in pignoramento (art. 686 c.p.c.). Correttamente, tuttavia, la dottrina ha rimarcato che il carattere simile degli istituti disciplinati dai due codici di rito non deve far perdere di vista il fatto che il sequestro conservativo di cui all'art. 316 c.p.p., è una misura cautelare penale e il suo funzionamento va analizzato utilizzando "i criteri di fondo" di questo sistema.

4.2. La introduzione, nel vigente codice di rito (art. 318) del riesame dell'ordinanza di sequestro conservativo penale – attivabile sia dal pubblico ministero che dalla parte civile e da chiunque vi abbia interesse – ha segnato perciò la sostituzione di un vero proprio mezzo di impugnazione, anche nel merito, al precedente istituto dell'opposizione che, peraltro, se in origine conviveva con un assetto parallelo processualciviltistico nel quale, di regola, era esclusa l'impugnabilità dei provvedimenti di sequestro, destinati ad essere assorbiti dalla pronuncia sul merito, a partire dal 1990, a causa della lentezza delle procedure, aveva visto anche in tale sede modellare un più penetrante potere di reclamo dinanzi a giudice diverso da quello che aveva emesso la misura (con la formulazione dell'art. 669 *terdecies* p.c., ad opera della L. 26 novembre 1990, n. 353, art. 74, comma 2).

5. L'adozione della misura cautelare reale in sede penale comporta l'accertamento – che può essere operato tanto dal giudice emittente, in un non previsto ma neppure vietato contraddittorio preventivo, quanto dal giudice dell'impugnazione cautelare – dei presupposti applicativi che anche la dottrina classifica come "presupposti di legittimità" di pari dignità e rilevanza: il *periculum* in mora, descritto come fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie dei crediti erariali elencate nell'art. 316 cod. proc. pen. e (per quanto riguarda la parte civile) delle obbligazioni civili derivanti da reato; la pendenza del processo penale nella fase di merito e la presenza di un soggetto al quale il reato venga ascritto, così intesi i limiti di individuazione del *fumus boni juris*; la deduzione ad opera delle parti legittimate, di uno dei crediti garantiti dalla norma; la disponibilità del bene da sequestrare (o sequestrato ad altro titolo), da parte dell'imputato. Ulteriore e imprescindibile requisito, previsto dallo stesso art. 316, comma 1, è che il bene di cui si chiede il sequestro sia suscettibile di pignoramento, posto che il successivo art. 320, comma 1, stabilisce che il sequestro si converte in pignoramento, una volta divenuta irrevocabile la sentenza di condanna al pagamento di una pena pecuniaria ovvero quella che condanna l'imputato al risarcimento del danno.

Specularmente, non vi è motivo per non riconoscere che sia valutabile dal giudice che procede o da quello della impugnazione cautelare il rispetto dei parametri normativi che condizionano o possono paralizzare la deduzione della impignorabilità. In questa prospettiva, che è quella che interessa ai fini della soluzione del contrasto giurisprudenziale denunciato, la catena dei rinvii, dall'art. 318 c.p.p., all'art. 324, fino all'art. 309, comma 9, rende evidente come il controllo demandato al tribunale del riesame sia "pieno" e non soffra delimitazioni ma debba tendere alla verifica di legittimità della misura ablativa per tutti i suoi profili, compresi quelli di sostanza e derivazione civilistiche, salvo l'esercizio del potere di devoluzione al giudice civile ai sensi dell'art. 324 c.p.p., comma 8.

5.1. Con riferimento ai crediti elencati nell'art. 189 c.p., le parti legittimate possono far valere, già in sede di richiesta della misura cautelare, e a maggior ragione in sede di riesame, le ipotesi di inefficacia automatica degli atti a titolo gratuito compiuti dall'imputato-debitore dopo il reato, previste con tali caratteristiche dall'art. 192 c.p., in quanto connotate da evidente callidità e senza che possa rinvenirsi alcuna ragione di tutela in favore dei beneficiari.

5.2. Ma possono essere fatte valere, con un onere di allegazione più complesso, anche quelle riguardanti gli atti a titolo gratuito compiuti prima del reato, al massimo entro l'anno precedente, se si prova che furono realizzati, dall'imputato, in frode (arg. ex art. 194 c.p., commi 1 e 2); infine, quelle riguardanti gli atti a titolo oneroso eccedenti la semplice amministrazione ovvero la gestione dell'ordinario commercio, compiuti dopo il reato, dei quali la legge (art. 193, comma 1) presume essere stati fatti dal debitore in frode, pur richiedendo (al comma 2) la prova della malafede dell'altro contraente, e gli atti di quest'ultimo tipo compiuti prima del reato, con la prova, richiesta dall'art. 194, comma 2, della malafede sia dell'imputato che dell'altro contraente.

6. Invero, quelle descritte sono le ipotesi di c.d. revocatoria penale configurate per operare come altrettante cause di inefficacia relativa dell'atto dispositivo del bene, verso il creditore che agisce, appunto, per la relativa revoca in sede civile: creditore verso il quale l'atto, che in sé rimane valido, è destinato

ad essere riconosciuto come "non opponibile" dal "colpevole", ossia dal soggetto già condannato, con la conseguenza della legittimazione di tale creditore ad aggredirlo con atti di esecuzione forzata. Ciò nondimeno, le stesse cause di inefficacia ben possono spiegare i loro immediati effetti anche relativamente alla cautela penale, nella sede della emissione e della impugnazione del sequestro conservativo, prima che si converta in pignoramento. Ed in tale assunto si sostanzia la ragione per la quale non può essere condiviso ma va piuttosto riclassificato il rinvio al giudice civile, per l'esame delle stesse, come considerato dalle sentenze afferenti all'orientamento minoritario qui disatteso.

6.1. È utile, in tale prospettiva, ricordare che mentre l'art. 317 c.p.p., comma 3, prevede le modalità di esecuzione del titolo cautelare mediante rinvio alle forme prescritte dal codice di procedura civile con riferimento all'omologo istituto (e cioè, deve intendersi, all'art. 678 c.p.c., per l'esecuzione del sequestro conservativo sui mobili e all'art. 679, dell'esecuzione sugli immobili), il successivo art. 320 c.p.p., disciplina, sempre con rinvio alle forme prescritte dal codice di procedura civile, le modalità di attuazione della fase cronologicamente successiva, ma solo eventuale, della esecuzione forzata sui beni sequestrati, che ha luogo dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna, quando il creditore agisce non più sul terreno cautelare reale ma aziona il procedimento della espropriazione forzata. In quest'ultimo caso, non v'è dubbio che il rinvio normativo debba intendersi alla competenza del giudice civile per il procedimento esecutivo (art. 513 c.p.c. e segg., per l'espropriazione mobiliare e art. 555 c.p.c. e segg., per l'espropriazione immobiliare). Può dirsi, in altri termini, che il rinvio alle forme del codice di procedura civile sia stato formulato, nel primo dei due articoli sopra citati, per disciplinare – in modo peraltro tagliato alla specifica natura della misura, distinta dall'altra misura cautelare reale rappresentata dal sequestro preventivo – la sola modalità per la concreta imposizione del vincolo nella fase cautelare; nel secondo dei precetti, per affermare le modalità esecutive per la soddisfazione del credito mediante la esecuzione forzata, dopo la conversione in pignoramento, e contemporaneamente far emergere la competenza funzionale del giudice civile.

6.2. È con riferimento, dunque, a tale ultima ipotesi, che vanno ricordate le numerose sentenze di questa Corte che si sono coerentemente e uniformemente pronunciate per la competenza del giudice civile a provvedere in merito al sequestro conservativo, dopo, cioè, che sia divenuta irrevocabile la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, sul presupposto che quello, al momento del passaggio in giudicato delle indicate sentenze, si converte *ope legis* in pignoramento: Sez. 6, n. 5406 del 07/02/1995, Rv. 201277-8, Dell'Oro; Sez. 1, n. 37579 del 27/06/2001, Saetta, Rv. 220118; Sez. 1, n. 22468 del 16/05/2007, Brunengo, Rv. 236796.

7. Con riferimento alla emissione e alla impugnazione del sequestro conservativo penale, il tema della inefficacia dell'atto dispositivo, non meno che quello della impignorabilità del bene (che attiene, al pari del primo, alla opponibilità – inopponibilità del vincolo di destinazione costituito sui beni individuati per il sequestro) è agibile viceversa esclusivamente dinanzi al giudice penale, sul presupposto di un automatico recepimento (di cui dà atto anche la giurisprudenza civile: Sez. 3, n. 23158 del 31/10/2014) dell'effetto di inefficacia dell'atto di disposizione: rispettivamente, competente sarà, ove possibile il contraddittorio anticipato, il giudice che emette la misura oppure, in alternativa o in aggiunta, quello del riesame ai sensi dell'art. 318 c.p.p. In tal senso, dopo un primo pronunciamento in senso contrario (Sez. 1, n. 4950 del 11/10/1995, Fall. Bozzi, Rv. 203163) si è assestata la più recente giurisprudenza di questa Corte che, decidendo su incidenti cautelari, ha riconosciuto che possono essere oggetto di sequestro conservativo, oltre che i beni di proprietà dell'imputato o del responsabile civile, anche i beni di proprietà di terzi, a condizione che emergano elementi da cui risulti la mala fede dei terzi acquirenti o la simulazione del contratto d'acquisto (Sez. 2, n. 3810 del 19/12/2008, Co.me.f.i. Metalli s.r.l. e altri, Rv. 242540). A sua volta, Sez. 2, n. 2386 del 19/12/2008, Liuzzi, Rv. 243033, ha affermato che il sequestro conservativo può avere ad oggetto i beni intestati a terzi che ne hanno la titolarità in forza di un atto di donazione dell'imputato, attesa l'inopponibilità al creditore danneggiato dal reato degli atti a titolo gratuito posti in essere dall'imputato.

8. Allo stesso modo, nei confronti dell'imputato-debitore che sia fallito, può essere fatta valere, in sede di emissione o impugnazione del sequestro conservativo, la disciplina della L. Fall., art. 64, che prevede la inefficacia degli atti a titolo gratuito compiuti dal fallito nei due anni precedenti la dichiarazione di fallimento e che, citata come fattispecie di revocatoria fallimentare (invece espressamente regolata dai successivi artt. 66 e segg.), al pari della analoga disciplina penale, è destinata a garantire una tutela più rafforzata di quella abbinata alla revocatoria ordinaria, qualificata, dall'art. 2904 cod. civ., come

rimedio sussidiario rispetto alle altre due tipologie di inefficacia. Anche in relazione alla disciplina della L. Fall., art. 64, si registra l'unanime riconoscimento, da parte della giurisprudenza civile di legittimità e della dottrina, che l'inefficacia ha carattere necessario ed oggettivo ed opera automaticamente ove sussista il presupposto dell'esistenza dell'atto e della sua gratuità, tanto da potere essere dichiarata, in sede civile, con sentenza avente natura ricognitiva della situazione giuridica (Sez. 1, n. 6918 del 01/04/2005, Rv. 580236; Sez. 1, n. 1831 del 09/02/2001, Rv. 543739; sulla stessa linea, Sez. 3, n. 23158 del 31/10/2014, Rv. 633294). In altri termini, non deve darsi luogo ad un'azione revocatoria in separata sede, posto che gli atti gratuiti, alle condizioni sopra precisate, sono inefficaci di diritto, non rilevando neppure la sussistenza dello stato di insolvenza, atteso che sono oggetto di una presunzione assoluta di frode nel biennio precedente alla sentenza dichiarativa di fallimento. Tale assunto ha trovato, recentemente, un solido conforto normativo nella previsione, contenuta nell'art. 64 nuovo comma 2 (aggiunto dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83, art. 6, comma 1 *bis*, conv. dalla L. 6 agosto 2015, n. 132), secondo cui i beni oggetto degli atti di cui al primo comma sono direttamente acquisiti al patrimonio del fallimento per effetto della trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento, essendo ammesso reclamo avverso detta trascrizione.

9. Tutto ciò premesso, deve rilevarsi che la decisione del giudice *a quo*, nell'affidarsi ai principi espressi dalla giurisprudenza qui disattesa, e nell'affermare che la questione relativa alla insequestrabilità dei beni conferiti nel fondo patrimoniale riguarda la fase esecutiva del sequestro e non la sua astratta legittimità, è incorsa sia nella violazione di legge denunciata dal ricorrente (*ex art. 316 c.p.p.*, comma 1) per avere omesso di pronunciarsi sulla eccezione di impignorabilità dei beni sequestrati, rispetto alla quale era funzionalmente competente, sia, per l'effetto, in quella derivante dalla omessa radicale motivazione (*ex art. 125 c.p.p.*) sul medesimo tema. Invero, il tema posto dal richiedente, oltre a rappresentare il profilo sulla competenza funzionale del tribunale, attingeva le questioni sostanziali relative all'essere, i beni sequestrati, precedentemente vincolati dal fondo patrimoniale (*ex art. 167 c.c.*) e quindi insuscettibili sia di pignoramento ai sensi dell'art. 170 c.c., alle condizioni da questo previste, che, a monte, di sequestro conservativo, e all'essere, quegli stessi beni così vincolati, neppure ricompresi nel fallimento, secondo quanto disposto dalla L. Fall., art. 46, comma 1, n. 3. A tale quesito il Tribunale del riesame non ha fornito risposta alcuna, non potendosi ritenere tale la prefigurazione della astratta possibilità che venga esperita un'azione revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c.c.. È questa, infatti, una affermazione che in nessun modo rende il giudice ottemperante al dovere di pronunciarsi sulla fondatezza della tesi, in concreto, dell'impignorabilità, come dedotta dall'imputato, da valutarsi, per di più, nell'ambito normativo di riferimento che è quello sopra tracciato e che richiede la considerazione anche del suo status di fallito. Ed infatti, se è vero che il fondo patrimoniale è destinato, in base all'art. 170 c.c. – norma generale sulla non suscettibilità di esecuzione forzata di esso – a divenire un "patrimonio separato" del debitore, tanto che la L. Fall., art. 46, evocata dal ricorrente, ne esclude l'ingresso diretto nell'attivo fallimentare, è anche vero che una norma imperativa, qual è la L. Fall., art. 64, commi 1 e 2, prevede l'inefficacia immediata e diretta di quel vincolo nei limiti cronologici dallo stesso indicati. La eccezione di impignorabilità dei beni sottoposti a sequestro richiedeva, da parte del Tribunale, l'apprrezzamento della documentazione esibita dalla parte, capace di comprovare la costituzione di tale vincolo e la anteriorità di esso rispetto al sequestro conservativo, nella prospettiva della sua opponibilità come desumibile dall'art. 2906 cod. civ., ossia riconoscibile solo per le alienazioni e gli altri atti che abbiano avuto ad oggetto una cosa ancora non sottoposta al vincolo del sequestro.

9.1. Oltre a ciò, il Tribunale del riesame è tenuto – e lo sarà parimenti il giudice del rinvio, nei limiti della rilevanza – a valutare il vincolo di destinazione o altra causa di sottrazione alla esecuzione e conseguentemente alla sequestrabilità, opposti dall'imputato, in relazione alla natura, quanto al primo, di atto eventualmente a titolo gratuito (peraltro, con riferimento al fondo patrimoniale, già affermata dalla giurisprudenza civile: così, tra le molte, Sez. 1, n. 19029 del 08/08/2013, Rv. 627510; Sez. 3, n. 966 del 17/01/2007, Rv. 593742; Sez. 3, n. 15310 del 07/07/2007, Rv. 598607; Sez. 1, n. 18065 del 08/09/2004, Rv. 576858; per la individuazione, in generale, dei criteri distintivi della gratuità degli atti posti in essere prima del fallimento, v. Sez. U civ., n. 6538 del 18/03/2010, Rv. 612300), oppure a titolo oneroso.

9.2. Deve poi accertare, nei limiti del dedotto, gli ulteriori elementi condizionanti l'opponibilità del fondo patrimoniale, come descritti dall'art. 170 c.c..

9.3. È tenuto inoltre a sperimentare la operatività, per converso, delle eventuali cause di inefficacia dell'atto stesso, nell'ambito del regime per ciascuna di queste previsto dalla legge, dovendo in partico-

lare evidenziare gli elementi di fatto – che nel caso concreto non si desumono dal provvedimento impugnato – atti a far ricostruire, in modo univoco e nel rispetto dello standard dimostrativo richiesto dalla sede cautelare – il rapporto di anteriorità-posteriorità dell’atto dispositivo rispetto al momento di commissione del reato, come richiesto dall’art. 192 c.p. e segg., oppure nella prospettiva della L. Fall., art. 64.

9.4. In generale, poi, con riferimento alle cose mobili di cui si deduce l’impignorabilità, il giudice penale, all’atto dell’emissione del sequestro o in sede di riesame, è tenuto a verificare i limiti di operatività di detta causa di sottrazione all’esecuzione, come disciplinata, in termini di esclusione assoluta, dall’art. 514 c.p.c. (cose mobili assolutamente impignorabili), ovvero in termini di esclusione relativa, dall’art. 515 dello stesso codice (cose mobili relativamente impignorabili).

9.5. Con riferimento ai crediti, l’accertamento si rende necessario, ad esempio, in relazione ai limiti imposti dall’art. 545 c.p.c., (crediti impignorabili) o, ancora, alla normativa speciale sugli stipendi e compensi di qualunque specie dovuti ai pubblici dipendenti (D.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180); o alla diversa normativa sugli assegni vitalizi, sulle polizze assicurative, etc.; o ai numerosi altri crediti regolati dal codice civile come sottratti al pignoramento, quali quelli di cui agli artt. 2117, 326 e 1881, senza tralasciare quelli previsti dal codice della navigazione.

10. Va dunque enunciato il seguente principio di diritto:

“Le questioni attinenti alla pignorabilità dei beni sottoposti a sequestro conservativo sono deducibili con la richiesta di riesame e vanno decise dal tribunale del riesame”.

11. Passando alla disamina dell’ulteriore motivo di ricorso, ne va rilevata la inammissibilità, trattandosi di doglianza concernente l’insufficienza della motivazione sulla capacità patrimoniale e reddituale dell’imputato al fine di fondare la prognosi sul pericolo di dispersione della garanzia. È noto infatti che, a partire dalla sentenza Sez. U, n. 5876 del 28/01/2004, Bevilacqua, Rv. 226710, la giurisprudenza di legittimità è costante nel rilevare che nella nozione di “violazione di legge”, per cui soltanto può essere proposto ricorso per cassazione a norma dell’art. 325 c.p.p., comma 1, rientrano la mancanza assoluta di motivazione o la presenza di motivazione meramente apparente, in quanto correlate all’inosservanza di precise norme processuali. Nel caso di specie il giudice del merito non ha affatto mancato di replicare ed anzi ha fornito adeguata risposta, peraltro riproponendo il principio affermato nel precedente di queste Sezioni Unite, n. 51660 del 25/09/2014, Zambito, Rv. 261118, secondo cui, per l’adozione del sequestro conservativo, è sufficiente che vi sia il fondato motivo per ritenere che manchino le garanzie del credito, ossia che il patrimonio del debitore sia attualmente insufficiente per l’adempimento delle obbligazioni di cui all’art. 316 c.p.p., commi 1 e 2, non occorrendo invece che sia simultaneamente configurabile un futuro depauperamento del debitore. E su tale principio, il Tribunale ha sviluppato e argomentato la tesi della già attuale insufficienza del patrimonio del debitore a garantire l’elevato importo del danno potenzialmente risarcibile, come precisato nel capo d’imputazione con riferimento al valore degli atti distrattivi. Deve infine essere esclusa la dedotta violazione relativa, nella prospettiva del ricorrente, al fatto che all’imputato, tratto a giudizio per concorso in bancarotta fraudolenta, non sia stata contestata specificamente la condotta distrattiva dalla quale è derivato il danno. Il ricorrente ha lamentato, in altri termini, che, rispetto alla propria posizione, l’entità del credito rilevante ai sensi dell’art. 316 c.p.p., non sia stata determinata né determinabile, ciò che dovrebbe comportare la non addebitabilità ad esso del danno da reato, indicato soltanto in termini complessivi. Invero, l’unicità del fatto dannoso richiesta dall’art. 2055 c.c., ai fini della configurabilità della responsabilità solidale degli autori dell’illecito va intesa in senso non assoluto, ma relativo, in coerenza con la funzione propria di tale istituto di rafforzare la garanzia del danneggiato, sicché ricorre tale responsabilità pur se il fatto dannoso sia derivato da più azioni o omissioni, dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti, e anche diversi, sempre che le singole azioni o omissioni, legate da un vincolo di interdipendenza, abbiano concorso in maniera efficiente alla produzione dell’intero danno (Cass. civ., Sez. 3, n. 20192 del 25/09/2014, Rv. 632978). Può dunque riconoscersi che sia censurabile solo con specifico motivo di impugnazione l’onere di motivazione del giudice, che si viene a configurare qualora il fatto illecito fonte di danno si articoli in una pluralità di azioni od omissioni poste in essere da più soggetti, essendo correlato alla necessità di verificare se ricorra un unico fatto dannoso, ovvero non si tratti, anche in parte, di episodi autonomi e scindibili, che abbiano a loro volta prodotto danni distinti, dei quali solo il partecipante a ciascun episodio può essere ritenuto responsabile. In altri termini, proprio rispetto alla osservazione che possa essersi trattato di condotte autonome e scindibili, pur nell’ambito della medesima contestazione di reato,

il ricorso risulta affetto da genericità. D'altra parte, con riferimento al caso della unicità del fatto dannoso sostenuta dal tribunale, si rinviene costante giurisprudenza nel senso che il principio della responsabilità solidale di tutte le persone a cui sia imputabile un fatto dannoso, quale si evince dall'art. 2055, primo comma, cod. civ., importa che il danneggiato può agire nei confronti di uno solo dei responsabili. Poiché la unicità del fatto deve intendersi come riferita esclusivamente al danneggiato e non già come consistente in identità della azione dei danneggianti o delle norme giuridiche da questi richiesti, sussiste la responsabilità solidale di più soggetti allorché un medesimo evento sia stato prodotto da cause autonome, addebitabili a soggetti diversi, atteso che è sufficiente che le azioni di ciascuno di essi, pur costituendo diversi fatti illeciti, abbiano concorso in modo efficiente a determinare l'evento (Sez. 4, n. 10226 del 30/04/1984, Rv. 166762; conformi Sez. 4, n. 9677 del 09/06/1983, Rv. 161233; Sez. 4, n. 16998 del 24/01/2006, Rv. 233832).

12. L'ordinanza impugnata va pertanto annullata, con rinvio per nuovo esame al Tribunale di Alessandria, che dovrà decidere in diversa composizione, stante il disposto dell'art. 34 c.p.p., comma 1, applicabile, per la sua ratio, anche alle ordinanze emesse nell'ambito di procedure cautelari.

[*Omissis*]

TERESA ALESCI

Dottore di ricerca – Seconda Università degli Studi di Napoli

L'impignorabilità del bene tra procedimento penale ed esecuzione civile: le linee guida delle Sezioni Unite

The guide-lines of Supreme court about the garnishee of assets

La Suprema corte consente la deducibilità, con la richiesta di riesame, delle questioni attinenti all'impignorabilità del bene sottoposto a sequestro conservativo; esse, dunque, non sono devolute alla cognizione del giudice dell'esecuzione civile, a seguito della conversione del sequestro conservativo in pignoramento.

The Supreme court allows the deduction of the garnishee, with the request to Tribunale del Riesame; they, therefore, are not devolved to the knowledge of the civil enforcement court.

PREMESSA

Le Sezioni Unite intervengono per ricondurre ad *unicum* lo iato creatosi in giurisprudenza relativo alla cognizione del giudice del riesame, in merito all'impignorabilità dei beni sottoposti a sequestro conservativo. Invero, tale pronuncia si inserisce nel solco di quella giurisprudenza tesa a riconoscere autonomia funzionale e sistemica alla disciplina del sequestro conservativo che condivide molteplici profili, in via analogica, con l'omologo istituto di natura civilistica. D'altro canto, l'ambiguità dell'istituto è esasperata anche dalla moltitudine di rinvii alla disciplina del rito civile che rende incerto il labile confine tra le due discipline. La Suprema corte, con linearità e logicità della motivazione, analizza la *ratio* e la finalità dei due istituti, le similitudini e le ontologiche differenze ed individua le linee guida per la corretta applicazione del vincolo cautelare.

IL SEQUESTRO CONSERVATIVO TRA ISTANZE PUBBLICISTICHE E CRITERI CIVILISTICI

Prima dell'entrata in vigore del codice di procedura penale, la garanzia patrimoniale riconosciuta allo Stato in conseguenza della commissione di un reato era prevista da un complesso di norme inserite nel codice penale, sussistendo dunque una pluralità di misure funzionalmente preordinate al soddisfacimento dei crediti derivanti da reato tra di loro differenti per la natura degli interessi tutelati e le modalità processuali¹. La nuova disciplina sul sequestro conservativo², se ha il pregio di ridurre ad unità la tipologia delle cautele patrimoniali, presenta diversi profili di affinità con il corrispondente istituto civilistico. Sebbene possa individuarsi una "piattaforma" comune alle due misure cautelari nelle forme materiali di esecuzione del sequestro, nella previsione della medesima ampiezza oggettiva e nell'astratta finalità perseguita di individuare i rimedi per evitare il depauperamento del debitore, permangono sostanziali differenze³.

¹ Si veda T. Bene, *Sequestro conservativo (profili funzionali)*, in Scalfati (a cura di), *Digesto del processo penale*, 2012, II, p. 1 ss. secondo cui la sottovalutazione dei principi di sistema nel c.p.p. del 1930 è stata determinata da una analisi delle sole differenze strutturali tra la misura cautelare penale e civile.

² Si veda, anche per la copiosa bibliografia, G. Ranaldi, *Cautele patrimoniali e rapporti de societate*, in B. Romano (a cura di), *Le associazioni di tipo mafioso*, Torino, 2015, p. 367 ss.

³ Cfr. A. Candian, *Il sequestro conservativo penale*, Padova, Cedam, 1955, p. 315 ss.; B. Pontecorvo, *Note in tema di individuazione del giudice, civile o penale, competente ad emettere sequestro conservativo*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, p. 564 ss.

L'indiscussa eterogeneità degli interessi tutelati pone una linea di confine chiara e, in tale prospettiva, deve essere individuato il relativo campo di applicazione della disciplina penalistica in favore di quella civilistica⁴.

Invero, un primo punto di contatto tra i due riti riguarda la tipologia dei beni sui quali può cadere il vincolo di indisponibilità. Ai fini dell'adozione del sequestro conservativo, oltre alla sussistenza del *fumus boni iuris*⁵ e del *periculum in mora*⁶, è necessario, ex art. 316 c.p.p., che i crediti o i beni del soggetto obbligato siano pignorabili in base alla leggi civili. Il requisito della pignorabilità risulta strumentale ad assicurare l'esperibilità dell'esecuzione, poiché ai sensi dell'art. 320 c.p.p. la misura cautelare è destinata a convertirsi in pignoramento⁷, quando diventa irrevocabile la sentenza di condanna.

In totale distonia con quanto previsto nel codice Rocco ed in conformità all'art. 671 c.p.c., l'attuale sistema normativo consente l'applicazione del vincolo di indisponibilità su beni mobili o immobili appartenenti a colui che subisce il provvedimento restrittivo, nonché le somme o cose a lui dovute. La chiarezza normativa ha consentito di superare le perplessità sollevate sotto la vigenza del codice Rocco, in merito alla sequestrabilità di beni mobili registrati, di aziende⁸, di azioni e quote sociali, nonché alla esperibilità della cautela presso i terzi debitori dell'imputato o del responsabile civile⁹.

Inoltre, se l'esplicita finalizzazione al pignoramento dei beni consente di escludere dall'ambito oggettivo di sottoposizione al vincolo i beni assolutamente impignorabili, ex art. 514 c.p.c., i crediti e i beni suscettibili di essere pignorati solo a determinate condizioni, ex artt. 515 e 545 c.p.c., possono formare oggetto della cautela patrimoniale a fini conservativi unicamente al sussistere delle medesime circostanze.

Con riferimento all'applicabilità dei limiti di cui all'art. 545 c.p.c. in sede penale, parte della giurisprudenza¹⁰, anche risalente, sostiene l'ammissibilità della richiesta di riesame motivata dalla insequestrabilità dei quattro quinti delle somme dovute a titolo di retribuzione, non potendosi ritenere che il limite posto all'efficacia del sequestro possa essere valutato esclusivamente in fase esecutiva. È, infatti, del tutto irragionevole prevedere, come letteralmente risulta dall'art. 316 c.p.p., che il p.m. possa chiedere il sequestro dei beni solo nei limiti in cui la legge ne consente il pignoramento, e non riconoscere al gip o al giudice ex art. 317 prima, e al tribunale del riesame poi, il potere-dovere di verificare se tale limite è stato rispettato. D'altro canto, i beni destinati al fondo patrimoniale, *casus belli* della decisione delle Sezioni Unite in commento, non sono stati considerati sottoponibili alla misura in ragione della loro impignorabilità¹¹, sebbene sia stata avanzata la tesi¹² di far valere anche per essi la possibilità di

⁴ Il rinnovato sistema della misura cautelare reale risulta strumentale a garantire il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta dall'erario allo Stato, ovvero all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato.

⁵ Gli artt. 316 e 317 c.p.p. non contengono alcuna specifica indicazione circa la sussistenza di tale requisito; poiché la misura cautelare può essere disposta in ogni stato e grado del processo, e dunque, dopo l'esercizio dell'azione penale, si ritiene a tal fine sufficiente la formulazione dell'imputazione. Si veda F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 560, secondo cui rispetto ai crediti dello Stato, il *fumus* emerge dall'imputazione, rispetto alla parte civile, invece, va diagnosticato come probabile danno. Anche la giurisprudenza condivide tale esegesi, ritenendo che il giudice nel valutare l'applicazione della misura cautelare deve accertare la pendenza del processo penale e la sussistenza dell'imputazione, senza svolgere alcuna accertamento circa la fondatezza dell'accusa. Si veda di recente Cass., sez. un., 11 dicembre 2014, n. 51660, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3949, secondo cui la concessione del sequestro conservativo prescinde dal *fumus delicti*, che è insito nella fase in cui il provvedimento può essere richiesto.

⁶ In riferimento al *periculum in mora*, la disposizione codicistica risulta più dettagliata: «*fondate ragioni che manchino o si disperdano le garanzie dei crediti rivendicabili*». Secondo Cass., sez. un., 11 dicembre 2014, n. 51660, cit., mutuando le argomentazioni sostenute nella giurisprudenza civile, il *periculum in mora* può essere ravvisato sia in elementi oggettivi, concernenti la capacità patrimoniale del debitore in rapporto all'entità del credito, sia soggettivi rappresentati dal comportamento dello stesso debitore, finalizzato al depauperamento del patrimonio.

⁷ Cfr. M. Montagna, *Sequestro conservativo penale*, in *Dig. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 223.

⁸ Così U. Dinacci, *Il sequestro conservativo nel nuovo processo penale*, Padova, 1990, 120.

⁹ Si veda M. Montagna, *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Padova, 2005, p. 75.

¹⁰ Cass., sez. VI, 22 maggio 1997, n. 2033, in *CED Cass.*, n. 209111; Cass., sez. II, 20 novembre 2009, n. 46626, in *CED Cass.*, n. 245466.

¹¹ Cass., sez. V, 1 ottobre 2003, n. 598, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2319.

¹² *Sub art. 316 c.p.p.*, in Spangher (a cura di) *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, Milano, 2013, p. 1628 ss.

valutare l'esistenza di condotte elusive e fraudolente¹³.

La procedura cautelare può essere attivata dal pubblico ministero e dalla parte civile; sono, tuttavia, notevoli le differenze che spaziano dalla finalità¹⁴ all'assoggettabilità dei beni¹⁵.

Ai sensi dell'art. 316 c.p.p., la misura può essere richiesta «in ogni stato e grado del processo», restando dunque esclusa la fase delle indagini preliminari ed il ricorso in Cassazione¹⁶. Se a seguito del decreto che dispone il giudizio gli atti non sono ancora stati trasmessi al giudice competente¹⁷, la competenza a decidere sulla richiesta di sequestro conservativo è attribuita al giudice che procede, individuato nel giudice per le indagini preliminari¹⁸. La competenza, inoltre, resta radicata in capo al giudice che ha emesso il provvedimento, sino alla completa trasmissione degli atti al giudice dell'impugnazione. Anche in riferimento alla fase applicativa, è possibile individuare alcuni punti di frizione con la normativa civilistica: la fase di legittimità segna il passaggio verso l'applicazione della disciplina processual-penalistica in favore di quella civilistica. La competenza, infatti, passa al giudice civile in virtù del comma 6 dell'art. 669-*quater* c.p.c., secondo cui si applica la disciplina prevista dal comma 3 dell'art. 669-*ter*, allorché l'azione civile è stata esercitata o trasferita nel processo penale, fatta salva l'applicabilità dell'art. 316 comma 2 c.p.p. Ne consegue l'applicabilità di tale riserva, e della relativa cognizione esclusiva del giudice civile, nella fase anteriore all'esercizio dell'azione penale¹⁹, nel caso di giudizio di Cassazione²⁰, e nella fase successiva alla definitività della sentenza di condanna, *ex art.* 320 c.p.p. Quest'ultima risulta speculare alla corrispondente previsione contenuta nell'art. 686, comma 1 c.p.c.²¹; in tal caso, però, la conversione del sequestro conservativo in pignoramento non è automatica ma subordinata all'adempimento da parte del sequestrante degli oneri previsti dall'art. 156 norme att. c.p.c. e, in particolare, dal deposito, entro il termine perentorio di 60 giorni dalla comunicazione della sentenza, di

¹³ Se in un primo momento la Corte di legittimità escludeva l'applicabilità del sequestro conservativo dei beni formalmente appartenenti a terzi (Cass., sez. I, 29 novembre 1994, n. 4316, in *CED Cass.*, n. 200619; Cass., sez. V, 11 aprile 2006, n. 12709, in *Riv. pen.*, 2007, p. 573), recentemente, pur di non favorire manovre elusive dell'obbligato, è stato ritenuto irrilevante l'instestazione dei beni a terzi, nell'ipotesi in cui si dimostri che l'interessato ne abbia la disponibilità *uti dominus* (Cass., sez. II, 15 ottobre 2010, n. 44660, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4388).

¹⁴ Il pubblico ministero è tenuto a chiedere il sequestro conservativo allorché sussista la fondata ragione per ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta dallo stato; mentre la parte civile, cui giova anche quello richiesto dal p.m., può altresì chiedere il sequestro allorché vi è il pericolo che manchino o si disperdano le garanzie delle obbligazioni civili nascenti da reato.

¹⁵ La domanda del p.m. può riguardare solo i beni dell'imputato, mentre la parte civile può estendere la domanda anche ai beni del responsabile civile.

¹⁶ La fase di merito, invero, si conclude con il deposito della motivazione, sicché nel lasso di tempo intercorrente tra la lettura del dispositivo e il deposito della motivazione, è possibile avanzare istanza di sequestro conservativo al giudice dell'impugnazione, secondo le regole generali in tema di competenza funzionale, Cass., sez. IV, 16 giugno 2005, n. 22656, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, p. 573.

¹⁷ Sebbene manchi un'espressa indicazione, la giurisprudenza riconosce la possibilità che il provvedimento venga emesso nella fase dell'udienza preliminare, in virtù della condizione per l'emissione del provvedimento cautelare individuato nell'esercizio dell'azione penale; la competenza infatti va individuata in relazione allo sviluppo del rapporto processuale e all'articolazione di esso nelle varie fasi e nei vari gradi, nel senso che l'attribuzione della competenza funzionale in ordine ai relativi procedimenti dipende dalla disponibilità materiale e giuridica degli atti in tal caso. In tale circostanza, però, il danneggiato dovrà costituirsi parte civile in cancelleria prima dell'udienza e procedere alle notificazioni prescritte dall'art. 78, comma 2, c.p.p. Così Cass., sez. V, 26 marzo 1997, n. 1506, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 706.

¹⁸ Così Cass., sez. III, 17 settembre 2014, n. 47684, non mass.; Cass., sez. II, 19 dicembre 2008, n. 2388, in *CED Cass.*, n. 243034.

¹⁹ Tuttavia, secondo P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2014, p. 490, l'impossibilità di richiedere il sequestro conservativo al giudice penale nella fase delle indagini preliminari, costituisce un vuoto di tutela che non sempre può essere superato rivolgendosi al giudice civile.

²⁰ Così Cass., sez. VI, 7 febbraio 1995, n. 5406, in *Cass. pen.* 1996, p. 2692, secondo cui «un più preciso coordinamento tra le norme, contenute nel codice di procedura penale e la corrispondente necessità di assicurare una tutela cautelare in ogni stato e grado del procedimento (ivi compresa, quindi, non soltanto la fase del giudizio in cassazione, ma anche la fase delle indagini preliminari, pur'essa sottratta alla possibilità di esercizio dell'azione cautelare nel processo penale) deriva direttamente dalle disposizioni del codice di procedura civile, la sede "naturale" di azionabilità del sequestro conservativo, soprattutto relativamente ai crediti della parte civile».

²¹ Art. 686 c.p.c., Conversione del sequestro conservativo in pignoramento, «il sequestro conservativo si converte in pignoramento al momento in cui il creditore sequestrante ottiene sentenza di condanna esecutiva. Se i beni sequestrati sono stati oggetto di esecuzione da parte di altri creditori, il sequestrante partecipa con essi alla distribuzione della somma ricavata». Si veda, per un'ampia disamina, S. Chiarloni, C. Consolo (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali, II. Procedimenti cautelari*, Torino, 2005.

copia della medesima nella cancelleria del giudice competente per l'esecuzione, ed inoltre, entro lo stesso termine, l'annotazione, in caso di sequestro immobiliare, della sentenza a margine della trascrizione prevista dall'art. 679 c.p.c.²².

A seguito della conversione automatica del sequestro in pignoramento al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti²³, la competenza a decidere sulle domande di terzi, volte a contestare il vincolo imposto sui beni, spetta al giudice civile nelle forme della opposizione di terzo al pignoramento e non al giudice dell'esecuzione penale²⁴.

LA COMPETENZA FUNZIONALE DEL TRIBUNALE DEL RIESAME

La questione controversa, dunque, concerne i limiti della cognizione del giudice penale sui profili di "pignorabilità" del bene. D'altronde la disciplina prevista dall'art. 316 c.p.p. sembra elevare tale condizione a requisito di applicabilità della misura. Nonostante la apparente chiarezza e linearità della previsione codicistica, si sono registrate pronunce tese a limitare la cognizione del giudice penale sul profilo squisitamente civilistico.

La deducibilità dell'impignorabilità del fondo patrimoniale in sede di riesame²⁵, questione oggetto del contrasto giurisprudenziale, invero più apparente che reale, poiché si registrano solo due pronunce sul tema²⁶, ha consentito alla Suprema Corte di chiarire la portata e l'ampiezza dei poteri del giudice del riesame.

La natura afflittiva del sequestro conservativo, finalizzato a contemperare la tutela di interessi diversi e divergenti, impone il riconoscimento in capo all'imputato del diritto ad una valutazione che non intervenga solo nella fase esecutiva a distanza di tempo dall'applicazione del vincolo cautelare. Secondo le Sezioni Unite, l'introduzione nel codice di rito del riesame dell'ordinanza di sequestro conservativo penale ha segnato la sostituzione di un vero e proprio mezzo di impugnazione, anche nel merito, al precedente istituto dell'opposizione; quest'ultimo, invero, condivideva con la disciplina civilistica l'esclusione dell'impugnabilità dei provvedimenti di sequestro²⁷.

Le argomentazioni sostenute dalla Corte in favore del riconoscimento in capo al Tribunale del riesame di un potere di controllo integrale nel merito della vicenda, e dunque, anche su profili strettamente civilistici, risultano costituzionalmente orientate sia al rispetto del diritto di difesa che alla tutela del

²² Secondo E. Selvaggi, *Sub art. 316 c.p.p.*, in *Comm. Chiavario*, III, Torino, 1990, p. 357, invero, la disposizione attuativa deve trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui il pignoramento sia consecutivo alla sentenza di condanna penale, in forza del rinvio contenuto nell'art. 317, comma 2, c.p.p., che fa salve alcune esclusioni, limitate ad un diverso ordine dei privilegi, secondo quanto previsto dall'art. 320, comma 2, c.p.p.

²³ Cass., sez. V, 8 febbraio 2013, n. 16312, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, 4, p. 448, secondo cui «in tema di sequestro conservativo, una volta divenuta irrevocabile la sentenza di condanna o quella di applicazione della pena su richiesta, è da escludere che possa comunque permanere la competenza del giudice penale a decidere su questioni attinenti l'applicazione o il mantenimento di detta misura, fermo restando che il sequestro conservativo perde efficacia qualora l'azione risarcitoria, già esercitata in sede penale, non venga tempestivamente riassunta in sede civile e quindi iniziata nel termine di sessanta giorni».

²⁴ Cass., sez. I, 8 giugno 2007, n. 22468, in *CED Cass.*, n. 236796; Cass., sez. I, 27 giugno 2001, n. 37579, in *CED Cass.*, n. 220118.

²⁵ Nel caso di specie, relativo ad ipotesi di bancarotta, con danni significativi per la procedura fallimentare, l'imputato aveva proposto ricorso al Tribunale del riesame, deducendo, insieme ad altri motivi, che i beni sottoposti a sequestro erano stati conferiti in un fondo patrimoniale con atto trascritto e annotato a margine dell'atto di matrimonio, antecedentemente non solo alla misura cautelare, ma anche ai fatti per cui era proceduto penale. Secondo il ricorrente, dal conferimento dei beni nel fondo patrimoniale conseguirebbe l'impignorabilità dei medesimi che può essere dedotta anche davanti al Tribunale del riesame, quale requisito di legittimità della misura. Il Tribunale del riesame, tuttavia, rigettava l'impugnazione evidenziando come la questione della impignorabilità dei beni sottoposti a sequestro conservativo sia questione che appartiene solo alla competenza del giudice civile dell'esecuzione e, pertanto, solo in detta sede possa essere fatta valere.

²⁶ Cass., sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 4435, non mass., secondo cui il conferimento di beni in fondo patrimoniale non esclude la legittimità del sequestro conservativo disposto dal giudice penale, né lo condiziona al limite posto per l'esecuzione del pignoramento, poiché le questioni relative alla pignorabilità dei crediti sono proponibili solo in sede di esecuzione civile; di converso Cass., sez. V, 1 ottobre 2003, n. 598, in *CED Cass.*, n. 227445, a favore della competenza del giudice dell'incidente cautelare penale.

²⁷ A partire dal 1990, a causa della lentezza delle procedure, anche in sede civile è stato previsto un potere di reclamo innanzi ad un giudice diverso da quello che ha emesso la misura, con la nuova formulazione dell'art. 669 *terdecies* c.p.c., ad opera dell'art. 74, comma 2, legge 26 novembre 1990, n. 353.

patrimonio dell'individuo. Invero, l'opzione interpretativa di segno opposto determinerebbe un'assoggettività del bene al vincolo per tutta la durata del procedimento penale, impedendo così un controllo sulla sussistenza dei presupposti legittimanti l'adozione di una misura per sua natura interinale, siccome funzionale al successivo pignoramento ed alla esecuzione forzata.

Secondo la Corte, anche la cospicua catena di rinvii, dall'art. 318 c.p.p. all'art. 324, fino al comma 9 dell'art. 309²⁸, comporta l'attribuzione di un controllo pieno del Tribunale del riesame, che non soffre limitazioni poiché volto a verificare la legittimità della misura ablativa in tutti i suoi profili, compresi quelli di sostanza e di derivazione civilistica, fatta salva la possibilità di devolvere la questione al giudice civile, ex art. 324, comma 8 c.p.p. La Suprema Corte chiarisce anche la portata del sistema dei rinvii. Se quelli previsti dall'art. 317 comma 3 sono stati formulati per disciplinare la sola modalità per la concreta imposizione del vincolo nella fase cautelare, il rinvio contenuto nell'art. 320 c.p.p. risulta funzionale alla modalità esecutiva per la soddisfazione del credito mediante la esecuzione forzata, dopo la conversione in pignoramento, con contestuale attribuzione della competenza funzionale in capo al giudice civile. La cognizione esclusiva del giudice civile, dunque, attiene ad un momento necessariamente successivo, precipitato della pronuncia di condanna, in cui il creditore aziona il procedimento della espropriazione forzata dovendo, invece, trovare piena anticipazione, in sede di incidente cautelare, ogni questione di merito attinente il vincolo reale.

I temi dell'inefficacia degli atti dispositivi e per essi i profili di impignorabilità del bene vanno affrontati, nel contraddittorio, innanzi al giudice della cautela penale, non potendo gli stessi essere rimandati alla fase esecutiva, che ha tutt'altro oggetto finalistico, prodromico all'espropriazione forzata. Il giudice della cautela, dunque, deve necessariamente pronunciarsi, oltre che sui presupposti di legittimità del vincolo imposto, anche sulla pignorabilità o meno del bene sottoposto a sequestro conservativo.

RIFLESSIONI A MARGINE DEL C.D. "CONTRADDITTORIO ANTICIPATO"

La Suprema Corte, seppur velatamente, apre le porte al contraddittorio anticipato nell'adozione del sequestro conservativo. Il riferimento, si ripete, appare inserito *en passant*, nel passaggio argomentativo relativo all'individuazione della sfera di cognizione del giudice del merito sulla sussistenza dei presupposti applicativi della misura ablativa. La conversione in pignoramento a seguito dell'irrevocabilità della sentenza di condanna comporta l'onere di valutare, per il giudice che procede e per il giudice del riesame, il rispetto dei parametri normativi che condizionano o meno la pignorabilità dei beni e, in conseguenza, anche la assoggettività a sequestro conservativo.

Come è noto, la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 317, comma 1, c.p.p. nella parte in cui consente l'adozione della misura *de plano*. Se la natura di atto a sorpresa quasi impone l'adottabilità del provvedimento *inaudita altera parte*, essendo riconosciuto invero in sede di riesame il pieno rispetto del contraddittorio, seppur differito²⁹, la piena autonomia del processo penale rispetto a quello civile esclude che il difetto di simmetria tra due istituti di per sé analoghi sia indice di irragionevolezza³⁰.

La dottrina³¹, tuttavia, ha sempre diffidato di tale esegesi, *in primis* in virtù della possibilità accordata all'imputato e al responsabile civile di offrire una cauzione a garanzia dei crediti di cui all'art. 316 c.p.p. In tale evenienza, il giudice deve, ex art. 319, comma 1, disporre che non si faccia luogo al sequestro e stabilire le modalità di versamento della cauzione³². Dunque, risulta evidente che l'offerta di cauzione può intervenire anche in una fase antecedente all'applicazione della misura, il che risulta possibi-

²⁸ Sulla portata del rinvio, dinamico o statico, di recente Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 18954. Si veda G. Spangher, *Quel "pasticciaccio brutto" di piazza Cavour. Le Sezioni unite sul riformatori esame cautelare reale*, in *Ilpenalista.it*.

²⁹ Così F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 558; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 490.

³⁰ «... considerando come la presa di cognizione della sussistenza del credito tutelato trova la sua consacrazione in un rapporto processuale di natura pubblicistica che si impernia nell'esercizio dell'azione penale da parte del p.m.»; così C. cost., ord., 23 dicembre 1998, n. 429, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1098.

³¹ Cfr. P. Gualtieri, *Sequestro conservativo*, in A. Marandola (a cura di), *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, in G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Torino, 2015, p. 245.

³² Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 563, secondo cui la prestazione della cauzione configura una alternativa cautelare.

le solo laddove l'imputato e il responsabile civile siano messi nella condizione di conoscere la richiesta del p.m. e di interloquire sulla stessa³³. In tal caso, il rinvio alla disciplina civilistica³⁴ consente l'adozione della pronuncia *inaudita altera parte* alle sole ipotesi di urgenza che impongono la segretezza dell'applicazione in prospettiva di tutela dell'esecuzione.

Ed infatti, nella motivazione si auspica un contraddittorio cautelare anticipato (non previsto, ma neppure vietato³⁵), sui presupposti di legittimità del *fumus boni iuris* e sul *periculum in mora*, nonché sul vincolo richiamato dall'art. 316 c.p.p. sulla suscettibilità a pignoramento del sequestro. *De jure condendo*, dunque, si sostiene non un contraddittorio necessario, ma neppure una preclusione assoluta per un intervento cartolare o orale, compatibile con le esigenze di celerità del procedimento penale, poiché il chiarimento immediato sulla situazione patrimoniale del soggetto potrebbe dimostrare l'inutilità della misura cautelare³⁶.

Esigenze di celerità e di economicità processuale conducono verso una totale e piena cognizione del giudice penale anche in riferimento alla pignorabilità del bene oggetto del sequestro. Peraltro, l'orientamento reiettivo determinerebbe un inevitabile allungamento dei tempi processuali. Il giudice penale disporrebbe del sequestro sull'intero importo richiesto dal creditore, senza compiere alcuna valutazione, affidando al debitore, leso nei propri diritti, l'esercizio della conseguente azione civile. Al contrario la valutazione operata in sede penale in ordine al rispetto del limite garantisce una più intensa tutela del debitore e dei diritti fondamentali dello stesso tra i quali il diritto di rango costituzionale alla conservazione e protezione dei mezzi di sostentamento³⁷.

³³ Si veda P. Gualtieri, *Sequestro conservativo*, cit., p. 245. Secondo l'A., tale interpretazione risulta corroborata anche dalla diversa denominazione dei due atti: nell'art. 319 c.p.p., si allude al decreto per non farsi luogo alla misura, mentre il provvedimento applicativo assume la veste di ordinanza, forma che naturalmente scaturisce dal confronto dialettico tra le parti.

³⁴ Secondo la disciplina prevista dagli artt. 669-*sexies* e *terdecies* c.p.c.

³⁵ Così Campoli, *La competenza funzionale in merito all'impignorabilità dei beni sottoposti a sequestro conservativo*, in *Ilpenalista.it*. Invero, in difetto di una espressa previsione normativa e alla luce della pronuncia della corte costituzionale, l'eventuale fissazione di una udienza prima della decisione non sarebbe suscettibile di censura.

³⁶ Cfr. E. Selvaggi, *Sub art. 316 c.p.p.*, cit., p. 334.

³⁷ M. Morandi, *Sull'applicabilità dei limiti ex art. 545 c.p.c. in sede penale*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2011, 2, p. 466 ss.

La Suprema corte sulla disciplina dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 411, comma 1-*bis*, c.p.p.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE V, SENTENZA 7 LUGLIO 2016, N. 36857 – PRES. FUMO; REL. SCARLINI

Il provvedimento di archiviazione previsto dall'art. 411, comma 1, c.p.p., anche per l'ipotesi di non punibilità della persona sottoposta alle indagini ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. per particolare tenuità del fatto, è nullo se non si osservano le disposizioni processuali speciali previste dall'art. 411, comma 1-*bis*, c.p.p., non garantendo il necessario contraddittorio sul punto le più generali disposizioni previste dagli artt. 408 e seguenti c.p.p.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1 – Con ordinanza del 4 febbraio 2016 il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Larino disponeva l'archiviazione del procedimento intentato contro R.G. in ordine al delitto di cui all'art. 595 c.p., consumato l'8 marzo 2014 a danno di F.V. che, notiziato della richiesta di archiviazione del pubblico ministero (basata sulla non configurabilità del delitto) aveva presentato opposizione, ritenendo, all'esito dell'udienza camerale, il fatto di particolare tenuità ai sensi e per gli effetti dell'art. 131 *bis* c.p.

Il Giudice rilevava che la R. non aveva controllato sufficientemente la verità del fatto propalato, ovvero che F. non avesse corrisposto quanto dovuto per delle affissioni e, nell'occasione, non aveva adottato un linguaggio contenuto. La non particolare gravità dell'addebito e l'incensuratezza dell'indagata consentivano però di applicare l'art. 131 *bis* c.p.

2 – Propone ricorso l'indagata R.G.

2.1 – Con il primo motivo deduce la violazione di legge ed in particolare degli artt. 127 e 411 *bis* c.p.p., e art. 24 Cost.

L'indagata, chiamata a discutere sulla opposizione alla richiesta di archiviazione proposta dal pubblico ministero per motivi attinenti al merito, si era trovata ad essere destinataria di un provvedimento di archiviazione per un diverso motivo, che, al contrario, presupponeva la commissione del fatto.

Era stata così violato il suo diritto a difendersi.

La particolarità dell'archiviazione prevista per la particolare tenuità del fatto era dimostrata dalla particolare procedura prevista dall'art. 411 c.p.p., comma 1 *bis*, proprio per l'archiviazione disposta ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., non ostandovi il fatto che, ai sensi dell'art. 651 *bis* c.p.p., quel giudizio, in ordine alla sussistenza del reato, non faccia stato nel processo civile.

E dall'art. 469, comma 1 *bis*, da cui deve ricavarsi che la sentenza di proscioglimento, anche se pronunciata ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., debba essere preceduta dall'audizione delle parti, ed in specie dell'indagato, sul punto, in apposita udienza in camera di consiglio.

2.2 – Con il secondo motivo lamenta l'abnormità della decisione in quanto la medesima non era stata richiesta dal pubblico ministero.

2.3 – Con il terzo motivo deduce la violazione di legge e l'omessa motivazione in ordine alle mancate risposte del giudice alle eccezioni preliminari avanzate ai sensi dell'art. 410 c.p.p., nella memoria.

Si era infatti rilevato che, nell'opposizione, non si erano indicate le investigazioni ulteriori ritenute necessarie. Un elemento previsto a pena di inammissibilità dell'opposizione della persona offesa.

3 – Il Procuratore generale di questa Corte chiede l'annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato con restituzione degli atti al Tribunale di Larino, sezione per i giudici delle indagini preliminari, ritenendo fondati i motivi di ricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il ricorso è fondato.

1 – Il pubblico ministero aveva richiesto l'archiviazione del procedimento instaurato nei confronti di R.G. ritenendo che costei non avesse consumato il delitto di diffamazione ai danni di F.V., posto che l'indagata, nel pubblicare un articolo di critica dell'operato del F., impegnato in politica in quel territorio, aveva esercitato il diritto di critica, rispettando i canoni della continenza delle espressioni usate e della verità della notizia riportata.

Di tale richiesta si dava avviso alla persona offesa, che presentava rituale atto di opposizione.

Il Giudice fissava l'udienza in camera di consiglio per la discussione sulla richiesta del pubblico ministero e sull'opposizione formulata dalla persona offesa.

Si era pertanto seguita la procedura prevista dagli artt. 408, 409 e 410 c.p.p.

Il giudice disattendeva la richiesta del pubblico ministero, ritenendo che sussistessero, allo stato, gli elementi oggettivi e soggettivi del delitto di diffamazione aggravata contestato, ma concludeva per l'archiviazione del procedimento ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., trattandosi di un fatto di particolare tenuità.

Argomentava il giudice che il dettato dell'art. 411 c.p.p., comma 1, gli consentiva di disporre l'archiviazione anche per motivi diversi da quelli individuati nella richiesta della pubblica accusa. E, quindi, anche in riferimento all'ipotesi prevista dall'art. 131 *bis* c.p., espressamente citata in tale disposizione.

2 – La decisione del giudice è però errata, ed il provvedimento è nullo, perché si è violata la specifica disposizione contenuta nel citato art. 411 c.p.p., comma 1 *bis*, in cui si richiede che, l'eventuale provvedimento di archiviazione ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., sia preceduto da apposita richiesta in tal senso del pubblico ministero, richiesta che deve essere portata a conoscenza delle parti (sia dell'indagato sia della persona offesa, anche se quest'ultima non ne ha fatto, in precedenza, esplicita richiesta), in modo che, all'udienza in camera di consiglio, il contraddittorio fra le parti si svolga proprio su tale questione.

Le particolarità della ricordata procedura rispondono alle caratteristiche tipiche dell'istituto: alla decisione positiva sulla sussistenza del fatto-reato (che l'indagato ha comunque interesse a contrastare), alla valutazione del danno causato (di evidente interesse per qualsiasi persona offesa, e non solo per chi abbia chiesto di essere notiziata dell'eventuale archiviazione).

3 – Si deve pertanto fissare il seguente principio di diritto: "Il provvedimento di archiviazione previsto dall'art. 411 c.p.p., comma 1, anche per l'ipotesi di non punibilità della persona sottoposta alle indagini ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., per particolare tenuità del fatto, è nullo se non si osservano le disposizioni processuali speciali previste dall'art. 411 c.p.p., comma 1 *bis*, non garantendo il necessario contraddittorio sul punto le più generali disposizioni previste dall'art. 408 c.p.p. e ss."

4 – Il provvedimento impugnato va pertanto annullato e l'accoglimento del primo motivo di ricorso comporta l'assorbimento delle residue censure.

[*Omissis*]

ELEONORA A.A. DEI-CAS

Dottoranda di ricerca in Diritto processuale penale – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto

The request to drop the case due to “particular tenuity of the fact”

L'introduzione, da parte del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, dell'art. 411, comma 1-bis, c.p.p. ha portato l'interprete a interrogarsi sul rapporto tra questo nuovo “altro caso di archiviazione” e quelli tradizionali indicati dagli artt. 408 e 411 c.p.p. In particolare, occorre comprendere – partendo dalle prerogative e dalle funzioni che p.m. e g.i.p. esercitano durante la fase di controllo sulla richiesta d'archiviazione – se il secondo sia vincolato alla richiesta del primo e se la procedura di nuovo conio sia o meno «esclusiva».

The introduction (by legislative decree n. 28/2015) of art. 411, comma 1-bis, in the Italian Code of criminal procedure raises issues about the request to drop the case due to “particular tenuity of the fact” and the “other instances for dropping the case” (art. 411 c.c.p.). In particular, one must consider if the judge is bound by the Public Prosecutor's request and if the new procedure is or is not compelling.

L'INTRODUZIONE DI UN NUOVO “ALTRO CASO DI ARCHIVIAZIONE” «GARANTITO»¹

Con la pronuncia in esame la Suprema Corte si è occupata della disciplina di cui all'art. 411, comma 1-bis, c.p.p. e del rapporto tra richiesta di archiviazione per le cause classiche (artt. 408-411 c.p.p.) e quella ex art. 131-bis c.p. Vi è da chiedersi, in particolare, se, ricevuta la richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, il giudice possa disporre l'archiviazione per causa diversa (e più favorevole per l'indagato), ritenendo mancante uno degli elementi costitutivi del reato, e se, al contrario, a seguito di una richiesta archiviativa con formula diversa, possa disporre il relativo provvedimento ritenendo il fatto di particolare tenuità, senza percorrere la strada tracciata dalla nuova disposizione.

Come noto, in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. m), della l. 28 aprile 2014, n. 67, il legislatore ha introdotto nel sistema penale “ordinario” l'istituto della “non punibilità per particolare tenuità del fatto”² (d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28), inserendo nel codice penale l'art. 131-bis.

Si tratta, come ormai affermato anche in giurisprudenza³, di un istituto di natura sostanziale⁴, quali-

¹In tali termini, F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, p. 99, e A. Marandola, *Profili processuali della ‘tenuità del fatto’*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, Roma, 2016, p. 609.

²Per la genesi dell'istituto *de quo* si vedano F. Caprioli, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 7 ss.; A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, pp. 3-9; F. Palazzo, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Torino, 2014, pp. 145 ss.; S. Quattrocchio, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, in M. Daniele-P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Torino, 2015, pp. 97-104; E. Turco, *I prodromi della riforma*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014, pp. 177 ss.

³In tal senso, Cass., sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, in *CED Cass.*, n. 263308. In seguito, Cass., sez. fer., 13 agosto 2015, n. 36500, in *CED Cass.*, n. 264703; Cass., sez. III, 2 luglio 2015, n. 31932, in *CED Cass.*, n. 264449; Cass., sez. VI, 23 giugno 2015, n. 39337, in *CED Cass.*, n. 264554; Cass., sez. III, 14 maggio 2015, n. 24358, in *CED Cass.*, n. 264109; Cass., sez. IV, 17 aprile 2015, n. 22381, in *CED Cass.*, n. 263496.

⁴Evidenzia come l'opzione tra improcedibilità e non punibilità implicasse riflessi diversi sul trattamento processuale, essendo più rapido e semplice nel primo caso, molto più complicato nel secondo, G. Garuti, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: profili processuali*, in *questa Rivista*, 2015, 6, p. 2.

ficato come causa di esclusione della punibilità⁵, che ha importanti ricadute processuali: *in primis* la possibilità di una declaratoria anticipata con il provvedimento di archiviazione⁶; tant'è che l'ipotesi in parola ha trovato inserimento tra gli "altri casi di archiviazione" contemplati dall'art. 411 c.p.p.⁷. Siffatto epilogo esalta, nelle intenzioni del legislatore, le finalità deflative dell'istituto⁸. Il p.m. viene quindi autorizzato ad astenersi dall'esercitare l'azione penale se, durante la fase investigativa, per le modalità della condotta, l'esiguità del danno o del pericolo, l'offesa possa dirsi tenue. Si è però in presenza di un fatto che possiede tutti gli elementi costitutivi del reato, ma che, ciò nonostante, va esente da pena in quanto ascrivibile alla categoria dei fatti "bagatellari". Insomma, in vista di finalità di alleggerimento del carico giudiziario, si arresta il procedimento incardinato per il fatto non grave, il quale tuttavia necessita di un accertamento, poco consoni alla fase delle indagini preliminari⁹.

Consapevole del fatto che il caso in esame presenta caratteri di peculiarità, anche *in malam partem*, rispetto alle ipotesi archiviative classiche¹⁰, il legislatore della riforma ha inciso sulla disciplina dell'archiviazione¹¹ creando un sub-procedimento¹² connotato dall'informazione data non solo alla persona offesa, ma anche al sottoposto alle indagini, potenziale destinatario dell'archiviazione per fatto tenue.

La novella, subito dopo aver indicato il nuovo caso, ne ha introdotto – in modo tutt'altro che compiuto¹³ – una disciplina *ad hoc*, introducendo nell'art. 411 c.p.p. il comma 1-*bis*, il quale prescrive che

Sulle ricadute della distinzione nelle diverse fasi del procedimento, con riguardo alla legge delega, C. Scaccianoce, *La legge-delega sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014, p. 239.

⁵La qualificazione come causa di non punibilità è ritenuta dogmaticamente più corretta in dottrina: sul punto si vedano, tra gli altri, F. Palazzo, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, cit., p. 147; P. Spagnolo, *Gli epiloghi processuali della "particolare tenuità del fatto"*, in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, p. 67.

⁶Condivide la scelta del legislatore di consentire questa definizione del procedimento anche mediante archiviazione, pur essendo la tenuità del fatto una causa di non punibilità, F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., pp. 96-97, sottolineando che nulla vieta di astenersi dall'esercitare l'azione penale anche in caso sussista una causa di non punibilità.

Cfr. A. Nappi, *Tenuità del fatto: una causa di non punibilità che rende improcedibile l'azione penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 25 maggio 2016, p. 3 e p. 7, secondo il quale la causa di non punibilità viene in questo caso trattata a scopo deflativo come causa di improcedibilità, che preclude l'esercizio stesso dell'azione penale.

⁷Ritiene opportuna l'inclusione tra tali "altri casi" C. Taormina, *Procedura penale*, Torino, 2015, p. 229, il quale altrove (p. 227) afferma che l'ipotesi archiviativa in parola è indiscutibilmente incostituzionale sotto il profilo dell'obbligatorio esercizio dell'azione penale.

Cfr. A. Mangiaracina, *La tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, in www.penalecontemporaneo.it, pp. 3-4, la quale giudica discutibile dal punto di vista sistematico l'inserimento, all'interno dell'art. 411 c.p.p. (che disciplina le ipotesi di archiviazione "in diritto"), dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto, ritenendo che la soluzione più corretta sarebbe stata invece l'introduzione di un nuovo art. 408-*bis* c.p.p. (mancando l'ipotesi in parola di omogeneità anche in confronto ai casi previsti dall'art. 408 c.p.p.).

⁸Cfr. *Relazione di accompagnamento al d.lgs. 28/2015*, p. 6.

In dottrina si è parlato di «arretramento del baricentro del processo che responsabilizza il giudice di prima istanza, se non il g.i.p.: [dal momento che] la considerazione dei criteri dell'art. 133 c.p. per la commisurazione della pena avviene in chiave di prognosi fin dalle fasi iniziali»: così L. Parlato, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Il nuovo volto della giustizia penale*, G.M. Baccari-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), Torino, 2015, p. 230.

⁹Accertamento che, peraltro, secondo alcuni potrebbe ridurre l'economicità dell'applicazione dell'istituto: L. Parlato, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit., p. 228. Si veda anche G. Garuti, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: profili processuali*, cit., p. 2.

¹⁰Sul fatto che, tradizionalmente, l'archiviazione non era idonea a recare pregiudizio alla persona indagata, G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, pp. 383-384; G. Giostra, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1993, p. 19 e p. 44.

¹¹A. Nappi, *Tenuità del fatto: una causa di non punibilità che rende improcedibile l'azione penale*, cit., pp. 2-3, ricorda che accertamenti in fatto sono necessari anche per verificare l'attendibilità della notizia di reato (mentre nel caso in esame il predetto accertamento sarebbe volto a valutarne la rilevanza) al fine di dichiarare l'estinzione del reato, la mancanza della condizione di procedibilità o che il fatto non sia previsto dalla legge come reato.

¹²Così S. Quattrocchio, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, in M. Daniele-P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Torino, 2015, p. 124.

¹³A. Nappi, *Tenuità del fatto: una causa di non punibilità che rende improcedibile l'azione penale*, cit., p. 1, denuncia il fatto che i tempi e i modi dell'accertamento della nuova causa di non punibilità siano soltanto indicati in modo rapsodico.

della richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto debbano essere informati sia il sottoposto alle indagini sia la persona offesa, e che questi ultimi avranno dieci giorni¹⁴ per prendere visione delle carte e proporre opposizione. La predetta, a differenza dell'opposizione della sola persona offesa (art. 410 c.p.p.), non richiede quale condizione d'ammissibilità l'indicazione di ulteriori indagini unitamente ai relativi elementi di prova, ma solo le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta.

Già dalla previsione dell'archiviazione «garantita», in quanto "informata", si comprende come l'esigenza di tutelare il diritto dell'indagato a ottenere l'archiviazione più favorevole fosse avvertita. Per di più, il provvedimento archiviativo di cui si discute è destinato a essere iscritto nel casellario giudiziale, in modo tale da valutare il requisito di non abitualità in caso di successiva indagine per altro fatto tenue. Non solo motivazioni di ordine morale, ma anche questa più concreta esigenza possono pertanto portare il soggetto sottoposto alle indagini a opporsi alla richiesta del p.m.¹⁵

Se l'opposizione è inammissibile (come nel caso in cui non venga proposta alcuna istanza), il giudice provvederà *de plano* ad archiviare con decreto. Di contro, l'opposizione ammissibile comporta la celebrazione di un'udienza camerale¹⁶, al termine della quale il g.i.p., se concorde con la richiesta avanzata dal titolare dell'azione penale, disporrà l'archiviazione con ordinanza; in caso contrario, potrà «restitu[re] gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'art. 409, commi 4 e 5» (art. 411, comma 1-bis, c.p.p.). Dal tenore letterale sembra allora che al g.i.p. dissenziente sia lasciata soltanto la scelta tra: a) restituire gli atti al p.m.¹⁷; b) ordinare ulteriori indagini; c) ordinare l'imputazione coatta.

POTERE DEL P.M. DI VINCOLARE IL G.I.P. ALLA FORMULA DA LUI PRESCELTA E DIRITTO DELL'INDAGATO ALL'ARCHIVIAZIONE CON LA FORMULA PIÙ FAVOREVOLE

I quesiti indicati sopra si inquadrano nella più ampia problematica relativa al rapporto tra p.m. e g.i.p. durante il controllo della richiesta di archiviazione. Come noto, nella suddetta fase si trovano in tensione principi difficilmente conciliabili, quali, da un lato, il principio *ne procedat iudex ex officio*, tipico del rito accusatorio, e, dall'altro lato, l'obbligatorietà dell'azione penale, a garanzia della quale è richiesto un controllo giurisdizionale effettivo sull'azione¹⁸.

Una prima questione riguarda il rapporto tra il chiesto e il pronunciato, ovvero se esiste la possibilità per il titolare dell'esercizio dell'azione penale di vincolare il giudice alla formula da lui indicata nella richiesta di archiviazione, oppure se al g.i.p. sia consentito dissentire, disponendo il provvedimento con formula diversa.

Sul punto, in giurisprudenza, è stata ritenuta «non [...] abnorme né illegittima» l'ordinanza con cui il g.i.p. aveva disposto l'archiviazione per una causa estintiva del reato, anziché per infondatezza della *notitia criminis*, come richiesto dal p.m.¹⁹.

¹⁴ Termine ritenuto da alcuni troppo esiguo: A. Mangiaracina, *La tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, cit., p. 4.

¹⁵ Mette in guardia da un uso utilitaristico dell'istituto volto unicamente a evitare la prescrizione, S. Quattrocchio, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, cit., pp. 125-126.

¹⁶ La mancata celebrazione della stessa, così come l'omissione dell'avviso, comporta violazione del contraddittorio: in dottrina, a tale proposito, A. Nappi, *Tenuità del fatto: una causa di non punibilità che rende improcedibile l'azione penale*, cit., p. 4; M. Daniele, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, p. 54-55 e p. 57, precisa che l'omesso avviso alla p.o. comporta nullità relativa speciale (art. 127, commi 1 e 5, c.p.p.), mentre se l'omissione riguarda l'indagato si ha nullità intermedia *ex art. 178, comma 1, lett. c)*, c.p.p.

¹⁷ Nel senso che anche la mera restituzione degli atti al p.m. deve essere preceduta dall'udienza camerale, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, Circolare n. 4/2015, in *www.penalecontemporaneo.it*.

¹⁸ Sul punto, per tutti, A. Bernardi, sub *art. 409 c.p.p.*, in Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, IV, Torino, 1990, p. 536; F. Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 547 (con specifico riguardo all'istituto dell'imputazione coatta) e C. Valentini Reuter, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994, pp. 144-145.

¹⁹ Cass., sez. V, 4 maggio 1995, n. 1208, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3436, con nota di M. Colamussi, *Le funzioni di controllo, garanzia e decisione del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione del p.m.*

Ancora, sulla possibilità per il giudice di disporre l'archiviazione con formula diversa da quella di cui alla richiesta del p.m., Cass., sez. V, 13 novembre 1998, n. 6131, in *CED Cass.*, n. 212509; Cass., sez. VI, 31 maggio 1994, n. 2629, in *Giust. pen.*, 1995, III, c. 281; in senso difforme (con riferimento al rito pretorile), Cass., sez. II, 6 luglio 1998, n. 4042, in *CED Cass.*, n. 211186; Cass., sez. I, 24 ottobre 1995, n. 5291, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1382.

Parimenti, in dottrina, si ritiene in modo pacifico che il giudice possa archiviare con la formula più idonea²⁰, essendo egli titolare di un «potere sostitutivo»²¹.

Se non esiste alcun vincolo alla formula prescelta dal p.m., si tratta allora di comprendere se vi sia una gerarchia tra le ipotesi di archiviazione in fatto (art. 408) e in diritto (art. 411) e se, al pari di quanto espressamente previsto dall'art. 129, comma 2, c.p.p. (il quale però, come emerge dallo stesso tenore letterale della disposizione *de qua*, non può trovare applicazione nella fase delle indagini preliminari²²), il giudice sia tenuto a preferire la formula più favorevole all'indagato²³.

Benché alcuni vedano nella stessa distinzione tra i casi dell'art. 408 c.p.p. e «gli altri» indicati nell'art. 411 c.p.p. già una sorta di gerarchia²⁴, mentre altri ritengono che, in fin dei conti, anche le cause «in diritto» ivi contemplate siano riconducibili alla inidoneità a sostenere l'accusa in giudizio²⁵, non vi è alcun indice nella fase archiviativa di un meccanismo simile a quello contemplato dall'art. 129, comma 2, c.p.p.²⁶. Anzi, sono gli artt. 326 e 358 c.p.p., nel prescrivere all'organo dell'accusa di compiere le attività necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, a imporre al p.m. di richiedere l'archiviazione per motivo di diritto appena ne ha la possibilità²⁷.

Diversamente opinando, peraltro, dinanzi alla mancanza della condizione di procedibilità o a un reato già prescritto, il p.m. sarebbe tenuto comunque a valutare la possibilità di archiviare per causa liberatoria nel merito²⁸, con buona pace dell'economia processuale. Richiedere un tale sforzo sarebbe irragionevole, se solo si considera che il provvedimento di archiviazione (eccetto quello disposto per la causa di cui all'art. 131-*bis* c.p. sul quale si dirà a breve) non provoca effetti negativi²⁹

²⁰ In tal senso, M. Colamussi, *Le funzioni di controllo, garanzia e decisione del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione del p.m.*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3445; C. Conti, *Archiviazione*, in G. Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, III, (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, 2009, p. 738 e p. 823; G. Dean-R. Fonti, *Archiviazione*, in *Dig. pen.*, Agg. III, Torino, 2005, p. 44; G. Giostra, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., p. 46 (a parere del quale, però, «tra più formule possibili di definizione del procedimento, l'opzione del pubblico ministero risulta decisiva e insindacabile»); A. Macchia, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2745.

²¹ G. Dean-R. Fonti, *Archiviazione*, cit., p. 43; A.A. Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, pp. 202-203.

Sulla natura del controllo sulla richiesta di archiviazione del g.i.p., cui è consentito di «ripercorrere *ex actis* l'itinerario già percorso dal pubblico ministero al fine delle proprie determinazioni», V. Grevi, *Archiviazione per "inidoneità probatoria" ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 1301-1302.

Parla, invece, di «giurisdizione "di controllo"» C. Valentini Reuter, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 151 e p. 170 ss.

²² In tal senso, in giurisprudenza, Cass., sez. IV, 11 febbraio 2009, n. 8805, in *CED Cass.*, n. 243452; Cass., sez. VI, 26 ottobre 2005, n. 45001, in *CED Cass.*, n. 233509; Cass., sez. V, 12 gennaio 2000, n. 111, in *CED Cass.*, n. 215971; Cass., sez. I, 1 febbraio 1991, n. 5755, in *CED Cass.*, n. 187974.

In dottrina, per tutti, G. Giostra, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., p. 45, e V. Grevi, *Archiviazione per "inidoneità probatoria" ed obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 1289.

²³ Riconosce l'esistenza di un «interesse» dell'imputato all'epilogo più favorevole, soprattutto ai fini di ottenere un ristoro patrimoniale per l'eventuale indebita restrizione, G. Giostra, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., pp. 45-46.

²⁴ Così, A. Macchia, *La richiesta di archiviazione: presupposti, eventuale procedimento in contraddittorio e provvedimenti giudiziari di rigetto*, cit., p. 2744.

²⁵ Con ciò ritenendo pleonastica la norma di cui all'art. 411 c.p.p.: sul punto, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 430. Ritiene tale opinione condivisibile anche F. Caprioli, *L'archiviazione*, cit., p. 370.

²⁶ In tal senso, G. Dean-R. Fonti, *Archiviazione*, cit., p. 44; M. Colamussi, *Le funzioni di controllo, garanzia e decisione del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione del p.m.*, cit., p. 3446.

In giurisprudenza, escludono l'applicabilità del predetto meccanismo alla fase delle indagini, Cass., sez. VI, 19 ottobre 1990, n. 2702, in *Cass. pen.*, 1991, p. 93; Cass., sez. V, 4 maggio 1995, n. 231, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3436; Cass., sez. V, 31 novembre 1998, n. 6131, in *CED Cass.*, n. 212509.

²⁷ F. Caprioli, *L'archiviazione*, cit., p. 381; G. Giostra, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., p. 45; E. Marzaduri, *sub art. 129 c.p.p.*, in Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, p. 119.

²⁸ «Archiviare per estinzione del reato non comporta avere preliminarmente esplorato ed escluso la possibilità di un'archiviazione in fatto»: testualmente, G. Giostra, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., p. 45.

²⁹ In modo conforme, G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., pp. 383-384; G. Giostra, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., p. 19; cfr. A.A. Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, cit., p. 202, il quale menziona le ricadute amministrative o disciplinari che il provvedimento *de quo* può comportare.

in capo al soggetto che è stato sottoposto alle indagini³⁰, il quale – per giunta – talvolta non viene neppure a conoscenza né della richiesta né del provvedimento con cui l'archiviazione è stata disposta³¹.

Alla luce di quanto sopra, occorre valutare se al caso specifico della richiesta d'archiviazione per particolare tenuità del fatto sia o meno applicabile la regola generale.

Muovendo dal presupposto che, come si è visto, il provvedimento che ne deriverebbe reca con sé conseguenze assai più pregiudizievoli per il soggetto interessato rispetto a quello disposto per le cause "classiche", parte della dottrina³² ha ritenuto «esclusiva»³³ la procedura di nuovo conio, descritta nell'art. 411, comma 1-*bis*, c.p.p., con la conseguenza che al g.i.p., richiesto di archiviare per particolare tenuità, che avesse invece reputato di essere in presenza di un'altra delle ipotesi di cui agli artt. 408 e 411 c.p.p., fosse precluso di disporre il provvedimento archiviativo per quella diversa causa, dovendo egli necessariamente passare attraverso la restituzione degli atti al p.m.³⁴.

Senonché, una consimile lettura pare scontrarsi con la finalità fortemente deflativa dell'istituto: per di più, l'interpretazione formalistica della norma parrebbe priva di una reale funzione di garanzia, dal momento che il rispetto della procedura *ad hoc* si risolverebbe, il più delle volte, in un mero "passaggio di carte" con la sequela: richiesta di archiviazione per la causa di cui all'art. 131-*bis* c.p.; restituzione degli atti al p.m.; nuova richiesta d'archiviazione avanzata dal p.m. per altra causa; provvedimento disposto dal g.i.p. per detta diversa causa.

Non solo la *ratio legis*, ma anche le ragioni sistematiche attinenti ai poteri del g.i.p. durante la fase dell'archiviazione portano allora a concludere che quest'ultimo possa provvedere per causa diversa³⁵. Del resto, autorevole dottrina ha posto in luce che «[c]iò che il giudice dell'archiviazione è chiamato a valutare è che la scelta rinunciataria del p.m. sia giustificata, non importa per quale ragione. Nulla di male, dunque, a ritenere che il giudice, ricorrendone i presupposti, possa archiviare anche con una diversa formula»³⁶.

Problema diverso che potrebbe discendere dalla tesi "formalistica" (in verità, di difficile verifica nella pratica e, a quanto consta, poco esplorato) riguarda la possibilità del p.m., che si è visto restituire gli atti dal g.i.p. – in quanto non concorde sulla sua richiesta archiviativa per tenuità –, di reiterare detta richiesta per lo stesso motivo di cui all'art. 131-*bis* c.p. Una simile situazione creerebbe uno stallo, dal momento che non esiste nel sistema l'istituto della "archiviazione coatta"³⁷; né sarebbe utilizzabile il meccanismo del conflitto analogo di competenza³⁸.

³⁰ Al quale, secondo la Corte costituzionale, era perfino precluso di rinunciare alla prescrizione o all'amnistia, diritto del solo imputato: sul punto C. cost., sent. 31 maggio 1990, n. 275, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2076, con nota di A. Pisani, "Revirement" in tema di prescrizione.

³¹ Rilievi di G. Dean-R. Fonti, *Archiviazione*, cit., p. 44.

³² In tal senso, P. Bronzo, *Interrogativi sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 21 settembre 2015; G. Garuti, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: profili processuali*, cit., p. 4.

³³ Così, P. Bronzo, *L'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, II, *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, A. Marandola (coordinato da), Milano, 2015, pp. 965-966.

³⁴ Di tale avviso anche R. Aprati, *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 1324-1325, e G. Spangher, *La particolare tenuità del fatto*, in *Studium iuris*, 2015, p. 640.

³⁵ Favorevoli a questa tesi, in dottrina, F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 102; M. Daniele, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, in *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 61; E. Marzaduri, *L'ennesimo compito arduo (... ma non impossibile) per l'interprete delle norme processualistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis c.p.*, in *www.archiviopenale.it*, p. 9; A. Nappi, *Tenuità del fatto: una causa di non punibilità che rende improcedibile l'azione penale*, cit., p. 5; L. Parlato, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit., p. 245; in termini probabilistici, A. Marandola, *Profili processuali della 'tenuità del fatto'*, cit., p. 610; suggerisce, invece, di passare attraverso una segnalazione al p.m. da parte del g.i.p. della necessità di chiedere l'archiviazione per motivo diverso dalla particolare tenuità, S. Quattrococo, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, cit., p. 126.

³⁶ Testualmente, F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 102.

³⁷ P. Bronzo, *Interrogativi sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 4.

Un istituto avente tale denominazione, ma con tutt'altra natura, era stato introdotto dalla l. 20 febbraio 2006, n. 46, che aveva previsto, all'art. 405, comma 1-*bis*, c.p.p., che «il pubblico ministero, al termine delle indagini, formula[ss]e richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione si [era] pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi

L'IPOTESI INVERSA

Esclusa l'esistenza di un diritto, in capo all'indagato, all'archiviazione con formula più favorevole, può essere affrontata la questione relativa alla ipotesi inversa rispetto a quella trattata, ovvero se, a fronte di una richiesta di archiviazione per una delle cause classiche, sia consentito al g.i.p. di archiviare per particolare tenuità.

Contrariamente a quanto visto sopra, qui è presente in modo lampante l'esigenza di garantire quel soggetto che è destinato a subire gli effetti negativi dell'eventuale provvedimento: da ciò, la necessità di assicurare all'indagato la "nuova" procedura «garantita» racchiusa nell'art. 411, comma 1-bis, c.p.p.³⁹.

In difetto, vi sarà senza dubbio una violazione del principio del contraddittorio che sfocia in nullità per violazione del diritto di difesa ex art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p. A tale conclusione è arrivata – a parere di chi scrive, in modo condivisibile – la giurisprudenza di legittimità nel caso che qui ci occupa, sancendo la nullità del provvedimento del g.i.p.

Quanto al *modus operandi* da adottare nell'evenienza in parola, la dottrina, condividendo l'approccio prospettato in prima battuta dalla magistratura⁴⁰, ha ritenuto che la strada preferibile fosse quella di valorizzare la collaborazione tra gli uffici giudiziari, rispettando – al contempo – le ragioni di economia processuale, consentendo al g.i.p. di invitare il p.m. a notificare all'indagato e alla persona offesa il relativo avviso, «come forma semplificata di restituzione degli atti»⁴¹, oppure restituire gli atti unitamente al predetto avviso⁴².

Nel caso in cui ciò non avvenisse, il rimedio per far valere la violazione del contraddittorio sarebbe il ricorso in cassazione contro l'archiviazione per tenuità del fatto ex art. 409, comma 6, c.p.p.

È certo che il giudice non possa provvedere in tal senso *de plano*⁴³, mentre dubbi maggiori sussistono a proposito della possibilità di procedervi a seguito di mera sollecitazione del g.i.p. durante l'udienza camerale⁴⁴.

Nel caso in esame, la Corte di cassazione ha ritenuto nullo il provvedimento pronunciato, all'esito dell'udienza camerale celebrata a seguito di opposizione della persona offesa, ai sensi dell'art. 131-bis c.p., a fronte di una richiesta di archiviazione basata sulla non configurabilità del delitto, per violazione della disciplina contenuta nell'art. 411, comma 1-bis, c.p.p., non essendo stato garantito il necessario contraddittorio.

dell'art. 273, e non [erano] stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini». Tale disposizione era però stata dichiarata incostituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 112 Cost., in quanto alterava la logica dell'istituto dell'archiviazione: C. cost., sent. 24 aprile 2009, n. 121, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1131, con nota di L. Scomparin, *Incostituzionale l'archiviazione "coatta": quali prospettive per il controllo giurisdizionale sul dovere di inazione del pubblico ministero?*. Si veda anche, a tale proposito, C. Conti, *Incostituzionale la richiesta coatta di archiviazione: la Consulta tra principio di incidentalità e preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1371.

³⁸ Come noto, dottrina e giurisprudenza maggioritarie escludono la configurabilità di un conflitto tra giudice e p.m.: si vedano, per tutti, in giurisprudenza, Cass., sez. un., 27 febbraio 2014, n. 9605, in *CED Cass.*, n. 257989; in dottrina, A. Bargi, *Conflitti e contrasti sulla competenza del nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1492, e F. Peroni, *Sul dissenso tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari come fattispecie di conflitto analogo*, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 154.

³⁹ Pacifico, quindi, che debba essere aperto il contraddittorio, garantendo il più ampio protocollo conoscitivo di cui all'art. 411, comma 1-bis, c.p.p.: in tal senso, in dottrina, A. Marandola, *Profili processuali della 'tenuità del fatto'*, cit., p. 610; A. Nappi, *Tenuità del fatto: una causa di non punibilità che rende improcedibile l'azione penale*, cit., p. 5.

⁴⁰ Corte di cassazione, Ufficio del Massimario, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"*, A. Corbo e G. Fidelbo, Rel. n. III/02/2015, 30 aprile 2015, in *www.penalecontemporaneo.it*, pp. 14-15.

⁴¹ Corte di cassazione, Ufficio del Massimario, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"*, cit., p. 15.

⁴² M. Daniele, *L'archiviazione per tenuità del fatto*, cit., p. 61; L. Parlato, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit., p. 245.

⁴³ F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 102.

⁴⁴ Cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, *Prime linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 20, ove la risposta negativa al quesito di cui sopra viene motivata dall'impossibilità di disattendere la richiesta di infondatezza della notizia di reato in precedenza avanzata in mancanza di nuovi elementi di fatto (ad esempio, a seguito di ulteriori indagini) o di una formale decisione del giudice.

Messa alla prova dell'imputato adulto: l'ordinanza di rigetto della richiesta è impugnabile solo con la sentenza di primo grado

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, SENTENZA 31 MARZO 2016, N. 33216 – PRES. CANZIO; REL. FIDELBO

L'ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova non è autonomamente impugnabile, ma è appellabile unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 c.p.p., in quanto l'art. 464-*quater*, comma 7, c.p.p., nel prevedere il ricorso per cassazione, si riferisce unicamente al provvedimento con cui il giudice, in accoglimento della richiesta dell'imputato, abbia disposto la sospensione del procedimento con la messa alla prova

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. All'esito dell'udienza preliminare R.M. è stato rinviato a giudizio davanti al Tribunale di Firenze per il reato di cui al D.P.R. n. 309, art. 73, comma 1; alla prima udienza del 20 febbraio 2015, tenutasi dopo una serie di rinvii, il pubblico ministero, preliminarmente all'apertura del dibattimento, ha modificato l'imputazione, riqualificando i fatti ai sensi dell'art. 73, comma 5, D.P.R. cit., ipotesi trasformata da circostanza attenuante in reato autonomo per effetto della modifica introdotta dal D.L. n. 36 del 2014, art. 1, comma 24 *ter*, lett. a), convertito, con modificazioni, dalla L. n. 79 del 2014; l'imputato ha formulato richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, depositando contestualmente l'istanza inviata all'ufficio di esecuzione penale esterna per l'elaborazione del programma di trattamento; all'udienza dell'8 maggio 2015, cui era stato rinviato il processo al fine di consentire ad altri imputati richiedenti di depositare il programma di trattamento, il Tribunale ha dichiarato inammissibile la richiesta.

2. Contro il provvedimento dichiarativo della inammissibilità della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova l'imputato ha proposto ricorso per cassazione.

Dopo aver sostenuto la tempestività della richiesta, formulata nella prima udienza utile successiva all'entrata in vigore dell'istituto di cui all'art. 168 *bis* c.p. – introdotto con la L. 28 aprile 2014, n. 67 –, il ricorrente ha dedotto l'erronea applicazione della legge e, inoltre, la mancanza di motivazione, evidenziando l'assoluta incomprendibilità del provvedimento ("la formulazione fatta in udienza, trova applicazione ultima norma (...) vi è inoltre impedimento soggettivo"), che non consente di valutare la giustificazione della decisione.

Ha concluso chiedendo l'annullamento del provvedimento impugnato, con le statuizioni conseguenti.

3. Con ordinanza del 19 novembre 2015 la Sesta Sezione penale ha, preliminarmente, rilevato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale all'interno della Corte di cassazione, avente ad oggetto la possibilità o meno di proporre ricorso immediato per cassazione contro l'ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, emessa dal giudice del dibattimento, e ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite.

4. Con decreto del 29 dicembre 2015 il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza camerale, ai sensi dell'art. 611 c.p.p.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite può essere riassunta nei termini che seguono:

“Se l'ordinanza con cui il giudice del dibattimento rigetta la richiesta dell'imputato di sospensione del procedimento con messa alla prova sia autonomamente ricorribile in cassazione ovvero sia impugnabile solo congiuntamente alla sentenza ai sensi dell'art. 586 c.p.p.”.

2. Sulla questione la Corte di cassazione ha espresso due diversi orientamenti interpretativi.

2.1. Un primo indirizzo sostiene che l'ordinanza di rigetto dell'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato emessa in dibattimento sia autonomamente e immediatamente impugnabile con ricorso per cassazione, in quanto il tenore letterale dell'art. 464 quater c.p.p., comma 7, include nella disciplina della ricorribilità qualsiasi provvedimento decisorio, prescindendo se di contenuto ammissivo o reiettivo, sottraendolo alla previsione generale di cui all'art. 586 c.p.p., (Sez. 5, n. 4586 del 20/10/2015, R., Rv. 265627; Sez. 5, n. 24011 del 23/02/2015, B., Rv. 263777; Sez. 3, n. 27071 del 24/04/2015, Frasca, Rv. 263814; Sez. 2, n. 41762 del 02/07/2015, Dimitriu, Rv. 264888; Sez. 6, n. 36687 del 30/06/2015, Fagrouch, Rv. 264046; Sez. 2, n. 20602 del 06/05/2015, Corallo, Rv. 263787).

Questa conclusione viene rafforzata dalla considerazione secondo cui la sospensione del procedimento con messa alla prova presuppone lo svolgimento di un iter procedimentale “alternativo alla celebrazione del giudizio” (Sez. F, n. 35717 del 31/07/2014, Ceccaroni, Rv. 259935; Sez. F, n. 42318 del 09/09/2014, Valmaggi, Rv. 261096), sicché detta “alternatività” resta salvaguardata proprio dalla autonoma impugnabilità dell'ordinanza di rigetto (Sez. 6, n. 6483 del 09/12/2014, Gnocco).

Tra gli argomenti “letterali” a sostegno di questa prima opzione ermeneutica si evidenzia anche che l'inciso contenuto all'art. 464 quater, comma 7, ultima parte (“l'impugnazione non sospende il procedimento”) trova logica giustificazione soltanto se riferita all'ipotesi di ricorso avverso il provvedimento reiettivo, atteso che nel caso di ordinanza di accoglimento il processo sarebbe automaticamente sospeso per la messa alla prova dell'imputato.

2.2. Da questo primo indirizzo si discostano altre pronunce, le quali affermano che, in base al principio di tassatività delle impugnazioni, il provvedimento di rigetto dell'istanza di messa alla prova soggiace al disposto dell'art. 586 c.p.p., in forza del quale le ordinanze dibattimentali sono impugnabili, quando non è diversamente stabilito dalla legge, soltanto con l'impugnazione della sentenza (Sez. 5, n. 5656 del 14/11/2014, Ascione, Rv. 264270; Sez. 5, n. 25566 del 03/06/2015, Marozzi, Rv. 264061; Sez. 2, n. 40397 del 12/06/2015, Fratuscio, Rv. 264574; Sez. 5, n. 5673 del 15/12/2014, A., Rv. 262106).

Si è ritenuta non dirimente la circostanza che l'art. 464 quater c.p.p., comma 7, menzioni genericamente l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova, atteso che tale formula deve essere letta, al pari di quanto avviene con il D.P.R. n. 448 del 1988, art. 28, relativo alla messa alla prova dei minori, alla luce della complessiva concatenazione dei commi precedenti dell'articolo citato, i quali disciplinano l'oggetto e gli effetti del provvedimento di accoglimento, mentre quello di reiezione viene menzionato solo nel successivo comma 9, all'esclusivo fine di prevedere la facoltà di riproposizione della richiesta.

Nessun argomento di ordine testuale smentirebbe questa seconda tesi, la quale non sarebbe sconfessata dall'inciso contenuto nell'ultima parte dell'art. 464 quater, comma 7, cit., che prevede la non spendibilità del procedimento in presenza dell'impugnazione, che viene riferita esclusivamente al procedimento di messa alla prova a seguito di ordinanza di accoglimento della relativa istanza e non al procedimento penale in corso, come invece sostenuto negli arresti aderenti all'orientamento contrario.

Del resto, si osserva, l'autonoma impugnazione del provvedimento di rigetto senza la contestuale previsione del potere del giudice di sospendere il procedimento in attesa della decisione sul ricorso, apparirebbe scelta irragionevole.

In altre pronunce si evidenzia, altresì, il parallelismo tra la novella in questione e quanto previsto dalla norma transitoria di cui al D.Lgs. 9 giugno 2003, n. 134, art. 5, introdotta per il c.d. patteggiamento allargato: tale norma, riconoscendo all'imputato la facoltà di richiedere il beneficio processuale nella prima udienza utile successiva all'entrata in vigore della legge, gli conferiva altresì il potere di richiedere l'emissione di una ordinanza di sospensione del dibattimento onde valutare l'opportunità di avvalersi o meno del nuovo rito premiale (Sez. 5, n. 41033 del 03/06/2015, Mannucci, Rv. 264908). Non diversamente da quanto in quella occasione affermato, si ritiene che le eventuali doglianze circa violazioni di diritti spettanti alle parti possano essere fatte valere con l'impugnazione avverso il provvedimento conclusivo del giudizio di primo grado.

3. Ad avviso delle Sezioni Unite vi sono ragioni per confermare, seppure con argomentazioni non del tutto coincidenti, l'orientamento secondo cui l'ordinanza del giudice del dibattimento che respinge la richiesta di messa alla prova presentata dall'imputato è impugnabile, ai sensi dell'art. 586 c.p.p., solo con la sentenza di primo grado.

A sostegno di questa tesi vi sono argomenti desumibili sia dall'interpretazione del dato letterale della norma, sia in base ai profili di carattere sistematico, anche interni alla disciplina dell'istituto della messa alla prova, la cui valorizzazione assume rilievo nel momento in cui si riconosce una oggettiva ambiguità nei contenuti della disposizione in esame, che ha dato luogo a letture e applicazioni differenti.

4. La disciplina in materia dei controlli sui provvedimenti di messa alla prova risulta piuttosto scarsa, ma non per questo meno problematica.

L'art. 464 quater c.p.p., regola anche la fase decisoria, prevedendo, innanzitutto, che il giudice, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p., decide con ordinanza nel corso della stessa udienza, sentite le parti, ovvero in apposita udienza in camera di consiglio da fissare a tale scopo; inoltre, si precisa che possa sospendere il procedimento con messa alla prova quando, in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p.p., reputi idoneo il programma di trattamento e ritenga che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati.

È il comma 7 che disciplina il regime delle impugnazioni, stabilendo che contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova possono ricorrere per cassazione l'imputato e il pubblico ministero, anche su istanza della persona offesa e che l'impugnazione non sospende il procedimento.

Certamente, la norma consente l'impugnabilità diretta ed autonoma del provvedimento con il quale, in accoglimento dell'istanza dell'imputato, il giudice abbia disposto la sospensione del procedimento, giacché in tal caso alle parti non sarebbe altrimenti consentito alcun rimedio avverso la decisione assunta.

Il dubbio attiene all'ipotesi in cui la decisione sia di rigetto.

5. Invero, l'orientamento favorevole alla immediata impugnabilità dei provvedimenti decisori sulla messa alla prova punta sull'espressione utilizzata nella disposizione contenuta nell'art. 464 quater c.p.p., comma 7, prima parte, che non opera alcuna distinzione tra provvedimento positivo o negativo emesso dal giudice, sicché anche il rigetto risulterebbe ricorribile in cassazione.

5.1. Ebbene questo argomento non appare in grado di giustificare in pieno una deroga alla disciplina generale stabilita dall'art. 586 c.p.p., comma 1.

Infatti, dalla struttura complessiva dell'art. 464 quater c.p.p., non si desume che il richiamo all'ordinanza, contenuto nel comma 7, debba intendersi come riferito sia al provvedimento ammissivo che a quello reiettivo: è giustificabile una lettura della disposizione in esame diretta a disciplinare i rimedi impugnatori nei confronti del solo provvedimento del giudice che ammette l'imputato alla messa alla prova, dal momento che dell'ordinanza reiettiva se ne occupa solo il successivo comma 9, che prevede la possibilità per l'imputato di riproporre l'istanza respinta fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, senza alcun riferimento all'impugnazione del provvedimento.

La circostanza che l'art. 464 quater c.p.p. comma 7, menzioni l'imputato tra i soggetti legittimati a ricorrere per cassazione non è un argomento dirimente, in grado di far prevalere la tesi dell'immediata impugnabilità dell'ordinanza di rigetto, in quanto non può certo escludersi che l'imputato possa avere interesse a contestare l'ordinanza che lo ha ammesso alla prova. Ad esempio, può dedurre il mancato proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p., imposto al giudice dall'art. 464 quater c.p.p., comma 1; censurare l'ordinanza ammissiva in mancanza dell'accertamento sulla volontarietà della richiesta (art. 464 quater, comma 2); contestare l'erronea qualificazione del fatto, che potrebbe avere conseguenze sulla durata del periodo della messa alla prova; denunciare l'illegittimità del provvedimento con cui il giudice ha integrato o modificato il programma di trattamento senza acquisire il suo consenso, violando così il contraddittorio richiesto dall'art. 464 quater, comma 4.

5.2. D'altra parte, a sostegno della tesi favorevole all'impugnazione delle ordinanze di rigetto delle richieste di messa alla prova unitamente alla sentenza, ai sensi dell'art. 586 c.p.p., viene menzionata la previsione contenuta nell'ultima parte dello stesso art. 464 quater, comma 7, secondo cui "l'impugnazione non sospende il procedimento".

Invero, entrambi gli orientamenti cui si è fatto riferimento traggono argomenti a sostegno delle rispettive ragioni da questa disposizione, da riferirsi, secondo il primo indirizzo, al procedimento di cognizione in corso, e secondo l'altro, esclusivamente al sub-procedimento avente ad oggetto la messa alla prova.

Pur dovendo ribadirsi una oggettiva ambiguità nella disciplina processuale della messa alla prova, in cui i termini “processo” e “procedimento” sono spesso utilizzati in modo improprio, ingenerando dubbi nell’interprete, tuttavia una lettura della norma che sostenga l’immediata ricorribilità del provvedimento di rigetto – anche in base all’argomento secondo cui l’esclusione della sospensione non avrebbe senso nell’ipotesi di provvedimento di accoglimento, in quanto il procedimento sarebbe già di fatto sospeso per la messa alla prova dell’imputato – non convince, sebbene possa apparire astrattamente plausibile in base ad una interpretazione letterale.

Non convince perché risulta “irragionevole” la previsione dell’impugnabilità immediata dell’ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova in presenza della espressa esclusione della sospensione del processo, in attesa della pronuncia della Corte di cassazione (Sez. 5, n. 25566 del 03/06/2015, Marcozzi). La mancata sospensione del processo, nonostante il ricorso immediato, determinerebbe effetti dirompenti nel caso in cui la Cassazione dovesse annullare con rinvio l’ordinanza negativa, provocando situazioni paradossali sul processo, che nel frattempo potrebbe essersi concluso con la condanna dell’imputato, anche al risarcimento dei danni in favore della persona offesa costituita parte civile.

Dinanzi al rischio di legittimare un modello processuale che reca evidenti controindicazioni di carattere funzionale, in grado di inceppare l’intero meccanismo procedimentale, appare fondata, oltre che ragionevole, un’interpretazione di sistema che superi le difficoltà individuate, affermando che la previsione che esclude la sospensione si riferisce non al processo su cui si innesta la richiesta dell’imputato, ma al procedimento di messa alla prova. In altri termini, si conferma che l’intero art. 464 quater, comma 7, disciplina esclusivamente l’impugnazione della sola ordinanza ammissiva della prova, sicché, nel momento in cui viene proposto ricorso per cassazione contro questo provvedimento, si esclude che il procedimento di messa alla prova venga sospeso.

Pertanto, questa interpretazione si giustifica anche sul piano del sistema delle impugnazioni in generale, in quanto si pone come deroga all’art. 588 cod. proc. pen., che prevede, come regola, la sospensione dell’esecuzione del provvedimento impugnato, salvo che la legge disponga altrimenti. Nel caso in esame il provvedimento impugnato è l’ordinanza di ammissione alla prova e l’art. 464 quater, comma 7, prevede, appunto, una deroga alla sospensione, consentendo che il relativo “procedimento” vada avanti nonostante l’impugnazione.

Deve osservarsi come nel caso di impugnazione dell’ordinanza positiva, ad esempio da parte del pubblico ministero, la previsione della non sospensibilità del procedimento di messa alla prova potrà avere conseguenze nell’ipotesi in cui l’ordinanza sia annullata, ma si tratta di una scelta del legislatore, che in questo modo privilegia la posizione dell’imputato ammesso alla *probation* e incentiva l’istituto a cui il legislatore attribuisce una valenza deflattiva.

6. Proseguendo nella ricerca di una lettura coerente di tutti i segmenti della disciplina, in grado di garantire all’interessato il massimo livello di accessibilità al nuovo istituto e a questo il conseguimento delle finalità deflattive che gli sono proprie, deve rilevarsi come la soluzione che esclude la immediata ricorribilità dell’ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova, pronunciata in sede predibattimentale, trovi un riscontro anche nelle fasi precedenti.

Infatti, sia nel corso delle indagini sia nell’udienza preliminare non vi è spazio per l’impugnabilità del provvedimento con cui il giudice rigetta la domanda di messa alla prova, in quanto in entrambi i casi è previsto un meccanismo di recupero della richiesta, attraverso la sua riproposizione nella fase processuale successiva: l’art. 464 *ter*, comma 4, e art. 464 quater, comma 9, consentono all’interessato, che si sia visto rigettare l’istanza nel corso delle indagini oppure nell’udienza preliminare, di rinnovarla prima dell’apertura del dibattimento (Cfr. Sez. 6, n. 4171 del 21/10/2015, Manca, Rv. 265696).

Con riferimento alle indagini preliminari, la procedura sembra replicare lo schema previsto dall’art. 448, in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti, in cui il dissenso del pubblico ministero determina il rigetto della domanda di patteggiamento, ma l’imputato può rinnovare la domanda prima della dichiarazione di apertura del dibattimento.

Analogo meccanismo è quello disciplinato in rapporto alla messa alla prova richiesta prima del giudizio, in cui il legislatore favorisce la riproposizione della domanda ogni qual volta venga rigettata, ponendo come limite ultimo quello della dichiarazione di apertura del dibattimento. Il recupero della richiesta attraverso la sua riproposizione porta ad escludere l’impugnabilità del provvedimento. Pertanto, l’opportunità della reiterazione dell’istanza consente all’interessato di giustificare anche nel merito la richiesta e al giudice di operare una piena rivalutazione. Solo il rigetto all’ultimo stadio, quello che av-

viene in apertura del dibattimento, apre la strada all'impugnazione del provvedimento negativo, ma attraverso l'appello proposto unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 c.p.p.

In questa ricostruzione è unitario il regime delle impugnazioni nella fase delle indagini e in quella dell'udienza preliminare e si realizza un coordinamento con la successiva fase del dibattimento. La richiesta di sospensione del processo con messa alla prova nella fase delle indagini e nell'udienza preliminare, con la possibilità di rinnovare l'istanza, precedentemente rigettata, nella fase predibattimentale, offre il segno tangibile della massima operatività accordata all'istituto, spinta sino alla soglia dell'apertura del dibattimento, ultimo momento utile per sottrarre il procedimento agli esiti del giudizio.

Di conseguenza, non può essere accolto quell'orientamento che consente all'imputato, la cui richiesta venga rigettata nell'udienza preliminare, di impugnare la decisione negativa con ricorso per cassazione e, allo stesso tempo, di riproporre la richiesta nel successivo giudizio, prima dell'apertura del dibattimento (così, Sez. 2, n. 45338 del 04/11/2015, Rigoni, Rv. 265101). È evidente la diseconomia processuale che deriverebbe da una tale soluzione, rispetto a quella proposta, secondo cui, nell'esempio che si è fatto, l'imputato avrebbe come prima possibilità la riproposizione dell'istanza nella fase di apertura del dibattimento e solo in caso di un nuovo rigetto la facoltà di impugnare il provvedimento negativo unitamente alla sentenza.

Allo stesso modo deve escludersi che possa esservi una sorta di cumulabilità tra ricorso immediato per cassazione e appello dell'ordinanza di rigetto unitamente alla sentenza, dal momento che un rimedio esclude l'altro.

7. L'assetto che si è delineato si pone in linea di continuità con il sistema vigente in materia di controllo sulle richieste di messa alla prova per i minorenni. Infatti, pur nella diversità della funzione dei due istituti, si raggiunge una tendenziale omogeneità della disciplina processuale riguardante il regime delle impugnazioni delle ordinanze sulla messa alla prova.

In questo settore il D.P.R. n. 448 del 1988, art. 28, comma 3, si esprime in termini non dissimili dall'art. 464 quater c.p.p., comma 7, prevedendo genericamente la possibilità di ricorrere per cassazione contro l'ordinanza di messa alla prova. Anche per l'istituto minorile vi sono state incertezze iniziali nella giurisprudenza di legittimità, che però, da ultimo, si è consolidata nel senso di ritenere che l'impugnabilità in via diretta e autonoma è circoscritta al provvedimento ammissivo, mentre l'ordinanza di rigetto rimane impugnabile soltanto con la sentenza, secondo la regola generale fissata dall'art. 586 c.p.p. (Sez. 4, n. 34169 del 13/08/2003, Tenerelli, Rv. 225953; Sez. 1, n. 10962 del 08/07/1999, Cherchi, Rv. 214373; Sez. 1, n. 2429 del 24/04/1995, Zagarella, Rv. 201298; Sez. 1, n. 4518 del 22/03/1995, Biasco, Rv. 201137; Sez. 1, n. 3107 del 30/06/1992, Franzè, Rv. 192165; Sez. 1, n. 629 del 09/03/1990, Pizzata, Rv. 184152).

Le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità in relazione alla messa alla prova minorile inducono a riflettere, in quanto, sebbene la ratio dell'istituto sia quella di limitare al massimo il contatto tra il minore e il sistema processuale penale, riducendo allo stretto necessario l'intervento "tradizionale" della giurisdizione, tuttavia l'orientamento prevalente, che esclude l'immediata ricorribilità dei provvedimenti di rigetto della richiesta, determina l'effetto di "costringere" il minore ad affrontare comunque il processo di primo grado. Questa scelta viene giustificata sia sul piano della lettera della norma contenuta nel D.P.R. n. 448 del 1988, art. 28, comma 3, – che sembra richiamare la sola ordinanza di sospensione ammissiva cui si riferisce il precedente comma 2 –, sia in considerazione del fatto che prevedere l'immediata ricorribilità in cassazione del provvedimento reiettivo non ha senso in presenza della possibilità di riproporre l'istanza in ogni momento; tuttavia, ad essa non è estranea l'esigenza di consentire un controllo sul merito del provvedimento di messa alla prova, nella consapevolezza dei limiti del sindacato di legittimità sui provvedimenti del giudice dei minori, come segnalato dalla dottrina.

8. Proprio il riferimento ai limiti del sindacato di legittimità può rappresentare un'ulteriore ragione per escludere l'immediata impugnabilità dell'ordinanza che rigetta la richiesta di messa alla prova.

Con il ricorso per cassazione, cui si riferisce l'art. 464 quater c.p.p., comma 7, le contestazioni sono limitate ai motivi consentiti dall'art. 606 c.p.p., relativi a violazioni di legge e a vizi di motivazione, quindi con esclusione delle questioni che attengono al merito delle scelte effettuate dal giudice.

Limitare ai soli motivi di legittimità l'impugnazione dell'imputato che voglia reagire all'ordinanza che rigetta la richiesta di ammissione alla prova può risultare oltremodo penalizzante, per l'intero sistema.

In questo caso il ricorso per cassazione, seppure immediato, determinerebbe una forte dequotazione della difesa dell'imputato, che si troverebbe impedito nel formulare censure riguardanti il merito. Infat-

ti, si consentirebbe un sindacato di sola legittimità nei confronti di un provvedimento, come quello di rigetto, che il giudice assume soprattutto sulla base di valutazioni che attengono al merito.

Nel vaglio di ammissibilità della richiesta di messa alla prova al giudice è affidato una valutazione complessa, connotata da una forte discrezionalità del giudizio che riguarda l'*an* e il *quomodo* dell'istituto della messa alla prova in chiave di capacità di risocializzazione, verificando i contenuti prescrittivi e di sostegno rispetto alla personalità dell'imputato, che presuppone anche la valutazione dell'assenza del pericolo di recidiva. Il giudice non è chiamato solo ad accertare, seppure in base allo stato degli atti, la sussistenza del fatto e la corretta qualificazione giuridica, ma deve anche compiere un giudizio penetrante sulla persona dell'imputato attraverso gli atti del procedimento e le eventuali informazioni, acquisite tramite la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici, ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato (art. 464 *bis* c.p.p., comma 5), nonché attraverso le indagini svolte dall'ufficio di esecuzione penale esterna, che deve contribuire all'elaborazione del programma di trattamento; soprattutto, è chiamato a formulare un giudizio sull'idoneità del programma, quindi sui contenuti dello stesso, comprensivi sia della parte "afflittiva" sia di quella "rieducativa", in una valutazione complessiva circa la rispondenza del trattamento alle esigenze del caso concreto, che presuppone anche una prognosi di non recidiva. La decisione del giudice sull'ammissione o meno dell'imputato alla prova trova il suo fulcro proprio nella valutazione di idoneità del programma, caratterizzata da una piena discrezionalità che attinge il merito.

In sostanza, nella fase del vaglio dell'ammissibilità alla messa alla prova, il giudice, seppure in base ad un accertamento sommario, anticipa un "cripto-processo" sul fatto, sull'autore e sulle conseguenze della messa alla prova. È stato osservato in dottrina come l'aver costruito la fase di ammissione alla prova come una sorta di accertamento anticipato sul fatto e sull'autore abbia determinato lo spostamento in sede di cognizione degli aspetti relativi al profilo trattamentale e, in alcuni casi, anche esecutivo, dal momento che è in sede di cognizione che il giudice segue la fase di esecuzione della messa alla prova, fino a dichiarare con sentenza l'estinzione del reato in caso di esito positivo. L'anticipazione di tali fasi al momento della cognizione costituisce una novità nel sistema processuale, ma allo stesso tempo rende evidente i limiti di un tale "accertamento" sul fatto con finalità specialpreventive e le particolari esigenze difensive dell'imputato rispetto alle scelte che il giudice adotta in questo contesto.

Queste considerazioni dimostrano come, rispetto ad un provvedimento di rigetto della richiesta di messa alla prova, la previsione del ricorso immediato per cassazione, per i motivi di cui all'art. 606 c.p.p., comma 1, finisca per limitare la difesa dell'imputato, non consentendogli di contestare il merito della decisione ogni qual volta si fondi su una valutazione di inidoneità del programma, con riferimento, ad esempio, ai risultati dell'indagine dell'ufficio di esecuzione penale esterna ovvero alle informazioni acquisite d'ufficio o, ancora, ai contenuti e alle prescrizioni dello stesso programma di trattamento proposto.

Invero, in simili casi l'imputato ha interesse a contestare proprio la scelta "negativa" compiuta dal giudice, investendo il merito della decisione.

8.1. Il rimedio che consente la possibilità di rimuovere il contenuto decisorio, attraverso una *revisio prioris instantiae* ovvero un *novum iudicium*, è l'appello: gravame di tipo devolutivo, atto a provocare un nuovo esame del merito, in relazione al quale è sufficiente che la parte indichi i punti da riesaminare e le ragioni della richiesta.

Le caratteristiche proprie dell'appello, con riferimento all'effetto devolutivo e al potere del giudice del gravame di riesaminare in toto la regiudicanda, seppure entro i limiti dei motivi dedotti, valgono naturalmente anche per le ordinanze emesse nel dibattimento che, ai sensi dell'art. 586 c.p.p., devono essere impugnate insieme con la sentenza.

In questo modello rientrano le ordinanze dibattimentali con cui il giudice rigetta le richieste di sospensione del procedimento con messa alla prova che, sempre in base a quanto prevede l'art. 586, comma 1, sono impugnabili anche nel caso in cui la sentenza è appellata solo per connessione con l'ordinanza.

La soluzione che viene qui privilegiata evita che i diritti dell'imputato siano penalizzati e consente di operare un controllo sull'ordinanza negativa che non sia limitato alle violazioni di legge e ai vizi della motivazione, ma ricomprenda anche la possibilità che siano oggetto di verifica le scelte di merito compiute dal giudice nell'esercizio della sua vasta discrezionalità, che hanno condotto alla decisione negativa di rigettare la richiesta.

8.2. Peraltro, se non si accogliesse questa soluzione, favorevole a individuare meccanismi impugnatori in grado di assicurare la tutela più ampia all'imputato, l'unico rimedio riguardante il merito del provvedimento di rigetto coinciderebbe con la previsione contenuta nell'art. 464 quater c.p.p., comma 9, che consente il recupero dell'istanza di ammissione alla prova fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento; con il rischio, tuttavia, di legittimare una disparità di trattamento, in quanto, ad esempio, l'imputato nel giudizio direttissimo non avrebbe alcuna possibilità di beneficiare del rimedio, dal momento che il termine per la richiesta di applicazione della sospensione combacia con il termine previsto dall'art. 464 quater, comma 9 cit.

9. Il sistema così come è stato ricostruito in questa sede è in grado di reggere anche ad una doppia obiezione:

- che in questo modo si finisce per delineare un doppio regime di controllo sui provvedimenti in materia di messa alla prova, a seconda che si tratti di ordinanza di ammissione o di reiezione dell'istanza;

- che le limitazioni di tutela segnalate permangono comunque per le impugnazioni delle ordinanze ammissive.

Riguardo alla prima questione deve rilevarsi che già esiste un doppio regime di impugnazione con riferimento al procedimento di messa alla prova dei minori, in cui peraltro non si segnalano applicazioni problematiche.

Sulla seconda obiezione la previsione dell'immediata ricorribilità per cassazione del provvedimento ammissivo, con la necessaria limitazione ai soli vizi di legittimità, può certo costituire una *deminutio* per la tutela delle posizioni dell'imputato e delle altre parti, ma con conseguenze non drammatiche.

In questo caso, sebbene l'imputato può avere interesse a censurare alcune scelte relative ai contenuti del programma, alle condotte riparatorie, al lavoro di pubblica utilità, tuttavia si tratta di contenuti del programma di trattamento che ha proposto e per i quali, anche in caso di integrazione da parte del giudice, è necessario il suo consenso, sicché di regola, non dovrebbe avere motivi per contestare il merito, dal momento che egli stesso ha contribuito a tracciare il perimetro fattuale della *probation*. In sostanza, il ricorso per cassazione, limitato ai motivi di legittimità può, almeno in parte, soddisfare le esigenze di garanzie difensive dell'imputato (cfr., Corte cost., n. 125 del 1995, con riferimento al procedimento di messa alla prova minorile).

Gli altri soggetti ammessi a ricorrere per cassazione contro l'ordinanza ammissiva sono il pubblico ministero e la persona offesa. Per quest'ultima la facoltà di ricorrere autonomamente è prevista solo in caso di omesso avviso dell'udienza o di omessa audizione nel corso dell'udienza; per il resto la sua possibilità di impugnazione passa attraverso la sollecitazione al pubblico ministero di attivarsi.

Anche per questi soggetti la limitazione del controllo alle sole violazioni di legge e agli eventuali vizi della motivazione può rappresentare un condizionamento, in quanto non possono essere dedotte questioni rilevanti che attengono al merito, come ad esempio la quantità e la qualità degli obblighi e delle prescrizioni imposte, nonché i termini della loro esecuzione ovvero la congruità rispetto al fatto commesso e alle finalità rieducative che giustificano il provvedimento stesso. Tuttavia, in questo caso, il legislatore ha dato prevalenza alla tempestività della contestazione di legittimità, escludendo ogni controllo sul merito.

Soluzione che, riferita al pubblico ministero e alla persona offesa, può risultare ancora razionale, se la si interpreta come il tentativo del legislatore di assicurare comunque una tutela a soggetti che possono trovarsi in posizione "antagonista" rispetto all'ordinanza che ammette l'imputato al procedimento di cui all'art. 168 *bis* c.p.; tutela "limitata" ai soli motivi di legittimità per garantire il massimo favore all'istituto della sospensione con messa alla prova.

10. In conclusione, il sistema dei rimedi offerti all'imputato avverso le ordinanze che decidono sulla istanza di sospensione con messa alla prova risulta così strutturato:

- a) ricorso per cassazione in via autonoma ed immediata dell'ordinanza di accoglimento;
- b) non impugnabilità del provvedimento negativo fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, in quanto è offerta all'imputato la possibilità di rinnovare la richiesta;
- c) impugnabilità del provvedimento di rigetto "predibattimentale", soltanto con la sentenza di primo grado, secondo la regola generale fissata dall'art. 586 c.p.p.

Si tratta di una ricostruzione che intende offrire una lettura coerente di una disciplina non sempre lineare, proponendo sul piano dell'economia processuale, di ridurre sensibilmente le ipotesi di regres-

sione del procedimento, se non addirittura di eliminarle del tutto, ovviamente a condizione di riconoscere al giudice dell'appello, nel caso di riforma del provvedimento di rigetto, il potere di sospendere il procedimento e ammettere l'imputato al beneficio, negatogli in primo grado.

Infatti, l'accoglimento dell'appello contro l'ordinanza che abbia respinto la richiesta di messa alla prova, proposto, ai sensi dell'art. 586 c.p.p., unitamente alla sentenza di condanna di primo grado, non rientra in alcuna delle ipotesi di annullamento indicate dall'art. 604, ipotesi tassative che vanno considerate eccezionali e non estensibili a evenienze diverse da quelle contemplate espressamente dalla legge; sicché, dovendo escludersi che il processo si scinda in una fase rescindente ed in una rescissoria, il giudice d'appello, in base al principio di conservazione degli atti e di economia processuale, si sostituirà a quello di primo grado per sospendere il processo e disporre la messa alla prova dell'imputato.

10.1. Del resto, nel processo minorile, la giurisprudenza, pur ritenendo che l'istituto di cui al D.P.R. n. 448 del 1988, art. 28, debba, di norma, riguardare solo il primo grado, per assicurare la massima limitazione del contatto tra minore e giustizia penale, tuttavia ha ammesso la *probation* in appello nel caso di controllo della decisione del giudice di primo grado, quando, ad esempio, sia stata omessa l'indagine sulla personalità del minore e il giudice abbia ingiustificatamente respinto la richiesta di sospensione con messa alla prova (Sez. 2, n. 35937 del 21/05/2009, S.I. Rv 245592; Sez. 5, n. 21181 del 09/05/2006, Rizzi, Rv. 234206; Sez. 2, n. 7848 del 02/06/1992, Ottavi, Rv 191014; Sez. 1, n. 8472, del 28/05/1991, Suppa, Rv 188064). Nel caso della messa alla prova per adulti l'esigenza di limitare il contatto dell'imputato con il sistema penale non si pone; quel che può venire in rilievo è, semmai, una riduzione dell'effetto deflattivo connaturato all'istituto di cui all'art. 168 *bis* c.p., nella misura in cui l'imputato viene ammesso alla prova in appello, quindi oltre il limite della dichiarazione di apertura del dibattimento che rappresenta, nel disegno legislativo, il limite di effettività della deflazione processuale (cfr., Corte cost. n. 240 del 2015). Ma, a ben vedere, questa esigenza deve considerarsi recessiva rispetto all'interesse dell'imputato di ottenere quegli effetti di rilievo sostanziale derivanti dal superamento favorevole della messa alla prova e che conducono all'estinzione del reato. In questo caso, la gestione in sede di appello della messa alla prova avviene in presenza di una piena cognizione che dell'istituto valorizza il carattere specialpreventivo e la vocazione alla finalità rieducativa, a cui dovrebbero conformarsi i contenuti trattamentali alternativi alla pena edittale. Si perde l'effetto deflattivo, ma si recupera la logica della prevenzione, facilitata perché non avvenendo in una fase processuale anticipata, in cui il giudice spesso non è neppure in grado di "conoscere" l'imputato, favorisce la predisposizione di un progetto trattamentale efficace, capace cioè di adeguarsi alla personalità del soggetto e di realizzare gli scopi di risocializzazione. D'altra parte, tra i caratteri dell'istituto vi sono quelli riconducibili ad una visione premiale, ma l'intera disciplina si ispira nettamente ad un modello trattamentale che persegue finalità specialpreventive. 11. In conclusione, con riferimento al quesito posto dall'ordinanza di rimessione deve affermarsi il seguente principio di diritto: "L'ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova non è autonomamente impugnabile, ma è appellabile unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 c.p.p., in quanto l'art. 464 quater c.p.p., comma 7, nel prevedere il ricorso per cassazione, si riferisce unicamente al provvedimento con cui il giudice, in accoglimento della richiesta dell'imputato, abbia disposto la sospensione del procedimento con la messa alla prova". 12. In applicazione di quanto precede e del principio sopra indicato deve dichiararsi l'inammissibilità del ricorso di R., in quanto proposto contro l'ordinanza con cui il giudice del dibattimento ha rigettato la sua richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova. Alla dichiarazione di inammissibilità consegue, ai sensi dell'art. 616 c.p.p., la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali, ma non di quelle in favore della cassa delle ammende, dovendo escludersi ogni profilo di colpa nella determinazione della causa di inammissibilità in presenza di un oggettivo contrasto di giurisprudenza sulla autonomia ricorribilità dell'ordinanza oggetto di impugnazione.

[*Omissis*]

CARLA PANSINI

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

Scelte funamboliche sulle forme di controllo relative al diniego di messa alla prova per l'imputato adulto

Interpretative reconstructions of any appeal on all measures about “probation”

Le Sezioni Unite hanno negato l'autonoma ricorribilità dell'ordinanza reiettiva della richiesta di messa alla prova dell'imputato adulto, affermando che questa sia impugnabile mediante appello unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 c.p.p. Il principio espresso ha sicuramente il pregio di offrire una ricostruzione dell'istituto della messa alla prova maggiormente garantista, ma richiede una qualche forzatura del dato letterale e sistematico, scontrandosi con le precipue funzioni dell'istituto.

The Joint Divisions denied the right to challenge a separate appeal against the rejection order concerning the request of probation for an adult defendant, stating that it is contestable by appeal together with the trial judgment, pursuant art 586 c.p.p. This approach has the merit to provide a reconstruction of this legal institution which recognizes more guarantees for the defendant that resorts to such special proceeding, but it needs, however, a stretch of the literal meaning because of going against its main function.

RIFLESSIONI PRELIMINARI

Le Sezioni Unite sono intervenute a dirimere il contrasto giurisprudenziale sorto in ordine all'autonoma ricorribilità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione del procedimento penale con messa alla prova dell'imputato adulto.

Un approdo ermeneutico atteso, tanto più che la disciplina processuale di questo istituto, introdotto nel contesto del rito penale di genere con la l. 28 aprile 2014, n. 67¹, già all'indomani della sua entrata in vigore aveva evidenziato enormi criticità interpretative², dovute sia alla tecnica legislativa

¹ Tale istituto, com'è noto, non è sconosciuto all'ordinamento italiano ma trova il suo archetipo nel *probation* giudiziale concedibile agli imputati minorenni, disciplinato dagli artt. 28 e 29, d.P.R. n. 448 del 1988. Sull'omologo istituto minorile v., fra i tanti, M. Bouchard, voce *Processo penale minorile*, in *Dig. pen.*, vol. X, Torino, 1995, p. 152 ss.; L. Caraceni, voce *Processo penale minorile*, in *Enc. del dir.*, vol. IV, Agg., Milano, 2000, p. 1038 ss.; M. Colamussi, *Una risposta alternativa alla devianza minorile: la “messa alla prova”*. *Profili controversi della disciplina*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2809 ss.; S. Giambruno, *Il processo penale minorile*, Padova, 1997; L. Pepino, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dig. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 481 ss.

² Per una recente sintesi delle problematiche interpretative relative alle scelte processuali della disciplina della sospensione del processo con messa alla prova v. L. Annunziata, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, p. 101 ss.; R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 661 ss.; N. Triggiani, *Poteri del giudice e controlli nella messa alla prova degli adulti*, in *Questa rivista*, 2016, (1), p. 137 ss. Cfr., inoltre, G. Spangher, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015, p. 61; F. Viganò, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1300-1306, in cui si paventa un conflitto del nuovo istituto con l'art. 27 Cost.; negli stessi termini, F. Caprioli, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 7-18; A. Sanna, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1262; A. Scalfati, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria: messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014, pp. 1-11.

non particolarmente attenta al contesto sistemico³, sia a vuoti normativi non sempre colmabili in via esegetica⁴.

Del resto, tale forma di *probation* processuale, pur mutuando dall'omonimo istituto previsto in ambito minorile una sfumata ossatura, se ne differenzia quanto a presupposti, caratteristiche e scansioni procedurali; sicché può risultare difficile e fuorviante il tentativo di colmare le incertezze applicative con il ricorso "per analogia" ad approdi giurisprudenziali raggiunti in quella sede.

Peraltro, non va altresì sottaciuto che le finalità sottese all'introduzione delle due forme di *probation* coincidono solo in parte. La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni è stata introdotta nel sistema processuale minorile al fine di «limitare al massimo oltre che la prigionizzazione del minore, la sua stessa permanenza nel circuito penale», dovendosi attivare «positivamente in un percorso di maturazione e cambiamento» anche in vista di un costruttivo reinserimento nella vita della collettività⁵ e a prescindere dalla gravità del reato commesso. Viceversa, l'istituto disciplinato dagli artt. 168-bis, ter, quater c.p. e 464-bis ss. c.p.p. ha il precipuo scopo di offrire «un percorso di reinserimento alternativo ai soggetti processati per reati di minore allarme sociale», in uno alla funzione deflattiva dei procedimenti penali «attuata mercé l'estinzione del reato dichiarata dal giudice in caso di esito positivo della prova». In altri termini, «senza essere privo di una "necessaria componente afflittiva" (che ne salvaguarda la funzione punitiva e intimidatrice), la "sospensione con messa alla prova" è chiamata a soddisfare nel contempo istanze specialpreventive e risocializzatrici, mediante l'incentivazione dei comportamenti riparativi indirizzati alla persona offesa dal reato».

Non solo. L'intervento legislativo del 2014 mirava a rendere effettivi un'opera di "de-carcerizzazione" – rispondendo, peraltro, alle sollecitazioni provenienti sul punto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁶ – e il principio del minor sacrificio possibile per la libertà personale, «incidendo su un contesto caratterizzato dalla "mancata valorizzazione di percorsi alternativi a quelli strettamente processuali per la

³Si veda, per tutte, la tematica delle conseguenze della riattivazione dell'iter procedimentale – a seguito di revoca o di esito negativo della prova – rispetto alla possibilità di sancire l'inutilizzabilità per la decisione sulla reguicandando delle informazioni acquisite ai fini e durante il procedimento di messa alla prova, Sul punto, v. N. Triggiani, *Poteri del giudice e controlli nella messa alla prova degli adulti*, cit.

Sotto differente profilo si è segnalato come il nuovo istituto, in ragione dei limiti oggettivi previsti all'art. 168 bis c.p., copra approssimativamente l'ambito applicativo delle misure alternative alla detenzione e della sospensione condizionale della pena, con una conseguente sovrapposizione di istituti. V. Fiorentin, *Preclusioni e soglie di pena riducono la diffusione*, in *Guida al dir.*, 2013, (21), p. 68 ss.; A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 677; L. Pulito, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in questa *Rivista*, 2015, p. 103 ss.

⁴Ci si riferisce *in primis* alla rilevata assenza di una disciplina transitoria, che ha comportato la rimessione della questione alle Sezioni Unite (Cass. Sez. IV, 9 luglio 2014, n. 30559) e a un intervento chiarificatore della Corte costituzionale (C. cost. sent., 26 novembre 2015, n. 240). In dottrina, sul punto, M. Amoroso, *Il regime dell'impugnazione delle ordinanze decisorie sull'istanza di messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 2016; V. Bove, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della L. 67/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 25 giugno 2014; F. Picchiché, *Alle Sezioni Unite la questione dell'applicabilità del nuovo istituto della messa alla prova ai processi in corso*, nota a Cass, sez. IV, 9 luglio 2014, n. 30559, *Dir. pen. cont.*, 21 ottobre 2014.

Complessa da subito è apparsa anche l'individuazione dei criteri di computo della pena funzionali ad estrapolare il catalogo dei reati per i quali è ammesso l'accesso all'istituto nonché la verifica della possibilità di una fruibilità "parziale" della *probation* nei casi di plurime contestazioni. Cfr. F. Bardelle, *Primi arresti della cassazione sulla messa alla prova*. Cass., sez. VI, 13 febbraio 2015, n. 6483 sul computo della pena. Cass., sez. II, 4 maggio 2015, n. 18265 sulla disciplina transitoria. Criticità e spunti per un'applicazione retroattiva dell'istituto, in *Dir. pen. cont.* 10 giugno 2015; A. Marandola, *Il criterio quantitativo della pena per l'ammissione alla messa alla prova*, in *Giur. it.*, fasc. 10/2015, p. 2224. V. anche, sulla specifica tematica della sospensione "parziale" J. Della Torre, *La Cassazione nega l'ammissibilità della messa alla prova 'parziale' in nome della rieducazione 'totale' del richiedente*, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2015, nonché V. Bove, *Messa alla prova per gli adulti*, cit., p. 18 s.; G. Fanuli, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014*, n. 67. *Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2014, p. 427 ss.; M.L. Galati, L. Randazzo, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano, 2015, p. 84 s.

⁵Cfr. in questi termini P. Martucci, sub art. 28 d.P.R. n. 448/1988, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato. Leggi speciali e complementari*, IV Ed., Milano, Ipsoa, 2010, p. 9024. V. anche R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovrappollamento?*, cit., p. 664; A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., p. 674 ss.

⁶Il riferimento è, in particolare, alla sent. CEDU, 8.01.2013, Torregiani c. Italia, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss. In dottrina, G. Della Morte, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standards sui diritti umani (a margine della sentenza Torregiano c. Italia)*, in *Dir. um. dir. int.*, 2013, (1), p. 147 ss.; M. Dova, *Torregiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 948 ss.; F. Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovrappollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

soddisfazione delle esigenze special-preventive” e da fenomeni di inflazione del carico dei giudizi penali, forieri di incertezza e sfiducia collettiva»⁷. Un doppio binario processuale, insomma, in grado di operare una selezione dei procedimenti da celebrare con il rito ordinario ed implementando, per quelli afferenti a fatti di reato non meritevoli in prima battuta di accertamento dibattimentale, «modalità alternative di definizione degli affari penali»⁸.

LA DISCIPLINA DI RIFERIMENTO

Appare utile, allora, prima della disamina della questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite, tratteggiare la cornice normativa entro la quale essa si pone. Se l'art. 168-bis c.p. detta le condizioni oggettive (in ragione della gravità del reato, determinata con riguardo all'entità della sanzione edittale ovvero *ratione materiae*) e soggettive per l'accesso all'istituto, è nel Titolo V-bis del Libro VI del codice di rito penale che vengono delineati gli aspetti processuali di tale nuovo procedimento speciale.

In particolare, il legislatore, dopo aver disciplinato nell'art. 464-bis, comma 2, c.p.p., i termini per la presentazione della richiesta di ammissione alla messa alla prova, prevede, al successivo art. 464-ter, l'ipotesi della istanza formulata nel corso delle indagini; in tale caso l'organo requirente dovrà esprimere un consenso motivato e formulare l'imputazione, per consentire al giudice di provvedere ai sensi del successivo art. 464-quater. Qualora, invece, vi sia dissenso, il pubblico ministero dovrà enunciarne le ragioni. La norma prevede inoltre che, in caso di rigetto della richiesta, l'imputato possa rinnovarla prima dell'apertura del dibattimento di primo grado e il giudice, qualora la ritenga fondata, provvederà ai sensi dell'art. 464-quater c.p.p.

È proprio quest'ultima norma a tracciare i poteri attribuiti al giudice destinatario della richiesta di *probation*: se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p., questi decide con ordinanza nel corso della stessa udienza, sentite le parti, ovvero in un'apposita udienza, in camera di consiglio, fissata *ad hoc*.

Il comma 7 dell'art. 464-quater c.p.p. stabilisce, poi, che «contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova poss[a]no ricorrere per cassazione l'imputato e il pubblico ministero, anche su istanza della persona offesa e che l'impugnazione non sospende il procedimento». Il comma 9, infine, prevede che in caso di reiezione dell'istanza, questa potrà essere «riproposta nel giudizio, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento».

Il quadro normativo descritto si presenta di non facile lettura. Le disposizioni, infatti, non definiscono in maniera chiara i confini applicativi della pur prevista facoltà di impugnazione dell'istanza di messa alla prova, in particolar modo in caso di rigetto; sicché viene rimesso all'interprete accertare se il sistema abbia previsto due rimedi alternativi ovvero tra loro cumulabili.

LA QUESTIONE SOTTOPOSTA LA VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE

Il quesito rimesso alle Sezioni Unite⁹ riguarda proprio la possibilità che l'ordinanza con la quale il Tribunale rigetti la richiesta dell'imputato di sospensione del procedimento con messa alla prova sia ricorribile in cassazione in via autonoma ovvero impugnabile solo unitamente alla sentenza dibattimentale ai sensi dell'art. 586 c.p.p.

Gli opposti orientamenti che hanno generato il contrasto giurisprudenziale sono sintetizzati con precisione dal Supremo consesso.

Così, secondo una prima ricostruzione¹⁰, l'ordinanza con cui il giudice del dibattimento dovesse rigettare la richiesta di sospensione del processo con messa alla prova sarebbe sottoposta al regime di

⁷ Così R. Piccirillo, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili – Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione n. III/07/2014, Novità legislative: legge 28 aprile 2014, n. 67*, in www.cortedicassazione.it.

⁸ F. Fiorentin, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida al dir.*, 2014, p. 67 ss.

⁹ Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 33216.

¹⁰ Cfr., tra le tante, Cass. sez. V, 20 ottobre 2015, n. 4586, in *CED Cass.*, n. 265627; Cass. sez. V, 23 marzo 2015, n. 24011, in *CED Cass.*, n. 263777; Cass. sez. VI, 30 giugno 2015, n. 36687, in *CED Cass.*, n. 264046.

controllo previsto dal comma 7 dell'art. 464-*quater* c.p.p., a norma del quale «contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova possono ricorrere per Cassazione l'imputato e il pubblico ministero, anche su istanza della persona offesa». Tale approccio strettamente letterale risulta rafforzato dalla considerazione secondo la quale il *probation* giudiziale presuppone lo svolgimento di un *iter* «alternativo alla celebrazione del giudizio»¹¹; alternatività salvaguardata proprio dalla immediata e autonoma ricorribilità in cassazione del rigetto della istanza di sospensiva¹².

Sulla base di tale apparentemente chiaro *dictum* normativo, nel corso di questi pochi anni di applicazione del nuovo istituto si era andata rafforzando la conclusione per cui ogni provvedimento assunto sulla richiesta di messa alla prova (quindi sia ammissivo che di rigetto) fosse impugnabile – *littera legis* – unicamente con ricorso per cassazione, costituendo il comma 7 dell'art. 464-*quater* c.p.p. una delle previste eccezioni all'art. 586 c.p.p., che viceversa impone – salve appunto le eccezioni di legge – l'impugnabilità delle ordinanze endoprocessuali solo congiuntamente alla sentenza definitiva del processo di primo grado.

Tale ricostruzione è stata, però, messa in dubbio da successive pronunce che, appellandosi al principio di tassatività delle impugnazioni, avevano ritenuto prevalente la previsione generale dell'art. 586 c.p.p., limitando, così, l'autonoma ricorribilità per cassazione ai soli provvedimenti di accoglimento dell'istanza di messa alla prova, mentre le ordinanze di rigetto avrebbero potuto essere appellate solo in uno alla sentenza conclusiva del processo.

Le Sezioni Unite hanno optato per questo secondo orientamento.

La soluzione adottata, tuttavia, pur avendo il pregio di offrire una ricostruzione dell'istituto della messa alla prova forse maggiormente garantista per l'imputato che ricorre a tale procedimento speciale, richiede una qualche forzatura del dato letterale e sistematico e si scontra con le precipue funzioni dell'istituto.

IL COMPLESSO SISTEMA DEI CONTROLLI SUI PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE

In punta di metodo, allora, vale la pena ripercorrere i tratti fondanti le argomentazioni delle Sezioni Unite che non convincono pienamente o che si prestano a facili smentite. Tanto più che è la stessa Corte ad ammettere, proprio in premessa della parte motiva della sentenza, come la disciplina in materia di controlli sui provvedimenti di messa alla prova risulti «piuttosto scarna» e oggettivamente ambigua nei contenuti, tanto da dar luogo «a letture e applicazioni differenti».

È il comma 7 dell'art. 464-*quater* c.p.p. ad essere radiografato, laddove genericamente riconosce all'imputato e al pubblico ministero, anche su sollecitazione della persona offesa, la ricorribilità per cassazione «contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova».

Fuor di dubbio che la norma consenta il ricorso diretto e immediato contro l'ordinanza con la quale il giudice del dibattimento, in accoglimento di una richiesta dell'imputato, abbia disposto la sospensione. Del resto, come puntualmente osservato dallo stesso Supremo Consesso, alle parti diverse dall'imputato «non sarebbe altrimenti consentito alcun rimedio avverso la decisione assunta», subendo inerti le conseguenze connesse all'eventuale esito positivo della prova. Anzi, è lo stesso comma 7 a precisare che la persona offesa può impugnare il provvedimento (ovviamente ammissivo) autonomamente, in caso di omesso avviso dell'udienza o di omessa audizione nel corso dell'udienza stessa, ancorché fosse comparsa.

«Il dubbio attiene all'ipotesi in cui la decisione sia di rigetto». Dubbio alimentato dalla genericità del dettato normativo che *expressis verbis* – lo si è detto – non opera alcuna distinzione tra provvedimento positivo o negativo emesso dal giudice, legittimando, viceversa, la conclusione che la immediata ricorribilità per cassazione di tale provvedimento rientri a pieno titolo tra le deroghe alla previsione generale della impugnabilità di tutte le ordinanze dibattimentali unitamente alla sentenza di primo grado, secondo quanto disposto dall'art. 586, comma 1, c.p.p.¹³. Difatti, la regola della impugnabilità “differita” sancita nell'articolo da ultimo richiamato si giustifica in quanto persegue esigenze di economia proces-

¹¹ Così Cass., sez. fer., 31 luglio 2014, n. 35717 in *CED Cass.*, n. 259935 e Cass., sez. fer., 9 settembre 2014, n. 42318, in *CED Cass.*, n. 261096.

¹² Cass., sez. VI, 9 dicembre 2014, n. 6483.

¹³ Sull'ambito di operatività di questa disposizione v. A. Marandola, *Le disposizioni generali*, in G. Spangher (a cura di), *Le impugnazioni*, V (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, 2009, p. 138 ss.

suale¹⁴, di unitarietà e concentrazione dell'accertamento con riguardo a provvedimenti interlocutori strumentali e sussidiari rispetto alla sentenza conclusiva¹⁵, soddisfacendo la necessità che l'intera materia del contendere venga sottoposta al giudice superiore in quell'unità indispensabile per poter giudicare rettamente. In questa cornice, di contro, la prevista eccezione valorizza l'opposta esigenza «di definire sollecitamente le questioni che sono in grado di essere decise o che richiedono una verifica immediata»¹⁶, tra le quali non sembra illogico comprendere quelle riguardanti la legittimità del rifiuto di far concludere il procedimento penale attraverso la celebrazione del rito alternativo del *probation*.

Inoltre, nemmeno la struttura e la collocazione sistematica del comma 7 dell'art. 464-*quater* c.p.p. appare argomentazione sufficiente ad escludere tale conclusione¹⁷. Se, difatti, è vero – come puntualizza la Corte – che è solo il successivo comma 9 dell'art. 464-*quater* c.p.p. a occuparsi espressamente della ordinanza reiettiva della messa alla prova, prevedendo la possibilità per l'imputato che si veda respinta la sua richiesta di riproporla «fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento», questo dato topografico finisce per costituire mera norma di chiusura, che segna il termine ultimo per la riproposizione di una istanza di *probation* precedentemente rigettata.

Del resto, il ricorso immediato in cassazione non può essere comunque escluso nelle ipotesi di abnormità del provvedimento endoprocedurale. Certo, la previsione di una ricorribilità del provvedimento reiettivo ne limita il controllo alle sole violazioni di legge e alle carenze motivazionali che, però, costituiscono con l'abnormità proprio i principali motivi in ordine ai quali l'imputato potrebbe avere la necessità di un tempestivo riscontro¹⁸.

Sotto quest'ultimo profilo, non sembra condivisibile l'ulteriore passaggio della sentenza che interpreta, forzandolo, il *dictum* contenuto nell'ultima parte dello stesso art. 464-*quater*, comma 7, c.p.p., secondo cui «l'impugnazione non sospende il procedimento». Per la Corte, siffatta esclusione avrebbe senso solo se riferita all'ipotesi di ricorribilità del provvedimento di accoglimento, in quanto preclusiva della sospensione del sub-procedimento avente ad oggetto la messa alla prova e non del procedimento di cognizione in corso, mentre la previsione dell'impugnabilità immediata dell'ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova risulterebbe «“irragionevole”» in presenza della espressa esclusione della sospensione del processo, in attesa della pronuncia della Cassazione.

«La mancata sospensione del processo» – si legge – «nonostante il ricorso immediato, determinerebbe effetti dirompenti nel caso in cui la Cassazione dovesse annullare con rinvio l'ordinanza negativa, provocando situazioni paradossali sul processo, che nel frattempo potrebbe essersi concluso con la condanna dell'imputato, anche al risarcimento dei danni in favore della persona offesa costituita parte civile».

Né più né meno, verrebbe da dire, di quanto non possa accadere quando l'ordinanza reiettiva venga impugnata unitamente alla sentenza, che presumibilmente sarà di condanna, altrimenti l'imputato avrebbe scarso interesse ad impugnarla, quantomeno *in parte qua*. Salvo a non voler riconoscere maggior tempo alla fissazione di un ricorso diretto in cassazione rispetto al passaggio in giudicato di una sentenza di condanna in un procedimento ordinario.

¹⁴ Così G. Tranchina, voce *Impugnazione (dir. pen. proc.)*, in *Enc del dir.*, Agg., II, p. 397.

¹⁵ R. Giustozzi, *Le impugnazioni*, in AA.VV., *Manuale pratico del processo penale*, Padova, 2007, p. 1175.

¹⁶ G. Spangher, voce *Impugnazioni penali*, in *Dig. pen.*, VI, p. 228: La giurisprudenza aveva già sottolineato come «l'istituto della messa alla prova previa sospensione del procedimento sia stato costruito dal legislatore come opportunità possibile esclusivamente in radicale alternativa alla celebrazione di ogni tipologia di giudizio di merito, già dal primo grado» e quindi non applicabile la regola generale dell'art. 586, comma 1, c.p.p.: Cass., sez. fer., 31 luglio 2014, n. 35717.

¹⁷ In giurisprudenza si era già affermato che il comma 9 dell'art. 464-*quater* c.p.p. avesse la funzione di prevedere la disciplina del rigetto, mentre i commi precedenti regolassero l'accoglimento. La collocazione del 7 comma, quindi, viene ritenuta elemento determinante per ammettere, nei soli casi di accoglimento dell'istanza, il ricorso in Cassazione. Cfr. Cass. sez. V, 17 giugno 2015, n. 25566.

¹⁸ Sotto quest'ultimo profilo, va ricordato che la stessa Corte costituzionale, sancendo l'illegittimità della previsione dell'art. 28, quarto comma del d.p.r. n. 448 del 1988 nella sua formulazione originaria – che precludeva l'accesso alla messa alla prova dell'imputato che avesse chiesto il giudizio abbreviato o il giudizio immediato –, si era *incidenter tantum* soffermata sulla previsione dell'impugnazione per cassazione proponibile anche dall'imputato e dal suo difensore avverso l'ordinanza dispositiva della messa alla prova, spiegando che detto rimedio poteva investire tutti i possibili vizi di legittimità o di motivazione dell'ordinanza, il più significativo dei quali doveva essere individuato nel difetto di «un giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice»; giudizio che veniva qualificato come «presupposto concettuale essenziale» del provvedimento, la cui carenza imporrebbe il proscioglimento. C. Cost., 5 aprile 1995, n. 125.

L'ERRATA ANALOGIA CON IL RITO MINORILE

In ultimo, non possono essere trascurate alcune considerazioni sulla interpretabilità delle disposizioni di genere alla luce di quelle previste nel contesto minorile. La Suprema Corte, difatti, affermando che l'ordinanza dibattimentale che decide negativamente sull'istanza di messa alla prova debba essere impugnata con la sentenza di primo grado, ritiene tale conclusione «in linea di continuità con il sistema vigente in materia di controllo sulle richieste di messa alla prova per i minorenni». Proprio il tenore letterale della disciplina prevista per questi ultimi induce, viceversa, ad attribuire a quella prevista per i maggiorenni valenza diversa.

La disciplina dettata per il processo penale a carico di imputati minorenni dall'art. 28, comma 3, d.p.r. n. 448 del 1988 – in forza del quale «contro l'ordinanza possono ricorrere per cassazione il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore» – deve essere interpretata alla luce del precedente comma 2, che ha ad oggetto esclusivamente l'ordinanza che dispone la sospensione. Tale correlazione tra i due commi indicati è stata letta dalla giurisprudenza ormai costante nel senso di ritenere l'ordinanza con la quale il Tribunale per i minorenni rigetti l'istanza di messa alla prova dell'imputato, con contestuale sospensione del procedimento ai sensi dell'art. 28, d.p.r. 22 settembre 1988 n. 448, non impugnabile in via autonoma, ma solo congiuntamente alla sentenza che definisce il giudizio¹⁹. Peraltro, non si deve dimenticare che nel sistema minorile la sospensione con messa alla prova può essere disposta con ordinanza anche d'ufficio, ancorché previa audizione delle parti. La diversa strutturazione delle disposizioni di riferimento in tema di *probation* per gli adulti fa ritenere, quindi, vanificato il fondamento di qualunque analoga interpretazione sistematica, in quanto l'ampio tenore letterale del comma 7 dell'art. 464-*quater* c.p.p., la diversità di procedura e di scopi sottraggono l'ordinanza reiettiva dell'istanza di sospensione del processo per la messa alla prova alla disciplina generale di cui all'art. 586 c.p.p.

RILIEVI CONCLUSIVI

A fronte delle conclusioni a cui sono giunte le Sezioni Unite, il testo dell'art. 464-*quater* c.p.p., letto anche alla luce delle finalità deflattive proprie del procedimento speciale, fa propendere, invece, per la ricorribilità autonoma per cassazione di qualsiasi decisione adottata dal giudice sulla richiesta di messa alla prova: è innegabile, difatti, che un controllo tempestivo, ancorché solo di legittimità, sull'accesso al rito speciale sia maggiormente in linea proprio con le suindicate finalità e con le scelte processuali dell'imputato. Milita in questo senso anche il tenore letterale del comma 7 dell'art. 464-*quater* c.p.p., laddove indica, oltre al pubblico ministero, tra i soggetti legittimati a proporre ricorso immediato in cassazione “contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova [...proprio] l'imputato”. Quest'ultimo, difatti, avrebbe scarso interesse a impugnare in cassazione – quindi per soli motivi di legittimità – l'ordinanza con la quale il giudice del dibattimento ha accolto la sua richiesta.

Resta qualche perplessità, in un'ottica garantista, sui limiti del sindacato di legittimità che discende da questa ricostruzione. Alla difesa dell'imputato, difatti, resterebbero precluse censure riguardanti il merito del rigetto, come quelle concernenti l'*an* e il *quomodo* dell'istituto della messa alla prova. Epperò, questo aspetto potrebbe restare sullo sfondo, costituendo conseguenza diretta della scelta di ricorrere al procedimento speciale, così come la scelta di “patteggiare” o richiedere il giudizio abbreviato porta con sé una implicita rinuncia a determinate garanzie.

Viceversa, si potrebbe immaginare, in una prospettiva *de iure condendo*, un sistema dei controlli contro l'ordinanza del giudice dibattimentale di accesso alla messa alla prova più complesso e articolato, che tenga maggiormente conto delle caratteristiche del procedimento speciale *de quo*, delle esigenze di tutte le parti processuali e delle garanzie difensive dell'imputato. Un sistema in base al quale l'ordinanza con la quale il giudice dibattimentale decide sulla richiesta di accesso al *probation* possa essere impugnata sia attraverso ricorso immediato per cassazione (sulla base del disposto degli artt. 464-

¹⁹ In tal senso, v. Cass., sez. IV, 18 giugno 2003, in *Cass. pen.*, 2005, p. 905; Cass., sez. I, 8 luglio 1999, in *Riv. pen.*, 1999, p. 1100; Cass., sez. I, 24 aprile 1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 165; Cass., sez. I, 30 giugno 1992, *ivi*, 1994, p. 1302. *Contra*, Cass., sez. I, 20 novembre 1992, in *Arch. pen.*, 1994, p. 49. In ordine a tale ultimo pronunciato cfr., volendo, le perplessità espresse in C. Pansini, *Impugnabilità delle ordinanze in tema di messa alla prova*, *ivi*.

quater, comma 7, 568 e 586, comma 1, c.p.p.), per motivi di mera legittimità²⁰, sia mediante appello congiuntamente alla sentenza di primo grado²¹ qualora si voglia impugnare il provvedimento reiettivo nel merito delle determinazioni assunte dal giudice dibattimentale nell'esercizio dei propri poteri discrezionali: si pensi alla decisione reiettiva basata sul numero insufficiente o sulla tipologia degli obblighi e prescrizioni contenute nel programma di trattamento allegato ovvero sul giudizio prognostico negativo di recidiva, ovvero alla incongruità delle prescrizioni rispetto al fatto di reato commesso. Va da sé che, qualora l'istanza dell'imputato venga rigettata nel corso dell'udienza preliminare, questa possa essere riproposta nel successivo giudizio, prima dell'apertura del dibattimento e non autonomamente impugnata²².

Un sistema, insomma, un po' macchinoso, basato su rimedi alternativi, di fatto oggi non percorribile in quanto in contrasto con il principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione sancito dall'art. 568 c.p.p. e con la previsione dell'art. 586, comma 1, c.p.p.

Sarebbe, allora, auspicabile un correttivo del legislatore che introduca un controllo più tempestivo e incisivo del provvedimento di accesso al *probation* che concerna anche – e soprattutto – il merito della decisione del giudice dibattimentale.

L'auspicato intervento sarebbe anche l'occasione per colmare un'ulteriore lacuna normativa concernente i controlli sul provvedimento di rigetto o accoglimento della richiesta di proroga della scadenza della misura sospensiva per gravi motivi, nonché sul provvedimento con cui il giudice integra o modifica il programma di trattamento.

Un dato, però, non può nascondersi e non andrebbe trascurato: come puntualmente osservato²³, sul piano sistemico, la moltiplicazione delle impugnazioni durante siffatta procedura risulta chiaramente in conflitto con le recenti iniziative legislative dirette a deflazionare il carico soprattutto della Corte di cassazione²⁴.

²⁰ In dottrina, diversi sono i sostenitori della tesi per la quale sarebbero impugnabili direttamente in Cassazione le ordinanze reiettive della messa alla prova rese in dibattimento. C. Cesari, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in *Leg. pen.*, 2014, p. 544; A. Diddi, *La fase di ammissione della prova*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, cit., p. 129 s.; Fanuli, *op. cit.*, p. 438; E. Montagna, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, *Le nuove norme sulla giustizia penale.*, Padova, 2014, p. 409; Picciché, *Il ricorso per Cassazione dell'imputato contro l'ordinanza di rigetto dell'istanza di messa alla prova per gli adulti: due opinioni a confronto*, in www.questionegiustizia.it, 29 luglio 2015; Id., *Messa alla prova, rimessa alle Sezioni Unite la questione dell'impugnazione dell'ordinanza dibattimentale di rigetto della richiesta*, in www.questionegiustizia.it, 26 gennaio 2016; Piccirillo, *op. cit.* p. 19; N. Triggiani, *Poteri del giudice e controlli nella messa alla prova degli adulti*, cit., p. 146.

²¹ Arrivano a simili conclusioni anche L. Annunziata, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo con messa alla prova*, cit., p. 108; M.L. Galati, L. Randazzo, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, cit., p. 94; Tabasco, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, p. 34.

²² È indubbio che l'imputato non possa ricorrere per cassazione contro le decisioni negative qualora la richiesta di sospensione sia ulteriormente reiterabile prima della dichiarazione di apertura del dibattimento ex artt. 464-ter, comma 4, o 464-quater, comma 9, c.p.p. Analogamente G. Spangher, *I procedimenti speciali*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, 2014, p. 605.

²³ N. Triggiani, *Poteri del giudice e controlli nella messa alla prova degli adulti*, cit., p. 149.

²⁴ M. Bargis, *Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, p. 4 ss.



Processo penale e giustizia n. 1 | 2017

Dibattiti tra norme e prassi

Debates: Law and Praxis

CHIARA FANUELE

Professore aggregato di Diritto processuale penale – Università degli studi di Siena

Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela

The implementing rule for DNA Database: new guarantees and previous gaps in safeguards

Dopo quasi sette anni dalla sua formale istituzione (avvenuta con l. 30 giugno 2009, n. 85 di ratifica al Trattato di Prüm), la banca dati nazionale del DNA è diventata ufficialmente operativa. Il d.p.r. 7 aprile 2016, n. 87 ha dato, infatti, attuazione all'art. 16 l. n. 85 cit. che prevedeva l'approvazione del corrispondente regolamento, entro quattro mesi dall'entrata in vigore della medesima legge. Oggi, tale regolamento disciplina, dettagliatamente, le modalità di prelievo del DNA, la gestione, tipizzazione, conservazione e cancellazione dei profili genetici; nonché le modalità di trattamento e di accesso per via informatica ai dati raccolti nell'archivio genetico e nel laboratorio centrale, per garantire sia l'attendibilità dei dati che la riservatezza dei soggetti cui questi appartengono. Detta normativa risolve alcune questioni interpretative poste dalla l. n. 85 del 2009, ma non affronta ulteriori aspetti problematici della legge, riguardo ai quali l'Autore prospetta precise soluzioni.

After nearly seven years after the formal creation of the national DNA Database (introduced by Law No 85/30 June 2009 of ratification of the Prüm treaty), it has finally become operational. As a matter of fact, Presidential Decree No 87 of 7 April 2016 has implemented Article 16 of Law No 85, which provided the approval of a corresponding regulation within four months of the entry into force of law. Today this regulation covers in detail DNA sampling procedures, management, typing, keeping and canceling of DNA profiles as well as the rules for data processing and access by electronic means to genetic data collected in the DNA Database and in the Central Laboratory. The aim is to guarantee the data reliability and the privacy of the individuals involved. This regulation resolves some interpretative questions raised by Law 85/2009, but it doesn't address further issues related to the law, in which regard the Author proposes precise solutions.

PREMESSA

Con il d.p.r. 7 aprile 2016, n. 87 (recante "Disposizioni di attuazione della L. 30 giugno 2009, n. 85, concernente l'istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA") si sono finalmente resi operativi l'archivio genetico nazionale e il relativo laboratorio centrale. Come è noto, infatti, il legislatore del 2009, al fine di adempiere ad un obbligo internazionale in materia di cooperazione giudiziaria (derivante dall'adesione dell'Italia al Trattato di Prüm)¹, ha formalmente istituito la banca dati nazionale del DNA, demandando, al tempo stesso, la disciplina relativa alle modalità di funzionamento e l'organizzazione della stessa ad uno o più regolamenti (da approvarsi entro quattro mesi dall'entrata in vigore della legge: v. art. 16 l. n. 85 cit.)².

Dopo un'attesa di quasi sette anni, oggi si è, dunque, colmato questo "vuoto" con un intervento normativo che, pur non modificando la disciplina codicistica dei prelievi biologici coattivi, dettata dalla l. 30 giugno 2009, n. 85, esplica effetti considerevoli sulla materia, in quanto interessa tutti gli aspetti

¹In proposito, v. E. Calvanese, *Adesione al Trattato di Prüm e cooperazione transfrontaliera per il contrasto alla criminalità*, in A. Scarcella (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, 2009, p. 9 ss.; A. Musumeci, *La ratifica del trattato di Prüm*, in L. Marafioti-L. Luparia (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Milano, 2010, p. 14 ss.; A. Presutti, *L'acquisizione forzata dei dati genetici tra adempimenti internazionali e impegni costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 550 ss.

²Sul punto, ci sia consentito rinviare a C. Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, p. 258.

procedimentali concernenti la prova del DNA³: le operazioni dirette all'acquisizione e la conservazione dei campioni biologici; le modalità di svolgimento dell'esame genetico; il raffronto tra profili di DNA. Tuttavia, il provvedimento *de quo*, pur avendo stabilito regole precise per la raccolta, l'analisi e la conservazione dei campioni biologici, al fine di tutelare sia l'attendibilità dei dati acquisiti che la riservatezza dei soggetti cui questi appartengono, non ha considerato alcuni aspetti problematici, già evidenziati dalla dottrina⁴ con riferimento alla l. 30 giugno 2009, n. 85, che dovevano essere affrontati e risolti.

A questo punto, dunque, pare necessario esaminare analiticamente il contenuto del regolamento in questione, ponendolo a confronto con la disciplina del 2009, per poi prospettare alcune soluzioni alle principali criticità che esso presenta.

IL CONTENUTO DEL REGOLAMENTO DI ATTUAZIONE: LE DISPOSIZIONI GENERALI

Il testo normativo in esame è suddiviso in otto capi contenenti regole di notevole interesse sotto il profilo tecnico e giuridico⁵: dopo alcune disposizioni di carattere generale, vi vengono disciplinati: il funzionamento, l'organizzazione e la gestione complessiva della banca dati nazionale e del laboratorio centrale; le tecniche e le modalità di analisi e conservazione dei campioni biologici; le forme di controllo della banca dati nazionale. Da ultimo, va detto che tale medesimo provvedimento disciplina lo scambio di informazioni e le altre forme di cooperazione tra gli Stati contraenti. Quindi, – come nella l. n. 87 del 2009 – si sono voluti tenere distinti il luogo di raccolta e di confronto dei profili di DNA (banca dati nazionale) da quello di estrazione dei suddetti profili e di conservazione dei relativi campioni (laboratorio centrale presso l'amministrazione penitenziaria); nonché dal luogo di estrazione dei profili provenienti dai reperti (laboratori delle forze di polizia o altri specializzati); il tutto, al fine di evitare promiscuità che potrebbero alterare la genuinità del dato.

Con riguardo alle disposizioni generali, bisogna evidenziare come, rispetto alla l. n. 85 cit., opportunamente, si siano volute rafforzare le garanzie per scongiurare usi "distorti" della banca dati nazionale del DNA, consentendone la consultazione solo a personale addetto e autorizzato, secondo modalità tali da consentire la "tracciabilità" (ossia l'individuazione della postazione e del soggetto che ha effettuato l'accesso). Nello specifico, si è utilizzato un nuovo sistema informatizzato (*Laboratory Information Management System* – o LIMS, in abbreviazione –), ritenuto "idoneo a gestire i dati e il flusso di lavoro all'interno del Laboratorio" centrale (art. 2, comma 1, lett. f).

L'art. 2 reg. att. definisce puntualmente una serie di termini (ad es., campione biologico, reperto biologico, ecc.); manca, però, – come nella l. n. 85 del 2009 – una definizione esatta di "dato genetico" e di "banca dati"; individuare il significato di tali espressioni risulta, dunque, ancora lasciato all'interprete, che dovrà attenersi alla normativa europea e all'esperienza maturata negli altri Paesi⁶.

Quanto, poi, alle modalità di estrazione del profilo genetico, il regolamento attuativo non chiarisce cosa s'intenda per "amplificazione" del DNA⁷.

Inoltre, non è agevole capire il significato delle espressioni "log" e "file di log" che potevano essere sostituite con quella di "registro degli accessi e delle operazioni".

Invece, pare risolto il dubbio circa l'operatività del "Codice sulla *privacy*" in tutte le fasi del trattamento dei dati genetici che si è posto in quanto l'art. 20 l. n. 85 cit. ha limitato l'applicabilità della legislazione nazionale in materia di protezione dei dati personali allo scambio d'informazioni⁸. Difatti, oggi, l'art. 1, comma 3, reg. att. specifica che il *trattamento* dei dati personali è effettuato nel rispetto della

³Sulle singole "fasi" dell'accertamento genetico, v. R. Orlandi, *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, in *Quad. Camerti*, 1992, p. 416 ss. Sul tema, v., volendo, anche C. Fanuele, *L'indagine genetica nell'esperienza italiana ed in quella inglese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 737 ss.

⁴In particolare, v. G. Giostra, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1217 ss.; P. Tonini, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 883 ss.; R. Del Coco, *Reperti e tipizzazione del profilo genetico*, in L. Marafioti-L. Luparia (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 82 ss.

⁵Così, P. Felicioni, *Il regolamento della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 725.

⁶Per questa osservazione, v., già, C. Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 255.

⁷Sull'amplificazione del DNA, v., in particolare, R. Del Coco, *L'ambito definitorio*, in L. Marafioti-L. Luparia (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 51.

⁸Sul punto, v. C. Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 330.

relativa disciplina; anche se sarebbe stato preferibile che esso si riferisse, più precisamente, al trattamento dei “*dati genetici*”.

(SEGUE): L'ACQUISIZIONE E LA CONSERVAZIONE DEI CAMPIONI BIOLOGICI

Alcune novità significative risultano dall'art. 5 reg. att.; tale disposizione – integrando l'art. 9 l. 30 giugno 2009, n. 85 – innanzitutto, prevede che i soggetti *in vinculis* siano sottoposti al prelievo di *due* campioni di mucosa orale, al fine di consentire l'eventuale ripetizione della tipizzazione del DNA. In proposito, occorre ricordare che l'art. 9 cit. elenca, tassativamente, i soggetti che possono⁹ essere sottoposti a prelievo di campioni biologici. In sintesi, si tratta di: *a*) persone sottoposte a custodia cautelare o agli arresti domiciliari; *b*) gli arrestati in flagranza di reato o fermati; *c*) le persone detenute o destinatarie di una misura alternativa alla detenzione in seguito a sentenza irrevocabile per delitto non colposo; *d*) i soggetti nei cui confronti è applicata una misura di sicurezza detentiva, provvisoria o definitiva¹⁰.

Tale integrazione pare, senz'altro, condivisibile: il prelievo di un doppio campione, oltre che scongiurare il rischio di irripetibilità del mezzo istruttorio, potrebbe consentire agli esperti nominati dalla difesa di riesaminare la prova scientifica presentata dall'accusa, assicurando, così, una maggiore attendibilità della prova. Del resto, è riconosciuto ormai ampiamente dalla dottrina¹¹ che anche la prova scientifica – e in particolare quella del DNA – deve formarsi nel contraddittorio; questo metodo consentirebbe di promuovere una *cultura d'indagine scientifica della difesa*, cioè, un aspetto dell'attività legale troppo spesso trascurato nella pratica giudiziaria; nonché ottenere un migliore apprezzamento, da parte del pubblico ministero, circa la fondatezza dell'addebito, magari evitando inutili dibattimenti¹².

Peraltro, l'art. 5 cit., al fine di tutelare la libertà personale dell'indagato, – differentemente dalla l. n. 85 del 2009 – prescrive l'adozione di modalità idonee a prevenire che il prelievo di un campione biologico possa essere eseguito *più volte sulla stessa persona senza giustificato motivo*.

Sono riconducibili, invece, all'esigenza di garantire l'attendibilità del risultato dell'accertamento genetico, un complesso di regole per la raccolta, l'analisi e la conservazione dei campioni biologici. In particolare, viene ritenuta necessaria: *a*) una formazione adeguata del personale che effettua il prelievo (deve trattarsi di appartenenti alla polizia penitenziaria, specificamente formati e addestrati, oppure di personale di polizia giudiziaria, a seconda che il soggetto passivo sia detenuto o non); *b*) una rigorosa adesione alle procedure di laboratorio previste (ad esempio, l'uso di contenitori separati ed etichettati, conservati a temperatura ambiente, che devono essere inviati nel più breve tempo possibile al Laboratorio centrale in un plico sigillato antieffrazione). Vengono anche puntualmente disciplinati gli adempimenti successivi del Laboratorio: *a*) la registrazione informatizzata del plico contenente i campioni; *b*) l'apertura del plico sigillato e la tipizzazione di un solo campione (l'altro viene conservato in un'apposita busta di sicurezza) mediante il sistema del LIMS che assicura la tracciabilità delle operazioni effettuate dal personale addetto al laboratorio; *c*) l'inserimento del profilo genetico, per via telematica, nella banca dati.

Questa metodologia di analisi potrebbe prevenire scambi di campioni nei laboratori: in quest'ottica, sembrano novità non di poco conto la previsione che se ne può trattare *uno solo per volta* e che, possibilmente, bisogna consegnarli *interamente* al Laboratorio centrale.

Dette regole sono di fondamentale importanza anche perché consentono d'individuare correttamente una corrispondenza tra profili genetici all'interno della banca dati. Il risultato di questa operazione, infatti, potrebbe essere inesatto a causa di errori nei laboratori di analisi del DNA oppure di inesatte registrazioni dei dati che, spesso, provocano conseguenze rilevanti nel procedimento penale.

⁹ Sulla non automaticità del prelievo nei confronti di soggetti *in vinculis*, v. A. Presutti, *L'acquisizione forzata dei dati genetici tra adempimenti internazionali e impegni costituzionali*, cit., p. 557.

¹⁰ Si tratta del c.d. prelievo “istituzionale”: in proposito, v. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2016, p. 585.

¹¹ In particolare, v. P. Tonini, *Prova scientifica e contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1464; S. Lorusso, *La prova scientifica*, in A. Gaito (a cura di), *La prova penale*, I, Torino, 2008, p. 312.

¹² Per tale espressione, ci sia consentito rinviare a C. Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 354.

Peraltro, al fine di ridurre sempre più i rischi di contaminazione¹³, si potrebbe – oltre che seguire, in modo rigoroso, i protocolli relativi alla conservazione dei campioni genetici – istituire un *database* del DNA contenente i profili appartenenti al personale dei laboratori¹⁴. Difatti, quando si verifica un simile fenomeno esso può produrre informazioni errate e condizionare l’attendibilità delle conseguenti identificazioni.

Violazioni dei protocolli di sicurezza e contaminazione di prove dimostrano come, talora, le “corrispondenze” di DNA potrebbero rivelarsi non significative o – addirittura – risultare fuorvianti o essere false.

È necessario, allora, introdurre procedure di verifica delle *modalità di raccolta, conservazione, analisi ed interpretazione* dei campioni biologici, al fine di evitare l’inganno di tecnologie apparentemente certe che, successivamente, si dimostrino non del tutto affidabili.

Quanto all’attività di prelievo, di conservazione e trasmissione delle tracce pertinenti al reato ai laboratori di analisi, si deve sottolineare, infatti, come risulti ancora insufficiente la disciplina codicistica degli accertamenti urgenti eseguiti dalla polizia giudiziaria (art. 354 c.p.p.), che richiedono specifiche competenze tecnico-scientifiche, su cui non è intervenuto il regolamento in esame¹⁵. Eppure, l’attività dell’operatore che, solitamente, giunge per primo sulla scena del delitto, assume la stessa importanza dell’attività svolta successivamente dagli specialisti durante il sopralluogo giudiziario. Invero, dal momento in cui i campioni biologici vengono raccolti possono verificarsi scambi o inesatte registrazioni dei dati, tra l’altro perché la prova viene, spesso, “trattata” da più persone¹⁶. La questione è seria, in quanto la maggior parte dei laboratori di medicina legale non controlla, se non in minima parte, il modo in cui le prove vengono trattate *prima di arrivare a loro*. È, quindi, auspicabile cercare di prevenire scambi di campioni nei laboratori, ma anche al di fuori di questi.

Il regolamento in esame, invece, interviene sulle modalità di estrazione del DNA; in particolare, questa deve avvenire con sistemi quanto più automatizzati, per ridurre al minimo l’errore umano¹⁷. Sono, poi, disciplinate la quantificazione e l’amplificazione del DNA e i criteri minimi *standard* per la lettura e l’interpretazione del profilo genetico: con riguardo a quest’ultima operazione, al fine di garantire l’attendibilità del suo risultato, viene stabilito che sia effettuata da due persone oppure dalla medesima persona ma in due momenti diversi (v. art. 23 lett. e)¹⁸.

¹³ “Contaminazione” è una nozione che viene usata, molte volte impropriamente, per indicare qualsiasi situazione in cui materiale di provenienza ignota viene combinato con i “campioni di prova”. I principali tipi di contaminazione sono: a) la *contaminazione involontaria* che può avvenire nel caso in cui il campione venga manipolato durante l’indagine penale, da parte del personale di laboratorio, o in altre fasi del procedimento, oppure dall’ambiente dal quale viene prelevata la prova; b) la *contaminazione dei campioni “misti”* che si verifica in presenza di campioni che sono alterati per loro stessa natura (si pensi, ad es., ai tamponi vaginali post-coitali che, normalmente, contengono sperma e fluido vaginale); c) la *contaminazione carryover*. Questo tipo di contaminazione si evidenzia bene attraverso il *test* PCR, ma non riguarda le analisi VNTR. Esso si verifica quando un prodotto, utilizzato nel *test* PCR per l’amplificazione dei risultati da liquido di contrasto, produce una reazione prima che venga introdotto l’elemento “DNA” utile alla comparazione. Il materiale così ottenuto aumenta dopo l’inserimento del DNA e può accadere che un profilo errato venga riferito ad un determinato campione di prova. Si può, dunque, stabilire una falsa corrispondenza nel caso in cui il genotipo che contamina corrisponde a quello di colui che è sospettato, nella fattispecie concreta; o, addirittura, che il genotipo contaminante appartenga ad un altro dei soggetti coinvolti nel caso giudiziario. Sul problema della contaminazione dei reperti, in particolare, v. C. McCartney, *Forensic Identification and Criminal Justice. Forensic Science, Justice and Risk*, Willan Publishing, London, 2006, p. 121 ss. Nella dottrina italiana, v. F. Caprioli, *La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3530 ss. Per alcuni interessanti esempi pratici, v. C. Robino, *Diversità di metodi, diversità di risultati: margini di errore e variabili nell’esecuzione del test del DNA*, in M. Chiavario (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, Torino, 2006, p. 65 ss.

¹⁴ Per tale considerazione, ci sia consentito rinviare a C. Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 342.

¹⁵ Così, P. Felicioni, *Il regolamento della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., p. 735. Sull’argomento, tra gli altri, v. C. Bonzano, *Prova “scientifica”: le garanzie difensive tra progresso tecnologico e stasi del sistema*, in C. Conti (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011, p. 103 ss.; D. Curtotti, *Rilievi e accertamenti tecnici*, Padova, 2013, p. 196 ss.; Ead, *Indagini sulla scena del crimine ed acquisizione di dati probatori. Protocolli operativi ed utilizzabilità della prova: profili processualistici*, in M. Montagna (a cura di), *L’assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Roma, 2012, p. 90 ss.; D. Curtotti Nappi-L. Saravo, *Il volo di Icaro delle investigazioni sulla scena del crimine. Il ruolo della polizia giudiziaria*, in C. Conti (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, cit., p. 201 ss.; S. Lorusso, *L’esame della scena del crimine nella contesa processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 260 ss.

¹⁶ Sulla «necessità del mantenimento della catena di custodia e poi, in laboratorio, della tracciabilità analitica», v. U. Ricci, *Un lampo di consapevolezza nella normativa italiana: il DNA oltre la suggestione e il mito*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 752.

¹⁷ Sul punto, v. U. Ricci, *Un lampo di consapevolezza nella normativa italiana: il DNA oltre la suggestione e il mito*, cit., p. 751 s.

¹⁸ In proposito, v. P. Felicioni, *Il regolamento della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., p. 735.

Tuttavia, sembra fondamentale tenere presente che tutte le prove scientifiche – anche, quindi, quella del DNA – hanno significative limitazioni.

In definitiva, preme sottolineare come la prova genetica debba essere usata con molta cautela; non soltanto perché essa, se fosse considerata l'unico strumento di conoscenza giudiziaria, potrebbe pregiudicare l'accertamento della verità processuale; ma – soprattutto – in quanto potrebbe condurre alla condanna di persone innocenti¹⁹.

Parzialmente diversa è la disciplina dettata per la conservazione dei profili del DNA nei casi di: reperto biologico acquisito durante il procedimento penale; denuncia di persone scomparse; rinvenimento di resti cadaverici non identificati. Anche queste tipologie di dati – è bene ricordarlo – possono essere inserite, infatti, nella banca nazionale del DNA.

Con riguardo ai profili di DNA di persone scomparse o loro consanguinei, il regolamento attuativo colma un'importante lacuna: la l. 30 giugno 2009, n. 85 non precisava, infatti, il carattere volontario del prelievo, oggi espressamente previsto dall'art. 6 comma 1 reg. att.²⁰. Inoltre, vengono introdotte alcune garanzie nel trattamento dei profili biologici riferibili ai consanguinei: i relativi dati anagrafici debbono essere inseriti, da parte della polizia giudiziaria, in un sottoinsieme dell'AFIS (*Automated Fingerprint Identification System*); invece, i profili del DNA vanno conservati in un sottoinsieme della banca dati consultabile solo a fini identificativi della persona scomparsa (comma 2). Peraltro, viene stabilita la registrazione dell'operazione di prelievo, effettuato solo nel caso in cui la verifica sulla presenza di un precedente prelievo abbia dato esito negativo, nel sottoinsieme di AFIS (comma 3)²¹.

Quanto, poi, ai reperti biologici acquisiti durante il procedimento penale, essi devono essere tipizzati dai laboratori altamente specializzati delle forze di polizia o di altre istituzioni mediante un sistema informatizzato (LIMS) e poi direttamente inviati alla banca dati del DNA (art. 6, comma 4, reg. att.). Tale sistema genera automaticamente un codice (che non consente l'identificazione diretta del reperto biologico), utilizzato nelle varie fasi della tipizzazione del profilo del DNA (art. 6, comma 5, reg. att.).

Un'importante norma di garanzia è quella che obbliga a conservare l'elettroferogramma²² impiegato per estrapolare il profilo del DNA da laboratori accreditati diversi da quelli di polizia e dal laboratorio centrale (art. 6, comma 8, reg. att.). In particolare, la disposizione *de qua* consente alla difesa di controllare, almeno in un momento successivo, la correttezza dell'attività di tipizzazione.

Tuttavia, nell'art. 6 si parla esclusivamente di "reperti acquisiti nel corso di procedimenti penali"; resta, dunque, il dubbio se possano essere inseriti nella banca dati nazionale anche profili genetici appartenenti a soggetti identificati, oltre che quelli non riferibili ad alcuno²³.

(SEGUE): LA CONSULTAZIONE DEI DATI

Altre novità importanti riguardano l'attività di consultazione della banca dati del DNA. Tale attività è svolta dal personale in servizio presso i laboratori delle forze di polizia, del punto di contatto nazionale e della banca dati e si concretizza nella ricerca e nel raffronto dei profili genetici (art. 9, comma 1, reg. att.). Il regolamento in questione, dunque, non ha sciolto il nodo problematico, sul quale neanche la l. 30 giugno 2009, n. 85 ha inciso, relativo all'accesso nella banca dati da parte del difensore dell'in-

¹⁹ Sui rischi derivanti da un uso acritico della prova scientifica, v., in particolare, A. Scalfati, *La deriva scienziata dell'accertamento penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, 5, p. 149; G. Spangher, *Brevi riflessioni in tema di prova scientifica*, in C. Conti (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, cit., p. 27; P. Tonini, *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 362 ss. In questo stesso senso, già, G. Ubertis, *Attività investigative e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 6.

²⁰ Sul punto, v. P. Felicioni, *Il regolamento della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., p. 733.

²¹ P. Felicioni, *Il regolamento della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., p. 733.

²² Secondo l'art. 2, comma 2, lett. f) reg. att., per "elettroferogramma" deve intendersi «il risultato dell'analisi elettroforetica della sequenza di frammenti del DNA utilizzata per estrapolare il profilo del DNA».

²³ In proposito, P. Felicioni, *Il regolamento della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., p. 734, la quale ritiene «preferibile una lettura teleologica-sistematica: nella Banca dati debbono essere archiviati i profili da reperti soltanto se "ignoti"; in tali ipotesi, mancando l'attribuzione ad un soggetto identificato, non vi è esigenza di tutela della riservatezza». Comunque, resta un aspetto problematico della l. n. 85 del 2009 la mancanza di un divieto espresso di trasmettere alla banca dati nazionale del DNA profili appartenenti a soggetti identificati diversi dalla persona indagata o imputata: sul punto, v., volendo, C. Fanuele, *Conservazione di dati genetici e privacy: modelli stranieri e peculiarità italiane*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 122.

dagato²⁴. Era auspicabile, infatti, fosse consentito espressamente alla difesa della persona direttamente interessata del prelievo, sapere i *risultati* delle analisi e l'*uso* che ne è stato fatto²⁵.

Dalla comparazione può risultare una concordanza totale o parziale dei profili. Occorre sottolineare come i profili di DNA si possano ritenere “quasi concordanti” «solo in caso di concordanza totale di almeno sette loci dei due profili del DNA raffrontati» (art. 10, comma 9, reg. att.).

Come si è già accennato, l'individuazione d'una corrispondenza all'interno della banca dati potrebbe essere inesatto a causa di errori nei laboratori di analisi del DNA: proprio al fine di garantire l'“idoneità identificativa e di qualità dei profili”²⁶ si prevede che vengano inseriti nella banca dati soltanto i profili di DNA ottenuti con metodi accreditati a norma ISO/IEC 17025 (art. 10, comma 4, reg. att.)²⁷.

La gestione dei dati genetici avviene tramite un sistema informatizzato organizzato su due livelli: il primo è usato ai fini investigativi in ambito nazionale; il secondo è impiegato anche per le finalità di collaborazione internazionale di polizia, in conformità alle decisioni 2008/615 GAI e 2008/GAI del 23 giugno 2008²⁸, nonché di attuazione degli accordi internazionali resi esecutivi (art. 3, comma 3, reg. att.). Si specifica che il trattamento dei dati ricevuti è ammesso anche per scopi compatibili con quelli per i quali sono stati trasmessi, previa autorizzazione dello Stato membro emittente, nel rispetto della legislazione nazionale²⁹.

Sempre per tutelare l'attendibilità del dato genetico contenuto nella banca dati, si precisa che vengono inseriti al primo livello i profili del DNA «a partire da un numero di loci pari a sette»; mentre «solo i profili del DNA che hanno un numero di loci uguale o superiore a dieci sono inseriti al secondo livello» (art. 10, comma 4, reg. att.). Peraltro, è espressamente vietata la trasmissione al secondo livello della banca dati dei profili del DNA costituiti da una commistione di più profili (art. 10, comma 5, reg. att.).

In ambito nazionale, l'esito del raffronto dev'essere comunicato, per via telematica, tramite il portale della banca dati, ai laboratori delle forze di polizia che hanno inserito il profilo del DNA a fini comparativi³⁰. Si configura, dunque, un “accesso di secondo livello”, in quanto suddetti organi dovranno prima chiedere di effettuare il confronto e poi, solo se esso risulti positivo, potranno conoscere il nominativo di colui al quale appartiene il profilo.

Allo scambio di dati a fini di cooperazione internazionale di polizia provvede, invece, il Servizio per la cooperazione internazionale di polizia della Direzione centrale della polizia criminale del Dipartimento della pubblica sicurezza (art. 11, comma 1, reg. att.). La consultazione dei dati genetici è disciplinata diversamente a seconda che avvenga dall'estero verso l'Italia oppure dall'Italia all'estero³¹. Nel primo caso, la consultazione dei profili del DNA è consentita ai punti di contatto esteri, in possesso delle credenziali di autenticazione ed autorizzazione, anche per il raffronto con i profili del DNA contenuti al secondo livello della banca dati (art. 12, comma 1). Nella seconda ipotesi, la polizia giudiziaria che deve ricercare un profilo del DNA in ambito internazionale formula specifica richiesta al punto di contatto nazionale. Le banche dati estere vengono consultate tramite un'applicazione del portale della banca dati (art. 13, comma 1, reg. att.).

Occorre sottolineare come la tematica attinente alla prova del DNA – specialmente se esaminata nel-

²⁴ In proposito, secondo P. Tonini, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, cit., p. 886: «È noto che il profilo genetico è ricavato da reperti che sono posti sotto sequestro probatorio. Quindi, si tratta di dati che sono ricavati da cose sequestrate; e allora a tali oggetti si può applicare in via estensiva l'art. 233, comma 1-bis. E cioè, il difensore ha il potere di chiedere al pubblico ministero l'autorizzazione all'esame presso la Banca dati e, se la pubblica accusa rigetta la richiesta, il difensore può proporre ricorso al giudice, al quale spetta decidere».

²⁵ Così, C. Fanuele, *Conservazione di dati genetici e privacy: modelli stranieri e peculiarità italiane*, cit., p. 120.

²⁶ Per tale espressione, v. P. Felicioni, *Il regolamento della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., p. 737.

²⁷ Su tale *standard* di qualità, v., ampiamente, U. Ricci, *Un lampo di consapevolezza nella normativa italiana: il DNA oltre la suggestione e il mito*, cit., p. 746.

²⁸ In proposito, v. U. Ricci, *Un lampo di consapevolezza nella normativa italiana: il DNA oltre la suggestione e il mito*, cit., p. 744.

²⁹ Sul punto, v. P. Felicioni, *Il regolamento della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., p. 738.

³⁰ L'art. 9, comma 4, reg. att. precisa che «Le richieste di consultazione e le risposte automatizzate effettuate tramite il portale della banca dati devono contenere per le forze di polizia»: [...] «a) il riferimento normativo del reato per la motivazione; b) l'identificazione dell'ufficio richiedente e dell'operatore; c) la denominazione dell'ufficio e l'identificativo dell'Autorità giudiziaria, il numero di procedimento penale e l'anno di riferimento».

³¹ Così, P. Felicioni, *Il regolamento della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., p. 738.

la prospettiva europea – appaia di notevole attualità e per questo motivo, opportunamente, è stata affrontata dal regolamento in esame.

Resta, però, la preoccupazione che i modelli europei possano “abbassare” il livello di garanzie interne: le profonde differenze intercorrenti tra le legislazioni dei diversi Stati sulla conservazione e sull'utilizzazione dei dati genetici potrebbero pregiudicare valori quali la trasparenza e la certezza del diritto propri di ogni società democratica. Con difficoltà è stato istituito un moderno sistema procedimentale penale basato sul rispetto delle libertà fondamentali; ma esso oggi, alla luce dell'esperienza di alcuni Paesi – come quelli di *Common law* – in cui vengono utilizzati di frequente *screening di massa*³², sembra esposto al pericolo di venire “eroso” gradualmente per garantire l'efficienza e la semplificazione del processo. Di conseguenza, il regolamento attuativo della legge istitutiva della banca dati nazionale del DNA e del relativo laboratorio centrale ha disciplinato lo scambio di informazioni e le altre forme di cooperazione tra gli Stati contraenti, muovendo dalla necessità di trovare un – difficile – punto di equilibrio tra l'esigenza di contrastare il terrorismo e la criminalità internazionale e quella di salvaguardare le libertà individuali. In quest'ottica, va valutata positivamente, l'introduzione di regole precise, volte a tutelare i dati personali nell'ambito della cooperazione internazionale, che stabiliscono: a) la cancellazione dei dati ultronei, che non avrebbero dovuto essere trasmessi o rispetto ai quali è scaduto il termine massimo di conservazione (art. 16)³³; b) l'adozione di specifiche misure di sicurezza, come la registrazione delle operazioni in appositi *file di log* (art. 17); c) il controllo sulla trasmissione e ricezione dei dati personali nell'ambito della cooperazione transfrontaliera da parte del Garante, con conservazione per diciotto mesi delle risultanze del controllo (art. 18).

(SEGUE): LA CANCELLAZIONE DEI DATI E LA DISTRUZIONE DEI CAMPIONI BIOLOGICI

Come ha, più volte, ribadito il Comitato dei Ministri del Consiglio europeo e il Garante per la protezione dei dati personali, l'archivio per i profili del DNA deve uniformarsi a due principi fondamentali: quello dello *scopo* e quello della *proporzionalità*³⁴. Il primo criterio, già seguito dalla l. 30 giugno 2009, n. 85, è stato ribadito dal corrispondente regolamento attuativo che consente di verificare l'efficacia degli strumenti predisposti dal legislatore per garantire l'uso dei dati genetici archiviati solo per fini di identificazione penale, nonché per finalità di collaborazione internazionale di polizia. Il secondo canone (quello, cioè, della proporzionalità) è stato, invece, rispettato solo in parte dalla l. n. 85 cit. che, pur essendo condivisibile nei principi ispiratori e nel suo contenuto complessivo, presentava alcuni aspetti problematici, con particolare riferimento alla tutela del diritto alla *privacy*, quanto al termine di conservazione dei campioni biologici e dei profili di DNA. Quello stabilito dalla l. n. 85 era, infatti, il più lungo tra i Paesi europei (insieme a quello francese che, però, ha una banca dati di dimensione molto limitata)³⁵. Ebbene, in proposito, occorre subito evidenziare come il regolamento in esame – rispetto alla l. n. 85 cit. – contenga importanti aspetti innovativi.

Innanzitutto, il testo normativo *de quo* abbrevia i termini di conservazione dei profili di DNA ottenuti dalle persone soggette a restrizione della libertà personale (che sono considerate a rischio di recidiva) e dei relativi campioni biologici: i primi sono custoditi di regola per trenta anni decorrenti dalla data dell'ultima registrazione (art. 25 comma 1), anziché per quaranta anni, come prescriveva la l. n. 85 del 2009 (v. art. 13 comma 4). Tuttavia, il termine di conservazione si amplia fino a quarant'anni nei casi, tassativamente previsti, di particolare gravità del reato e di presunta pericolosità del condannato: nello specifico, si tratta delle ipotesi in cui il profilo del DNA si riferisce a persone condannate con sentenza irrevocabile per uno o più reati per i quali la legge prevede l'arresto obbligatorio in flagranza, o per ta-

³² Sull'argomento, ci sia consentito rinviare a C. Fanuele, *Banche dati genetiche: modelli stranieri e peculiarità italiane*, in A. Scarcella (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 306 ss.

³³ Occorre ricordare che la Corte europea (Corte e.d.u., Grande Camera, sent. 4 dicembre 2008, n. 880, *S. et Marper c. Royame uni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 345) ha riconosciuto espressamente all'interessato il “diritto all'oblio”, cioè, la facoltà di domandare ed ottenere che i suoi dati genetici vengano cancellati quando sono scaduti i termini massimi di conservazione o quando la conservazione non è più necessaria rispetto allo scopo per cui i dati sono stati utilizzati.

³⁴ Sul punto, v. C. Fanuele, *Conservazione di dati genetici e privacy: modelli stranieri e peculiarità italiane*, cit., p. 118.

³⁵ Sull'argomento, v., volendo, C. Fanuele, *Banche dati genetiche: modelli stranieri e peculiarità italiane*, in A. Scarcella (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., p. 315 ss.

luno dei gravi reati di cui all'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p., ovvero nel caso in cui sia stata ritenuta la recidiva in sede di emissione della sentenza di condanna (art. 25, comma 2, reg. att.). Inoltre, al fine di evitare la conservazione nella banca dati e nel laboratorio centrale di più profili di DNA e più campioni biologici appartenenti alla medesima persona, nel caso in cui venga individuata una corrispondenza tra il profilo del DNA ottenuto da reperto e quello ricavato da un campione, si stabilisce che venga conservato solo il profilo genetico acquisito dal campione biologico (art. 25, comma 4, reg. att.).

Un'altra novità significativa attiene alla conservazione dei campioni biologici: l'art. 24 del regolamento in esame prescrive che il DNA estratto da questi, dopo essere stato tipizzato, venga distrutto; il personale di laboratorio che ha effettuato le relative operazioni deve verbalizzarle (comma 1). La parte di campione biologico non utilizzata e il secondo campione di riserva sono conservati per otto anni (comma 3); una volta decorso tale termine, il personale abilitato presso il laboratorio centrale deve distruggere anche questi campioni, previa verbalizzazione delle operazioni (comma 4).

Quanto alle modalità per la cancellazione dei profili di DNA e la distruzione dei relativi campioni biologici, il provvedimento in questione detta una disciplina articolata basata non soltanto sul criterio dell'utilità della conservazione, ma anche su quello dell'*adeguatezza, pertinenza e ragionevolezza* rispetto allo scopo ricercato.

Innanzitutto, con riferimento alle informazioni genetiche acquisite dai soggetti ristretti nella libertà personale, sono previsti diversi motivi di "estromissione" dalla banca dati e dal laboratorio centrale riconducibili a quelli individuati dall'art. 13 l. 30 giugno 2009, n. 85. Si tratta delle ipotesi in cui le operazioni di prelievo siano state compiute in violazione delle modalità di cui all'art. 9 della legge medesima, oppure a seguito di assoluzione con sentenza definitiva perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso, perché il fatto non costituisce reato o perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, nonché dei casi in cui sia scaduto il termine massimo stabilito per la conservazione.

In particolare, qualora le operazioni di prelievo siano state eseguite illegittimamente, la forza di polizia che non ha ancora inviato i campioni biologici al laboratorio, procede d'ufficio, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, alla loro distruzione (art. 31, comma 1, reg. att.). Invece, nel caso in cui tali campioni siano già stati inviati al laboratorio per la tipizzazione, il personale in servizio presso di questo esegue la cancellazione del profilo di DNA inserito nella banca dati e la distruzione dei campioni biologici (art. 13, comma 2, reg. att.).

Inoltre, nelle ipotesi di sentenza definitiva di assoluzione con formula ampiamente liberatoria, la cancellazione dei profili e la distruzione dei relativi campioni viene disposta sempre d'ufficio, in base alle modalità stabilite con apposito decreto dei Ministri dell'interno e della giustizia, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del regolamento (art. 29, comma 1). Questa disposizione mira a garantire l'osservanza del principio secondo cui la limitazione della *privacy* è ammessa *solo se è davvero indispensabile*.

Peraltro, l'art. 13 comma 2 l. n. 85 cit. ha disposto la cancellazione d'ufficio dei profili genetici e la distruzione dei relativi campioni a seguito di identificazione del cadavere o di resti cadaverici, nonché del ritrovamento di persone scomparse. In queste ipotesi, dette operazioni sono svolte dal personale del laboratorio delle forze di polizia che ha proceduto all'identificazione del cadavere oppure al ritrovamento di resti cadaverici o della persona scomparsa (art. 30 reg. att.). In proposito, occorre sottolineare come, opportunamente, si sia riconosciuta ai consanguinei che abbiano acconsentito al prelievo e alla tipizzazione del DNA per la ricerca di una persona scomparsa la facoltà di chiedere, in ogni tempo, alla Direzione centrale della Polizia criminale del Ministero dell'interno la cancellazione del proprio profilo genetico dalla banca dati (art. 33 reg. att.).

Ulteriore "clausola di garanzia" concernente tutti e tre i casi di cancellazione dei dati menzionati è quella che prevede la verbalizzazione delle operazioni e la comunicazione della sequenza alfanumerica che individua il campione (c.d. codice prelievo) all'AFIS – affinché questo proceda all'aggiornamento del dato – da parte del personale in servizio presso il laboratorio centrale o presso il laboratorio delle forze di polizia oppure altro laboratorio di elevata specializzazione³⁶.

Infine, l'art. 32 reg. att. stabilisce la cancellazione dei profili di DNA e la distruzione dei relativi campioni acquisiti da soggetti ristretti nella libertà personale dopo la scadenza dei termini massimi di conservazione stabiliti dall'art. 25 dello stesso regolamento. In questa ipotesi, il profilo del DNA è au-

³⁶ Sul punto, v. P. Felicioni, *Il regolamento della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., p. 741.

automaticamente cancellato dalla banca dati, tramite una specifica applicazione informatica (comma 1). L'archivio genetico comunica il "codice prelievo", per via telematica, innanzitutto, al sistema AFIS, così da consentire a quest'ultimo di aggiornare il dato relativo al prelievo (comma 2); poi, al laboratorio centrale, in modo tale che questo provveda alla distruzione dei relativi campioni biologici (comma 3).

In proposito, però, pare condivisibile l'opinione secondo cui la disciplina contenuta nell'art. 32 cit. sarebbe applicabile in tutti i casi di decorso dei termini di conservazione, indipendentemente dalla circostanza che la tipizzazione dei profili riguardi il DNA ottenuto da un campione biologico o quello ricavato da un reperto durante un procedimento penale. Tale opinione si basa sul fatto che, rinviando l'art. 32 all'art. 13 comma 4 l. n. 85 del 2009 (che si riferisce ad "ogni altro caso" di distruzione dei campioni biologici), la sua regolamentazione si estende a fattispecie ulteriori rispetto a quella espressamente prevista³⁷.

RILIEVI CONCLUSIVI

A questo punto, s'impongono alcune riflessioni di carattere più generale sul contenuto del regolamento che si è esaminato.

Ebbene, tale regolamento ha introdotto una disciplina specifica con riferimento alle modalità di prelievo del DNA, alla gestione, tipizzazione, conservazione e cancellazione dei profili genetici; nonché alle modalità di trattamento e di accesso per via informatica ai dati raccolti nell'archivio genetico e nel laboratorio centrale, per garantire sia l'attendibilità dei dati che la riservatezza dei soggetti cui questi appartengono.

In particolare, nelle disposizioni finali, vengono riconosciuti agli interessati una serie di diritti finalizzati al controllo sull'uso dei propri dati personali. In questo senso, il regolamento in questione non mira soltanto a tutelare il diritto alla riservatezza, ma anche quello all'autodeterminazione informativa³⁸, ossia a conoscere, passaggio dopo passaggio, "che fine fanno" le proprie informazioni personali. L'art. 33 reg. att. attribuisce, infatti, agli interessati il diritto di chiedere alla Direzione centrale della polizia criminale se nella banca dati del DNA esistano dati personali che li riguardano; esperiti i necessari accertamenti, la Direzione dovrà rispondere entro trenta giorni. La stessa Direzione può omettere di provvedere alla richiesta di cancellazione dei dati trattati in violazione di legge quando «ciò può pregiudicare azioni od operazioni a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica o di prevenzione e repressione della criminalità», dandone informazione al Garante per la protezione dei dati personali. L'interessato può anche chiedere che il suo accesso alla banca dati risulti nella banca dati stessa, nei casi in cui i dati debbano essere trasmessi ad autorità estere. Inoltre, – come si è già ricordato – i consanguinei che abbiano consentito al prelievo e alla tipizzazione del DNA per finalità di ricerca di una persona scomparsa possono sempre chiedere ed ottenere la cancellazione dalla banca dati.

Peraltro, pare di fondamentale importanza la scelta compiuta dal regolamento *de quo* di creare più banche dati, contenenti informazioni tra loro distinte. In altri termini, la predisposizione di due archivi separati, uno con i dati genetici ed un altro con quelli anagrafici (AFIS) della singola persona dovrebbe render più difficile ad un eventuale *hacker* d'impossessarsi di entrambe le specie di informazioni³⁹. E ancora, occorre sottolineare come si siano resi identificabili i responsabili della banca dati (Direttore del Servizio per il sistema informativo interforze della Direzione centrale della polizia criminale del Dipartimento PS) e del laboratorio centrale (Direttore dell'Ufficio del laboratorio centrale presso il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria), anche ai fini del trattamento dei dati in base al "Codice sulla *privacy*" (d.lgs. n. 196 del 2003).

Altrettanto condivisibile pare la scelta di abbreviare i termini di conservazione dei profili di DNA ottenuti dalle persone soggette a restrizione della libertà personale e dei relativi campioni biologici: si è operato, infatti, un bilanciamento più efficace tra il diritto alla *privacy* e le esigenze di protezione della

³⁷ Così, P. Felicioni, *Il regolamento della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., p. 742.

³⁸ Sull'argomento, tra gli altri, v. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 20; M. Bonetti, *Riservatezza e processo penale*, Milano, 2003, p. 3 ss.; D. Caldirola, *Il diritto alla riservatezza*, Padova, 2006, p. 2 ss.; A. Cerri, *Riservatezza (diritto alla) II* *Diritto comparato*, in *Enc. giur.*, XXXVII, Roma, 1991, p. 3 ss.; P. Patrono, *Privacy, e vita privata (dir. pen.)*, in *Enc. giur.*, XXXV, Roma, 1986, p. 558.

³⁹ In questi termini, C. Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 328.

collettività. Al riguardo, è stato anche precisato il *dies a quo* di tale termine, oggi individuato nella “data dell’ultima registrazione”, anziché nell’“ultima circostanza che ne ha determinato l’inserimento”; si è trattato di un chiarimento opportuno, data l’ambiguità dell’espressione precedentemente utilizzata dalla l. n. 85 del 2009 (all’art. 13, comma 4)⁴⁰.

Inoltre, si è fissato un termine nuovo relativo al periodo di conservazione del secondo campione di riserva e della parte di campione non utilizzato.

Queste regole, sebbene risultino, senz’altro, apprezzabili, si configurano, però, come un intervento soltanto parziale: con maggiore coerenza e determinazione, si sarebbe potuto prevedere, infatti, la conservazione *soltanto della sequenza alfanumerica* che individua il campione, anziché quest’ultimo nella sua integralità⁴¹. Si trattava di una scelta dalle forti implicazioni: con il codice digitale si può solo identificare la persona, mentre il campione permette, anche, ad esempio, di risalire alle origini etniche o di svelare malattie ereditarie. Elementi che possono originare – per l’appunto – svariate forme di discriminazioni. La ragione principale per cui vengono conservati i campioni di DNA è la previsione che, con il progredire della scienza, gli operatori saranno in grado d’individuare, sempre più agevolmente, un numero consistente di profili, usando parti del genoma differenti rispetto a quelle oggi utilizzate. Ma proprio questa prospettiva rafforza la convinzione della maggiore opportunità di conservare solo i profili di DNA. Del resto, il Trattato di Prüm, a cui ha aderito l’Italia, si esprime in questo senso.

Sotto il profilo funzionale, poi, per assicurare *l’attendibilità del risultato* ottenuto tramite la *ricerca nella banca dati del DNA*, sarebbe stato opportuno che: *a)* i laboratori incaricati dell’analisi genetica fossero appartenuti ad organismi indipendenti e non alle forze dell’ordine; *b)* si fosse previsto espressamente che ogni campione raccolto sul luogo del delitto venisse inviato direttamente a tali laboratori per l’analisi, senza l’intervento di intermediari; *c)* se possibile, una porzione di ogni campione venisse riservata alla difesa per una controperizia; *d)* i profili del DNA fossero computerizzati e inseriti in un archivio nazionale o internazionale, indipendente dalle forze dell’ordine.

Quanto alla distruzione del materiale biologico acquisito all’esito della perizia eseguita ai sensi dell’art. 224-*bis* c.p.p., il regolamento in questione non ha modificato la disciplina di cui all’art. 72-*quater* norme att. c.p.p. (introdotta dall’art. 29 l. 85 del 2009) che obbliga il giudice a disporre la distruzione dei campioni «salvo che non ritenga la conservazione assolutamente indispensabile».

La disposizione si presta a due rilievi critici. Innanzitutto, è rimessa alla discrezionalità del giudice la scelta se conservare o non il campione (e l’espressione “assolutamente indispensabile” potrebbe essere interpretata estensivamente da una giurisprudenza solitamente incline ad ampliare i poteri probatori dell’autorità giurisdizionale). Qualora poi il giudice procrastinasse la distruzione – poiché il legislatore nulla dispone al riguardo – si porrebbe il problema di *dove* e *come* custodire tale campione. Inoltre, l’art. 72-*quater* cit. prevede la *distruzione del campione* e non già la *cancellazione del dato*⁴²; quindi, quest’ultimo potrebbe “circolare liberamente” in altri procedimenti (una volta che l’“informazione” genetica è confluita nel verbale attestante lo svolgimento dei prelievi e degli accertamenti coattivi tale documentazione potrebbe essere utilizzata secondo le regole degli artt. 238 e 403 c.p.p.)⁴³, ma anche al di fuori dell’ambito processuale, per scopi diversi da quelli previsti⁴⁴.

Infine, occorre evidenziare come, con riguardo alla disciplina transitoria, l’art. 35 reg. att. preveda che i profili del DNA già acquisiti nel corso di procedimenti penali vengano inseriti nel primo livello della banca dati nazionale del DNA, se relativi a soggetti ristretti nella libertà personale. Nelle more dell’inserimento, che dovrà rispettare alcuni requisiti tecnici, i profili conservati dalle forze di polizia possono essere utilizzati a fini investigativi in ambito nazionale, previa autorizzazione dell’autorità giudiziaria. Non si è, dunque, disciplinata, puntualmente, la sorte degli attuali archivi e banche dati

⁴⁰ In proposito, v. C. Fanuele, *Conservazione di dati genetici e privacy: modelli stranieri e peculiarità italiane*, cit., p. 119.

⁴¹ Così, C. Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., p. 326.

⁴² C. Fanuele, *Conservazione di dati genetici e privacy: modelli stranieri e peculiarità italiane*, cit., p. 122.

⁴³ In proposito, v. C. Conti, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e “sanzioni processuali”: il punto sulla perizia coattiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1004. Sull’argomento, v., anche, F. Casasole, *La conservazione dei campioni biologici e di profili del DNA nella legge italiana alla luce del dibattito europeo*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 445.

⁴⁴ Sul punto, v. S. Quattrocchio, *I risvolti delle novelle in tema di prelievi coattivi: raccolta di campioni su incapaci; verbalizzazione delle operazioni; distruzione dei campioni*, in L. Marafioti-L. Luparia (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 334 ss.

appartenenti a forze di polizia, al fine di assicurare che non restino attivi per nuove attività e non duplicino dati una volta trasferiti i profili alla banca dati nazionale, anche in riferimento a tutti i profili di DNA comunque già detenuti.

Ad ogni modo, sarebbe auspicabile che le banche dati diverse da quella nazionale adottassero almeno le misure di sicurezza minime previste dal “Codice sulla *privacy*”⁴⁵.

Pare incontestabile, infatti, che, oggi, un sistema di tutela efficace del diritto alla riservatezza si possa attuare solo assicurando ad ogni individuo che i dati genetici da lui ricavati saranno utilizzati davvero soltanto *per fini d’identificazione personale*. Tuttavia, è necessario essere consapevoli del fatto che, in questa materia, la ricerca d’una soluzione di compromesso tra la tutela del diritto inviolabile della persona alla *privacy* e l’esigenza di tutelare la collettività comporta, inevitabilmente, una difesa del diritto alla riservatezza finalizzata *solo a ridurre il coefficiente di rischio* inerente al trattamento *lecito* dei dati genetici.

⁴⁵In questi termini, P. Felicioni, *Il regolamento della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, cit., p. 742.

SIMONA ARASI

Cultore di procedura penale – Università degli Studi di Messina

Per uno spazio giuridico europeo irrobustito dai diritti processuali: mandato di arresto europeo e reciproco riconoscimento delle decisioni *in absentia*

A European legal area with a view to strengthening the procedural rights: European Arrest Warrant and mutual recognition of decisions rendered in absentia

Nella prospettiva di creazione di uno spazio giuridico di libertà, sicurezza e giustizia, il legislatore europeo ha dettato, nel corso degli ultimi anni, regole minime in materia di garanzie procedurali da innestare nel tessuto delle legislazioni nazionali e regole sensibili ai bisogni di tutela della difesa nelle procedure di cooperazione. Emblematici risultano gli interventi a tutela del soggetto sottoposto a procedimento penale nel caso di mandato di arresto europeo emesso dall'autorità giudiziaria straniera per l'esecuzione di un provvedimento applicativo di pene detentive o misure privative della libertà pronunciato in assenza dell'interessato al processo. La ricerca di conformarsi ai canoni dettati dal principio del *fair trial* spesso, però, osta con l'obiettivo di armonizzazione.

In a perspective to creating a legal area of freedom, security and justice, in recent years, the European legislator dictated minimum rules on procedural guarantees to be grafted into the structure of national laws and sensible rules to needs of protection of the defense in cooperation procedures. The interventions to protect the person who is subject to criminal proceeding in the case of the European arrest warrant, issued by the foreign judicial authority for the execution of a decision inflicting imprisonment or measures involving deprivation of liberty pronounced in the absence of the accused person, are emblematic. The research to conform with the rules dictated by the principle of fair trial often, however, contrasts with the objective of harmonization.

PREMESSA

Al fine di realizzare l'ambizioso disegno di creazione di uno spazio giuridico europeo, il legislatore si è occupato anche del complesso tema dei rapporti tra la disciplina della consegna in forza di un mandato di arresto europeo, emesso dall'autorità giudiziaria straniera per l'esecuzione di un provvedimento applicativo di pene detentive o misure privative della libertà pronunciato in assenza dell'interessato al processo, da un lato; e la disciplina del mutuo riconoscimento delle sentenze penali straniere, dall'altro.

Il tema delle garanzie difensive nel procedimento penale risulta strettamente connesso con le dinamiche della cooperazione giudiziaria e, in particolare, con la tematica qui oggetto di approfondimento. Se l'esigenza di apprestare delle adeguate tutele all'individuo è già particolarmente avvertita nell'ambito dell'ordinamento nazionale, essa assume maggior rilievo all'interno delle procedure transnazionali, in cui l'intervento dei poteri repressivi è realizzato da organi giudiziari di diversi Stati membri e attraverso l'intersecarsi di strumenti che spesso (mal) interagiscono fra loro¹.

Il divario esistente fra differenti modelli di garanzia apprestati dai Paesi membri ha rallentato la creazione di un sistema di cooperazione efficiente, evidenziando la necessità di armonizzare gli ordi-

¹T. Rafaraci, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, in T. Rafaraci (a cura di) *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 120 ss.

namenti². Tali “decelerazioni” sono, molte volte, frutto dell’erroneo presupposto che gli Stati membri apprestano, nel complesso, una giustizia penale efficace ed equa dalla quale “dovrebbe” scaturire il reciproco affidamento fra le autorità giudiziarie e, quindi, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni³.

In assenza di un’integrazione normativa minima tale fiducia rappresenta un obiettivo da perseguire e non un risultato effettivamente raggiunto⁴.

Il mandato di arresto europeo costituisce il primo e più importante strumento preordinato a realizzare tra gli Stati membri dell’Unione europea quel principio del mutuo riconoscimento considerato, fin dal 1999⁵, come matrice fondante della cooperazione giudiziaria⁶, nonché architrave della costruzione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia⁷, nell’indispensabile rispetto dei diritti fondamentali e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri⁸. La sua progressiva applicazione ai più diversi settori della cooperazione giudiziaria penale ha condotto alla sua “costituzionalizzazione”, negli artt. 67, paragrafo 4, 81, paragrafo 1, e 82, paragrafo 1, T.F.U.E.⁹, divenendo un «ordine categoriale dei rapporti di cooperazione tra gli Stati membri dell’U.E.»¹⁰. Lo spazio europeo, infatti, tende sempre più ad identificarsi in un’area di libera circolazione dei provvedimenti giudiziari, in cui il *decisum* espresso dall’autorità di uno Stato viene riconosciuto negli ordinamenti degli altri Stati membri ed eseguito sul loro territorio senza la necessaria conversione in un corrispondente titolo giudiziario nazionale¹¹.

L’istituto del mutuo riconoscimento, quale veicolo *extra* territoriale, tenta di superare la componente discrezionale che caratterizza, tra l’altro, la procedura di estradizione, conducendo a meccanismi automatici di esecuzione dei provvedimenti giudiziari.

Ai fini di una migliore comprensione della materia, non si può prescindere da una, pur breve, ricostruzione del quadro in cui si colloca lo strumento comunitario del mandato di arresto europeo, soffermandosi in particolare sulle ipotesi di esecuzione di provvedimenti pronunciati in assenza dell’imputato e sui possibili conflitti tra principi e diritti costituzionalmente e/o convenzionalmente garantiti, in un’ottica di rafforzamento delle tutele difensive nei procedimenti *in absentia*.

²F. Siracusano, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *Arch. pen.*, 3, p. 1 ss.

³Tale considerazione emerge anche nella Relazione della Commissione avente ad oggetto l’attuazione della decisione quadro sul mandato di arresto europeo dell’11 aprile 2011, in <http://europa.eu>.

⁴Più sistemi normativi finiscono con il sovrapporsi, generando, per l’interprete, delicati problemi che non trovano, nel recente panorama giurisprudenziale, soluzioni sempre uniformi. L’operatività del principio del mutuo riconoscimento viene garantito dall’elevato livello di fiducia tra gli Stati membri in virtù della «comparabilità e adeguatezza delle garanzie previste da ciascun sistema nazionale, in conformità ai parametri comuni fissati dai Trattati, nonché in relazione ai principi fondamentali sanciti dalla Cedu e dalla Carta di Nizza. La fiducia, che “non è un dogma assoluto, ma andrebbe coltivata sulla base di un’integrazione normativa almeno minimale”, si pone quale presupposto irrinunciabile per un’integrazione». Cfr. S. Allegrezza, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello Spazio giudiziario europeo* in T. Rafaraci (a cura di), *L’area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, p. 291 ss.; I. Izzo, *Spazio europeo di giustizia e Cooperazione giudiziaria*, in L. Kalb (a cura di), *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale*, Torino, 2012, p. 115 ss.; L. Camaldo, *Reciproco riconoscimento e sentenze pronunciate in assenza dell’imputato*, in D. Vigoni (a cura di), *Il giudizio in assenza dell’imputato*, Torino, 2014, p. 74.

⁵Il principio del mutuo riconoscimento è stato evocato per la prima volta in occasione del Consiglio europeo di Cardiff del 15-16 giugno 1998 e definito nel punto 33 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 16 ottobre 1999 come «il fondamento della cooperazione giudiziaria nell’Unione, tanto in materia civile quanto in materia penale».

⁶Secondo autorevole dottrina «il principio di mutuo riconoscimento è l’autentica ‘pietra angolare’ della cooperazione giudiziaria nell’Unione». Cfr. F. Caprioli, *Cooperazione giudiziaria e processo in absentia*, in T. Rafaraci (a cura di), *L’area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio tra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, cit., p. 391.

⁷Titolo V T.F.U.E.

⁸F. Siracusano, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 118.

⁹L’art. 82, par. 1, T.F.U.E. prevede che «La cooperazione giudiziaria in materia penale nell’Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie».

¹⁰G. De Amicis, *All’incrocio tra diritti fondamentali, mandato d’arresto europeo e decisioni contumaciali: la corte di giustizia e il “caso Melloni”*. Un commento a margine della sentenza Melloni della Corte di Giustizia, in www.penalecontemporaneo.it, 7 giugno 2013, p. 1 ss.

¹¹Il mutuo riconoscimento comporta il recepimento tendenzialmente incondizionato delle decisioni pronunciate dai giudici nazionali. Secondo autorevole dottrina «il giudice dello Stato membro richiesto di riconoscere e dare esecuzione alla decisione pronunciata dall’autorità giudiziaria dello Stato membro emittente è tenuto a farlo con formalità minime e con limitati motivi di diniego». Cfr. J. R. Spencer, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, p. 235.

LE SOLUZIONI PER IL PROCEDIMENTO *IN ABSENTIA* PREVISTE DALLA DECISIONE QUADRO 2002/584/GAI

Con la Decisione quadro 2002/584/GAI, istitutiva del mandato di arresto europeo, si assiste, come accennato, alla prima concretizzazione, nel settore dell'esecuzione delle sentenze penali, del principio del riconoscimento reciproco¹². Diversamente da quanto accade con il procedimento estradizionale, la decisione quadro citata ha semplificato i rapporti di cooperazione giudiziaria tra gli Stati dell'Unione, attraverso la reciproca fiducia nella capacità di assicurare un adeguato livello di garanzie alle persone sottoposte a procedimento penale¹³. Con il mandato di arresto europeo la procedura di consegna è stata definitivamente svincolata dalla discrezionalità dell'esecutivo per consegnarla al contatto diretto tra autorità giudiziarie. L'atto conclusivo di tale istituto, infatti, integra le forme di un provvedimento giudiziario¹⁴, che rientra nel *genus* dell'eurordinanza. Non è prevista alcuna particolare procedura formale al fine del riconoscimento del provvedimento da eseguire. Si tratta, dunque, di un atto distinto ed autonomo dal provvedimento coercitivo emesso nel procedimento penale interno. A dover circolare è il mandato d'arresto in quanto tale, ossia il formulario codificato nell'Annesso alla decisione quadro. Sul punto si rammenti che la decisione quadro non prevede la trasmissione del provvedimento interno.

I provvedimenti *de libertate* emessi in ciascuno Stato membro sono riconosciuti "a monte"¹⁵. Ne consegue che si può deliberare sulla consegna in virtù della mera indicazione dell'esistenza del provvedimento *a quo* (sentenza esecutiva, mandato d'arresto o qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva dotata della stessa forza) e di altre sintetiche informazioni, tassativamente indicate nell'art. 8, paragrafo 1, della decisione quadro (natura e qualificazione giuridica del reato; descrizione delle circostanze della sua commissione; pena inflitta, ecc.).

È palese, allora, la centralità del principio del reciproco riconoscimento, come meglio si specificherà nel prosieguo¹⁶. Ovviamente, non si può non rammentare l'esistenza di un'ampia diversità di modelli processuali adottati nei vari Paesi membri, ciascuno caratterizzato da un proprio *standard* di tutela dell'imputato. Con specifico riguardo alle sentenze contumaciali, bisogna evidenziare che esse hanno sempre rappresentato un fattore problematico per il buon andamento della cooperazione giudiziaria internazionale¹⁷. Con la Risoluzione n. 11 del 21 maggio 1975 il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha dettato un punto fermo attraverso la previsione di "regole minime" sui criteri da seguire nei giudizi in assenza dell'imputato¹⁸. Alla presenza dell'imputato in udienza viene attribuita un'importanza indefettibile sia per la tutela del diritto di difesa in tutte le sue sfaccettature – *in primis* relativamente al diritto dell'imputato di essere ascoltato – sia per un corretto accertamento dei fatti¹⁹.

¹² Nel manuale europeo sull'emissione del mandato di arresto si legge testualmente che la Decisione quadro istitutiva «riflette la filosofia d'integrazione in uno spazio giudiziario comune e comporta una nuova forma di cooperazione basata sulla fiducia reciproca tra Stati membri» (§1.1) che si «prefigge come scopo una consegna tempestiva e rapida» (Introduzione). Cfr. Il Manuale, datato 18 giugno 2008, pubblicato in E. Zanetti, *Il mandato di arresto europeo e la giurisprudenza italiana*, Milano, 2009, p. 144.

¹³ Il Consiglio e la Commissione individuavano il fondamento del mandato in un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri, derivante dalla "comparabilità" e "adeguatezza" delle garanzie offerte dai rispettivi sistemi penali, in virtù dei comuni parametri derivanti dai principi enunciati nell'art. 6 T.U.E. In tal modo venivano garantite le disposizioni del Trattato di Amsterdam relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia adottata dal Consiglio GAI il 3 dicembre 1998.

¹⁴ Art. 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002.

¹⁵ G. De Amicis, voce *Mandato di arresto europeo*, in *Libro dell'anno del diritto*, Istituto della *Enciclopedia italiana*, Roma, Treccani, 2012, *passim*; A. Scalfati, *Il mandato d'arresto europeo*, a cura di G. Pansini e A. Scalfati, Napoli, 2005, *passim*.

¹⁶ Una tecnica simile è stata adottata dall'art. IV.1 della Costituzione statunitense per organizzare i rapporti che legano fra loro gli Stati federati: tale norma dichiara che in ogni Stato membro «saranno attribuiti piena fiducia e pieno credito agli atti, ai documenti pubblici e ai procedimenti giudiziari degli altri Stati membri» (clausola *full faith and credit*).

¹⁷ Parte della dottrina ritiene che «sulle frequenze del processo contumaciale è spesso venuta meno la sintonia fra Stati membri ed è sorto un cortocircuito della cooperazione in materia penale»: F. Caprioli, *Cooperazione giudiziaria e processo in absentia*, cit., p. 391.

¹⁸ La Risoluzione n. 11 del 21 maggio 1975 è pubblicata in *Indice pen.*, 1976, p. 538 ss. In dottrina cfr. G. Ubertis, *Il dibattimento senza imputato nella prospettiva internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 765 ss.; D. Vigoni, *Giudizio senza imputato e cooperazione internazionale*, Padova, 1992, p. 46.

¹⁹ Il diritto a partecipare personalmente al processo non figurava tradizionalmente tra le garanzie riconosciute alla persona sottoposta a una procedura internazionale di consegna estradizionale. La Convenzione europea di estradizione del 1957 del Consiglio d'Europa nulla prevedeva al riguardo. Con il II Protocollo addizionale del 1978 fu espressamente previsto relativamente alle procedure *in absentia*, sebbene in via compromissoria e minimalista. Lo Stato richiesto avrebbe potuto discrezionalmente rigettare una richiesta di consegna diretta all'esecuzione di una pena o un'ordinanza detentiva resa mediante una proce-

Secondo quanto statuito dalla Risoluzione, il processo non può essere celebrato in assenza dell'imputato se tale assenza è riconducibile alla mancata effettiva conoscenza della *vocatio in ius* ovvero ad una situazione di irreperibilità volontaria. In altri termini, un processo senza imputato può essere celebrato solo nel caso in cui quest'ultimo sia stato raggiunto da citazione contenente le conseguenze dell'eventuale assenza dell'imputato e notificata in tempo utile a consentirgli di comparire e di preparare la sua difesa (regole 1 e 2). Inoltre, qualora il giudice ritenga che la comparizione personale dell'imputato sia indispensabile o che sussistano motivi per credere che quest'ultimo sia stato nell'impossibilità di comparire, pur in presenza di regolare citazione, dovrebbe ordinare il rinvio dell'udienza (regola 3). L'assunzione delle prove nel processo *in absentia* dovrebbe avvenire nelle forme ordinarie, garantendo al difensore dell'imputato di intervenire in giudizio (regola 5). Inoltre, salvo l'accertata volontaria sottrazione alla giustizia, la decisione pronunciata in assenza deve essere notificata all'imputato, con facoltà di quest'ultimo di impugnarla con tutti i mezzi di gravame previsti dall'ordinamento e con decorrenza dei termini dall'effettiva conoscenza della decisione (regole 6 e 7). Qualora la persona giudicata in assenza non sia stata regolarmente citata è previsto uno specifico mezzo di gravame per far accertare la nullità della decisione. Diverso è il caso in cui la citazione sia stata regolare ma l'imputato provi che la sua assenza sia stata dovuta a causa indipendente dalla sua volontà: in tale ipotesi ha diritto ad un nuovo giudizio (regole 8 e 9)²⁰.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, pur ribadendo reiteratamente che il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo costituisce una componente essenziale della nozione di *fair trial* di cui all'art. 6 Cedu, ha fornito un'interpretazione particolarmente rigorosa rispetto alle procedure estradizionali. Solo una violazione tanto «grave da determinare l'annullamento o la distruzione della vera essenza dei diritti garantiti dalla norma convenzionale» configurerebbe una lesione dell'art.6 Cedu²¹.

Le difficoltà emerse sul tema già in ambito estradizionale²² si sono accentuate con l'adozione della Decisione quadro 2002/584/GAI. Il legislatore ha tentato di raggiungere il difficile bilanciamento tra l'esigenza di assicurare il rispetto delle garanzie difensive e quella di favorire un'efficace attuazione del mandato d'arresto, in un contesto di disomogeneità normativa tra i singoli ordinamenti nazionali²³. In una logica di semplificazione delle procedure in funzione acceleratoria, il legislatore ha previsto dei motivi obbligatori di rifiuto unitamente a dei più numerosi motivi facoltativi; l'ipotesi dell'esecuzione di una sentenza contumaciale non rientrava, però, in nessuno di essi. Piuttosto, secondo la disciplina originaria, l'*absentia* costituiva causa di condizionamento all'esecuzione del mandato di arresto europeo²⁴. In altri termini, se il mandato d'arresto europeo fosse stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata "*in absentia*"²⁵, senza che

dura *in absentia*, anche solo qualora avesse ritenuto non soddisfatti i requisiti minimi del diritto di difesa. Il Paese richiesto avrebbe comunque dovuto ottemperare all'istanza estradizionale, se lo Stato rogante avesse offerto garanzie sufficienti ad assicurare alla persona il diritto a un nuovo giudizio. Cfr. S. Ruggeri, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 settembre 2015, p. 147 ss.

²⁰ Il punto 9 della Risoluzione dispone che «la persona giudicata in sua assenza, ma regolarmente citata, ha diritto di essere giudicata di nuovo, nelle forme ordinarie, se essa prova che la sua assenza ed il fatto che non abbia potuto preavvertire il giudice sono dovuti ad una causa indipendente dalla sua volontà».

²¹ Corte e.d.u., sent. 1 marzo 2006, Sejdovic c. Italia, in <http://www.dirittiuomo.it>; Corte e.d.u., sent. 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3797.

²² A. Mangiaracina, *L'esecuzione condizionata della richiesta di estradizione e le assicurazioni offerte dal nostro sistema processuale nell'ipotesi di condanna in absentia*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1310; M. Pisani, *Contumacia, restituzione in termini, estradizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 504.

²³ La dottrina unanime evidenzia il prevalente carattere repressivo e di difesa sociale, con conseguente scarsa attenzione ai diritti dell'imputato/indagato, che ha sempre informato gli strumenti europei in materia di processo penale (almeno fino all'adozione del Trattato di Lisbona del 2009), in *primis* la decisione quadro sul mandato di atesto europeo. Cfr., sul punto, le riflessioni di F. Romoli, *Le sentenze Radu e Melloni: due pronunce "conseratrici"*, in *Arch. pen.*, 2013, 2, p. 8.

²⁴ Art. 5, paragrafo 1, Decisione quadro 2002/584/GAI. La Decisione quadro sul mandato di arresto europeo ha adottato una soluzione normativa che riproduceva in buona misura l'impostazione tipica del modello di "estradizione condizionata". Cfr. F. Siracusano, *Nuove prospettive in materie di processo in absentia e procedure di consegna*, in T. Rafaraci (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 91.

²⁵ L'originaria proposta formulata dalla Commissione forniva una definizione di sentenza *in absentia*, intendendo con ciò una sentenza «emessa da un giudice in un processo penale alla cui udienza la persona condannata non è stata personalmente presente», preci-

l'interessato fosse stato citato personalmente o informato in altro modo della data e del luogo dell'udienza che aveva condotto alla decisione, la consegna avrebbe potuto essere subordinata alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente avesse fornito «assicurazioni considerate sufficienti» a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente e di essere presenti al giudizio. Le garanzie a tutela del condannato *in absentia* rappresentavano, dunque, degli «elementi parzialmente idonei a condizionare la consegna e non presupposti necessari per eseguirla»²⁶.

La Decisione quadro non ha dunque equiparato un processo *in absentia* ad un processo *unfair*, ma ha spostato la questione del rispetto dei diritti di difesa sul terreno della riapertura del giudizio²⁷.

Grossi problemi sorgevano, e sorgono, per l'assenza di una definizione di «processo *in absentia*» all'interno dell'art. 5 n. 1²⁸.

(SEGUE:) LA DISCIPLINA ITALIANA DI RECEPIMENTO

La decisione quadro 2002/584/GAI è stata attuata nell'ordinamento interno con l. 22 aprile 2005, n. 69, che riprende *in toto*²⁹ il contenuto normativo di cui al predetto art. 5, paragrafo 1³⁰. L'autorità giudiziaria di esecuzione doveva subordinare la consegna dell'interessato all'ottenimento, da parte dell'autorità giudiziaria emittente, di assicurazioni sufficienti a garantire alle persone destinatarie del mandato di richiedere un nuovo processo nello Stato membro di emissione e di essere presenti al giudizio. In realtà una differenza tra le due discipline si rinviene: se l'art. 5, n. 1, della Decisione quadro 2002/584/GAI prevedeva come mera eventualità la richiesta di «assicurazioni sufficienti» allo Stato richiedente, l'art. 19 n. 1 l. n. 69 del 2005 prevedeva un obbligo³¹.

Un'ulteriore differenza, forse solo apparente, si rinveniva nel fatto che la legge italiana considerava esclusivamente la problematica della sentenza contumaciale nell'ambito della procedura «passiva» di consegna³². Di fatto, è pacifico che tale previsione operasse pure qualora fossero le autorità italiane a richiedere ad uno Stato estero l'esecuzione di una sentenza contumaciale mediante l'emissione di un mandato di arresto europeo.

Problematica risultava la questione dell'adeguatezza della normativa interna sotto il profilo della sufficienza, o meglio effettività, delle assicurazioni richieste dallo Stato estero di esecuzione a supporto di un mandato di arresto europeo basato su una sentenza contumaciale emessa nel nostro Paese. Si rammentino le reiterate condanne all'Italia, inflitte dalla Corte di Strasburgo, per inidoneità della normativa in tema di contumacia a soddisfare i principi del *fair trial*. Le questioni riguardavano lo svolgi-

sando, però, che non rientrava nella previsione «la sentenza pronunciata in un processo durante il quale sia stato accertato senza dubbio che la persona è stata raggiunta dalla citazione (...) ma che deliberatamente ha deciso di non comparire e non farsi rappresentare».

²⁶ F. Siracusano, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, cit., p. 123.

²⁷ E. Zanetti, *Mandato di arresto europeo e giudizio in assenza dell'imputato*, in D. Vigoni (a cura di), *Il Giudizio in assenza dell'imputato*, cit., p. 94; A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino, 2010, *passim*; E. Calvanese– G. De Amicis, *Il nodo delle condanne in contumacia*, in *Guida dir.*, 2005, 19, p. 108; E. Marzaduri, *Sulla necessità di una riforma del giudizio in contumacia*, in *Legislazione pen.*, 2004, p. 614.

²⁸ Nella Proposta di Decisione quadro presentata dalla Commissione europea nel 2001 all'art. 3 lett. D) si definiva con l'espressione «sentenza *in absentia*» la «sentenza pronunciata in un processo durante il quale sia stato accertato che la sua assenza ed il fatto che non abbia avvertito il giudice della stessa sono state determinate da cause di forza maggiore». Cfr. Proposta di Decisione quadro presentata dalla Commissione europea nel 2001, in *Gazz.Uff. U.E.*, 27 novembre 2001, C. 332 E.

²⁹ Art. 19, lett. a), l. 69 del 2005.

³⁰ M. R. Marchetti, *Voce Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. Dir.*, *Annali II*, Milano, 2008, p. 539; N. Galantini, *L'adattamento del mandato di arresto europeo nella legge attuativa della decisione quadro*, in T. Rafaraci (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, cit., p. 375.

³¹ Cfr. M. R. Marchetti, *sub art. 19 l. n. 69/2005*, in A. Giarda–G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Ipsoa, 2009, p. 9917; G. Lattanzi, *Tempi duri in Italia per la cooperazione giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1531; A. Marino, *L'apparato di tutela preteso nei confronti del Paese richiedente*, in G. Pansini–A. Scalfati (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005, p. 169; A. Scalfati, *Mandato d'arresto: contenuti dell'atto e esercizio del potere coattivo nello Stato d'esecuzione*, in E. Roza Acuna (a cura di) *Mandato d'arresto europeo e l'estradizione. Profili costituzionali, penali, processuali e internazionali*, Padova, 2004, p. 229 ss.

³² V. Cass., sez. VI, 28 aprile 2008, n. 17643, in *CED Cass.*, n. 239650; Cass., sez. fer., 21 agosto 2008, n. 34287, in *CED Cass.*, n. 240340; Cass., sez. fer., 21 agosto 2007, n. 33327, in *CED Cass.*, n. 237077.

mento del processo nel caso in cui l'imputato fosse assente perché ignaro del procedimento. Ad esempio, nel caso di soggetto ritenuto irreperibile o di *vocatio in iudicium* notificata non direttamente all'interessato ma in tutti gli altri modi previsti dall'art. 157 c.p.p., l'ordinamento non approntava una normativa adeguata ad assicurare la conoscenza del procedimento ovvero la sospensione dello stesso³³. In questi casi era evidente l'inadeguatezza della disciplina in ordine all'effettiva conoscenza dell'atto³⁴.

Contrariamente a quanto previsto dall'art. 6 C.e.d.u., non erano previsti strumenti idonei al recupero delle prerogative difensive del contumace ignaro. Innanzitutto carente era la possibilità per l'interessato di ottenere *ex post* un nuovo giudizio sull'accusa³⁵. L'istituto della restituzione nel termine disciplinato dall'art. 175 c.p.p. riconosceva un mero diritto di impugnare il provvedimento ritenuto sfavorevole, non anche la regressione del procedimento³⁶. Il diritto alla prova, quale esplicazione del diritto di difesa, rimaneva affidato all'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, *ex art.* 603, comma 4, c.p.p.³⁷, che, al fine di ottenerlo, onerava l'imputato di dimostrare la sua incolpevole ignoranza³⁸.

Successivamente, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si assiste ad un incremento del riconoscimento dei diritti della persona richiesta in consegna, oltre ad una valorizzazione del principio di proporzionalità che dovrebbe guidare l'autorità emittente. Su tale scia si collocano alcune modifiche apportate *in primis* dalla Decisione quadro 2008/909/GAI, come recepita dal d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161, sul trasferimento dei condannati e, per quanto maggiormente interessa in questa sede, dalla Decisione quadro 2009/299/GAI, come recepita dal d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 31, sulle decisioni pronunciate *in absentia*.

³³ Cfr. P. Moscarini, *Autodifesa, processo in absentia e consegna del condannato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 406. L'Autore evidenzia la poca attendibilità, relativamente alla conoscenza dell'atto da parte del suo vero destinatario, della normativa in tema di notifica all'imputato irreperibile avvenuta mediante consegna ad un difensore d'ufficio.

Sul punto la giurisprudenza ha specificato che in tema di irreperibilità, ai fini della validità del relativo decreto, non è richiesto l'esperimento del tentativo di notificazione, ai sensi dell'art. 157 c.p.p., ove le indagini della polizia giudiziaria, le ricerche anagrafiche e le informazioni dell'amministrazione penitenziaria abbiano palesato *ab initio* l'assoluta impraticabilità della notifica dei luoghi indicati nella disposizione predetta. V., *ex plurimis*, Cass., sez. I, 21 febbraio 2008, n. 20634, in *CED Cass.*, n. 239988.

³⁴ P. Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, in F. Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, p. 300.

³⁵ In giurisprudenza cfr. Corte e.d.u., *Somogyi c. Italia*, cit., § 86; in dottrina si veda G. Ubertis, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra CEDU e Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2494.

³⁶ A. Tamietti, *Processo contumaciale e rimedi a garanzia del diritto di difesa dell'imputato assente: la Corte bocchia la restituzione nel termine ex art. 175 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1393; S. Buzzelli, *Restituzione nel termine e sentenza contumaciale: dopo una riforma inappagante, è necessaria una svolta*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3395; M. Tiberi, *Il mandato d'arresto europeo*, Roma, Ist. Poligrafico dello Stato, 2006, p. 123. Si rammenti che la Corte europea ha ritenuto la non conformità della disciplina della contumacia contenuta nel precedente codice di procedura con le "regole minime" sui criteri da seguire nei giudizi contumaciali sancite dalla Risoluzione del Consiglio d'Europa n. 11/1975, ribadendo che «*le risorse offerte dal diritto interno devono essere effettive e non deve gravare sull'imputato l'onere di provare che non intende sottrarsi alla giustizia*». Cfr. Corte e.d.u., 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*, in *Foro it.*, 1985, IV, cc. 221-234. Neppure l'istituto della restituzione nel termine ha ottenuto il beneplacito della Corte europea. Cfr. Corte e.d.u., *Sejdovic c. Italia*, cit., § 127, in cui la Corte ha formalmente invitato l'Italia ad introdurre un meccanismo idoneo a garantire la celebrazione di un nuovo giudizio in tutti i casi in cui l'interessato non fosse stato effettivamente informato del processo a suo carico e non avesse rinunciato consapevolmente a comparire.

Occorre evidenziare che in una pronuncia, in realtà, la Corte di Strasburgo, diversamente da quanto ritenuto nella sentenza *Sejdovic*, aveva valutato positivamente il rimedio previsto dall'art. 175 c.p.p. come novellato dalla l. 22 aprile 2005, n. 60: cfr. Corte e.d.u., sent. 25 novembre 2008, *Cat Berro c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2194.

³⁷ Il comma 4 dell'art. 603 c.p.p. è stato abrogato dall'art. 11 l. 28 aprile 2014, n. 67.

³⁸ Autorevole dottrina evidenzia la difficoltà di un vero nuovo giudizio in appello: cfr. P. Moscarini, *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 573 ss. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, infatti, si differenzia notevolmente dalla ripetizione del processo richiesta dall'art. 6 Corte e.d.u. V. G. Ubertis, *Contumaci doppia restituzione in termini. Ma la legge italiana non risulta ancora adeguata alla CEDU*, in *Dir. e giustizia*, 2006, 3, p. 50; Id., *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*, in *Argomenti di procedura penale*, vol. III, Milano, 2011, p. 193 ss. A titolo esemplificativo si rammenti che restano preclusi al contumace i riti alternativi e la possibilità di fruire di un ulteriore grado di giudizio. Cfr. G. Ariolli, *La richiesta di restituzione nel termine*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3143; B. Milani, *I limiti di compatibilità del processo contumaciale con la CEDU*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2182.

VERSO IL RAFFORZAMENTO DELLE GARANZIE DIFENSIVE NEI PROCEDIMENTI *IN ABSENTIA*: LA DECISIONE QUADRO 2009/299/GAI

L'originaria disciplina prevista dalla Decisione quadro 2002/584/GAI, come anticipato, è stata oggetto di ampie riforme: emblematica la decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio dell'U.E., adottata il 26 febbraio 2009, che ha tentato di bilanciare efficienza e tutela dei diritti in tema di giudizio *in absentia*. Con tale provvedimento sono stati modificati, oltre alla precedente decisione quadro sul mandato di arresto europeo del 13 giugno 2002 (2002/584/GAI), i più recenti strumenti normativi concernenti l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento in tema di sanzioni pecuniarie (Decisione quadro 2005/214/GAI), di confisca (Decisione quadro 2006/783/GAI), di sentenze penali di condanna a pene detentive o misure privative della libertà personale (Decisione quadro 2008/909/GAI), di sospensione condizionale della pena e sanzioni sostitutive (Decisione quadro 2008/947/GAI)³⁹.

Obiettivo prefissato era quello di stabilire una base normativa comune ed univoca per il riconoscimento delle decisioni pronunciate in un altro Stato membro al termine di un processo in assenza, nel pieno rispetto dei diritti di difesa dell'interessato, ed alla stregua dei principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁰. Occorreva, dunque, rafforzare le prerogative del soggetto coinvolto, attribuendo centralità alla presenza dell'imputato nel procedimento a suo carico. Sul punto, il considerando n. 8 della decisione quadro 2009/299/GAI stabilisce che l'esercizio del diritto di comparire personalmente al processo presuppone la conoscenza del processo da parte dell'interessato. Ovviamente questa conoscenza deve essere garantita da ciascuno Stato membro «*in conformità del rispettivo diritto interno*», fermi restando i requisiti dettati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretati dalla Corte di Strasburgo⁴¹. Doverose, allora, risultavano le modifiche per uniformare le differenti soluzioni adottate nei diversi ordinamenti in relazione ai presupposti del riconoscimento delle decisioni pronunciate *in absentia*: essendo la valutazione del grado di "sufficienza" delle garanzie fornite dalle autorità dello Stato di emissione rimessa all'apprezzamento delle autorità dello Stato di esecuzione, era difficile conoscere «*con esattezza quando l'esecuzione possa essere rifiutata*»⁴².

La discrezionalità degli Stati membri nel recepire, all'interno dei rispettivi ordinamenti, i motivi opzionali di non riconoscimento è condizionata soprattutto dall'esigenza di rispettare il diritto ad un processo equo, tenendo conto dell'obiettivo di rafforzare le garanzie e di facilitare il raggiungimento degli obiettivi propri della cooperazione giudiziaria in materia penale. L'ulteriore carattere di tali condizioni, quello dell'"alternatività", comporta che nel caso in cui una di esse sia ritenuta soddisfatta, l'autorità emittente garantisce che i requisiti sono o saranno soddisfatti in base al principio del reciproco riconoscimento. Ciò dovrebbe esser sufficiente ai fini dell'esecuzione della decisione⁴³.

Ritenuta, dunque, la centralità del diritto dell'imputato a comparire personalmente, occorre stabilire una base normativa comune e univoca per il non riconoscimento delle decisioni pronunciate in un altro Stato membro al termine di un processo in assenza: il tema si sposta dalle cause di condizio-

³⁹ Tutte in <http://eur-lex.europa.eu>.

⁴⁰ Cfr. A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, cit., p. 391 ss.; Id., *Sentenze contumaciali e cooperazione giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 120; G. De Amicis, *Mandato d'arresto europeo e sentenze contumaciali: le modifiche introdotte dalla decisione quadro n. 2009/299/GAI*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3613 ss.; C. Papagno, *Contumacia e processo equo*, Milano, 2010, p. 130 ss.; L. Camaldo, *Reciproco riconoscimento e sentenze pronunciate in assenza dell'imputato*, cit., p. 82; A. Scalfati, *Il Mandato d'arresto europeo. La procedura passiva di consegna*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 8, p. 947 ss.

⁴¹ Parte della dottrina sottolinea che, sulla base degli orientamenti della Corte di Strasburgo, qualsiasi meccanismo implicante la possibilità di celebrare un processo di cui l'imputato sia solo presuntivamente informato dovrebbe essere eliminato. Inoltre, ad un condannato giudicato senza che il processo si sia svolto alla sua presenza, che non si sia sottratto volontariamente alla giustizia, deve in ogni caso riconoscersi il diritto alla ripetizione del processo, con nuova pronuncia giurisdizionale, anche al fine di non incorrere in un flagrante diniego di giustizia, in violazione dell'art. 6 Cedu. Sul diritto "al processo" quale peculiare modalità di esercizio del diritto di difesa cfr., in particolare, G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea*, II ed., Milano, 2009, p. 62 ss. In giurisprudenza, Corte e.d.u., 24 marzo 2005, *Stoichkov c. Bulgaria*, cit., § 54-56, nonché Corte e.d.u., 9 giugno 2005, *R.R. c. Italia*, § 59, in <https://www.giustizia.it/>. In dottrina v., inoltre, sull'attuale impossibilità di ottenere la riapertura del processo penale nel nostro ordinamento, A. Saccucci, *La riapertura del processo penale quale misura individuale per ottemperare alle sentenze della Corte europea*, in A. Balsamo-R. E. Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 81 s.

⁴² Cfr. considerando n. 3.

⁴³ Cfr. considerando n. 6.

namento alla consegna alle ipotesi di rifiuto facoltativo⁴⁴.

Il nuovo art. 4-bis della Decisione quadro 2009/299/GAI, nella prospettiva di un significativo rafforzamento dei diritti e delle garanzie processuali della persona ricercata, ha ridisegnato le conseguenze scaturenti dagli esiti decisori del giudizio in assenza, incidendo di fatto sui suoi elementi strutturali, attraverso la previsione di una 'fascia' di mezzi di tutela specifici e uniformi nell'ambito dei motivi facoltativi di rifiuto, e prevedendo al contempo una serie tassativa di eccezioni. È stato così innovato l'elenco dei motivi di rifiuto di riconoscimento e di esecuzione delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, secondo l'art. 9, lettera i), della Decisione quadro 2008/909/GAI, nel caso di sentenza pronunciata in assenza. Il testo della lettera i), dunque, è ormai scandito dagli stessi presupposti e dalle stesse eccezioni presenti nel nuovo art. 4 bis della decisione quadro 2002/584/GAI, ai sensi del quale l'autorità giudiziaria richiesta può rifiutare di eseguire il mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale se l'interessato non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione⁴⁵.

Accanto a tale regola generale, la norma contempla alcune eccezioni che, di fatto, ne sminuiscono la portata. La prima, prevista dalla lett. a) dell'art. 4-bis, riguarda l'ipotesi in cui il soggetto sia stato citato personalmente ovvero con altri mezzi⁴⁶, ed informato della data e del luogo fissati per il processo a suo carico nonché dell'eventualità che sarà comunque assunta una decisione in caso di mancata comparizione. Numerose perplessità suscita il generico rinvio ad «altri mezzi» di informazione⁴⁷: l'omessa tipizzazione delle modalità dirette ad assicurare l'effettiva conoscenza del procedimento conduce a differenti soluzioni nelle diverse legislazioni nazionali⁴⁸.

Qualora, poi, la notificazione non sia stata eseguita personalmente all'interessato, bisognerebbe verificarne l'esito caso per caso. Sul punto, ci si interroga su chi compete un simile controllo, ossia se all'autorità emittente ovvero a quella di esecuzione.

La seconda eccezione riguarda l'eventualità che l'imputato abbia nominato un difensore e sia stato effettivamente patrocinato da questi in giudizio. Dalla nomina di un difensore di fiducia intervenuta dopo la comunicazione della data e del luogo dell'udienza⁴⁹, il legislatore europeo desume, dunque, la conoscenza del procedimento da parte dell'interessato, così distaccandosi dalla giurisprudenza della Corte europea⁵⁰.

Se le prime due eccezioni riguardano rimedi intervenuti nel corso del giudizio, le successive, invece, si atteggiavano quali sanatorie *ex post* di un procedimento viziato dall'omessa conoscenza da parte del-

⁴⁴ F. Siracusano, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie*, cit., p. 133.

⁴⁵ C. Papagno, *Contumacia e processo equo*, cit., p. 137; A. Scalfati, *Mandato d'arresto europeo: giudici garanti dell'efficienza dello strumento*, in *Guida dir.*, 2008, 40, p. 40.

⁴⁶ Nel primo caso si fa riferimento ad una citazione a mani, come quella prevista dall'art. 157 c.p.p.; nel secondo caso, invece, ad altre modalità di notifica, quale la posta, il fax o l'email.

⁴⁷ Parte della dottrina evidenzia che il richiamo a meccanismi che si limitano a richiedere una conoscenza legale induce a ritenere che le ipotesi di cui alla lett. a) si fondano su di una presunzione di preventiva conoscenza, nonostante il considerando n. 7 prescriva che le forme di comunicazione debbano dimostrare inequivocabilmente l'avvenuta cognizione. Cfr. F. Siracusano, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie*, cit., p. 137.

⁴⁸ Secondo un orientamento dottrinario, sorgono dubbi per il caso in cui lo Stato d'esecuzione ritenga che il mezzo utilizzato per informare il soggetto non consenta di stabilire inequivocabilmente che l'interessato era al corrente del processo fissato: ci si interroga se in tale caso sia sufficiente l'attestazione dell'autorità giudiziaria emittente, o se, invece, quella di esecuzione potrà spingersi ad un tale sindacato. Sul punto, A. Chelo, *Nuove regole per l'esecuzione delle sentenze emesse in absentia*, cit., p. 115; M. Castellaneta, *Sentenze in contumacia: Mae senza esecuzione se l'imputato non si è sottratto in modo volontario*, in *Guida dir.*, 2009, 16, p. 110.

⁴⁹ La norma si riferisce genericamente ad un difensore non specificando se deve trattarsi di difensore di fiducia o anche d'ufficio. Al riguardo appare controverso anche il *considerandum* n. 10 della stessa decisione quadro, secondo il quale «non dovrebbe interessare se il difensore sia stato scelto, nominato e retribuito dall'interessato ovvero se sia stato nominato e retribuito dallo Stato, fermo restando che l'interessato deve aver scelto deliberatamente di essere rappresentato da un difensore invece di comparire personalmente al processo». Ad ogni modo, l'interpretazione più corretta sembra includere nella previsione solo la nomina di fiducia che legittimamente fa supporre l'avvenuta conoscenza del procedimento. Altrettanto, infatti, non può dirsi della nomina, da parte dell'autorità giudicante, di un difensore d'ufficio.

⁵⁰ La Corte europea ha sempre ritenuto non sufficiente una conoscenza «vaga e non ufficiale» da parte dell'imputato. Cfr. *ex multis*, Corte e.d.u., 12 ottobre 1992, *T. c. Italia*, in <http://echr.coe.int/>; id., 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*, cit.

l'interessato⁵¹. La terza eccezione riguarda il caso in cui l'imputato abbia ricevuto la notifica della decisione e, pur essendo stato informato della possibilità di impugnare il provvedimento, in virtù di una reintegra *ex post* nei suoi diritti, abbia «dichiarato espressamente di non opporsi»⁵². Ad avviso della Corte europea dei diritti dell'uomo, un processo celebrato in assenza dell'imputato non è di per sé incompatibile con il disposto dell'art. 6 Cedu, purché, in mancanza della prova che l'accusato abbia rinunciato a comparire, l'ordinamento interno appresti un rimedio, del quale l'interessato può decidere se avvalersi o meno, tale da reintegrare lo *status quo ante*. Il diritto del condannato *in absentia* ad ottenere un nuovo processo o l'impugnazione della sentenza emessa comporta il riesame del merito della causa, comprensivo di attività istruttoria, e la eventuale riforma della decisione originaria, come precisato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, non consente all'autorità giudiziaria richiesta di subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto alla condizione che la sentenza contumaciale costituisca oggetto di revisione nello Stato membro emittente⁵³.

Infine, la lett. d) dell'art. 4-bis prevede che la consegna deve avvenire anche in assenza di conoscenza del procedimento da parte del condannato, purché l'euromandato dia atto che questi riceverà «*personalmente e senza indugio*» la notifica della decisione subito dopo l'esecuzione. In altri termini, viene prevista una sanatoria postuma di un procedimento viziato. Alla luce delle possibili circostanze che consentono la consegna, infatti, il proposito di non eseguire il mandato in caso di processo *in absentia*, rimane una dichiarazione d'intenti priva di implicazioni certe. Sebbene il legislatore europeo sembri escludere l'automatica celebrazione *ex novo* del processo a carico dell'imputato ignaro⁵⁴, la Decisione quadro del 2009 non mira a rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale, ma «*a rimuovere qualsiasi ostacolo che si frapponga all'effettiva realizzazione dello strumento di cooperazione giudiziaria costruito sotto l'egida del mutuo riconoscimento*»⁵⁵. Anche questo strumento normativo, dunque, è suscettibile di diverse obiezioni in una prospettiva orientata al diritto di difesa ed al contraddittorio. Da un'attenta disamina, infatti, la Decisione quadro del 2009 non solo non mira in alcun modo ad armonizzare le procedure *in absentia* per i procedimenti nazionali ma neppure riconosce un generale diritto al processo valevole per le procedure transnazionali. La scelta di considerare fungibili la partecipazione al processo e la possibilità di un rimedio restitutorio in grado di assicurare la riapertura del procedimento è già di per sé problematica. Relativamente alla possibilità d'instaurare un rimedio restitutorio, sebbene la disciplina del 2009 preveda che esso debba assicurare un riesame del merito anche sulla base di *fresh evidence*, tuttavia, l'informazione su tale possibilità può indistintamente collocarsi prima o dopo la consegna. Grossi rischi sussistono, dunque, per il diritto di libertà dell'imputato, che nella seconda ipotesi può vedersi compromesso nell'eventualità in cui sia posto in stato di detenzione in attesa dell'avvio del giudizio restitutorio. Una situazione che, seppur passibile di revisione, è com-

⁵¹ Sulla distinzione tra garanzie *ante iudicium* e rimedi *post iudicium* si veda F. Siracusano, *Reciproco riconoscimento*, cit., p. 136. L'Autore evidenzia che le prime presuppongono la celebrazione di un processo contumaciale assistito dall'assicurazione di una preventiva conoscenza legale o effettiva dei presidi informativi necessari per una partecipazione cosciente dell'imputato al processo; mentre, in secondi postulano la preesistenza, a livello nazionale, di un congruo apparato procedimentale – accessibile ed efficace – diretto ad ovviare alla patologia di un processo svolto *in absentia* perché sprovvisto delle necessarie garanzie informative.

⁵² La giurisprudenza della Corte europea ritiene che la «*reintegrazione successiva*» deve concretizzarsi, alternativamente, o in un giudizio d'impugnazione o in un nuovo processo di merito. Cfr. A. Tamietti, *Processo contumaciale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 983.

⁵³ Cfr. C. giust. CE, grande camera, 26 febbraio 2013, C.399/11, Melloni, §§ 40– 46, in <http://curia.europa.eu/>. In tale pronuncia la Corte ha statuito che la soluzione adottata dal legislatore europeo nell'art. 4-bis di «*prevedere in maniera esaustiva*» le fattispecie nelle quali l'esecuzione di un mandato di arresto europeo basato su di una sentenza pronunciata *in absentia* «*deve essere considerata non lesiva dei diritti della difesa, è incompatibile con il mantenimento della possibilità per l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, di subordinare tale esecuzione*», per garantire i diritti di difesa dell'interessato, alla revisione della sentenza. Consentire ad uno Stato membro di applicare lo standard di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione, qualora sia più elevato di quello derivante dalla Carta e ad opporlo, se del caso, all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione sarebbe lesivo del primato del diritto dell'Unione previsto dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. In dottrina si veda C. Amalfitano, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2013, p. 1 ss.

⁵⁴ A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, cit., p. 396.

⁵⁵ F. Siracusano, *Nuove prospettive in materia di processo in absentia e procedure di consegna*, cit., p. 104.

pensata solo dalla semplice possibilità di ottenere una sospensione o interruzione della detenzione⁵⁶.

Altre critiche sussistono in relazione alla qualità delle informazioni da cui dipende la consapevolezza e volontarietà delle scelte dell'imputato. Se è previsto che la *vocatio in iudicium* sia notificata personalmente all'imputato, quest'ultimo deve essere espressamente informato della possibilità della riapertura del procedimento. La notifica personale di tale informazione, tuttavia, non è richiesta. Conseguentemente, il mancato ricorso a tale rimedio nel tempo stabilito potrebbe non essere il frutto di una libera scelta dell'imputato.

Perplessità sorgono anche in relazione alla legittimità dell'informazione con mezzi equipollenti, diversi dalla notifica personale all'imputato, conformemente al diritto interno dello Stato membro emittente. La previsione disgiuntiva, ad opera della Decisione quadro del 2009, di situazioni ciascuna delle quali è idonea a soddisfare le esigenze del testo sovranazionale, è sufficiente affinché si dia corso alla procedura di consegna. Ne consegue che l'autorità di esecuzione, in presenza di un'espressa informazione, accompagnata alla notifica della decisione emessa *in absentia*, sulla possibilità di un rimedio restitutorio non attivato nei termini previsti, non può sindacare se l'autorità procedente abbia fatto all'epoca tutto ciò che era in suo potere per far pervenire all'imputato un'informazione ufficiale del procedimento. Né, andando a ritroso, l'autorità di esecuzione, laddove l'imputato sia stato personalmente informato dello svolgimento del processo e delle draconiane conseguenze della sua assenza, è tenuta a verificare se all'imputato sia stata data una concreta possibilità di acconsentire allo svolgimento di un procedimento *in absentia* e quali siano le ragioni della sua assenza, ovvero se essa sia effettivamente espressiva di una volontaria e consapevole rinuncia a partecipare al processo. Tutte le situazioni considerate dalla Decisione quadro possono, pertanto, costituire amorfe circostanze, che non attestano l'effettiva volontà dell'imputato di rinunciare al proprio diritto al contraddittorio o alla partecipazione al nuovo giudizio.

UN'ARMONIZZAZIONE ITALIANA "RIFLESSA"?

In un'ottica di "armonizzazione riflessa"⁵⁷, occorre verificare l'adeguatezza della normativa italiana alle innovate garanzie processuali minime, soprattutto tenuto conto della definizione del motivo facoltativo di rifiuto legato alla contumacia da parte del legislatore europeo. Ai sensi dell'art. 8, paragrafo 1 della Decisione quadro 2009/299/GAI, il termine ultimo concesso agli Stati per l'adeguamento era il 28 marzo 2011, con possibilità di differimento all'1 gennaio 2014 previa apposita dichiarazione. Di tale facoltà ha usufruito l'Italia.

La Decisione quadro è stata recepita in Italia con il d.lgs. n. 31 del 2016; prima di esaminare tale normativa, occorre evidenziare, sinteticamente, le importanti novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67 in tema di giudizio in assenza, dirette ad un allineamento della normativa interna a quanto richiesto dall'art. 4-*bis* della Decisione quadro⁵⁸. Con tale novella legislativa si è tentato di rendere possibile l'esecuzione di un mandato d'arresto basato su di una sentenza emessa all'esito di un processo al quale l'imputato non fosse comparso personalmente. Si rammenti che con la legge da ultimo indicata è stato superato definitivamente l'istituto della contumacia nel processo penale, introducendo una serie di complessi adempimenti per assicurare all'imputato un'effettiva conoscenza in ordine alla pendenza del processo a suo carico. Sulla base delle situazioni sintomatiche indicate in ambito europeo, il legislatore

⁵⁶ Art. 4, comma 3, Decisione quadro mandato di arresto europeo.

⁵⁷ G. De Amicis, *Mandato di arresto europeo e sentenze contumaciali*, cit., p. 3616.

⁵⁸ S. Quattrococo, *Corte europea dei diritti dell'uomo e partecipazione al processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 25 ss.; Ead., voce *Contumacia*, in *Enc. Dir.*, *Annali II*, Milano, 2008, p. 151 ss.; A. Mangiaracina, *Il "tramonto" della contumacia e l'affermazione di una assenza "multiforme"*, in *Legislazione pen.*, 2014, 4, p. 563 ss.; M. Bargis, *Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 maggio 2015, p. 64 ss.; P. Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria: l'abolizione della contumacia penale e la sospensione del processo nei confronti degli irreperibili*, cit., p. 239 ss.; A. Chelo, *Le "istruzioni sovranazionali" sui limiti al processo in absentia: dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'Uomo al diritto di partecipare al processo nella normativa dell'Unione europea*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, p. 1; E. Dei Cas, *Il procedimento penale nei confronti di imputati irreperibili tra giurisprudenza della Corte europea e normativa interna*, cit., p. 189 ss.; D. Negri, *L'imputato presente al processo*, cit., p. 127 ss.; Id., *Il processo in absentia*, in A. Gaito-D. Chinnici (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016, p. 171 ss.; A. Gaito (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, Dike, 2016, p. Per uno sguardo sui diversi sistemi europei v. D. Vigoni, *Panorama europeo in tema di giudizio senza imputato*, in D. Vigoni, *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., p. 31 ss.

italiano ha orientato l'intervento sul piano dei rimedi sia "preventivi" sia "restitutori"⁵⁹. Con precipuo riferimento agli indici da cui desumere la preventiva conoscenza del processo da parte dell'interessato, al pari dell'art. 4-bis della Decisione quadro 2009/299/GAI, il nuovo art. 420-bis c.p.p.⁶⁰, nel prevedere i casi di assenza "non impeditiva"⁶¹, affianca, ad ipotesi di conoscenza effettiva, ipotesi di conoscenza presunta. Se tra le prime si annoverano i casi di espressa rinuncia a comparire e di notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza eseguito personalmente, tra le ipotesi nelle quali la conoscenza del procedimento da parte dell'imputato è "inequivocabilmente desumibile" si rinvengono la precedente dichiarazione o elezione di domicilio, la nomina di un difensore di fiducia, la precedente sottoposizione ad arresto in flagranza o a fermo di indiziato di delitto o sottoposizione a misura cautelare, o, ancora, elementi di fatto da cui risulti con certezza che l'imputato è a conoscenza del procedimento o che l'imputato si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o ad atti del medesimo.

Numerose sono le problematiche al riguardo, soprattutto relativamente alle ultime due ipotesi menzionate, circa la prova certa della conoscenza del procedimento ovvero della volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento o dei singoli atti⁶². Già la qualificazione con il termine "assenza" di due situazioni che comportano effetti radicalmente antitetici, identificandosi con tale termine sia l'assenza cosciente (qualificata e non qualificata), con prosecuzione del processo, sia l'assenza presunta quale frutto dell'ignoranza della pendenza, con conseguente impedimento dello sviluppo della sequenza procedimentale, è sintomo di cattiva tecnica legislativa⁶³. Inoltre, diversamente dalla normativa europea (art. 4-bis Decisione quadro 2009/299/GAI), l'art. 420 bis c.p.p., in virtù di una clausola aperta, consente al giudice procedente, qualora non ricorra nessuna delle situazioni indicate, di accertare altri fatti "sintomatici" dai quali dedurre la conoscenza del processo.

Con riguardo ai rimedi *post iudicium*, molteplici sono le novità⁶⁴. Nel dettaglio, attraverso tale disposizione, è stato previsto che in tutti i casi in cui vi sia la prova che si sarebbe dovuto provvedere ai sensi dell'art. 420-ter e 420-quater c.p.p. o qualora l'imputato provi che l'assenza è stata dovuta ad un'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado, il giudice, previa dichiarazione di nullità della sentenza⁶⁵, dispone la restituzione degli atti al giudice di primo grado,

⁵⁹ L. Camaldo, *Reciproco riconoscimento e sentenze pronunciate in assenza dell'imputato*, cit., p. 83 s. L'Autore individua, in maniera schematica ma puntuale, le «garanzie informative ante iudicium» e gli strumenti di «reintegrazione post iudicium».

⁶⁰ Per una disamina della vecchia formulazione dell'art. 420-bis c.p.p., si veda, tra gli altri, A. Scafati, *Commento agli artt. 416, 417, 418, 419, 420, 420 bis, 420 ter, 420 quater, 420 quinquies, 421, 421 bis, 422, 424, 425, 426, 427, 428 c.p.p.*, in A. Gaito (coordinato da), *Codice di procedura penale ipertestuale*, Torino, 2001, p. 1461 ss.

⁶¹ Cfr. S. Marcolini, *I presupposti del giudizio in assenza*, in D. Vigoni (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., p. 144.

⁶² G. Ubertis, "Truffa delle etichette" nel processo penale: la "contumacia" è diventata "assenza", in *Cass. pen.*, 2015, 3, p. 941. Rimane affidato al cosiddetto diritto giurisprudenziale l'ufficio di sciogliere i nodi interpretativi per rendere il nostro ordinamento compatibile con gli impegni internazionalmente assunti. Anziché contemplare una volta per tutte forme processuali strutturalmente conformi ai principi del giusto processo, si sono posti i giudici nell'incomoda posizione di dover scegliere tra una coerenza ermeneutica attenta alle formulazioni legislative ma lesiva del giusto processo e un'osservanza ai requisiti di quest'ultimo con una interpretazione estensiva dubbia ma conforme ai precetti internazionalmente pattuiti: senza dimenticare, però, i limiti posti dal principio di legalità processuale sancito dall'art. 111, comma 1, Cost. e quindi dovendo fare intervenire la Corte costituzionale ex art. 117, comma 1, Cost. «nella impossibilità di una interpretazione adeguatrice»: P. Tonini-M. Ingenito, *La sospensione del processo contro l'irreperibile e la frattura legislativa tra vecchia contumacia e nuova assenza*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 184 ss.; D. Negri, *Il processo nei confronti dell'imputato "assente" al tortuoso crocevia tra svolgimento e sospensione*, in M. Daniele-P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, Torino, 2015, p. 167 ss.

⁶³ S. Quattrocchio, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 aprile 2014, p. 97 ss.

⁶⁴ A. Diddi, *Novità in materia d'impugnazioni e restitutio in integrum*, in D. Vigoni (a cura di) *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., p. 215 ss.; B. Lavarini, *I rimedi post iudicatum alla violazione dei canoni europei*, in A. Gaito (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, Dike, 2016, p. 99 ss.

⁶⁵ La previsione della dichiarazione di nullità, ex art. 604, comma 5-bis, c.p.p., non sembra apportare novità rispetto a quanto desumibile dall'applicazione delle disposizioni generali e, in particolare, dal combinato disposto degli artt. 178, 179 e 180 c.p.p. Con riguardo al giudizio in contumacia celebratosi in difetto delle relative condizioni cfr. P. Moscarini, *La contumacia dell'imputato*, cit., p. 516; nonché, in giurisprudenza, Cass., sez. IV, 22 novembre 2011, n. 47791, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3175; Cass., sez. VI, 14 ottobre 2009, n. 42110, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3175. La seconda parte dell'art. 604, comma 5-bis, c.p.p., invece, introduce un fenomeno nuovo, quale la sopravvenuta dimostrazione da parte dell'imputato del fatto che la sua assenza sia stata dovuta ad un'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado. Cfr. P. Moscarini, *La contumacia*

con conseguente rimessione dell'imputato nei termini per proporre istanza di ammissione ai riti alternativi⁶⁶.

La regressione del processo al giudice di primo grado dovrebbe assicurare, all'imputato rimasto incolpevolmente assente, il ripristino del diritto ad un equo processo⁶⁷. La previsione contenuta nell'art. 604, comma 5-bis, c.p.p., infatti, corrisponde alle indicazioni fornite dalle fonti europee, *in primis* dalle regole 7, 8 e 9 della Risoluzione del 1975, e, mediante la rinnovazione del giudizio di primo grado, consente all'imputato condannato la *restitutio in pristinum*. Tuttavia, tale previsione riflette le equivoche scelte compiute dal legislatore in tema di assenza. In presenza di ipotesi diverse dall'espressa rinuncia a presenziare al giudizio⁶⁸, sussistono ad oggi presunzioni dalle quali si deduce la volontà dell'imputato a non voler comparire al processo.

Ulteriore rimedio previsto in caso di assenza dovuta ad incolpevole conoscenza della celebrazione del processo è quello di nuovo conio della rescissione del giudicato di cui all'art. 625-ter c.p.p.⁶⁹. Il soggetto condannato, o sottoposto a misura di sicurezza (o un difensore munito di procura speciale), nei trenta giorni decorrenti dall'effettiva conoscenza del procedimento pendente nei suoi confronti, può presentare ricorso per Cassazione avverso una sentenza passata in giudicato deducendo la sua incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo che si sia svolto in sua assenza. Provata tale deduzione, la Suprema Corte revoca la sentenza e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado, con conseguente applicazione dell'art. 489, comma 2, c.p.p. in tema di restituzione nel termine per la formulazione di istanze istruttorie e di domanda di ammissione a riti alternativi. L'affermazione del diritto a beneficiare del *retrial*, quindi, non incontra eccezione neppure in caso di assenza dell'imputato incolpevole protrattasi per l'intero processo, con conseguente passaggio in giudicato della sentenza. Tale impugnazione straordinaria rappresenta il nuovo rimedio interno che il condannato dovrà esperire, prima di potersi rivolgere alla Corte di Strasburgo, qualora ritenga di aver subito un processo *in absentia* in violazione dell'art. 6 Cedu e voglia ottenere l'integrale *restitutio in pristinum* per violazione del diritto di partecipazione riconosciuto dalla Corte e.d.u. e, in seguito all'emanazione della Direttiva 2016/343/UE, dall'Unione europea⁷⁰. Numerose problematiche desta questo istituto, innanzitutto circa il rapporto con la remissione in termini e con il procedimento previsto per contestare la formazione del titolo esecutivo. Con riguardo a quest'ultimo, poiché tra le novità introdotte dalla l. n. 67 del 2014 vi è anche l'abrogazione della notifica dell'avviso di deposito con l'estratto del provvedimento ai sensi dell'art. 548, comma 3, c.p.p., tra le ipotesi di incidente di esecuzione si annoverano solo i casi di vizi attinenti alla notifica del decreto penale di condanna e di vizi concernenti gli avvisi richiesti per il caso in

dell'imputato, cit., p. 407. Secondo l'Autore nel caso di mancata presentazione dell'imputato nel dibattimento di primo grado non ascrivibile ad una scelta cosciente e volontaria del medesimo, «il vizio è tale che dovrebbe comportare, anche e soprattutto al fine di un'esatta ricostruzione del fatto oggetto d'imputazione, la caducazione del primo giudizio e la sua rinnovazione, in contraddittorio, nello stesso grado».

⁶⁶ Ciò lo si desume dal richiamo all'art. 489, comma 2, c.p.p. In dottrina, cfr. H. Belluta, *Le impugnazioni come rimedi ripristinatori: verso il giusto processo in assenza dell'imputato*, in M. Daniele-P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, Torino, 2015, p. 249 ss. Parte della dottrina evidenzia che, pur nel silenzio della legge, l'imputato possa accedere al rito della messa alla prova, introdotto dalla stessa l. n. 67 del 2014 e non richiamato per difetto di coordinamento: A. Diddi, *Novità in tema di impugnazioni e di restitutio in integrum*, cit., p. 222.

⁶⁷ L'inserimento del nuovo comma 5-bis dell'art. 604 c.p.p. prevede la concreta possibilità di ottenere la celebrazione di un giudizio "nuovo" a seguito dell'annullamento della sentenza contumaciale di primo grado disposto dal giudice di appello in caso di assenza incolpevole. Cfr. E. Zanetti, *Mandato d'arresto europeo e giudizio in assenza dell'imputato*, cit., p. 102.

⁶⁸ In via esemplificativa si pensi al caso del latitante che abbia nominato un difensore, in cui il giudizio si svolge in assenza. Cfr. relativamente alla giurisprudenza formatasi, sul punto, prima della eliminazione della contumacia, Cass., sez. III, 1 dicembre 2010, n. 1805, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1812, con nota di G. Biondi, *Restituzione nel termine per impugnare e rinnovazione dell'istruzione in appello: prime aperture della cassazione verso interpretazioni "convenzionalmente" orientate*.

⁶⁹ S. Quattrocchio, *Il contumace cede la scena*, cit., p. 7. L'Autrice critica l'adozione del termine, in quanto estraneo alla toponomastica del processo penale ed evocatore dei caratteri della contrattualistica.

⁷⁰ Cfr., invece, l'istituto della revisione interpolato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 113 del 2011. In tema, R.M. Geraci, *Sentenze della Corte E.D.U. e revisione del processo*, Roma, Dike, 2012, p. 148. A. Scalfati, *Libertà fondamentali e accertamento giudiziario: la revisione del processo a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. Di Chiara (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 447 ss.; Id., *L'ammissibilità della revisione e la "prova nuova" dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 4, p. 495 ss.; Id., *Inammissibile la revisione per la sentenza di "patteggiamento": un corollario dalle premesse discutibili*, *Cass. pen.*, 1999, p. 82 ss.

cui il giudice non rispetti i termini per il deposito della motivazione della sentenza⁷¹. Ulteriore dubbio sussiste in relazione all'art. 670, comma 3, c.p.p., nella parte in cui si prevede che l'interessato, nel proporre al giudice la questione sul titolo esecutivo, potrebbe eccepire, in subordine, la questione della sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la restituzione nel termine di cui all'art. 175 c.p.p.⁷². Con la riscrittura di tale norma, la restituzione nel termine è espressamente prevista solo per proporre opposizione avverso il decreto penale di condanna del quale l'imputato non abbia avuto «*tempestivamente effettiva conoscenza*»⁷³. Il nuovo art. 625-ter c.p.p., alquanto lacunoso, non contempla, tra le ipotesi in presenza delle quali è possibile esperire il rimedio della rescissione, la incolpevole non comparizione dell'imputato il quale, pur a conoscenza del processo, non vi abbia potuto partecipare a causa di una situazione di impedimento non potuto portare a conoscenza del giudice procedente.

Da un'analisi accurata l'istituto della contumacia, di fatto, continua a sussistere, sebbene sotto mutate sembianze. Le novità apportate dalla riforma del 2014 non garantiscono il pieno rispetto dei principi sovranazionali: non dovrebbero celebrarsi giudizi contro gli irreperibili; l'attuale disciplina delle notificazioni dovrebbe essere adeguata; la previsione della nullità per carenza degli elementi costitutivi degli atti che integrano la *vocatio in iudicium* dell'udienza preliminare e del dibattimento, per il caso in cui essi non contengano l'avvertimento che, in caso di mancata comparizione, l'imputato sarà giudicato in contumacia, dovrebbero far riferimento all'assenza e non alla contumacia⁷⁴; la dichiarazione di assenza non dovrebbe essere ancorata a presunzioni o, addirittura, a presunzioni di presunzioni; dovrebbe essere eliminato, in capo all'imputato, un *onus probandi* così gravoso del suo stato di incolpevole non conoscenza dell'udienza, per poter ottenere il ripristino dei suoi diritti.

Al momento della compilazione del modello per l'emissione del mandato, l'Autorità giudiziaria procedente dovrà specificare se il soggetto richiesto sia comparso personalmente al processo e, in caso di assenza, indicare la circostanza in virtù della quale, a seconda dei casi, si ritiene o si presume che l'interessato abbia avuto idonea preventiva conoscenza del processo a suo carico⁷⁵ o, non essendo stato raggiunto da alcuna preventiva comunicazione al riguardo, quale sia il rimedio attraverso il quale si provvederà ad ovviare alla mancata conoscenza⁷⁶. Si rammenti che nella versione precedente sussisteva non un obbligo di indicazione, ma una mera discrezionalità in capo all'autorità procedente. La Corte d'appello competente, con riferimento alla procedura passiva di consegna o di esecuzione di mandati provenienti dall'estero, doveva richiedere, nel corso della procedura di delibazione ed in caso di necessità, le opportune assicurazioni in merito al rispetto delle garanzie cui era condizionata la consegna. Il ruolo del Ministro della giustizia, quale autorità centrale, era circoscritto a funzioni di trasmissione e corrispondenza⁷⁷.

L'ATTESO RECEPIMENTO DELLA DECISIONE QUADRO 2009/299/GAI

Oltre alle illustrate novità introdotte con la l. n. 67 del 2014, ulteriori interventi normativi, in tema di mandato d'arresto europeo per l'esecuzione di provvedimenti emessi all'esito di un giudizio *in absentia*, sono stati effettuati, da ultimo con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 31⁷⁸ di attuazione della Decisione quadro

⁷¹ Tra le ipotesi di cui all'art. 670 c.p.p. non si annovererebbe più quella dell'irreperibile ugualmente processato. Il caso del giudizio contro l'irreperibile è riconducibile tra le ipotesi di nullità, ex art. 604 c.p.p., che non avrebbero potuto determinare la celebrazione dello stesso. Cfr. S. Quattrocchio, *Il contumace cede la scena*, cit., p. 5.

⁷² Cfr. F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, II ed, Torino, 2011, p. 228 ss.

⁷³ Il legislatore ha fatto riemergere l'inversione dell'*onus probandi* bandita dal sistema per adeguarlo alle regole del giusto processo. Se per effetto delle modifiche apportate dalla l. n. 60 del 2005 il contumace doveva semplicemente affermare di non aver avuto conoscenza del processo per poter essere rimesso in termini, dipendendo eventualmente dal giudice la prova dell'insussistenza delle condizioni per potervi accedere, con la riforma del 2014 viene ripristinato lo schema precedente.

⁷⁴ Tale avvertimento deve ritenersi essenziale per espressa previsione contenuta nell'art. 2 della Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 1975.

⁷⁵ Art. 4-bis, § 1, lett. a) e b), Decisione quadro 2009/299/GAI.

⁷⁶ Art. 4-bis, § 1, lett. c) e d), Decisione quadro 2009/299/GAI.

⁷⁷ Art. 7, Decisione quadro 2009/299/GAI, art. 4 l. 69 del 2005. In dottrina, M.R. Marchetti, sub. art. 16 l. n. 69/2005, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, p. 9917.

⁷⁸ In *Gazz. Uff.*, 8 marzo 2016 n. 56.

2009/299/GAI. Obiettivo di tale decreto legislativo è quello di rafforzare i diritti processuali delle persone e promuovere l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo. Con la riscrittura dell'art. 19, comma 1, l. n. 69 del 2005, ad opera dell'art. 2 d.lgs. n. 31 del 2016, si assiste ad un significativo rafforzamento delle garanzie che l'autorità giudiziaria italiana deve vagliare nel caso in cui la decisione sia stata adottata *in absentia* dell'imputato. Se in precedenza era sufficiente, ai fini dell'esecuzione del mandato di arresto europeo, che il destinatario fosse stato citato⁷⁹, a seguito della novella è indispensabile per l'esecuzione "obbligatoria" che l'imputato sia comparso almeno in una fase del processo concluso in sua assenza.

La previsione dell'indispensabilità della comparizione personale dell'imputato comporta un palese incremento delle garanzie processuali. Nel caso in cui tale condizione non si è realizzata la Corte d'appello può, comunque, concedere l'*exequatur* qualora l'interessato sia stato citato tempestivamente e personalmente con l'informazione inequivoca della data e del luogo del processo da cui è scaturita la decisione pronunciata *in absentia* e con l'avvertimento che una tale decisione avrebbe potuto esser presa anche in sua assenza. L'autorità giudiziaria nazionale deve, dunque, accertare l'avvenuta citazione. Incombe, però, altresì l'obbligo di accertare che l'imputato nel processo sia stato rappresentato da un difensore, di fiducia o d'ufficio⁸⁰, e che l'interessato, ricevuta la notifica della decisione e informato del diritto di ottenere un nuovo processo o della facoltà di dare inizio al giudizio di appello, abbia dichiarato espressamente di non opporsi e non abbia chiesto la rinnovazione del processo o proposto ritualmente appello⁸¹. La clausola del 2005 che, con riguardo alla rinnovazione nel Paese richiedente del giudizio di primo grado celebrato *in absentia*, statuiva che «*la consegna è subordinata alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro di emissione e di essere presenti al giudizio*» è stata sostituita con la previsione che il giudizio d'appello nello Stato estero deve prevedere il diritto dell'imputato di partecipare al processo e, soprattutto, consentire «*il riesame del merito della causa e l'allegazione di nuove prove che possono condurre alla riforma della decisione oggetto di esecuzione*». La Corte d'appello in questo caso deve accertare che l'imputato abbia dichiarato espressamente di non opporsi a tale decisione di primo grado e non abbia chiesto la rinnovazione del processo o proposto ritualmente appello. Qualora si sia realizzata una di queste condizioni, occorrerà attendere gli esiti della fase d'impugnazione nello Stato richiedente prima di poter dare esecuzione al mandato di arresto europeo.

Il d.lgs. n. 31 del 2016 ha previsto infine che nell'ipotesi in cui l'imputato non abbia ricevuto personalmente la notifica della decisione *in absentia*, la Corte deve verificare che la riceverà personalmente e senza indugio dopo la consegna nello Stato di emissione del mandato di arresto europeo e, pertanto, sarà espressamente informato dei termini entro i quali potrà esercitare il diritto ad un nuovo processo o la facoltà di dare inizio al giudizio di appello. Indispensabile risulta, anche in questo caso, che il giudizio d'appello preveda il diritto dell'imputato a partecipare e consenta «*il riesame del merito della causa e l'allegazione di nuove prove che possono condurre alla riforma della decisione oggetto di esecuzione*». Incomberà, pertanto, sulla Corte d'appello competente l'onere di verificare in modo puntuale la sussistenza di istituti, al riguardo, previsti dagli ordinamenti processuali degli Stati emittenti⁸². Ambiguo risulta l'uso del termine "allegazione", ossia se debba intendersi come mera prospettazione o istanza al giudice di secondo grado.

La quarta condizione menzionata non garantisce all'interessato una piena conoscenza del procedimento a suo carico prima della consegna. Un'interpretazione in *malam partem* della stessa, attraverso l'equiparazione alle mere assicurazioni da parte dell'autorità procedente di cui al testo pre-riforma, potrebbe vanificare la garanzia prefissata dalla novella. Sul punto si evidenzia il carattere alternativo delle

⁷⁹ In precedenza era sufficiente per l'Autorità straniera allegare l'avvenuta citazione dell'imputato per conseguire, quasi automaticamente, la consegna coattiva del soggetto.

⁸⁰ Numerose sono le problematiche circa l'effettiva conoscenza del procedimento in caso di nomina di difensore d'ufficio. Sul punto cfr. M. S. Calabretta-A. Mari, *La sospensione del procedimento*, cit., p. 53 ss.

⁸¹ A. Bigiarini, *Mandato di arresto europeo e reciproco riconoscimento delle sentenze penali nei processi in absentia*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 999 ss.

⁸² Nel nostro ordinamento non esiste un vero e proprio diritto dell'imputato alla rinnovazione del giudizio d'appello e all'acquisizione di nuove prove, se non nei limiti e con le problematiche sopra illustrate.

condizioni e la sufficiente rassicurazione alla corte di appello destinataria della richiesta, da parte dell'autorità straniera, della futura notificazione ed informativa sul diritto di appello al fine di ottenere la consegna dell'interessato. A limitare l'uso di tale possibile interpretazione provvede l'art. 19, comma 1, lett. a) attraverso l'uso del verbo "potere" («la corte di appello può, comunque, dar luogo alla consegna»)⁸³, attraverso la previsione di un potere discrezionale in capo al giudice ai fini della consegna dell'interessato⁸⁴. Dubbi sorgono sull'attribuzione di una siffatta discrezionalità, anche relativamente ad un possibile contrasto con lo scopo della decisione quadro, che mira ad eliminare gli ostacoli alla cooperazione giudiziaria transfrontaliera. La previsione appare emblema di diffidenza nei confronti degli ordinamenti processuali degli altri Stati membri, e, pertanto, delle garanzie da essi apprestate nei confronti dell'imputato⁸⁵.

Il d.lgs. n. 31 del 2016 non incide sulla procedura c.d. attiva di consegna. Al riguardo si prevede solo l'adeguamento del modello da compilare da parte dell'autorità giudiziaria italiana all'atto di emissione di un mandato di arresto europeo, sostituendolo con quello allegato al decreto (Allegato I). Le modifiche introdotte dovrebbero riuscire a prevenire un eventuale rifiuto da parte dello Stato estero di consegnare la persona oggetto di mandato di arresto europeo, in caso di richiesta delle autorità italiane⁸⁶.

La nuova disciplina apporta delle modifiche anche al d.lgs. n. 161 del 2010⁸⁷, interpolando alcune disposizioni di tale decreto per incidere espressamente sugli effetti della decisione quadro 2009/299/GAI, aggiungendo all'art. 2, comma 1, lett. n), alle parole «*decisione quadro*» il richiamo alla modifica apportata dall'art. 5, par. 2 della decisione quadro 2009/299/GAI. Tale prescrizione si pone in linea con la previsione di cui all'art. 2 in tema di mandato di arresto europeo onde garantire una simmetria tra provvedimenti *in itinere* e sentenze definitive di condanna.

Il d.lgs. n. 31 del 2016, ha, dunque, una "doppia anima": "pratica", nella parte in cui enuncia tra i propri obiettivi quello di semplificare la cooperazione giudiziaria in materia penale e, in particolare, di migliorare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie emesse *in absentia* tra gli Stati membri dell'Unione europea; "garantista" nella parte in cui, invece, persegue lo scopo di rafforzare i diritti processuali dell'imputato non presente al procedimento penale a suo carico⁸⁸.

Un altro passo in avanti è stato effettuato nel percorso "a ritroso" operato dall'Unione in ambito processual-penalistico. Si tende sempre più a garantire che le decisioni *in absentia* non siano adottate in violazione di una conoscenza effettiva dell'interessato circa le accuse che gli vengono rivolte. Un problema ancora non affrontato, o forse affrontato in maniera troppo marginale, è quello delle prove e delle condizioni di utilizzabilità delle stesse. Le stesse salvaguardie offerte dalla l. n. 69 del 2005 (art. 2) o dal d.lgs. n. 161 del 2010 (art. 10) verrebbero eluse nel caso in cui il processo fosse fondato su prove che, nello Stato richiesto, siano inutilizzabili, di scarsa efficacia argomentativa o inammissibili, con conseguenti concreti problemi di esecutività della decisione.

⁸³ Il testo previgente disponeva: «la consegna è subordinata alla condizione che ...».

⁸⁴ La dottrina aveva criticato la scelta del legislatore italiano di rendere obbligatoria la consegna, privando così l'autorità giudiziaria di esecuzione del potere di decidere caso per caso se rifiutarla o meno. Cfr. M. Bargis, *Libertà personale e consegna*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, p. 279.

⁸⁵ La natura obbligatoria della condizione di cui all'art. 19, comma 1, lett. a) potrebbe derivare valorizzando l'incipit della norma in parola, che resta invariato rispetto al testo previgente («L'esecuzione del mandato d'arresto europeo da parte dell'autorità giudiziaria italiana, nei casi sotto elencati, è subordinata alle seguenti condizioni (...). In tal modo, si potrebbe affermare la prevalenza di tale previsione, che sostiene le condizioni di cui alle lett. a), b) e c), e conseguentemente ridurre la portata del verbo "potere" nell'attuale testo della lett. a)»).

⁸⁶ Non dovrebbero, conseguentemente, ripetersi vicende simili al noto caso "Melloni", a mente del quale l'autorità giudiziaria spagnola si era rifiutata di procedere alla consegna all'autorità giudiziaria italiana dell'interessato, condannato in contumacia nel nostro Paese, sul presupposto che l'ordinamento italiano non prevedeva, a differenza di quello spagnolo, la possibilità di sottoporre a revisione la sentenza di condanna. Per tali considerazioni, cfr. C. giust. UE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-399/11, Melloni, cit., nonché in dottrina, G. De Amicis, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la corte di giustizia e il "caso Melloni"*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 giugno 2013, cit., p. 1 ss.

⁸⁷ Il d. lgs. n. 161 del 2010, in *Gazz.Uff.*, 1 ottobre 2010, n. 230, contiene le disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2008/909/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea.

⁸⁸ A. Bigiarini, *Mandato di arresto europeo e reciproco riconoscimento delle sentenze penali nei processi in absentia*, cit., p. 1006.

RECENTI PASSI AVANTI: LA ROAD MAP EUROPEA E LA SUA ATTUAZIONE

Successivamente all'adozione del Trattato di Lisbona, ed alla conseguente abolizione della struttura a pilastri dell'Unione europea, il potenziamento dei diritti dell'indagato/imputato nel procedimento penale ha assunto il carattere di obiettivo autonomo, sganciato dalla prospettiva della mera cooperazione giudiziaria. In questo quadro si colloca l'adozione delle direttive 2010/64/UE⁸⁹ e 2012/13/UE⁹⁰, rispettivamente sul diritto all'interpretazione ed alla traduzione e sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, nonché della Direttiva 2013/48/UE⁹¹ sul diritto di accesso a un difensore nel procedimento penale e sul diritto di comunicare al momento dell'arresto.

Emblematica, in questo *new deal* europeo è, poi, la recente Direttiva 2016/343/UE del Parlamento europeo e del Consiglio⁹² sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo. Solo nel caso in cui l'imputato sia stato informato, in un tempo adeguato, del processo e delle conseguenze della mancata comparizione e sia comunque rappresentato da un difensore (di fiducia ovvero d'ufficio), si può procedere *in absentia*⁹³.

Tutte le direttive menzionate sono espressione di un ampio disegno. Con la Risoluzione del 30 novembre 2009⁹⁴, il Consiglio ha adottato una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti di indagati o imputati in procedimenti penali, che si articola in cinque misure: diritto di traduzione ed interpretazione (misura A); diritto ad informazioni relative ai diritti e all'accusa (misura B); diritto alla consulenza legale e all'assistenza legale gratuita (misura C); diritto alla comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari (misura D); garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili (misura

⁸⁹ Direttiva 20 ottobre 2010, n. 64, in *Gazz. Uff. U.E.*, L 26 ottobre 2010 n. 280. In Italia è stata attuata con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, in *Gazz.Uff.*, 18 marzo 2014 n. 64. Per una disamina della disciplina interna cfr. *ex multis*, M. Antinucci, *L'attuazione della direttiva europea sul diritto alla traduzione: verso la tutela sostanziale del diritto alla difesa effettiva*, in www.archiviopenale.it, 18 marzo 2014; S. Recchione, *L'impatto della direttiva 2010/64/UE sulla giurisdizione penale: problemi, percorsi interpretativi, prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 luglio 2014, p. 1 ss.; M. Gialuz, *La lingua come diritto: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 9, p. 231; Id., *Il decreto legislativo di attuazione della Direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 aprile 2014. Per una disamina della disciplina europea ed interna, volendo, S. Arasi, *Plurilinguismo e diritto all'assistenza linguistica nel processo penale*, in AA.VV., *Identità nazionale e multiculturalismo*, Napoli, 2016, p. 137 ss.

⁹⁰ Direttiva 22 maggio 2012, n. 13, in *Gazz.Uff.U.E.*, L 142 1 giugno 2012. In Italia tale Direttiva sul diritto all'informazione nei procedimenti penali è stata attuata con il d. lgs. 1 luglio 2014, n. 101, in *Gazz.Uff.*, 17 luglio 2014, n. 164. In dottrina, cfr. *ex plurimis*, S. Quattrococo, *The right to information in EU legislation*, in S. Ruggeri (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Berlino-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2015, p. 81 ss.; S. Ciampi, *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del D.lgs. 1 luglio 2014*, n. 101, in www.penalecontemporaneo.it, 24 settembre 2014, p. 1 ss.

⁹¹ Direttiva 22 ottobre 2013 n. 48, in *Gazz.Uff. U.E.*, L 6 novembre 2013, n. 294, attuata in Italia con il d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184, contenente «Attuazione della direttiva 2013/48/UE, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del MAE», in *Gazz.Uff.*, 3 ottobre 2016 n. 231. Cfr., *ex plurimis*, F. A. Bubula, *La direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale. Alcune note a prima lettura*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 novembre 2013; G. Centamore, *Il diritto al difensore nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo nella direttiva 2013/48/UE: osservazioni generali e aspetti problematici*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 gennaio 2016, p. 1 ss. Volendo, S. Arasi, *The Effects of the Directive 2013/48/EU on the Italian System of Precautionary Measures: Defence Rights in Remand Hearings*, in S. Ruggeri (a cura di) *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, cit., p. 279 ss.

⁹² Direttiva 9 marzo 2016 n. 343, in *Gazz. Uff. U.E.*, L 11 marzo 2016, n. 65. In dottrina, cfr. L. Camaldo, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica direttiva dell'Unione europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 marzo 2016; E. Sirotti Gaudenzi, *La direttiva europea per un giusto processo*, in AA.VV., *Giusto processo e depenalizzazione*, Padova, 2016, p. 21 ss.; D. Fanciullo, *La direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in <http://rivista.eurojus.it/>. Per una breve disamina della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, Bruxelles, 27 novembre 2013 COM (2013) 821, oggi Direttiva 2016/800/UE di cui si veda *infra*, cfr. *ex multis* L. Camaldo, *Reciproco riconoscimento e sentenze pronunciate in assenza dell'imputato*, cit., p. 84 ss.

⁹³ Si veda, tra i tanti, O. Mazza, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p.1401ss.; A. Bigiarini, *Presunzione di innocenza e diritto al silenzio nella nuova direttiva UE*, in www.ilpenalista.it, 11 marzo 2016.

⁹⁴ Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, 2009/C 295/01, in <http://eur-lex.europa.eu/>.

E)⁹⁵. Tra le conseguenze delle summenzionate iniziative normative, emanate in forza della *Road map* del 2009, si annovera l'incremento delle garanzie partecipative della persona sottoposta a una procedura di consegna in forza del mandato di arresto europeo. Nello specifico, con la Direttiva 2012/13/UE viene garantita una base informativa più esaustiva rispetto a quella contenuta nella Decisione-quadro sul mandato di arresto europeo che, con previsioni alquanto generiche, si limitava a richiedere all'autorità di esecuzione d'informare, in conformità al proprio diritto interno, la persona richiesta sull'esistenza di un mandato d'arresto europeo e sul suo contenuto, nonché sulla possibilità di acconsentire alla consegna all'autorità giudiziaria emittente⁹⁶. Con la Direttiva del 2012, a parte la necessità di un'informazione semplice e accessibile, si richiede un'informazione tempestiva sui diritti spettanti alla persona arrestata ai fini dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo⁹⁷. Nella *letter of rights*, attraverso il richiamo generale ai diritti, sono ricompresi anche ulteriori informazioni, essenziali all'esercizio di un effettivo *fair trial*, come quella sul diritto della persona richiesta ad un'udienza davanti all'autorità giudiziaria nel caso in cui non presti il proprio consenso. L'omessa previsione dell'obbligo di informazione dell'accusa formulata nel procedimento in corso nell'ordinamento ordinante e del *fumus delicti*, posto a fondamento della procedura di consegna nel caso di esecuzione di misure coercitive procedurali nel Paese ordinante, tuttavia, incide negativamente sull'effettività della tutela della persona richiesta. La Direttiva 2013/48/UE, poi, avrebbe dovuto ovviare ad uno degli inconvenienti più denunciati nell'esperienza attuativa del mandato di arresto europeo, ma neppure essa sembra apprestare un'adeguata soluzione, limitandosi ad imporre all'autorità di esecuzione d'informare la persona richiesta della facoltà di nominare un difensore nel Paese di emissione, con il compito di assistere il legale nello Stato di esecuzione fornendogli le informazioni necessarie per l'assistenza difensiva nella procedura di consegna. Discutibile, infatti, è la garanzia dell'effettività della soluzione, subordinata, ovviamente, alla qualità dell'informazione, alla possibilità per la persona richiesta di nominare un difensore nel Paese di emissione, alla possibilità per quest'ultimo, secondo la *lex fori*, di procurarsi le informazioni e comunicare agevolmente col collega nominato nello Stato di esecuzione. Vengono minati, pertanto, l'effettiva partecipazione difensiva ed il diritto della persona richiesta ad essere ascoltata, "equamente", in una procedura che incide sulla sua libertà personale⁹⁸. Se l'obiettivo prefissato era quello di garantire alla persona sottoposta al mandato di arresto europeo un livello di tutela non inferiore a quello assicurato all'imputato in procedimenti penali nazionali, ciò non trova riscontro nella previsione delle modalità con le quali il difensore può partecipare all'esame del proprio assistito, in quanto queste ultime rimangono soggette alle regole del diritto nazionale dello Stato di esecuzione⁹⁹. Non si può, tuttavia, tacere l'enorme passo avanti compiuto dalla Direttiva 2013/48/UE che, oltre a riconoscere il diritto ad accedere ad un'assistenza legale, impone agli Stati membri l'obbligo di assicurare adeguate comunicazioni tra la persona richiesta ed il suo legale nonché la presenza del difensore all'esame della persona richiesta.

Con la Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e traduzione degli atti, il legislatore europeo ha tentato di eliminare, o quantomeno ridurre, il divario tra le procedure nazionali ed il procedimento transnazionale di consegna, mediante la previsione dell'obbligo, in capo alle autorità dello Sta-

⁹⁵ A. Di Stasi, *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014, *passim*. Con riferimento alle misure in attesa di approvazione, vanno ricordate la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, e due raccomandazioni, presentate dalla Commissione europea il 27 novembre 2013: Raccomandazione della Commissione sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali, in *Gazz. Uff. U.E.*, 24 dicembre 2013 C 378/11; Raccomandazione della Commissione sulle garanzie procedurali per le persone vulnerabili indagate o imputate in procedimenti penali, in *Gazz. Uff. U.E.*, 24 dicembre 2013, C 378/8. Su queste ultime v. M. Cagossi, *Prosegue inarrestabile il percorso verso il rafforzamento dei diritti processuali dei cittadini dell'Unione Europea*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 dicembre 2013.

⁹⁶ Tali disposizioni non davano conto di profili di enorme importanza ai fini di un'effettiva partecipazione della persona richiesta, quale quello concernente le conseguenze dell'eventuale consenso alla consegna.

⁹⁷ Si ripropone, in realtà, l'ambigua dizione della Decisione quadro del 2002, che letteralmente lega le garanzie difensive all'esistenza di una coercizione personale in atto.

⁹⁸ L. Bachmaier Winter, *The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in S. Ruggeri (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, cit., p. 122 ss.

⁹⁹ Si noti che per i procedimenti nazionali, invece, la Direttiva prevede la tutela dell'effettività della partecipazione difensiva e la necessità che le scelte del legislatore nazionale non pregiudichino l'effettività della tutela del diritto di difesa.

to di esecuzione, di garantire l'interpretazione nel corso della procedura di esecuzione nei confronti dell'alloggiato¹⁰⁰. Tale garanzia deve sussistere sia davanti all'autorità giudiziaria sia negli interrogatori di polizia. Si rammenti che le procedure internazionali di consegna prendono spesso avvio dall'arresto di polizia successivo alla segnalazione effettuata mediante lo *Schengen Information System*¹⁰¹. L'interpretazione deve essere garantita anche relativamente ad ogni colloquio tra la persona richiesta ed il suo difensore, al fine di apprestare una difesa effettiva, innanzitutto per la preparazione all'interrogatorio nel corso della procedura di consegna. Se la Direttiva prevede espressamente in capo all'autorità procedente di verificare la necessità di nominare un interprete, illegittime appaiono le persistenti prassi nazionali che continuano a sottoporre il riconoscimento del diritto all'interpretazione e traduzione alla richiesta espressa e motivata della persona sottoposta a procedimento. In via esemplificativa si pensi all'ordinamento italiano che, con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, non ha apportato alcuna modifica alla disciplina sul mandato d'arresto europeo e, in relazione ai procedimenti nazionali, per la nomina dell'interprete continua ad attribuire all'autorità giudiziaria il potere insindacabile di valutare la comprensione della lingua italiana da parte dell'imputato¹⁰².

Ulteriore obbligo imposto agli Stati membri dalla Direttiva 2010/64/UE, sebbene da molti Stati non recepito (neppure in Italia), è quello di garantire alla persona richiesta una via di ricorso contro la decisione che le neghi il diritto all'interpretazione, assicurandole altresì strumenti per contestare la qualità dell'interpretazione fornita. La limitazione dell'intervento del legislatore europeo alle sole procedure di consegna mediante il mandato di arresto europeo inevitabilmente incide in modo negativo su altri procedimenti transnazionali che comportano interventi altrettanto invasivi sui diritti fondamentali della persona, quali l'applicazione di misure restrittive del diritto di libertà e della libertà di movimento in altri Stati membri. Neppure la recente Direttiva 2016/343/UE, che ha adottato norme minime comuni, ai sensi dell'art. 82, paragrafo 2, T.F.U.E., relative ad alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al giudizio, ha colmato tale lacuna¹⁰³.

All'interno del più ampio disegno di sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁰⁴, basato, come visto, sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie¹⁰⁵, si sono incrementate le garanzie, *in primis* i diritti della difesa. La previsione di una clausola di non regressione comporta che nessuna disposizione può essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti ed alle garanzie procedurali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla Cedu, da altre disposizioni di diritto internazionale o dal diritto di qualsiasi Stato membro, che assicurino un livello di protezione più elevato¹⁰⁶. Si noti che la Direttiva non trova applicazione con riferimento ai procedimenti civili o amministrativi, anche quando questi ultimi possano comportare sanzioni, quali i procedimenti in materia di concorrenza, commercio, servizi finanziari, circolazione stradale, fiscalità o maggiorazioni d'imposta, e alle indagini connesse svolte da autorità amministrative¹⁰⁷. Il suo ambito di applicazione è infatti limitato ai procedimenti penali, nell'accezione fornita dall'interpretazione della Corte di giustizia e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e si applica esclusivamente alle persone fisiche, indagate o imputate della commissione di un reato, in ogni fase del procedimento penale – a prescindere dal momento in cui il soggetto è venuto a conoscenza del

¹⁰⁰ Il riconoscimento di quest'obbligo è legato alle nuove prescrizioni sul diritto all'interpretazione nei procedimenti nazionali. Cfr. art. 2 Direttiva 2010/64/UE.

¹⁰¹ Art. 9, comma 2, Decisione quadro 2002/584/GAI.

¹⁰² Cfr., volendo, S. Arasi, *Plurilinguismo e diritto all'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 144 ss.

¹⁰³ La Direttiva 2016/343/UE, in *Gazz. Uff. CE*, 11 marzo 2016, L. 65/2, dovrà essere attuata entro l'1 aprile 2018, mentre entro l'1 aprile 2020, e successivamente ogni tre anni, gli Stati membri devono trasmettere alla Commissione i dati disponibili relativi alle modalità con cui sono stati attuati i diritti sanciti dall'atto normativo. Entro l'1 aprile 2021, la Commissione presenterà al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'attuazione della Direttiva.

¹⁰⁴ Cfr. J. R. Spencer, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R. E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015, p. 277 ss.

¹⁰⁵ Cfr. M. Caianiello, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 febbraio 2015, p. 76 ss.; D. Vigoni, *Novità sovranazionali – La "codificazione europea" delle regole minime per la tutela dei diritti della difesa*, in *Proc. pen., giust.*, 2014, 2, p. 14 ss.; T. Rafaraci, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 3, p. 1 ss.

¹⁰⁶ Art. 13 Direttiva 2016/343/UE.

¹⁰⁷ *Considerandum* n. 11 Direttiva 2016/343/UE, cit.

procedimento stesso – sino a quando non sia stata accertata con sentenza definitiva la colpevolezza¹⁰⁸.

Oltre al principio di presunzione di innocenza, sviluppato lungo tre principali direttrici, quali il divieto di presentare in pubblico l'indagato o l'imputato come colpevole (artt. 4 e 5), l'onere della prova (art. 6) e, infine, il diritto al silenzio e alla non autoincriminazione (art. 7), la Direttiva 2016/343/UE si occupa, al Capo III, del diritto degli indagati e imputati di presenziare al processo penale, quale espressione massima del principio dell'equo processo¹⁰⁹. Pur riconoscendosi la natura essenziale di tale diritto, se ne sancisce una portata non assoluta, prevedendo delle situazioni in presenza delle quali un procedimento può concludersi anche se l'imputato non ha partecipato al processo. Nello specifico, si tratta delle ipotesi in cui l'indagato o l'imputato sia stato informato, in tempo utile, del processo e delle conseguenze della mancata comparizione, nonché lo stesso sia stato rappresentato da un difensore di fiducia oppure d'ufficio. Il rispetto di tali condizioni determina la possibilità di eseguire la decisione nei confronti dell'indagato o imputato giudicato *in absentia*¹¹⁰. Qualora non sia possibile soddisfare tali condizioni per impossibilità di rintracciare la persona sottoposta a procedimento (tipico esempio è quello del latitante), gli Stati membri potranno comunque consentire l'adozione della decisione *in absentia* e la sua esecuzione. In tali casi, però, dovrà essere garantito alle persone sottoposte a procedimento penale il diritto ad essere informate della possibilità di impugnare la decisione, nonché del diritto a un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale¹¹¹. In virtù dell'art. 9 della Direttiva incombe infatti, in capo agli Stati membri, l'obbligo di assicurare ai soggetti sottoposti a procedimento penale il diritto a un nuovo processo o ad un altro mezzo di impugnazione, che consenta di riesaminare il merito della decisione, ivi compreso l'esame di nuove prove, e che possa condurre alla riforma della sentenza. In tale nuovo giudizio, gli Stati membri assicurano che gli indagati o imputati abbiano il diritto di presenziare, partecipando in modo efficace ed esercitando i diritti della difesa, conformemente alle procedure previste dal diritto nazionale. Il diritto dell'indagato o imputato a presenziare al processo non può essere pregiudicato né dalle norme nazionali, che attribuiscono al giudice il potere di escludere temporaneamente un indagato o imputato dal processo qualora ciò sia necessario per garantire il corretto svolgimento del procedimento penale, né da quelle regole che prevedono lo svolgimento per iscritto del procedimento o di talune sue fasi, oppure una procedura in cui non è prevista alcuna udienza, purché ciò avvenga in conformità con il diritto a un equo processo¹¹². A tal fine viene imposto agli Stati membri l'obbligo di prevedere mezzi di ricorso adeguati da attivarsi, conformemente al principio dell'efficacia del diritto dell'Unione, nei casi di violazione dei diritti previsti nella Direttiva¹¹³.

Ad aver inciso, poi, sull'istituto del mandato di arresto europeo¹¹⁴ è la Direttiva 2016/800/UE¹¹⁵, che stabilisce norme minime comuni relative a garanzie procedurali per i minori¹¹⁶ indagati o imputati

¹⁰⁸ Cfr. art. 2 Direttiva 2016/343/UE, cit. Ad avviso delle istituzioni europee un'estensione dell'applicazione dello strumento normativo in esame alle persone giuridiche sarebbe "prematurato". Ne consegue l'applicazione per le persone giuridiche della presunzione di innocenza come sancita nella CEDU e come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia, dunque con modalità differenti da quanto accade per le persone fisiche.

¹⁰⁹ Si noti che per le persone vulnerabili (ossia che non sono in grado di capire o di partecipare efficacemente al procedimento penale per ragioni di età, condizioni mentali o fisiche o eventuali disabilità) e per i minori il *considerandum* n. 42 e n. 43 prevede garanzie specifiche relativamente al diritto di presenziare al processo ed al diritto ad un nuovo processo.

¹¹⁰ Cfr. art. 8, paragrafi 2 e 3, Direttiva 2016/343/UE.

¹¹¹ Cfr. art. 8, paragrafo 4, Direttiva 2016/343/UE.

¹¹² Cfr. art. 8, paragrafi 5 e 6, Direttiva 2016/343/UE.

¹¹³ L'art. 10 Direttiva 2016/343/UE specifica che nella valutazione delle dichiarazioni rese da indagati o imputati, o delle prove raccolte in violazione del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi, devono essere garantiti i diritti della difesa e l'equità del procedimento.

¹¹⁴ Occorre evidenziare che ad oggi sullo scenario europeo esistono delle Proposte di Direttiva in attuazione della *Road map* del 2009: si pensi alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, COM(2013) 824 final – 2013/0409 (COD), in <http://eur-lex.europa.eu>.

¹¹⁵ Direttiva 2016/800/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016, in *Gazz.Uff. U.E.*, 21 maggio 2016, L 132/1, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali.

¹¹⁶ La presente direttiva trova applicazione per le persone indagate o imputate in un procedimento penale e alle persone ricercate che erano minori al momento di essere sottoposte al procedimento ma che sono successivamente diventate maggiorenni. Inoltre, nel caso in cui l'interessato abbia già compiuto i 18 anni al momento in cui diventa indagato o imputato in un procedi-

nei procedimenti penali¹¹⁷ oppure oggetto di un procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo («ricercati»), al fine di rafforzare la fiducia degli Stati membri nei sistemi giudiziari penali degli altri Stati membri¹¹⁸ e, per l'effetto, facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale¹¹⁹. Sulla base di quanto disposto dall'art. 24, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Direttiva statuisce che l'interesse superiore del minore deve essere sempre considerato preminente¹²⁰. Al riguardo, peraltro, deve essere salvaguardato il diritto del minore di partecipare al procedimento penale, con modalità tali da proteggerne la riservatezza e con forme di documentazione audiovisiva delle sue dichiarazioni. La direttiva precisa che, al fine di garantire il rispetto dell'equo processo, gli Stati membri dovrebbero adottare misure opportune per incentivare la presenza del minore al processo mediante citazioni a comparire personalmente ed inviando copia della citazione al titolare della responsabilità genitoriale o, nel caso di contrasto con l'interesse superiore del minore, ad un altro adulto idoneo. Si prescrive agli Stati membri di stabilire disposizioni riguardanti la presenza di un minore al processo, comprendenti anche norme sulle condizioni a cui l'accesso alla sala d'udienza può essere temporaneamente vietato ad un minore. Relativamente all'ipotesi di mandato di arresto europeo, la direttiva estende i diritti in essa tutelati¹²¹ ai minori ricercati dal momento in cui sono arrestati nello Stato membro di esecuzione. Viene ribadita in tal modo indirettamente, ed in altre successive disposizioni della stessa direttiva anche espressamente, l'indispensabilità del procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo per la cooperazione tra gli Stati membri in materia penale. E, pertanto, l'indispensabilità del rispetto dei termini previsti dalla decisione quadro 2002/584/GAI per la cooperazione, consentendo nel contempo ai minori ricercati di esercitare pienamente i loro diritti nei procedimenti di esecuzione di un mandato d'arresto europeo¹²².

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Emerge un indubbio impegno dell'Unione nella tutela delle garanzie individuali inerenti al diritto di difesa nel processo penale e, dunque, ad un *fair trial*. Considerevoli passi avanti sono stati compiuti negli ultimi anni, a partire dalla Tabella di marcia del Consiglio il 30 novembre 2009, recepita dal Programma di Stoccolma del dicembre dello stesso anno, per giungere alle Direttive adottate tra il 2010 e il 2016, alcune delle quali già attuate dal legislatore italiano. Si tratta di una svolta sicuramente innovativa, ma priva di un intervento di “svecchiamento” in chiave di radicale armonizzazione delle garanzie difensive alle esigenze sussistenti nell'ambito della cooperazione giudiziaria fondata sul mutuo riconoscimento. Certamente i diritti individuati dalla Tabella di marcia del 2009¹²³ assumono peculiare rilievo nell'orbita di un rafforzamento della fiducia reciproca funzionale ad agevolare la cooperazione nelle procedure transnazionali, ma è necessario uno studio complessivo di tutte le garanzie ivi implicate¹²⁴.

mento penale, ma il reato è stato commesso quando era minore, gli Stati membri dovrebbero applicare le garanzie procedurali previste dalla direttiva fino al compimento dei 21 anni, quantomeno per i reati commessi dal medesimo indagato o imputato e che sono oggetto di indagini e azioni penali congiunte, in quanto indissociabili dai procedimenti penali che sono stati avviati nei suoi confronti prima che compisse 18 anni. Si vedano i considerando n. 11 e n. 12.

¹¹⁷ Essa si applica fino alla decisione definitiva sulla colpevolezza, incluse, ove previste, la pronuncia della condanna e la decisione sull'impugnazione, ed anche ai minori che non erano inizialmente indagati o imputati ma che lo diventano, nel corso di un interrogatorio da parte della polizia o di altre autorità di contrasto. Cfr. art. 2, Direttiva 2016/800/UE, cit.

¹¹⁸ Cfr. Considerando n. 2, Direttiva 2016/800/UE, cit.

¹¹⁹ Cfr. Considerando n. 14, n. 15 e n.16, Direttiva 2016/800/UE, cit., che prevede che la direttiva non si applichi ai reati minori, tranne nel caso in cui lo Stato preveda per determinati reati minori la privazione della libertà personale con procedimento davanti a un giudice o a un tribunale avente giurisdizione in materia penale.

¹²⁰ Cfr. Considerando n. 8, Direttiva 2016/800/UE, cit. Nel precedente considerando, la direttiva promuove i diritti del minore, tenuto conto delle linee guida del consiglio d'Europa, per una giustizia a misura di minore.

¹²¹ L'art. 17 della Direttiva 2016/800/UE, cit., individua tra i diritti da estendere al minore ricercato gli artt. 4, 5, 6 e 8, da 10 a 15, e l'art. 18.

¹²² Cfr., considerando n. 61 e n. 62, Direttiva 2016/800/UE, cit.

¹²³ I diritti individuati nella *road map* del 2009 riproducono quelli selezionati nella Proposta di decisione quadro del 2004.

¹²⁴ In questo quadro non può collocarsi la Decisione quadro 2009/299/GAI che ha solo introdotto appositi accorgimenti, in chiave “apparentemente” garantista, per meglio assicurare il mutuo riconoscimento del mandato di arresto europeo in materia

Dalla politica per lo più repressiva adottata dall'Unione europea, soprattutto nell'ambito di applicazione degli strumenti della cooperazione giudiziaria, si è giunti ad un innovativo garantismo, che ha inciso sia nel settore delle procedure cooperative, sia negli assetti degli ordinamenti processuali degli Stati membri. Da un'armonizzazione quale mezzo per perseguire la cooperazione si tende ad un'armonizzazione quale valore in sé¹²⁵. L'incremento del livello di protezione dei diritti dell'accusato nelle situazioni transnazionali convive con l'aspirazione a incidere sulla disciplina interna delle garanzie processuali, cercando di «rimuovere taluni ostacoli alla libera circolazione dei cittadini nel territorio degli Stati membri»¹²⁶. Le regole dettate in ambito europeo tendono ad incidere sia sul modello nazionale sia sugli strumenti di cooperazione, stabilendo una base minimale di uniformità dei sistemi nazionali, con i limiti connessi alla clausola di non regressione, che dovrebbe essere idonea a rimuovere gli ostacoli alla effettività del mutuo riconoscimento. Il rafforzamento della fiducia, da un lato, agevola la libera circolazione; dall'altro, facilita la cooperazione. I recenti atti normativi illustrati, sia di tipo "verticale" che "orizzontale", diretti ad incrementare i modelli della cooperazione giudiziaria, si soffermano altresì sulla tutela dell'individuo stretto nella morsa di una procedura transnazionale. I nuovi confini del procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo si connotano per il rafforzamento delle garanzie partecipative e del diritto all'assistenza difensiva, anche nel Paese emittente, oltre al riconoscimento di un incremento degli spazi di operatività dell'ufficio difensivo.

Pur riconoscendo un notevole pregio agli atti illustrati, ancora molta strada deve essere percorsa. Ad oggi, in questa ricerca di armonizzazione, attraverso la previsione di regole minime da innestare nell'ambito delle legislazioni nazionali e di regole sensibili alla tutela della difesa nell'ambito delle procedure di cooperazione, permane il vincolo al tradizionale approccio timido e graduale¹²⁷. In questo nuovo percorso in cui l'indagato/imputato non è più solo l'interlocutore occasionale del potere pubblico di accertamento, gli standard minimi non sembrano assumere particolare rilevanza innovativa rispetto a quanto già previsto in molti Paesi. Ma forse questa è la vera finalità perseguita dal legislatore europeo: legare l'incremento delle garanzie individuali all'esigenza di rendere efficace il mutuo riconoscimento quale fondamento della cooperazione giudiziaria. In quest'ottica, il raggiungimento dello standard minimo potrebbe assicurare l'efficacia del modello di cooperazione pur collocandosi tale standard al di sotto del livello di garanzia assicurato dalla Costituzione di uno degli Stati in cooperazione. La presenza della clausola di non regressione in ogni direttiva menzionata, pur incentivando gli Stati membri a mantenere o a introdurre livelli di tutela più elevati rispetto a quelli imposti dalle direttive, non consente un suo effettivo dispiegamento nel caso in cui si possa pregiudicare l'efficacia del diritto dell'UE¹²⁸. Ne consegue la sua incapacità ad incidere nella materia della cooperazione giudiziaria¹²⁹, con il conseguente rischio che gli ordinamenti statali che offrono un livello superiore di garanzie debbano utilizzare *standard* eterogenei a seconda che uno stesso diritto venga in gioco in una procedura interna ovvero di cooperazione giudiziaria.

Ma la diffidenza verso standard nazionali più evoluti potrebbe estendersi anche oltre il perimetro della cooperazione. Si pensi al caso in cui nell'ambito di procedure esclusivamente interne venga in

di giudizio *in absentia*. In senso critico F. Siracusano, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, cit., p. 130 ss.

¹²⁵ M. Bontempelli, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 3, p. 81 ss. Come osservato da autorevole dottrina, «in un'Unione allargata la fiducia reciproca deve trovare fondamento nella certezza che tutti i cittadini europei abbiano accesso ad un sistema giudiziario rispondente a livelli di qualità elevati»: M. Cartabia, «Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Dir. Unione europea*, 2005, p. 582 ss. È stato altresì evidenziato che gli standard di garanzie «uniformi» realizzino l'obiettivo della libera circolazione delle persone e costituisca un passaggio saliente «verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, contribuendo quanto meno a ridurre una sicura remora a spostarsi spontaneamente da un Paese a un altro dell'UE». T. Rafaraci, *Diritti fondamentali*, cit., p. 3.

¹²⁶ Cfr. *considerandum* 10 della Direttiva 2016/343/UE.

¹²⁷ F. Siracusano, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, cit., p. 13.

¹²⁸ Cfr. C. giust. UE, Grande Camera, 26 febbraio 2013, C-399/11, Melloni, cit.; C. giust. U.E, 26 febbraio 2013, C-617/10, Åkerberg Fransson, in <http://eur-lex.europa.eu/>. In essa si ribadisce il primato del diritto europeo partendo dall'interpretazione del principio di equivalenza siglato dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹²⁹ Dalla lettura del *considerandum* 54 della Direttiva 2013/48/UE, sul diritto di avvalersi di un difensore, il legislatore ha statuito espressamente che «gli Stati membri possono ampliare i diritti da essa previsti», ma «tale livello di tutela più elevato non dovrebbe costituire un ostacolo al reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie che dette regole minime mirano a facilitare».

considerazione una qualche materia riconducibile alle competenze dell'UE: in virtù del primato del diritto dell'Unione le più avanzate tutele previste dal sistema nazionale potrebbero non trovare applicazione¹³⁰.

¹³⁰ In senso critico, S. Ruggeri, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 settembre 2015, p. 160. L'Autore ritiene che «in una prospettiva dinamicamente interordinamentale della tutela dei diritti, il problema concernente il se l'ordinamento nazionale possa invocare standard di tutela più elevati in quanto richiesti dal proprio sistema costituzionale è in realtà un falso problema e come tale andrebbe trattato». A fondamento di tale asserzione vi sarebbero sia la circostanza che il diritto primario dell'Unione pone le basi normative per l'affermazione di un complessivo sistema interculturale con altre esperienze giuridiche e gli ordinamenti degli Stati Membri, sia il principio di leale cooperazione, sancito dall'art. 4, comma 3, T.U.E. Quest'ultimo, infatti, «obbliga l'Unione e gli Stati Membri a supportarsi reciprocamente nel perseguimento degli obiettivi stabiliti dai Trattati, impegnando pertanto tutte le istituzioni, sia sovranazionali che nazionali, alla ricerca della massima tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini penali, anche e soprattutto di quelle transnazionali. Anche nella prospettiva del diritto sovranazionale, l'arricchimento valoriale da parte degli ordinamenti nazionali dunque non tanto è consentito quanto è istituzionalmente richiesto».

GIUSEPPE DELLA MONICA

Professore associato di Procedura penale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale

La rinnovazione della prova decisiva dinanzi al giudice deputato a definire il giudizio

The rehearsal of determining evidence in front of the judge entrusted with the power of decision-making

Si è progressivamente consolidata, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'affermazione di principio secondo cui la pronuncia di condanna dell'imputato, in riforma di una precedente sentenza di assoluzione, richiede necessariamente la nuova escussione delle fonti dichiarative ritenute determinanti ai fini del giudizio e già assunte dinanzi al giudice di primo grado.

Il recepimento di tale principio ha dato luogo a contrasti non ancora risolti in giurisprudenza, con riferimento, in particolare, ai processi definiti in primo grado con le forme del giudizio abbreviato "secco" e, quindi, sulla base di una valutazione probatoria fondata esclusivamente sugli atti di indagine.

Le pronunce della Corte europea inducono, inoltre, ad una riflessione anche sui limiti all'esercizio del diritto alla prova previsti dall'art. 190-bis c.p.p. in materia di delitti di criminalità organizzata e di reati a sfondo sessuale, quando deve essere escusso un teste minorenni.

The jurisprudence of European Court of Human Rights has established the principle that the criminal responsibility of the accused, stated by the appeal court overruling a previous acquittal in first instance, requires necessarily the rehearsal of determining witnesses, already heard by the first judge.

The adoption of that principle has produced disputes not yet settled, with particular connection to the proceedings decided in first instance with the simple summary trial (giudizio abbreviato "secco"), that is a judgment expressed exclusively in accordance with the investigation acts.

Moreover, the decisions of the European Court has stimulated some consideration on the right of defense and of proving disciplined by the criminal procedure code, with particular attention to the mafia-related crimes and the sexual crimes, when the witness is very young.

L'OBBLIGO DI RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA NELL'OTTICA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, da tempo, ripetutamente affermato – tracciando, così, le linee di un orientamento che può reputarsi oramai consolidato¹ – la necessità della nuova assunzione in appello della prova dichiarativa, laddove il giudice del gravame intenda ribaltare la sentenza assolutoria emessa in primo grado. Più specificamente, l'obbligo della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale si impone tutte le volte in cui, ai fini della riforma della sentenza di assoluzione, appare determinante una diversa valutazione delle prove dichiarative acquisite in atti.

La Corte europea ha ancorato tale approdo ermeneutico alla previsione di cui all'art. 6, par. 1, CEDU, osservando che il processo non può definirsi "equo" se «*coloro che hanno la responsabilità di decidere in merito alla colpevolezza o all'innocenza dell'accusato*» non sono posti in condizione «*di sentire i testimoni e di valutare la loro attendibilità in prima persona*». Il sindacato sull'attendibilità di un testimone è, infatti,

¹ V. Corte e.d.u., 7 luglio 1989, Bricmont c. Belgio; Id., sez. I, 27 giugno 2000, Constantinescu c. Romania; Id., sez. II, 18 maggio 2004, Destrethem c. Francia; Id., grande sezione, 21 gennaio 2006, Garcia Ruiz c. Spagna, nonché, più di recente, Id., sez. III, 5 novembre 2011, Dan c. Moldavia; Id., sez. III, 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania; Id., sez. III, 9 aprile 2013, Flueras c. Romania, tutte in www.echr.coe.int.

compito complesso, che non può essere adeguatamente assolto, di regola, attraverso la semplice lettura delle dichiarazioni rese innanzi ad altro giudice².

Non va trascurata, in quest'ottica, la peculiarità della pronuncia con la quale viene riformata la sentenza assolutoria emessa dal giudice che ha assistito alla formazione della prova dichiarativa e l'ha ritenuta – evidentemente – inidonea a dimostrare la colpevolezza dell'imputato³. Alla Corte europea, pertanto, è sembrato iniquo un giudizio di condanna fondato sulla mera lettura di dichiarazioni che il primo giudice – anche sulla base degli elementi di valutazione ricavati dall'audizione diretta dei dichiaranti – aveva considerato insufficienti a supportare l'accusa.

È apparsa, a tutti, subito evidente la portata innovativa dei richiamati arresti della Corte europea, che hanno fatto ingresso nel nostro ordinamento con la forza propria del “parametro interposto”⁴, di recente arricchita e consolidata da alcune, significative pronunce della giurisprudenza di legittimità, in cui si è chiaramente affermata l'efficacia vincolante delle decisioni sovranazionali che evidenzino una situazione di oggettivo contrasto della normativa interna con la Convenzione europea, non correlata, in via esclusiva, al singolo caso esaminato⁵.

IL TORMENTATO ADEGUAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA INTERNA

Non vi è mai stata univocità di vedute, tra i giudici nazionali, sui presupposti che determinano l'obbligo di rinnovare la prova dichiarativa in grado di appello.

In particolare, una delle questioni più controverse attiene alla necessità di assumere in contraddittorio la prova potenzialmente decisiva anche nel caso di appello del pubblico ministero avverso la sentenza di assoluzione emessa all'esito del giudizio abbreviato non condizionato.

La giurisprudenza prevalente, fino al recente intervento delle Sezioni Unite, tendeva ad escludere l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per la riforma di una pronuncia assolutoria resa sulla base degli atti di indagine, osservando che tale obbligo sussiste solo nel caso di prova assunta oralmente dal primo giudice e non anche quando l'imputato, con la scelta del rito abbreviato “secco”, rinunci alle garanzie dell'oralità e dell'immediatezza⁶. In quest'ottica, l'obbligo di rinnovare l'attività istruttoria è destinato a “riespandersi” qualora il giudizio di primo grado, pur se celebrato con le forme del rito abbreviato, sia connotato da un'integrazione probatoria – richiesta dall'imputato (art. 438, comma 5, c.p.p.) o disposta *ex officio* (art. 441, comma 5, c.p.p.) – e il giudice di appello intenda operare un diverso apprezzamento dell'attendibilità delle dichiarazioni acquisite in contraddittorio.

L'assunto è in linea con le ulteriori limitazioni poste dal prevalente indirizzo giurisprudenziale all'operatività del principio affermato dalla Corte europea.

Si è ritenuto sussistente, infatti, l'obbligo di rinnovare la prova solo se il giudice è chiamato a pronunciarsi – perché specificamente sollecitato in tal senso dal pubblico ministero appellante – sull'attendibilità “intrinseca” delle dichiarazioni assunte in primo grado e considerate decisive ai fini dell'assoluzione dell'imputato, mentre si può prescindere dalla rinnovazione quando la condanna in appello è, sì, basata sulla rivalutazione dei contributi dichiarativi acquisiti in atti, ma per effetto di un diverso

²Per ulteriori approfondimenti, v. R. Casiraghi, *Conferme e smentite della grande camera in materia di testimoni assenti*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2627 s.

³Sul punto, v. F.R. Dinacci, *L'effettività dei controlli sulla decisione tra vincoli europei e Carta dei valori*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3507 s.

⁴La Corte costituzionale, con le sentenze n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007, ha precisato che l'eventuale contrasto tra le norme interne e quelle pattizie impone la verifica di costituzionalità delle prime, *ex art. 117 Cost.*, per violazione dei principi convenzionali. Da ciò consegue che l'obbligo di conformare il nostro ordinamento agli obblighi sovranazionali non determina automaticamente, nel caso di conflitto tra le fonti, la disapplicazione della norma interna, che può avvenire solo a seguito della pronuncia di incostituzionalità della stessa. Laddove, invece, il contrasto si riveli meramente apparente, perché superabile attraverso l'interpretazione adeguatrice della norma interna, non occorre neppure promuoverne il sindacato di costituzionalità. Sul tema, tra gli altri, cfr. F. Palazzo, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2695 s.

⁵Per tutte, v. *Cass.*, Sez. Un., 19 aprile 2012, E.S., in *Cass. pen.*, 2012, p. 3969 s., con note di M. Gambardella, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza “Scoppola”*, *ivi*, p. 3981 s., e di C. Musio, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limiti del giudicato nazionale*, *ivi*, p. 4003 s.

⁶*Ex multis*, *Cass.*, sez. III, 23 giugno 2015, n. 38786, in *C.E.D. Cass.*, n. 264793; *Id.*, sez. III, 30 settembre 2014, n. 45456, in *C.E.D. Cass.*, n. 260868; *Id.*, sez. II, 23 maggio 2014, n. 33690, in *C.E.D. Cass.*, n. 260147.

apprezzamento degli elementi di riscontro esterni a tali dichiarazioni⁷. Analogamente, non è tenuto a disporre la ripetizione dell'istruttoria il giudice di appello che, per riformare la pronuncia assolutoria, non deve porre in discussione l'attendibilità delle dichiarazioni, ma semplicemente valorizzare elementi trascurati dal primo giudice – che abbia erroneamente ritenuto incompleto, ad esempio, il narrato della persona offesa – oppure evidenziare eventuali travisamenti della prova rilevati dall'esame degli atti⁸.

A tale orientamento si contrapponeva l'indirizzo minoritario, caratterizzato da una piena adesione agli enunciati della Corte europea, sino al punto di ritenere obbligatoria la rinnovazione della prova dichiarativa anche nel caso di definizione del giudizio di primo grado con le forme del rito abbreviato non condizionato⁹. Secondo tale convinzione ermeneutica, non osta all'adempimento dell'obbligo convenzionale la celebrazione del processo sulla base degli atti delle indagini preliminari, poiché il giudice di appello, anche in tal caso, indipendentemente da una sollecitazione delle parti, può comunque disporre *ex officio* l'integrazione probatoria ritenuta necessaria¹⁰.

Sul tema della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale imposta dall'art. 6 Cedu sono intervenute, di recente, anche le Sezioni Unite¹¹, pur se chiamate a dirimere il contrasto insorto in giurisprudenza su un profilo diverso da quello relativo all'operatività dell'obbligo nel caso di riforma della sentenza assolutoria emessa all'esito del giudizio abbreviato secco. L'investitura del massimo Collegio è stata determinata, infatti, dall'esigenza di verificare se la Corte di cassazione, in difetto di uno specifico motivo di ricorso, possa comunque rilevare *ex officio* la violazione dell'art. 6 Cedu, allorquando la condanna dell'imputato in appello si fondi su prove dichiarative ritenute determinanti, ma non rinnovate¹².

Le Sezioni Unite sono andate, tuttavia, ben oltre la specifica questione da risolvere, esplorando il tema ad ampio raggio, nel dichiarato intento di ancorare l'obbligo della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale alla corretta applicazione della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che è presupposto indefettibile per l'affermazione di responsabilità dell'imputato, ancor più quando essa interviene in grado di appello e in riforma di una precedente sentenza di assoluzione.

IL PRIMO INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE

Si è già detto che le Sezioni Unite, traendo spunto dal quesito sottoposto al loro scrutinio, hanno operato una più generale ricostruzione sistematica del rapporto tra dovere di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e limiti alla *reformatio in peius* della pronuncia di primo grado¹³.

⁷ In tal senso, Cass., sez. VI, 6 ottobre 2015, Arcone, in *C.E.D. Cass.*, n. 265879.

⁸ Così Cass., sez. II, 9 aprile 2015, Maricosu, in *C.E.D. Cass.*, n. 263763. Sullo stesso versante si collocano quelle pronunce che, nell'affrontare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p. – per la ritenuta violazione degli artt. 117 Cost. e 6 Cedu – nella parte in cui non prevede l'obbligo di rinnovare l'istruttoria dibattimentale in appello prima dell'eventuale riforma della sentenza assolutoria, hanno dichiarato manifestamente infondata l'eccezione, escludendo che sia ravvisabile una carenza strutturale nell'ordinamento interno, stante l'assoluta compatibilità del richiamato art. 603 c.p.p. con l'art. 6 Cedu, così come interpretato dalla Corte europea (cfr. Cass., sez. IV, 6 dicembre 2012, Bifulco, in *C.E.D. Cass.*, n. 254950). L'assunto sembra, però, prestare il fianco a qualche obiezione, poiché la rinnovazione postulata dalla Corte europea – se ne ricorrono i presupposti – si configura come attività obbligatoria, che non trova eguale riconoscimento nell'attuale formulazione letterale dell'art. 603 c.p.p., secondo cui le prove già acquisite nel dibattimento di primo grado sono ammesse a richiesta di parte se «il giudice ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti» oppure sono assunte d'ufficio se appaiono «assolutamente necessarie».

⁹ L'unica pronuncia massimata, che si è chiaramente espressa in questi termini, è Cass., sez. VI, 11 febbraio 2014, C.D.S., in *C.E.D. Cass.*, n. 259107.

¹⁰ In tal senso, *ex multis*, Cass., sez. III, 29 novembre 2012, R.P., in *C.E.D. Cass.*, n. 254850.

¹¹ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3203 s.

¹² L'orientamento più restrittivo assumeva la rilevanza, nel giudizio di cassazione, dell'inosservanza dell'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria solo se l'imputato avesse formulato una richiesta in tal senso, respinta dalla Corte territoriale, e poi avesse espressamente censurato, *ex art. 606, comma 1, lett. c)*, c.p.p., la violazione del precetto convenzionale (in questi termini, Cass., sez. I, 9 giugno 2015, n. 26860, in *C.E.D. Cass.*, n. 263961; *Id.*, sez. V, 20 novembre 2013, n. 51396, in *C.E.D. Cass.*, n. 257831; *Id.*, sez. IV, 19 novembre 2013, n. 18432, in *C.E.D. Cass.*, n. 261920). L'indirizzo opposto, invece, non riteneva necessaria una preventiva istanza di rinnovazione dell'istruttoria, posto che la Corte di legittimità avrebbe dovuto comunque individuare autonomamente il vizio e censurare la pronuncia adottata in violazione del precetto convenzionale (cfr. Cass., sez. I, 3 marzo 2015, n. 24384, in *C.E.D. Cass.*, n. 263896; *Id.*, sez. V, 24 febbraio 2015, n. 25475, in *C.E.D. Cass.*, n. 263903; *Id.*, sez. III, 20 gennaio 2015, n. 19322, in *C.E.D. Cass.*, n. 263513).

¹³ Tra i primi commenti alla pronuncia delle Sezioni Unite, v. F.G. Capitani, *Per condannare il già assolto vanno ancora sentiti i*

Il fulcro della decisione è costituito dall'obbligo di motivazione rafforzata che incombe sul giudice di appello intenzionato a ribaltare la sentenza di assoluzione dell'imputato.

Per operare tale riforma non basta, in mancanza di elementi sopravvenuti, una diversa valutazione del materiale probatorio già acquisito in primo grado ed ivi ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di condanna, ma occorre una "forza persuasiva superiore", tale da dissolvere "ogni ragionevole dubbio". In altri termini, la rivalutazione *in peius* del compendio istruttorio effettuata dal giudice di secondo grado deve essere sorretta da argomenti dirimenti, tali da rendere evidente l'errore sotteso alla sentenza assolutoria, che deve apparire, di fronte a quella di appello, non più razionalmente sostenibile.

Va ritenuta, pertanto, illogicamente motivata – proprio in conseguenza della violazione del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio – la sentenza di appello che condanni l'imputato, assolto in primo grado, sulla scorta della mera lettura dei verbali di dichiarazioni, senza, cioè, disporre la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per l'assunzione, in contraddittorio, delle fonti di prova ritenute decisive ai fini della *reformatio in peius*¹⁴. La prospettiva cambia nell'ipotesi inversa, poiché la riforma assolutoria del giudizio di condanna, anche in mancanza di una rinnovazione della prova dichiarativa, è perfettamente in linea con la presunzione di non colpevolezza, presidiata dalla regola di giudizio di cui all'art. 533 c.p.p. Il nostro ordinamento processuale ha scelto, infatti, come statuto cognitivo fondante, il modello accusatorio, ispirato ai principi dell'oralità e dell'immediatezza nella formazione della prova, sicché il giudice di appello – che ripete tutti i poteri decisorio del primo giudice – può ribaltare la sentenza assolutoria solo sulla base di un'attività istruttoria connotata dallo stesso *modus operandi*. In quest'ottica, il contraddittorio, l'oralità e l'immediatezza, da un lato, e l'obbligo di motivazione rafforzata, dall'altro, si atteggiavano come garanzie strettamente correlate, poiché la percezione diretta del dato probatorio da parte del giudice diviene condizione essenziale per la correttezza e la completezza dell'*iter* giustificativo della decisione, specie quando esso deve conseguire quello *standard* qualificato imposto dalla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che promana, a sua volta, dalla presunzione di innocenza.

La rinnovazione dell'istruttoria in appello appare funzionale – sempre secondo le Sezioni Unite – anche alla tutela del diritto di difesa dell'imputato, poiché la mancata assunzione in contraddittorio dei contributi dichiarativi sacrifica un'efficace confutazione delle argomentazioni svolte dal pubblico ministero nell'atto di gravame, che indubbiamente si riuscirebbe a contrastare con maggiore efficacia attraverso gli elementi ricavati dall'interlocazione diretta con le fonti di prova.

Da tali affermazioni di principio la Corte ha ricavato il corollario della portata generale dell'obbligo di riesaminare i soggetti che abbiano reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado.

Si è, così, affermato che l'esigenza generalizzata di rinnovazione della prova dichiarativa non consente distinzioni in ragione della qualità del dichiarante, sia esso testimone puro (art. 197 c.p.p.), testimone "assistito" (art. 197-bis c.p.p.), imputato di fatto connesso o collegato (art. 210 c.p.p.) – non importa se giudicato nel medesimo processo o separatamente – oppure imputato che abbia reso dichiarazioni anche in merito alla propria responsabilità (art. 208 c.p.p.).

Né, tantomeno, muta lo scenario se la richiesta di riformare la decisione assolutoria, sulla base di una diversa lettura della prova dichiarativa, provenga dal pubblico ministero o dalla parte civile, ovviamente nei limiti, per quest'ultima, dei soli interessi che può coltivare¹⁵.

Seguendo la stessa logica generalizzante, le Sezioni Unite hanno precisato, inoltre, che l'obbligo di rinnovazione dell'attività istruttoria opera anche nel caso di impugnazione del pubblico ministero avverso la pronuncia di assoluzione emessa all'esito del giudizio abbreviato, indipendentemente dalla circostanza che gli apporti dichiarativi determinanti ai fini della decisione siano stati valutati dal primo

testi. In mancanza, la Cassazione può rilevare d'ufficio il vizio, in *Dir. e giustizia*, 2016, n. 24, p. 50 s., nonché V. Aiuti, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3214 s.

¹⁴ Secondo le Sezioni Unite, vanno considerate tali le prove che hanno determinato – o anche solo contribuito a determinare – l'assoluzione e che, pur in presenza di altre fonti, se espunte dal compendio probatorio, si rivelano comunque potenzialmente idonee ad incidere sull'esito del giudizio, nonché quelle che, pur se ritenute dal primo giudice di valore scarso o nullo, sono, invece, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti ai fini dell'affermazione di responsabilità dell'imputato (Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, cit., *ibidem*). Il concetto è stato successivamente ribadito da Cass., sez. V, 12 ottobre 2016, n. 50057, non ancora massimata.

¹⁵ Sulla rinnovazione della prova in appello quando ad impugnare è la parte civile, v. A. De Francesco, *Deve rinnovarsi la prova in appello anche nel caso di impugnazione della sentenza assolutoria della sola parte civile*, in *Dir. e giustizia*, 2016, n. 24, p. 38 s.

giudice in forma meramente cartolare oppure a seguito di integrazione probatoria disposta ai sensi dell'art. 438, comma 5, c.p.p. o dell'art. 441, comma 5, c.p.p.

È, infatti, la necessità di dimostrare la colpevolezza dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio che impone l'assunzione diretta del dichiarante – se la rivalutazione della sua attendibilità appare decisiva ai fini della riforma della sentenza assolutoria – anche nel giudizio di appello innestato sul rito abbreviato non condizionato.

In definitiva, secondo la tesi avallata dalle Sezioni Unite, quando si è in presenza di una fonte probatoria dal cui narrato dipendono le sorti del processo, non è mai consentita, in appello, la riforma “cartolare” della pronuncia di assoluzione, essendo indispensabile garantire all'imputato – prima della sua eventuale affermazione di responsabilità – l'assunzione della prova decisiva nel rispetto dei principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza.

L'intervento delle Sezioni Unite non è stato, tuttavia, risolutivo, atteso che, a distanza di appena qualche mese dal deposito della sentenza, altro collegio della Corte in composizione ordinaria si è pronunciato in senso diverso, affermando che la riforma in appello della sentenza di assoluzione resa all'esito del giudizio abbreviato secco, pur se fondata su una diversa valutazione del materiale dichiarativo, non presuppone necessariamente la rinnovazione dell'istruttoria¹⁶.

Quest'ultima pronuncia – considerata di particolare pregnanza per l'incisività e la forza persuasiva delle argomentazioni su cui si fonda – ha indotto la Seconda Sezione penale della Corte di legittimità – successivamente investita della stessa questione – a promuovere un nuovo intervento del collegio più autorevole¹⁷, nell'intento di porre fine al perdurante stato di incertezza interpretativa su un profilo nevralgico del nostro sistema processuale, inerente alla valutazione della prova dichiarativa nell'ambito del rito abbreviato.

LA RIEMERSIONE DEL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE IN TEMA DI GIUDIZIO ABBREVIATO

La critica all'opzione ermeneutica accolta dalle Sezioni Unite si incentra, fondamentalmente, sulle peculiarità del giudizio abbreviato, connotato da minori garanzie nella formazione della prova, accentuando le quali, però, l'imputato acquisisce il diritto di beneficiare, nel caso di condanna, della riduzione di pena prevista dall'art. 442 c.p.p. Il giudice decide, di regola, sulla scorta del compendio probatorio contenuto nel fascicolo del pubblico ministero, sicché la valutazione di attendibilità dei dichiaranti normalmente si esplica *ex actis*, vale a dire mediante lettura dei relativi verbali.

D'altra parte, essendo espressamente prevista in Costituzione la facoltà dell'imputato di rinunciare alla garanzia del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111, comma 5, Cost.), non può ritenersi illegittimo, in linea di principio, un giudizio che si fondi sul rapporto mediato tra il giudice e le fonti di prova dichiarative.

La stessa Corte europea si è occupata in più occasioni del nostro rito abbreviato, evidenziando che tale forma di definizione del processo, a fronte di un innegabile vantaggio assicurato all'imputato sul piano sanzionatorio, comporta «un'attenuazione delle garanzie procedurali offerte dal diritto interno, in particolare per quanto riguarda la pubblicità del dibattimento, la possibilità di chiedere la produzione di elementi di prova e di ottenere la convocazione dei testimoni a carico ed a discarico»¹⁸. Gli Stati contraenti – come ha osservato, in linea più generale, la Corte – non sono obbligati dalla Convenzione a prevedere procedure semplificate di definizione della regiudicanda, ma se ciò accade e l'imputato si avvale di tale facoltà, rinunciando alle garanzie del dibattimento, i principi del processo equo impongono di non privarlo arbitrariamente dei vantaggi connessi alla scelta del rito meno garantito¹⁹.

In definitiva, secondo tale orientamento, il riconoscimento della tutela prevista dalla Convenzione europea trova un limite nella struttura del giudizio abbreviato e nella sua natura negoziale, poiché i principi fondamentali dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio non costituiscono un dogma processuale, ma ben possono essere sacrificati, per scelta dell'imputato, in funzione dei vantaggi assicu-

¹⁶ Così Cass., sez. III, 12 luglio 2016, n. 43242, non ancora massimata.

¹⁷ Ci si riferisce a Cass., sez. II, 28 ottobre 2016, n. 47015, anch'essa non ancora massimata.

¹⁸ Così Corte e.d.u., grande sezione, 18 ottobre 2006, Hermi c. Italia, in *www.echr.coe.int*.

¹⁹ V. Corte e.d.u., grande sezione, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, in *Cass. pen.*, 2010, p. 832 s.

rati dal rito, senza che ciò comprometta l'equità del processo, anche se termina con una sentenza di condanna.

Né l'accertamento giurisdizionale svolto su base cartolare può essere considerato, per definizione, incompatibile con l'esigenza di provare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio, poiché anche «la sentenza di condanna che non si è nutrita dell'oralità nell'acquisizione del suo supporto probatorio non confligge con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 comma 2 Cost., bensì correttamente l'affronta e la supera»²⁰.

Sono sostanzialmente queste le ragioni che hanno indotto a sollecitare un nuovo scrutinio delle Sezioni Unite, stavolta precipuamente finalizzato a stabilire se, nel caso di impugnazione del pubblico ministero avverso una sentenza di assoluzione emessa nell'ambito del giudizio abbreviato non condizionato, ove tale sentenza sia fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice e la cui attendibilità sia posta in discussione dall'organo dell'accusa impugnante, il giudice di appello debba esercitare il proprio potere di integrazione probatoria e procedere all'assunzione diretta dei dichiaranti per ritenere raggiunta la prova della colpevolezza dell'imputato, in riforma della pronuncia appellata²¹.

LE ULTERIORI QUESTIONI ANCORA APERTE

Per dirimere i dubbi sull'operatività dell'obbligo convenzionale della rinnovazione dell'attività istruttoria nell'ambito del giudizio abbreviato, occorrerà attendere, quindi, la nuova pronuncia delle Sezioni Unite, anche se, all'esito, prescindendo dalla soluzione che verrà adottata, probabilmente resteranno ancora aperte questioni di non trascurabile rilievo, sulle quali, sin d'ora, appare opportuno stimolare una riflessione.

Un primo aspetto problematico attiene alle possibili interferenze dell'istituto con la garanzia dell'imparzialità del giudice.

L'esigenza di disporre la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale presuppone, infatti, che il giudice di seconde cure quantomeno ritenga non manifestamente infondate le doglianze del pubblico ministero sulla valutazione delle fonti dichiarative contenuta nella sentenza assolutoria di primo grado²². Occorre anche considerare che la riforma invocata dall'appellante – stante l'obbligo imposto dalla Corte europea – risulta giocoforza preclusa in mancanza della riassunzione, con le forme del contraddittorio, delle dichiarazioni reputate dal primo giudice inidonee a supportare un giudizio di condanna.

Possano, pertanto, profilarsi due eventualità.

Il giudice di appello decide di rinnovare la prova dichiarativa – perché, evidentemente, ravvisa i margini per l'accoglimento dell'impugnazione proposta dal pubblico ministero – o, viceversa, non dispone la riapertura dell'istruttoria e, quindi, di fatto, esclude la possibilità di riformare la pronuncia assolutoria.

Nel primo caso, sebbene l'ordinanza ammissiva dell'attività istruttoria esprima chiaramente un preconvincimento *merito causae*, non appare comunque configurabile un'intollerabile compromissione del valore dell'imparzialità del giudice, essenzialmente perché il giudizio sull'accoglimento o meno dell'atto di impugnazione resta legato – in modo determinante – all'incognita dei risultati della nuova escussione delle fonti dichiarative, che va svolta, peraltro, assicurando alle parti il diritto di partecipare e, quindi, di incidere concretamente sulla formazione della prova²³.

Di ben altro spessore, invece, è la forza pregiudicante della decisione che neghi la rinnovazione dell'istruttoria, poiché tale determinazione – quando la condanna dell'imputato non può prescindere dalla rivalutazione delle fonti dichiarative – equivale al rigetto dell'appello proposto dal pubblico mini-

²⁰ Ad esprimersi in questi termini, in motivazione, è Cass., sez. III, 12 luglio 2016, n. 43242, cit.

²¹ V. ancora Cass., sez. II, 28 ottobre 2016, n. 47015, cit.

²² Come hanno rilevato le Sezioni Unite, «è verosimilmente il contenuto stesso dell'atto di impugnazione del pubblico ministero (o della parte civile), ad offrire al giudice di appello, sin dall'inizio del dibattimento, una chiara prospettiva circa la doverosità della rinnovazione della istruttoria, nei limiti in cui la valutazione della prova dichiarativa sia considerata cruciale ai fini del giudizio sulla pertinenza e consistenza delle argomentazioni svolte da parte impugnante» (Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, cit., *ibidem*).

²³ Giova anche ricordare che i provvedimenti di natura istruttoria non generano incompatibilità, ma possono solo dare luogo, eventualmente, alla causa di ricusazione prevista dall'art. 37, comma 1, lett. b), c.p.p., laddove contengano indebite anticipazioni del giudizio di merito.

stero. In sostanza, la pronuncia negativa sulla riassunzione della prova, più che esprimere un preconvincimento del giudice, si traduce in una vera e propria anticipazione della conferma della sentenza di assoluzione, che non può essere riformata – come detto – in assenza di un *novum probatorio*.

Per evitare l'insorgenza di situazioni potenzialmente lesive della garanzia dell'imparzialità, appare opportuno, quindi, che il giudice di appello si pronunci sempre sulla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale unitamente al merito dell'impugnazione, senza, cioè, anticipare – con ordinanza emessa in via preliminare – valutazioni sulla decisività della prova dichiarativa che possono, poi, imporre l'astensione o legittimare la ricasazione.

Se opta per tale soluzione, il giudice, prima dell'inizio della discussione, deve comunque invitare le parti ad interloquire anche sulla prospettiva della rinnovazione dell'istruttoria, preferibilmente lasciando traccia di tale indicazione nel verbale di udienza. Nulla esclude, infatti, che le doglianze del pubblico ministero – apparse *prima facie* infondate o non attinenti all'attendibilità delle prove dichiarative – vengano diversamente valutate all'esito della camera di consiglio, anche alla luce delle argomentazioni sviluppate dalle parti nel corso della discussione, sicché, in tal caso, il giudice non pronuncerà sentenza, ma disporrà, con ordinanza, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

Altro aspetto controverso è quello relativo all'impossibilità di riassumere una prova dichiarativa che il giudice di appello reputi determinante ai fini della possibile riforma della sentenza assolutoria.

Al riguardo, giova innanzitutto ricordare quanto affermato dalle Sezioni Unite, secondo cui «l'esigenza della rinnovazione della prova dichiarativa non consente distinzioni a seconda della qualità soggettiva del dichiarante», con la conseguenza che l'obbligo della riassunzione opera «anche nel caso di dichiarazioni del coimputato in procedimento connesso (art. 210 c.p.p.) o del coimputato nello stesso procedimento (art. 503 c.p.p.)»²⁴.

Tra i casi di impossibilità della rinnovazione della prova va annoverato, quindi, anche il legittimo esercizio della facoltà di non rispondere da parte del dichiarante, che può ancora avvalersi di tale facoltà in appello, pur avendo già reso dichiarazioni in primo grado, se è imputato del medesimo reato – come concorrente *ex art. 12, comma 1, lett. a), c.p.p.* – nell'ambito dello stesso procedimento.

Di regola, ogniqualvolta non è possibile riascoltare la fonte dichiarativa della cui valutazione si duole l'appellante – per effetto dell'esercizio del diritto al silenzio o per l'oggettiva impossibilità della rinnovazione²⁵ – il giudice dell'impugnazione non può che confermare la pronuncia assolutoria, ostando alla riforma di tale pronuncia la tutela rafforzata del diritto di confrontarsi con le fonti di accusa che va riconosciuta all'imputato assolto all'esito del giudizio di primo grado.

L'assunto sembra, tuttavia, valere nei soli casi in cui l'impossibilità di rinnovare la prova sia riconducibile a circostanze "fisiologiche".

Viceversa, laddove si accerti – attraverso una procedura incidentale analoga a quella prevista dall'art. 500, comma 5, c.p.p. – che l'impossibilità di ripetizione dell'esame derivi dalla deliberata volontà di favorire l'imputato o dalla costrizione illecita subita dal dichiarante, deve ritenersi che il giudice di appello possa legittimamente ribaltare la sentenza di assoluzione anche sulla scorta di un diverso apprezzamento delle dichiarazioni già rese.

I RIFLESSI DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA SULLA (RI)VALUTAZIONE DELLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 190-BIS C.P.P.

L'obbligo di rinnovare l'istruttoria in appello è destinato inevitabilmente a ripercuotersi anche sulla previsione di cui all'art. 190-bis c.p.p., che ha suscitato, sin dalla sua introduzione, non poche perplessità, ovviamente in ragione del limite posto all'attuazione del principio dell'immediatezza, inteso come rapporto diretto tra giudice e fonte di prova²⁶.

²⁴ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, cit., *ibidem*.

²⁵ Non a caso, le Sezioni Unite hanno evidenziato l'applicabilità, anche in grado di appello, della previsione di cui all'art. 467 c.p.p., per garantire l'assunzione urgente della prova "non rinviabile" e scongiurare, così, il rischio che maturi una situazione di oggettiva impossibilità di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria, che neutralizzerebbe, di fatto, il potere di controllo del giudice di appello sulla pronuncia assolutoria (v. ancora Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, cit., *ibidem*).

²⁶ Tra i contributi dottrinali all'analisi della disposizione vanno segnalati, ovviamente senza alcuna pretesa di completezza, A. Bernasconi, *Diritto al contraddittorio e requisiti della prova nei processi di criminalità organizzata*, in R. Kostoris (a cura di), *Il giusto*

I dubbi di legittimità costituzionale sollevati dalla richiamata disposizione – ma sempre prontamente tacitati dalla Corte di cassazione – rischiano, infatti, di tornare prepotentemente in rilievo alla luce della necessità – ora imposta dalla Corte europea – di procedere al riascolto delle fonti dichiarative ritenute determinanti ai fini della riforma della pronuncia assolutoria di primo grado.

Rubricato «*requisiti della prova in casi particolari*», l'art. 190-bis c.p.p. ha introdotto – com'è noto – una deroga alle modalità ordinarie di assunzione della prova dichiarativa in giudizio, al fine di valorizzare, da un lato, le esigenze di economia processuale e di preservare, dall'altro, alcune fonti probatorie dai pericoli connessi alla partecipazione al dibattimento o dai disagi riconducibili a peculiari condizioni personali²⁷.

La difficoltà di giustificare la limitazione all'esercizio del diritto alla prova posta dalla norma in esame – specie al di fuori dei casi motivati dalla necessità di salvaguardare soggetti deboli – si è accentuata a seguito della modifica dell'art. 111 Cost., che ha espressamente riconosciuto all'imputato la facoltà di confrontarsi con le fonti dichiarative a carico, dinanzi «*al giudice*» legittimato a pronunciarsi nel merito dell'imputazione²⁸.

Le censure si sono appuntate, in particolare, sulla *ratio* della disposizione codicistica.

La deroga al principio di immediatezza viene ricondotta, infatti, a due distinte esigenze: il primo comma dell'art. 190-bis c.p.p. è chiaramente posto a presidio della concentrazione dei tempi processuali e della prevenzione del rischio di usura del dichiarante²⁹, mentre il comma 1-bis – introdotto e poi ampliato con successivi interventi del legislatore³⁰ – risponde alla finalità di tutela della cosiddetta fonte di prova «vulnerabile»³¹.

Ad apparire irragionevole era soprattutto l'idea che il legislatore, in nome della semplificazione processuale, potesse giustificare un *vulnus* così significativo alle garanzie costituzionali e convenzionali³².

La Corte di cassazione ha, tuttavia, ripetutamente respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata in questi termini, precisando che la norma consente il recupero delle sole dichiarazioni pro-

processo tra contraddittorio e diritto al silenzio, Torino, 2002, p. 106 s.; M. Chiavario, *Considerazioni sul diritto alla prova nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2009 s.; C. Conti-P. Tonini, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2014, p. 65 s.; A. Giarda, *Riforme, contro-riforme e criminalità organizzata*, in *Corriere giur.*, 1992, p. 1070 s.; G. Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. Ferrua-F. M. Grifantini-G. Illuminati-R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 73 s.; P.P. Rivello, *Limiti al diritto alla prova*, in M. Chiavario-E. Marzaduri (a cura di), *Le prove. Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, tomo I, Torino, 1999, p. 1 s.; G. Ubertis, *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 489 s.

²⁷ Per un approfondimento del tema, appaiono di particolare interesse le riflessioni di G. Giostra, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 1019 s., e di C. Pansini, *Le dichiarazioni del minore nel processo penale*, Padova, 2001, p. 91 s.

²⁸ Sulla circostanza che l'art. 111, comma 3, Cost., a differenza dell'art. 6 Cedu, riconosce all'imputato la «facoltà» – e non il «diritto» – di confrontarsi con le fonti di accusa, si è criticamente espresso P. P. Paulesu, *Giudice e parti nella «dialettica» della prova testimoniale*, Torino, 2002, p. 14. D'altra parte, si è anche affermato, in dottrina, che il termine «facoltà» debba essere comunque inteso come sinonimo di «diritto»: così S. Maffei, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, 2003, p. 91.

²⁹ Il primo comma dell'art. 190-bis c.p.p. prevede, infatti, per una categoria di reati espressamente indicati, che «*l'esame di un testimone o di una delle persone indicate nell'art. 210*» è ammesso «*solo se riguarda fatti e circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o una delle parti lo ritengano necessario sulla base di specifiche esigenze*», sempre che quelle fonti di prova abbiano già reso «*dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'art. 238 c.p.p.*».

³⁰ Tale comma, introdotto dall'art. 13 l. 3 agosto 1998, n. 269 (recante norme contro la pedofilia), è stato oggetto di un duplice intervento innovativo, dapprima con l'inclusione del riferimento al reato di cui all'art. 600-*quater* c.p. (operata dall'art. 14 l. 6 febbraio 2006, n. 38) e, successivamente, con la modifica apportata dall'art. 1, comma 1, lett. e), d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, che ha esteso l'operatività della disposizione alle persone offese in «condizioni di particolare vulnerabilità», al fine di dare attuazione alla direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

³¹ La modifica introdotta dall'art. 1, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 212 del 2015 – come si rileva dai lavori parlamentari (in particolare, dal resoconto della seduta della Commissione giustizia della Camera dei Deputati del 27 ottobre 2015) – era giudicata, non a caso, «*essenziale per rendere effettiva la tutela del dichiarante vulnerabile ed impedire che lo stesso, già sentito nel corso dell'incidente probatorio debba essere nuovamente sentito in dibattimento, con il paradossale effetto di aumentare il numero delle audizioni piuttosto che diminuirlo*».

³² Per ulteriori spunti di riflessione sul tema, v. A. Gaito, *Il procedimento probatorio nella evoluzione della giurisprudenza europea*, in A. Gaito (a cura di), *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, p. 48.

mananti da «*persona già debitamente esaminata dal soggetto nei cui confronti saranno utilizzate*»³³ e, comunque, la deroga è prevista in funzione della legittima esigenza di prevenire «*l'usura delle fonti di prova*» o «*il pericolo della loro intimidazione*»³⁴.

La tenuta delle argomentazioni spese, in passato, per suggellare la legittimità costituzionale dell'art. 190-bis c.p.p. va, oggi, verificata alla luce delle pronunce sovranazionali sulla *reformatio in pejus* della sentenza di assoluzione di primo grado, che hanno ulteriormente rafforzato l'esigenza di dare prevalenza, nel bilanciamento di interessi contrapposti, ai principi posti a garanzia dell'imputato.

Se è vero, infatti, che la decisività della prova obbliga il giudice di appello alla rinnovazione dell'esame, laddove intenda ribaltare la pronuncia assolutoria, diventa obiettivamente difficile sostenere ancora che l'imputato possa essere condannato in primo grado, pur avendo scelto il rito ordinario, sulla base di una dichiarazione ritenuta determinante, ma assunta in forma esclusivamente cartolare, proprio per effetto del limite alla ripetizione dell'atto istruttorio stabilito dall'art. 190-bis c.p.p.

In quest'ottica, giova ricordare che la Corte europea ha espressamente ricollegato l'obbligo della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale alla previsione di cui all'art. 6, par. 1, della Convenzione, affermando che il processo non può definirsi “*equo*” se «*coloro che hanno la responsabilità di decidere in merito alla colpevolezza o all'innocenza dell'accusato*» non sono posti in condizione «*di sentire i testimoni e di valutare la loro attendibilità in prima persona*». In altri termini, l'audizione e la valutazione di attendibilità del dichiarante – secondo i giudici di Strasburgo – sono attività inscindibilmente connesse, non potendosi adeguatamente compiere il sindacato sulla fonte di prova attraverso la semplice lettura delle dichiarazioni rese innanzi ad altro giudice.

L'assunto non può che valere, *a fortiori*, in relazione a quelle fonti dichiarative – come i collaboratori di giustizia e i minori vittime di abusi sessuali – che l'art. 190-bis c.p.p. tende a salvaguardare per ragioni diverse, ma che sono accomunate dall'esigenza di un più rigoroso vaglio sulla loro effettiva affidabilità. Da ciò consegue che, quando non vi sono ragioni ostative alla rinnovazione dell'esame, il dichiarante va escusso *ex novo*, dinanzi al giudice investito del giudizio, anche sulle stesse circostanze già oggetto delle pregresse dichiarazioni, salvo poi verificare la qualità del contributo probatorio reso, in considerazione del tempo trascorso rispetto alle precedenti audizioni³⁵, del numero delle escussioni a cui è stato sottoposto³⁶, nonché dell'eventuale compromissione della genuinità della fonte³⁷.

Del resto, diversamente argomentando, bisognerebbe accettare la schizofrenia di un sistema che consente al giudice di primo grado – dinanzi al quale dovrebbe formarsi la prova secondo i principi fissati dalla Costituzione e delle Carte internazionali – di condannare l'imputato anche sulla base di dichiarazioni decisive acquisite in forma documentale, mentre nega tale possibilità al giudice di appello, chiamato a pronunciarsi, invece, all'esito di un processo che dovrebbe essere, per sua natura, interamente cartolare³⁸.

³³ V. Cass., sez. VI, 18 giugno 2003, n. 26119, in *Cass. pen.*, 2005, p. 906.

³⁴ Nella stessa prospettiva, cfr. Cass., sez. I, 16 giugno 2001, Bagarella, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3502.

³⁵ Sul punto, cfr. C.L. Musatti, *Elementi di psicologia della testimonianza*, II ed., Padova, Cedam, 1989, p. 241 s., dove si sottolinea che i fanciulli sono esposti al condizionamento in misura maggiore rispetto agli adulti e, pertanto, il contributo testimoniale del minore va attentamente ponderato. In particolare, più si dilata il tempo intercorso tra l'evento e la sua rievocazione, meno attendibile sarà la testimonianza, in ragione della maggiore permeabilità della psiche del minore a condizionamenti che si innestano sulla capacità di elaborare il ricordo.

³⁶ Appaiono di particolare pregio, al riguardo, le considerazioni di G. Giostra, *La testimonianza del minore*, cit., p. 1026, che rimarca l'importanza dell'escussione protetta, immediata e senza eccessive ripetizioni della fonte “debole”. Il passare del tempo – che pregiudica la qualità del ricordo anche nel testimone adulto – determina inevitabilmente lo “sbiadimento” del ricordo nella fonte debole e soprattutto causa, non di rado, fenomeni di inquinamento dello stesso, dovuto a meccanismi di rielaborazione o di rimozione. È, quindi, assolutamente plausibile che la reiterazione della testimonianza del minore in appello possa tradursi in un contributo inutile o addirittura fuorviante.

³⁷ G. Gulotta, *Le domande “tendenziose” possono indurre il bambino ad assecondare l'interlocutore*, in *Famiglia e minori*, 2007, 5, p. 59 s., approfondisce le insidie connesse ai metodi di escussione del minore, ricordando che mentre gli adulti “raccontano ricordando”, i minori “ricordano raccontando”.

³⁸ La dottrina più attenta sottolinea, infatti, il perenne problema della piena maturazione del processo accusatorio “all'italiana”, che accusatorio non può di certo essere considerato, almeno fino a quando l'appello rimane tendenzialmente solo cartolare, con l'integrazione probatoria relegata a livello di eccezione (in tal senso, A. Gaito, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, p. 6). Del resto, la proposta di strutturare l'appello come giudizio rescindente fu avanzata, già nei primi anni di vigenza del nuovo codice, tra gli altri, da A. Nappi, *Il nuovo processo penale: un'ipotesi di aggiornamento del giudizio di appello*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 974 s.



Processo penale e giustizia n. 1 | 2017

Analisi e prospettive

Analysis and Prospects

DANIELA VIGONI

Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Milano Statale

La perdita di efficacia della misura nella disciplina dei mezzi di controllo cautelare *

Loss of effectiveness of the precautionary measure in the appeal procedure

La legge n. 47 del 2015, al fine di garantire il rispetto dei termini della procedura di riesame, punta sull'inefficacia dell'ordinanza che dispone la misura coercitiva e sul divieto di rinnovazione, salve eccezionali esigenze cautelari. In questo contributo si rilevano talune asimmetrie nel sistema dei controlli *de libertate*, si segnalano le incertezze applicative riguardanti il requisito delle eccezionali esigenze cautelari e si mettono in evidenza i problemi interpretativi che derivano dalle ripercussioni delle modifiche legislative sulla disciplina del riesame in materia reale.

Law no. 47 of 2015, in order to ensure the time-limits provided for the re-examination of precautionary measure, focuses on loss of effectiveness of the order directing the coercive measure and on the prohibition to renewal, unless there are exceptional precautionary needs. This report points out some of the asymmetries in the remedies' system against coercive measures, analyses the operative issues about the requirement of the exceptional precautionary needs and highlights the interpretative doubts arising from the impact of legislative changes on the re-examination's discipline in real matter.

IL VALORE DEL TEMPO NELLA PROCEDURA DI RIESAME

L'effettività della verifica di merito sul titolo cautelare passa attraverso cadenze definite e ritmi serrati, in linea con quanto previsto nelle fonti internazionali (artt. 9, § 4 P.i.d.c.p. e 5, § 4 Cedu), dove si riconosce ad ogni persona privata della libertà personale il diritto al controllo giudiziario «in tempi brevi» sul provvedimento restrittivo.

Anche laddove la riforma ha inciso sul piano delle garanzie, creando spazi per l'esercizio informato, consapevole e attivo del diritto di difesa, i tempi della procedura di riesame risultano controllati e contingentati: la richiesta dell'imputato di comparire personalmente va espressa contestualmente alla richiesta di riesame¹; la richiesta di differimento per «*giustificati motivi*» della data dell'udienza da un minimo di cinque ad un massimo di dieci giorni² è ammessa, al più tardi, almeno il giorno prima dell'udienza, e a tale differimento corrisponde una proroga di pari misura relativa ai tempi della decisione.

Il legislatore ha progressivamente riscritto la dinamica del riesame, definendo i segmenti e blindandone la sequenza: la sanzione dell'inefficacia mira a garantire il rispetto dei termini della procedura di riesame; il divieto "relativo" di rinnovazione dell'ordinanza intende neutralizzare espedienti diretti a reiterare quel provvedimento sfuggito al tempestivo controllo.

Originariamente, si prevedeva soltanto il termine – perentorio, in quanto appunto sanzionato

*Testo, corredato di note e di titolo, della relazione svolta a Roma, il 17 giugno 2016, al Convegno di studio dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "G.D. Pisapia" su «*L'impatto della riforma cautelare nelle riflessioni della dottrina e negli orientamenti giurisprudenziali*».

¹ Al riguardo Cass., sez. I, 17 dicembre 2015, n. 49882, in *questa Rivista*, 2016, 3, p. 89, con nota di F.R. Mittica, *La partecipazione all'udienza di riesame dopo la legge n. 47 del 2015*.

² In proposito Cass., sez. VI, 3 marzo 2016, n. 12556, in *CED Cass.*, n. 267207; Cass., sez. VI, 3 marzo 2016, n. 13049, in *CED Cass.*, n. 266189.

dall'inefficacia dell'ordinanza – di dieci giorni per la decisione, termine che decorreva da quello ordinatorio (di un giorno) per la trasmissione degli atti al tribunale. L'espedito di un deposito frazionato degli atti³ consentiva di procrastinare *ad libitum* i tempi del riesame e protrarre così l'applicazione della misura coercitiva in attesa dell'esito della procedura di controllo.

La legge n. 332 del 1995, al fine di ancorare rigidamente il *dies a quo* per la decisione, ha posto il termine – perentorio, essendo correlato all'inefficacia – di cinque giorni per l'invio degli atti. Il termine decorre, come la giurisprudenza ha avuto modo di precisare, dal momento in cui la richiesta è presentata nella cancelleria del tribunale della libertà⁴ o dal momento in cui la richiesta è pervenuta⁵; peraltro, non basta che entro il quinto giorno gli atti siano stati inviati, in quanto essi devono materialmente pervenire al tribunale⁶.

A distanza di vent'anni, l'intervento legislativo per garantire la tempestività del controllo cautelare mira ancora a reagire all'azione giurisprudenziale che tende ad allentare la rigidità delle scansioni temporali.

Con la legge n. 47 del 2015 si è prescritto un termine sempre perentorio, in quanto presidiato dalla sanzione dell'inefficacia, variabile da trenta a quarantacinque giorni, per il deposito dell'ordinanza in cancelleria.

Si è inteso in questo modo superare il consolidato indirizzo giurisprudenziale, avallato da un duplice intervento delle Sezioni Unite⁷, secondo cui per evitare l'effetto caducatorio sarebbe stato sufficiente che il tribunale avesse deliberato e provveduto al deposito tempestivo del (solo) dispositivo dell'ordinanza di riesame, mentre la motivazione avrebbe potuto essere depositata entro il termine ordinatorio di cinque giorni dalla deliberazione, previsto per il procedimento camerale dall'art. 128 c.p.p.; l'inosservanza di tale ultimo termine, privo di sanzione processuale, rappresentava «una patologia giudiziaria», che avrebbe potuto esporre i magistrati a sanzione civile, disciplinare, e, se del caso, penale⁸.

In sintesi, ora la progressione nella cadenze – la mancata trasmissione degli atti, la mancata decisione, il mancato deposito dell'ordinanza nei termini prescritti – provoca l'effetto caducatorio dell'ordinanza.

Tale effetto è ulteriormente rafforzato dal vincolo che preclude la rinnovazione, «salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate».

Riguardo a quest'ultimo profilo, prima della riforma, e a proposito del mancato rispetto dei termini di trasmissione degli atti e di decisione, l'orientamento dominante della Cassazione, dopo una pronuncia delle Sezioni Unite⁹, aveva ammesso la possibilità di reiterare la misura coercitiva caducata: si è ritenuto, infatti, che non trovasse ostacolo, derivante dal divieto di *bis in idem*, l'emissione di una nuova ordinanza cautelare quando l'inefficacia della misura conseguiva a vizi meramente formali, che non coinvolgono un giudizio sulla sussistenza delle condizioni richieste per l'emissione del provvedimento cautelare.

³ Cass., sez. un., 5 luglio 1995, n. 25, in *CED Cass.*, n. 202016.

⁴ Cass., sez. un., 16 dicembre 1998, n. 25, in *CED Cass.*, n. 212073. V. anche Corte cost., 22 giugno 1998, n. 232, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p. 1100, con nota di G. Spangher, *La "ragionevole" prevalenza dei diritti dell'imputato sulle difficoltà organizzative*.

⁵ Cass., sez. un., 22 marzo 2000, n. 11, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1144, con nota di I. Schettino, *Favor libertatis e procedimento di riesame delle ordinanze che dispongono misure coercitive*, e p. 3238, con nota di F. Nuzzo, *Orientamenti giurisprudenziali sulla decorrenza del termine per la trasmissione degli atti al tribunale del riesame*.

⁶ Cass., sez. un., 29 ottobre 1997, n. 13, in *Guida dir.*, 1998, 9, p. 61, con nota di R. Bricchetti, *Il semplice invio nel termine prescritto non esclude la decadenza della misura coercitiva*; in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p. 338, con nota di L. Giuliani, *Caducazione della misura cautelare per ritardata «trasmissione» degli atti al tribunale del riesame*; in *Cass. pen.*, 1998, p. 1920, con nota di F. Nuzzo, *La «trasmissione degli atti» al tribunale del riesame nella giurisprudenza di legittimità*.

⁷ Cass., sez. un., 17 aprile 1996, n. 7, in *CED Cass.*, n. 205256; Cass., sez. un., 25 marzo 1998, n. 11, in *Guida dir.*, 1998, 28, p. 64, con nota di R. Bricchetti, *Ma i ritardi nella presentazione dei motivi non cancellano la misura coercitiva*.

⁸ V. ancora Cass., sez. un., 25 marzo 1998, n. 11, cit. Nella Relazione della Commissione Canzio, *sub art. 309* (articolato e relazione sono pubblicati con il titolo *Verso una mini-riforma del processo penale: le proposte della Commissione Canzio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 ottobre 2014), si legge che la violazione del termine ordinatorio di cinque giorni «può assumere, secondo la giurisprudenza, soltanto rilevanza disciplinare (ove il deposito intervenga oltre il ventesimo giorno)». La proposta di introdurre un illecito disciplinare (con sanzione non inferiore alla censura) riguardante i magistrati relativo alla violazione dei termini della procedura di riesame non è stata accolta; resta invece la previsione (art. 15 della l. n. 47 del 2015) di una relazione annuale «contenente dati, rilevazioni e statistiche» relativi all'applicazione delle misure cautelari personali.

⁹ Cass., sez. un., 1° luglio 1992, n. 11, in *CED Cass.*, nn. 191182 e 191183.

Per di più, la giurisprudenza consentiva che il nuovo titolo cautelare potesse intervenire anche prima dell'esecuzione del provvedimento di rimessione in libertà, e ammetteva anche che l'inosservanza del termine perentorio avesse effetti paralizzanti l'attività giurisdizionale¹⁰, traducendosi nella decadenza dal potere di decidere sulla richiesta¹¹, o comunque tollerava che potesse non esservi l'immediata liberazione¹². Di qui l'effetto perverso di una possibile «infinita successione di ordinanze fotocopia, caducate ed incontrollate»¹³, tale da vanificare la funzione del riesame e disattivare la procedura di verifica *de libertate*, al contempo mantenendo la misura coercitiva in atto.

Complessivamente, la procedura di riesame deve concludersi al massimo, pena l'inefficacia dell'ordinanza, in settanta giorni dalla richiesta. Entro cinque giorni devono pervenire gli atti al tribunale; entro i successivi dieci giorni deve esservi la decisione¹⁴; entro i successivi trenta/quarantacinque giorni dalla decisione¹⁵ deve essere depositata l'ordinanza, ossia la motivazione, in cancelleria. La prescritta tempistica, però, può subire un'ulteriore estensione, non eccedente i dieci giorni, in relazione alla richiesta di differimento della data dell'udienza da parte dell'imputato, che produce una proroga di pari misura del termine per la decisione e per il deposito dell'ordinanza.

Le soluzioni legislative mostrano una tempistica scandita, assai più dilatata rispetto all'originario schema, ma rigida, in quanto garantita nelle cadenze dalla sanzione dell'inefficacia; un ulteriore elemento di tutela, incentivante il rispetto dei termini, deriva dal fatto che il rinnovo dell'ordinanza risulta condizionato dalla dimostrazione delle esigenze cautelari eccezionali.

LE ASIMMETRIE SISTEMATICHE

Fermo restando che ai sensi del comma 9 la decisione deve intervenire entro dieci giorni dalla ricezione degli atti, in base al comma 10 l'ordinanza deve essere depositata entro trenta giorni, a meno che il giudice disponga per il deposito un termine più lungo, non eccedente i quarantacinque giorni, quando la «stesura della motivazione sia particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni».

Con la modifica che “sdoppia” i tempi della decisione e regola la “dicotomia temporale” fra deliberazione e deposito dell'ordinanza si è tentato di trovare un equilibrio fra il diritto di chi è sottoposto a misura coercitiva a un controllo tempestivo e le difficoltà pratiche-operative che può incontrare il tribunale a rispettare sempre cadenze troppo brevi e rigide. La soluzione normativa – che distingue nella disciplina la procedura di riesame rispetto a quella relativa alla sentenza e ai provvedimenti camerali – mira a scongiurare eccessive dilazioni, che vengono ad incidere negativamente sulla libertà personale e sul diritto di impugnazione¹⁶.

Al di là di alcune imprecisioni segnalate dalla dottrina¹⁷ – i riferimenti agli “arrestati” (sono sottoposti a misura) e alle “imputazioni” (si tratta spesso addebiti provvisori, e perciò il riferimento dovrebbe

¹⁰ Cass., sez. un., 29 ottobre 1997, n. 13, cit.

¹¹ Diversa è la soluzione proposta da M. Chiavario, *Tribunale della libertà e libertà personale*, in V. Grevi (a cura di), *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, Bologna, 1983, p. 184, per il quale la perdita di efficacia della misura per decorrenza del termine verrebbe a integrare «un'inedita applicazione del meccanismo del “silenzio-accoglimento” preso a prestito dalla dinamica amministrativistica».

¹² Cfr. Cass., sez. un., 31 maggio 2000, n. 14, in *Giur. it.*, 2001, p. 563, con nota di A. Barbieri, *Caducazione della misura coercitiva e sua rilevanza*.

¹³ M. Ceresa-Gastaldo, *Riformare il riesame dei provvedimenti di coercizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1182.

¹⁴ Da intendersi nel senso del deposito del dispositivo secondo Cass., sez. II, 26 gennaio 2016, n. 4961, in *CED Cass.*, n. 266377.

¹⁵ Sempre secondo Cass., Sez. II, 26 gennaio 2016, n. 4961, cit., da intendersi nel senso della deliberazione in camera di consiglio attestata dal dispositivo.

¹⁶ In proposito G. Illuminati, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1159; E. Marzaduri, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, 2015, pp. 231-232.

¹⁷ V. M. Bargis, sub art. 12, *Commento alla l. 47/2015*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 22 settembre 2015, p. 4; G. Illuminati, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, cit., p. 1159; E. Marzaduri, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, cit., p. 233, nota 84.

intendersi alla gravità dei fatti) – manca un espresso riferimento alla forma del provvedimento che legittima la dilazione e, soprattutto, l'indicazione chiara circa il momento in cui esso andrebbe adottato.

Al riguardo si registra una discrasia rispetto alla disciplina dell'appello, dove, accanto alla previsione che il tribunale decide nel termine (ordinatorio) di venti giorni dalla ricezione degli atti (art. 310, comma 2, c.p.p.), la riforma ha aggiunto una norma del tutto simile a quella prevista per il riesame circa il duplice riferimento temporale per il deposito dell'ordinanza; ma, alla previsione che consente una proroga per la complessità della motivazione, si accompagna l'inciso che «*il giudice può indicare nel dispositivo un termine più lungo*», non eccedente i quarantacinque giorni.

In dottrina vi è chi¹⁸ ha suggerito un'applicazione analogica della disposizione di cui all'art. 310 c.p.p., da intendersi quale espressione di un criterio generale che impone la pronta comunicazione alle parti col dispositivo del più ampio termine per il deposito dell'ordinanza, e chi¹⁹, invece, ha ritenuto che debba riconoscersi al tribunale la possibilità di comunicare alle parti, anche successivamente, con un provvedimento *ad hoc*, comunque prima della scadenza del termine ordinario di trenta giorni, la necessità di poter disporre di maggior tempo. E quest'ultima interpretazione è stata condivisa da una pronuncia della Cassazione²⁰, in cui emerge che il provvedimento di proroga sarebbe possibile fino alla durata massima di quarantacinque giorni. Peraltro, la Corte sembra anche non escludere “un'implicita” proroga del termine quando vi sia l'effettivo deposito della motivazione nel termine massimo previsto, e ciò, per vero, sembra contrario alla lettera della disposizione che impone al giudice di «*disporre*», e perciò di indicare il termine più lungo.

Posto che solo il deposito dell'ordinanza consente la conoscenza delle ragioni della decisione e individua il *dies a quo* per proporre ricorso per cassazione, va sottolineata l'assenza di disposizioni corrispondenti a quelle relative alle sentenze previste nell'art. 585, comma 1, c.p.p. in relazione all'art. 544, commi 2 e 3, c.p.p. che accordano termini diversi per l'impugnazione²¹: per i provvedimenti *de libertate* vale l'unico termine perentorio (di dieci giorni) previsto dall'art. 311 c.p.p.

(SEGUE): ... NEL GIUDIZIO DI RINVIO

Anche con riguardo al giudizio di rinvio in seguito all'annullamento su ricorso per cassazione dell'imputato contro l'ordinanza che ha disposto o confermato la misura coercitiva si ripropone nell'art. 311, comma 5-*bis*, c.p.p. lo schema del duplice termine perentorio per la decisione e per il deposito dell'ordinanza – rispettivamente di dieci giorni dalla ricezione degli atti e di trenta giorni dalla decisione – il cui mancato rispetto provoca la perdita di efficacia della misura. Questo sulla base di «*esigenze di omogeneità*» con il riesame per comune «*ratio*» e «*aspettativa di celerità della decisione*»²².

Prima della riforma, invece, assente alcuna previsione normativa di richiamo a quanto previsto nel comma 10 dell'art. 309 c.p.p., la giurisprudenza era orientata a escludere che i termini fossero sanzionati dall'inefficacia della misura, ritenendo applicabile la disciplina dettata per il procedimento camerale dall'art. 127 c.p.p. Si rimarcava altresì che non fosse irragionevole la mancata previsione di rigide scansioni temporali, in quanto «*l'urgenza di intervenire è meno pressante*», dato che il giudizio di rinvio segue il vaglio del tribunale e della cassazione «*senza che sia ancora emersa l'illegittimità del provvedimento dispositivo della misura*»²³.

Lo schema relativo al giudizio di rinvio presenta alcune peculiarità e taluni tratti problematici.

Il binomio “inosservanza del termine-inefficacia della misura” si riferisce soltanto al caso di ricorso dell'imputato contro l'ordinanza del tribunale del riesame o di ricorso *per saltum* contro l'ordinanza

¹⁸ G. Illuminati, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, cit., p. 1160.

¹⁹ R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Annullata la misura se gli atti non arrivano entro cinque giorni*, in *Guida dir.*, 2015, 20, p. 56.

²⁰ Cass., sez. V, 19 settembre 2015, n. 40342, in *CED Cass.*, n. 264939.

²¹ R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Annullata la misura se gli atti non arrivano entro cinque giorni*, cit., p. 55; M. Bargis, sub art. 13, *Commento alla l. 47/2015*, cit., p. 2.

²² Così, la Relazione della Commissione Canzio, cit., in calce alla proposta di modifica dell'art. 311 c.p.p.

²³ Cass., sez. I, 14 giugno 2013, n. 30344, in *CED Cass.*, n. 256798, dove era stata ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 309, comma 10, c.p.p. nella parte in cui non prevede la perdita di efficacia della misura coercitiva quando, dopo la decisione di annullamento da parte della cassazione, il tribunale del riesame in sede di rinvio non decida nel termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti.

impositiva della misura e non vale in rapporto a ogni altro ricorso dell'imputato (riguardante misure interdittive o relativo ad altre vicende *de libertate*, quali la revoca o la sostituzione), e neppure quando si tratti di annullamento di un'ordinanza del tribunale che abbia applicato la misura accogliendo l'appello del p.m. In quest'ultimo caso, è l'art. 310, comma 3, c.p.p. a prevedere che l'esecuzione della decisione è sospesa fino a quando la decisione non sia divenuta definitiva e, quindi, la misura è, per effetto di quella disposizione, già priva di efficacia²⁴. Proprio il riferimento espresso alle ordinanze del tribunale della libertà in sede di appello ha indotto a proporre un'interpretazione diretta ad ampliare la portata operativa dell'art. 311, comma 5 *bis*, c.p.p. nel senso di ricomprendervi ogni ordinanza che abbia disposto la misura coercitiva, e quindi anche quella del giudice collegiale che abbia accolto l'impugnazione del p.m. contro il provvedimento reiettivo della richiesta di applicazione della misura: pure riguardo all'ordinanza che abbia disposto la misura su appello del p.m., annullata con rinvio in seguito al ricorso per cassazione dell'imputato, varrebbero i termini perentori, e, nel caso di mancato rispetto degli stessi, anche il correlativo divieto di rinnovo, fatte salve le eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate²⁵.

Riguardo alla trasmissione degli atti, in giurisprudenza²⁶ si è affermato, in primo luogo, che, ai fini della decorrenza del termine per la decisione in sede di rinvio, non basta la ricezione della sola sentenza rescindente da parte della cancelleria del giudice di rinvio, essendo necessaria anche la ricezione degli atti presentati a norma dell'art. 291, comma 1, c.p.p. e di tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini. Inoltre, poiché l'art. 311, comma 5-*bis*, c.p.p. non richiama il termine di cui all'art. 309, comma 5, c.p.p. la trasmissione degli atti al giudice di rinvio dovrà avvenire, conformemente all'art. 625, comma 1, c.p.p. «senza ritardo»: resta perciò ancora disancorato da tempi certi e prevedibili il momento decisorio nella sede di rinvio e, di conseguenza, non si verifica perenzione della misura nel caso di trasmissione intempestiva degli atti.

In quanto non è espressamente previsto, il giudice di rinvio non dovrebbe poter disporre di un termine più ampio, e cioè fino a quarantacinque giorni, per il deposito della motivazione: il legislatore sembra aver implicitamente ritenuto congruo il termine ordinario, escluso che sussistano ragioni di complessità tali da giustificare la proroga²⁷ e imposto un provvedimento tempestivo nell'ultimo approdo cui perviene la verifica cautelare. La giurisprudenza²⁸, invece, richiamando il fine perseguito dal legislatore di equiparare la disciplina della procedura di riesame e quella del giudizio di rinvio cautelare, ha sottolineato che quest'ultima rimarrebbe pregiudicata dall'impossibilità di disporre la proroga, tanto più che, potendo essere valutati in questa sede anche nuovi elementi di fatto sopravvenuti, «*non si giustifica neppure astrattamente una presunzione di maggiore semplicità nella redazione del provvedimento*». Anche nel giudizio di rinvio sarebbe possibile disporre la proroga fino a 45 giorni per la stesura della motivazione.

Posto che, a seconda che si tratti di ricorso *per saltum* o di ricorso avverso l'ordinanza del tribunale della libertà, il giudice di rinvio potrà essere monocratico o collegiale, non ha trovato riscontro normativo la proposta di deroga a quanto dispone l'art. 623, comma 1, lett. a) – presente nell'articolato della Commissione Canzio²⁹ – per cui vi deve essere una diversa persona fisica (rispetto a quella che ha emesso l'ordinanza impugnata) o un diverso collegio (in altra composizione rispetto a quella che ha giudicato sulla richiesta di riesame). Nonostante sia logico elemento intrinseco del controllo il fatto che esso debba essere operato da altro soggetto, giurisprudenza consolidata della Cassazione ha sempre

²⁴ R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Annullata la misura se gli atti non arrivano entro cinque giorni*, cit., p. 57; M. Bargis, sub art. 13, cit., p. 5; P. Maggio, *I controlli*, in T. Bene (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari – Analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, Torino, 2015, p. 118; E. Marzaduri, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, cit., p. 247 ss.

²⁵ V. M. Bargis, sub art. 13, cit., p. 13 ss.; E. Marzaduri, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, cit., p. 247. In senso contrario V. Paziienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, n. III/03/2015, p. 35.

²⁶ Cass., sez. II, 8 gennaio 2016, n. 15694.

²⁷ In proposito, V. Paziienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, cit., p. 34; R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Annullata la misura se gli atti non arrivano entro cinque giorni*, cit., p. 57; P. Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 giugno 2015, p. 32; E. Turco, *La riforma delle misure cautelari*, in *questa Rivista*, 5, 2015, p. 124. Cfr. anche M. Bargis, sub art. 13, cit., p. 9.

²⁸ Cass., sez. V, 8 gennaio 2016, n. 18571, in CED Cass, n. 266989.

²⁹ V. la proposta di modifica all'art. 311, comma 5-*bis* c.p.p. e la Relazione della Commissione Canzio, cit.

escluso l'incompatibilità funzionale nel giudizio di rinvio cautelare, in quanto «*il procedimento incidentale de libertate non comporta per sua natura un accertamento sul merito della contestazione*»³⁰. Le innovazioni legislative devono indurre a un ripensamento per scongiurare il pericolo, anche potenziale, di pregiudizio.

(SEGUE): IL CONFRONTO CON LA DISCIPLINA DI APPELLO E RICORSO

Diversamente, per l'appello, anche se la disciplina è stata allineata a quella del riesame riguardo ai tempi di deposito della motivazione dell'ordinanza, sia i termini per la decisione (venti giorni), sia quelli per il deposito dell'ordinanza (trenta/quarantacinque giorni) restano di carattere ordinatorio, non essendovi una specifica disposizione in proposito, e neppure un richiamo espresso dell'art. 310 c.p.p. al comma 10 dell'art. 309 c.p.p.³¹: quindi, l'inosservanza dei termini non determina l'inefficacia della misura. Se ciò è congruente alla diversità funzionale dell'appello rispetto al riesame, la soluzione, però, appare irragionevole specie in rapporto al controllo sull'ordinanza impositiva di misure interdittive, che, per la loro incidenza su diritti e valori costituzionalmente protetti – la responsabilità genitoriale e l'attività lavorativa – e per la loro influenza lesiva (maggiore rispetto ad alcune misure coercitive) dovrebbero essere viceversa attratte nell'orbita del riesame; perlomeno, dovrebbe valere, anche in rapporto alla scelta legislativa di privilegiare l'appello, lo stesso regime sanzionatorio che determina l'inefficacia conseguente al mancato rispetto dei termini concernenti le misure coercitive. Analogo discorso potrebbe valere nell'ipotesi di sostituzione *in peius*, specie allorché comporti l'applicazione di misure custodiali.

Anche il ricorso in Cassazione resta ancora sfornito di una tempistica rigida quanto alla decisione: essa dovrebbe intervenire nel termine ordinatorio di trenta giorni, che decorre dalla ricezione degli atti, mentre il termine di deposito della sentenza, dopo l'udienza camerale nelle forme previste dall'art. 127 c.p.p., segue la disciplina ordinaria³². In realtà, com'è noto, la decisione della Cassazione perviene a distanza di mesi (in media poco più di tre mesi)³³. Almeno nel caso in cui il ricorso si ponga quale alternativa al riesame, dovrebbe invece valere un diverso e specifico regime che pure porti alla caducazione della misura nel caso di inosservanza dei termini.

LE INCERTEZZE APPLICATIVE: “LE ECCEZIONALI ESIGENZE CAUTELARI” CHE LEGITTIMANO LA RINNOVAZIONE DELL'ORDINANZA

L'intento di rafforzare il proposito di rispettare la tempistica, scongiurando prassi elusive della perentorietà dei termini, ha indotto il legislatore a consentire il rinnovo del provvedimento coercitivo – nel riesame e nel giudizio di rinvio – solo se vi siano «*eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate*» (art. 309, comma 10, c.p.p.).

La nuova previsione è stata criticata in quanto la sanzione dell'inefficacia prescinde da ogni valutazione circa le ragioni o le cause del mancato rispetto di uno dei tre termini prescritti (per la trasmissione degli atti, per la decisione, per il deposito dell'ordinanza). È irrilevante che l'inosservanza derivi da negligenza o, peggio, da omissione intenzionale dell'autorità giudicante o, invece, sia attribuibile a disfunzioni, disguidi³⁴, inefficienze addebitabili agli uffici, e perciò resti fuori dal controllo dell'autorità

³⁰ Cass., sez. VI, 26 marzo 2014, n. 33883, in *CED Cass.*, n. 261076.

³¹ Nella Relazione della Commissione Canzio, cit., circa la modifica proposta all'art. 310 c.p.p., che pure fissava i termini di deposito dell'ordinanza, si sottolinea che l'esclusione della caducazione della misura mira ad evitare «una disciplina troppo complessa, che si potrebbe prestare a strumentalizzazioni da parte degli imputati mediante la moltiplicazione delle richieste di revoca».

³² Cass., sez. un., 25 marzo 1998, n. 11, cit.

³³ Cfr. M. Bargis, sub art. 13, cit., p. 15 ss.

³⁴ V. Pazienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, cit., p. 31, pone in evidenza che la sanzione potrebbe colpire anche i casi in cui vi sia stato anche solo «un banale disguido nella formazione del fascicolo da trasmettere» o «un difetto di notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale, tale da impedire (per il brevissimo arco temporale a disposizione per even-

giudiziaria, oppure ancora sia riconducibile a «inconvenienti non addebitabili ad alcuno»³⁵. Si è perciò subito segnalato il rischio che il binomio “inosservanza del termine-inefficacia del titolo” possa «risolversi in una sorta di improprio “salvacondotto”» per chi abbia richiesto il riesame³⁶.

Tuttavia, è chiaro che attraverso il divieto “relativo” di rinnovazione il legislatore ha «inteso sanzionare il difettoso funzionamento della “macchina giudiziaria” manifestatosi nella violazione di uno dei tre termini fissati dall’art. 309»³⁷: ciò che conta, in sostanza, è soltanto il dato oggettivo del mancato rispetto del termine che ha negativamente inciso sul diritto al tempestivo controllo dell’ordinanza *de libertate* e, quindi, sulla verifica della legalità della misura.

Si potrebbe dire che all’ordinanza applicativa della misura coercitiva è agganciato un congegno temporizzato relativo all’efficacia della misura: il conto alla rovescia è attivato dalla richiesta di riesame (nelle mani dell’imputato e del suo difensore) ed è disattivato da alcuni adempimenti in sequenza (solo alcuni controllati dall’autorità giudiziaria preposta alla verifica del provvedimento).

La scelta – non particolarmente felice – di mutuare il criterio espresso nell’art. 275, commi 4 e 4 *ter*, c.p.p. e nell’art. 89 t.u. stup., riferito agli imputati di particolare vulnerabilità al fine di motivare comunque la custodia in carcere nonostante le specifiche condizioni soggettive, ha disorientato.

Si è da subito esclusa, per ragioni legate al dato testuale, una lettura in senso restrittivo che, valorizzando le corrispondenze dei diretti riferimenti normativi sopra citati, intenda il vincolo basato sull’eccezionalità *soltanto* riferibile alla custodia in carcere. Si è invece correttamente inteso che la reiterazione di *ogni* misura cautelare coercitiva vada giustificata dalle «eccezionali esigenze cautelari».

Le critiche e i dubbi interpretativi che ha suscitato l’innovazione legislativa³⁸ si sono tradotti, com’è noto, subito dopo l’entrata in vigore della riforma, in censure di incostituzionalità. L’art. 309, comma 10, c.p.p. in quanto viene a correlare all’inefficacia il divieto “relativo” di rinnovazione, contrasta: con l’art. 3 Cost., sotto il profilo del principio di uguaglianza e sul piano della ragionevolezza della scelta operata dal legislatore; con gli artt. 101, comma 2, e 104, comma 1, Cost., in quanto il giudice sarebbe soggetto anche «alla tempestività e alla regolarità del sub-procedimento» dipendente a volte da «circostanze del tutto casuali e fuori dal controllo diretto dell’autorità giudiziaria»³⁹.

L’ordinanza del giudice che solleva la questione di legittimità costituzionale muove dalla (corretta) premessa che il criterio straordinario non sia riferibile soltanto alla custodia in carcere, per trarre la (erronea) conclusione di una «sostanziale area di immunità» sul piano cautelare per tutti i soggetti destinatari di altre misure, in base alla considerazione che il criterio selettivo delle esigenze cautelari di carattere eccezionale non potrebbe motivare la scelta di una misura coercitiva diversa e meno afflittiva rispetto a quella carceraria.

Viceversa, il criterio, sia pur discutibile nella estrema rigidità, anche perché rischia di suscitare ulteriori espedienti giurisprudenziali per attenuarne gli effetti pratici, può trovare margini operativi pure in rapporto alle altre misure coercitive⁴⁰.

Laddove, poi, si lamenta un trattamento differenziato irragionevole, richiamando ulteriori ipotesi di caducazione della misura cautelare – per omesso interrogatorio nei termini previsti dall’art. 294 c.p.p.

tuali rinnovi) la celebrazione rituale dell’udienza stessa, con il rispetto cioè dei tre giorni liberi» (art. 309 comma 8). La questione relativa al vizio di formazione del contraddittorio è ripresa da Cass., sez. II, 10 febbraio 2016, n. 8110, in *CED Cass.*, n. 266200.

³⁵ P. Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, cit., p. 29.

³⁶ Sempre V. Paziienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, cit., p. 31.

³⁷ Così, ancora, V. Paziienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, cit., p. 30.

³⁸ V. anche a questo proposito V. Paziienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, cit., p. 31 ss.; cfr. inoltre P. Maggio, *I controlli*, cit., p. 114 ss.; E. Turco, *La riforma delle misure cautelari*, cit., p. 123.

³⁹ Trib. Nola, sez. gip., ord. 28.5.2015, in *G.U* del 21/10/2015, n. 42, atto 2015/206. Nel caso di specie, che riguardava la misura coercitiva del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, si fa riferimento alla dichiarazione di inefficacia per omesso avviso dell’udienza all’indagato a seguito del mancato perfezionamento della procedura di notificazione dell’avviso; non è chiaro se, oltre che invalida, la decisione sia intervenuta fuori dai termini prescritti, in ragione del ritardo dovuto al rinnovo della notifica. Per un commento all’ordinanza v. G. Angiolini, *Il “nuovo” procedimento di riesame delle misure cautelari personali al vaglio della Corte costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 luglio 2015. La Corte costituzionale, con la sentenza 3 novembre 2016, n. 233, ha ritenuto *infondata* la questione di legittimità costituzionale dell’art. 309, comma 10, c.p.p. «nella parte in cui prevede che l’ordinanza che dispone una misura coercitiva – diversa dalla custodia in carcere – che abbia perso efficacia non possa essere reiterata salvo eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate».

⁴⁰ V. in particolare E. Marzaduri, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, cit., p. 240 ss.

(art. 302 c.p.p.)⁴¹, per decorrenza dei termini (art. 307 c.p.p.)⁴², per mancato invio degli atti nel MAE (art. 13 l. n. 69/2005)⁴³, per incompetenza del giudice (art. 27 c.p.p.)⁴⁴ – che non trovano analogo rafforzato limite nella reiterazione della misura, si accomunano tipologie diverse nei presupposti e nella dinamica, nonché differenti per *ratio*⁴⁵.

La lamentata irragionevole disparità di trattamento fra coindagati, che garantirebbe l'immunità cautelare a coloro nei cui confronti il titolo abbia perso efficacia, non tiene conto del fatto che è proprio il mancato rispetto delle scadenze temporali fissate a distinguere una vicenda cautelare dall'altra e a comportare il diverso sviluppo al fine di evitare la protrazione della misura coercitiva quando non vi sia stato il previsto controllo tempestivo.

Anche l'argomento secondo cui l'esercizio del potere cautelare potrebbe subire condizionamenti esterni, e non controllabili dall'autorità preposta alla verifica sulla legalità del titolo, resta superato dalla considerazione che, come si è detto, nella prospettiva di garantire una verifica tempestiva del provvedimento cautelare, conta soltanto il dato di fatto del mancato rispetto dei termini prescritti, a prescindere dai motivi, e dagli eventi, che hanno causato il ritardo.

In linea generale, rientra nella discrezionalità del legislatore l'introduzione di criteri stringenti, circa la reiterazione del medesimo titolo cautelare coercitivo, giustificati dal fine di rendere effettivo – in tempi brevi e certi – il diritto al controllo di merito, rafforzando la sanzione dell'inefficacia per scongiurare sistematiche elusioni⁴⁶. È la stessa Corte di cassazione⁴⁷ a considerare le altre ipotesi di perenzione di cui agli artt. 302 e 307 c.p.p. e a rispondere indirettamente ai dubbi d'illegittimità costituzionale, sottolineando che il diverso regime «*lascia intendere che il legislatore abbia voluto sanzionare in maniera diversa e più rigorosa il mancato rispetto di un termine processuale nel quale il tribunale deve dare una risposta ad un'istanza de libertate avanzata dall'interessato e, quindi, in una fase del tutto particolare della vicenda cautelare*».

Si tratta però di definire quale concreto spazio operativo abbia il parametro delle eccezionali esigenze cautelari.

Innanzitutto, riguardo al perimetro operativo, la Cassazione⁴⁸ ha ritenuto che l'inefficacia e la conseguente clausola delle esigenze cautelari eccezionali si prospetterebbe non solo nel caso in cui la procedura di riesame pur essendo stata ritualmente instaurata venga tardivamente conclusa per la mancata decisione nei termini prescritti, ma anche nel caso in cui per ragioni formali – il vizio di formazione del contraddittorio derivante da omessa o tardiva notifica all'indagato dell'avviso dell'udienza camerale – ugualmente vi sia stata impossibilità per il tribunale di pervenire ad una valida decisione nel merito sulla richiesta di riesame. Si viene così a equiparare alla decisione intempestiva la decisione che, an-

⁴¹ Nel qual caso, la misura, dopo la liberazione e previo interrogatorio da libero, può essere reiterata in base ai consueti indici di cui agli artt. 273, 274, 275 c.p.p. (gravità indiziaria, esigenze cautelari, criteri di scelta).

⁴² Per cui, dopo la scarcerazione per decorrenza dei termini, il giudice dispone le altre misure cautelari di cui ricorrono i presupposti, e la custodia cautelare può essere ripristinata: a) nel caso di dolosa trasgressione alle prescrizioni della misura non detentiva applicata dopo la scarcerazione, se ricorre una delle esigenze cautelari di cui all'art. 374 c.p.p.; b) dopo la sentenza di condanna, in primo o secondo grado, se vi sia il pericolo di fuga.

⁴³ Il provvedimento di convalida dell'arresto perde efficacia nel caso in cui nel termine di dieci giorni non pervenga il mandato d'arresto europeo o la equivalente segnalazione della persona nel SIS contenente le indicazioni di cui all'art. 6 della l. n. 69 del 2005 effettuata dall'autorità competente: il richiamo normativo all'art. 13, tuttavia, non sembra pertinente perché riguarda la decisione sulla convalida dell'arresto e non il provvedimento applicativo della misura coercitiva.

⁴⁴ Cass., sez. un., 18 giugno 1993, n. 15, in *CED Cass.*, n. 194315 ha ritenuto che il «*termine di venti giorni, posto dall'art. 27 cod. proc. pen., costituisce il limite temporale dell'efficacia della misura cautelare disposta dal giudice incompetente, ma il suo decorso non comporta alcuna preclusione all'esercizio del potere-dovere del giudice competente ad emettere successivamente il provvedimento applicativo di detta misura, ancorché sulla base degli stessi presupposti e delle stesse esigenze cautelari, ove sussistenti*». In particolare, la Cassazione ha sottolineato che «*il provvedimento cautelare emesso dal giudice competente si caratterizza per la completa "autonomia" rispetto al precedente ad effetti interinali e, quindi, non può essere definito di "conferma" o di "reiterazione" di quello precedente, in quanto appunto emesso da altro giudice sulla base di un'autonoma valutazione delle stesse condizioni legittimanti, ancorché desunte dagli stessi fatti*».

⁴⁵ V. M. Bargis, sub art. 13, cit., p. 11; E. Marzaduri, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, cit., p. 238 ss.

⁴⁶ V. E. Marzaduri, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, cit., p. 235 ss.; M. Bargis, sub art. 13, cit., pp. 9-10 e p. 12.

⁴⁷ Cass., sez. II, 10 febbraio 2016, n. 8110, cit.

⁴⁸ V. sempre Cass., sez. II, 10 febbraio 2016, n. 8110, cit.

che se tempestiva, non sarebbe valida: ciò al fine di evitare che il vizio di procedura possa «sfociare nel patologico e costituire un escamotage per una reiterazione ad libitum della misura coercitiva». Viceversa, prima della riforma, si era espresso un altro orientamento⁴⁹, condiviso dalla dottrina⁵⁰, per cui dall'omesso avviso consegue la nullità (assoluta e insanabile), ma non l'inefficacia, qualora il tribunale comunque si fosse pronunciato nei termini prescritti.

Posto che il divieto si riferisce al titolo, e non alla misura coercitiva, è da chiarire il vincolo delle esigenze cautelari eccezionali rapportato alla rinnovazione dell'ordinanza inefficace⁵¹.

Non dovrebbe esservi ostacolo ad altro, diverso e successivo provvedimento, relativo alla stessa misura, fondato su elementi nuovi (sopravvenuti) o diversi rispetto a quelli oggetto della precedente richiesta cautelare (e, quindi, anche preesistenti, ma non valutati dal giudice, in quanto non portati a sua conoscenza) che riguardino il quadro indiziario o le esigenze cautelari⁵².

Più in particolare, circa il contenuto concreto del criterio fondato sull'eccezionalità, la rinnovazione dell'ordinanza dovrebbe trovare giustificazione – e specifico riscontro in motivazione – in *permanenti* esigenze cautelari di particolare *intensità* e di *estremo rilievo* che inducano a ritenere di non poter prescindere dalla reiterazione della misura precedentemente richiesta con l'ordinanza oggetto di controllo.

Dalla giurisprudenza relativa all'art. 275 c.p.p., depurata dai riferimenti esclusivi alla condizione personale e alla sola custodia in carcere, possono essere estratti i criteri-guida che consentono di motivare la rinnovazione del titolo caducato, permanendo lo stesso quadro indiziario, e di giustificare la persistenza della cautela, non necessariamente di tipo custodiale, nonostante il mancato rispetto delle cadenze temporali⁵³.

In sostanza, si tratta di indicare la *particolare consistenza del periculum libertatis che rende indispensabile il mantenimento della cautela*. È esemplare, al riguardo, quanto affermato dalla Cassazione⁵⁴ a proposito del parametro enunciato nell'art. 275 c.p.p.: «*tali qualificate esigenze cautelari si distinguono da quelle ordinarie solo per il grado del pericolo (nella specie di reiterazione) che vede superare la semplice concretezza [oggi anche attualità] richiesta dall'art. 274 per raggiungere la soglia della sostanziale certezza*»: esse «*sono desumibili dagli stessi elementi indicati per le ordinarie esigenze cautelari e, pertanto, dalle specifiche modalità e circostanze del fatto e dalla personalità dell'indagato desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali*». Il pericolo, dunque, che assume carattere esponenziale, tale da rendere certo (o altamente probabile) l'inquinamento probatorio, la fuga, la reiterazione del reato.

Permane tuttavia incertezza – non essendovi specifica disposizione in proposito – circa gli sviluppi conseguenti all'inefficacia dell'ordinanza cautelare per mancato rispetto dei termini, sia in rapporto alla estinzione della misura e riguardo all'organo che possa/debba dichiararne l'inefficacia, sia riguardo al potere-dovere di decidere sulla richiesta di riesame, sia in ordine alla rinnovazione dell'ordinanza quando sussistano le esigenze cautelari eccezionali.

Si potrebbe ipotizzare che: 1) l'inefficacia del provvedimento non sia causa di decadenza dall'esercizio dei poteri di controllo sulla legalità della misura innestato dalla richiesta di riesame; 2) analogamente a quanto accade per le altre ipotesi di estinzione ai sensi dell'art. 306 c.p.p. e 98 disp. att. c.p.p., debba essere disposta l'immediata liberazione o debbano essere adottati i provvedimenti necessari per la cessazione della misura; 3) sia preclusa la possibilità di reiterazione dell'ordinanza, e perciò non si possa riproporre il provvedimento (motivato sulla base degli stessi elementi) per riattivare la misura

⁴⁹ Cass., sez. III, 4 marzo 2015, n. 26726, in *CED Cass.*, n. 263809.

⁵⁰ G. Spangher, *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 533.

⁵¹ In dottrina si è ritenuto che tali esigenze «debbono intendersi come sopravvenute», «visto che non costituisce condizione sufficiente per la rinnovazione la persistenza delle esigenze cautelari poste a fondamento della primigenia ordinanza» (M. Bargis, sub art. 13, cit., p. 12); si è sostenuto che la possibilità di rinnovo imponga «la complessa dimostrazione della sussistenza di esigenze “eccezionali” postume» (rispetto alla richiesta del p.m. e al provvedimento applicativo) (P. Maggio, *I controlli*, cit., p. 115); si è affermato che l'eccezionalità «dovrà essere recuperata all'interno dell'ordinanza originaria, nella quale, del resto, tale situazione ben poteva non essere stata evidenziata, in quanto onere al tempo non richiesto» (E. Marzaduri, *Diritto di difesa e tempi del procedimento dinanzi al tribunale della libertà*, cit., p. 242).

⁵² Già in questo senso Cass., sez. II, 26 novembre 2008, n. 1180, in *CED Cass.*, n. 242779. Anche in rapporto alla nuova disciplina v. M. Bargis, sub art. 13, cit., p. 12.

⁵³ Escludeva la necessità di provvedere a un nuovo interrogatorio di garanzia nel caso di misura divenuta inefficace per omessa trasmissione degli atti Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 28270, in *CED Cass.*, n. 260016.

⁵⁴ Cass., sez. V, 5 dicembre 2005, n. 2240, in *CED Cass.*, n. 233026.

prima della rimessione in libertà o dei provvedimenti necessari per la cessazione della misura, o prima della decisione, a meno che non vi siano esigenze cautelari eccezionali specificamente motivate; 4) rimarrebbe comunque sempre possibile – *rebus sic stantibus* – l'adozione di una misura coercitiva diversa, se ne sussistono i presupposti.

I NODI PROBLEMATICI RELATIVI ALLE MISURE REALI: IL CARATTERE E I CONTENUTI DEL RINVIO DELL'ART. 324, COMMA 7 ALL'ART. 309 C.P.P.

Posto che l'art. 324 c.p.p. si applica, per effetto dei vari richiami normativi, a ogni ipotesi di sequestro – probatorio (artt. 257 e 355 c.p.p.) conservativo (art. 318 c.p.p.) e preventivo (artt. 322 c.p.p.), anche in rapporto alla responsabilità degli enti (artt. 53 e 54 d.lgs. n. 231 del 2001) – originariamente la disciplina delle misure cautelari e reali era speculare riguardo alla dinamica del riesame.

Due disposizioni gemelle – l'art. 309, comma 5, c.p.p. in materia cautelare personale e l'art. 324, comma 3, c.p.p. in materia cautelare reale – prevedevano lo stesso termine di un giorno, di carattere ordinatorio, per la trasmissione degli atti. Per effetto del rinvio espresso dell'art. 324, comma 7, c.p.p. all'art. 309, commi 9 e 10, c.p.p. valeva anche per le misure reali il termine per la decisione (da assumere entro dieci giorni dalla ricezione degli atti), con la relativa sanzione – nel caso di inosservanza – costituita dalla perdita di efficacia del provvedimento.

La legge n. 332 del 1995 veniva ad incidere sull'art. 309 c.p.p.: nel comma 5, dilatando (fino a cinque giorni) il termine di trasmissione-ricezione atti; nel comma 10, prevedendo la perdita di efficacia dell'ordinanza che dispone la misura coercitiva anche nel caso di violazione di quel termine.

L'art. 324 c.p.p. restava, invece, invariato.

Si trattava perciò di definire l'incidenza sul riesame reale delle innovazioni che aveva incontrato la disciplina relativa alle misure coercitive: il rinvio dell'art. 324 c.p.p. ai commi 9 e 10 dell'art. 309 c.p.p. è statico(-recettizio), oppure dinamico(-formale)?

Nel primo caso, da una lettura diacronica, resistente all'evoluzione normativa, emergerebbe un divergente regime dei termini del procedimento di riesame: rigido, per le misure coercitive, e tale da essere contenuto ed esaurirsi in complessivi quindici giorni al massimo, decorrenti dal giorno di deposito della richiesta di riesame; mobile, per le misure reali, in quanto non risulterebbe certo il *dies a quo* del termine perentorio di dieci giorni per la decisione, venendo a decorrere dalla scadenza di un termine (quello di trasmissione degli atti) di carattere ordinatorio.

Nel secondo caso, da una lettura sincronica, che recepisce gli sviluppi legislativi, deriverebbe l'identico regime dei termini del procedimento di riesame per le misure coercitive e le misure reali, che garantisce continuità e unitarietà di sistema, evitando la contemporanea applicazione di due diverse versioni dell'art. 309 c.p.p., a seconda che si tratti di misure reali (per cui varrebbe la formulazione originaria, chiusa al *novum*) o di misure coercitive (per cui opererebbe il riferimento alla disposizione vigente, aperta alle modifiche legislative).

Ad una prima pronuncia delle Sezioni Unite (n. 25932 del 2008)⁵⁵ che risolveva la questione sottoposta escludendo l'applicabilità dell'art. 309, comma 5, c.p.p. anche al riesame delle misure reali, seguiva altra e più recente decisione, sempre delle Sezioni Unite (n. 29486 del 2013)⁵⁶, secondo cui il rinvio operato dall'art. 324, comma 7, c.p.p. è di carattere statico, e richiama il testo originario dei commi 9 e 10: il legislatore, invece di trascrivere il testo dei commi 9 e 10, ha optato per il mero richiamo e tale «modalità di 'incorporazione' *per relationem*» rende la disposizione recepita resistente e impermeabile a eventuali interventi legislativi.

⁵⁵ Secondo Cass., sez. un., 29 maggio 2008, n. 25932, in *CED Cass.*, n. 239698 «la perdita di efficacia della misura cautelare reale non ha luogo in caso di mancata trasmissione degli atti al tribunale del riesame, da parte dell'autorità procedente, entro il quinto giorno dall'istanza, non essendo richiamato, nell'art. 324, comma settimo, cod. proc. pen., il comma quinto del precedente art. 309, che prevede il predetto effetto caducatorio per le misure cautelari personali». Sempre in questa sentenza (massima n. 239699) si è ritenuto che «in tema di misure cautelari reali, l'omessa o tardiva trasmissione di atti al tribunale del riesame non determina, di per sé, l'automatica caducazione della misura, dovendosi in ogni caso valutare il grado di rilevanza degli elementi che difettano, ponendoli a confronto con quelli già legittimamente acquisiti, i quali potrebbero essere da soli sufficienti a giustificare il mantenimento del vincolo».

⁵⁶ Cass., sez. un., 28 marzo 2013, n. 29486, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4338, con nota di M.E. Gamberini, *Le sezioni unite sulle conseguenze dell'omessa trasmissione al tribunale del riesame nel termine di cinque giorni degli atti posti a fondamento della misura reale*.

Per il riesame delle misure cautelari reali, quindi, il termine di trasmissione degli atti al tribunale «è rimasto invariato, nella sua durata di un giorno e nella sua natura ordinatoria»⁵⁷.

Gli argomenti testuali e sistematici, sviluppati nella decisione delle Sezioni Unite del 2013, trovano convergenza in due considerazioni di fondo: la legge del 1995 è esclusivamente volta ad incidere, a diversi livelli, soltanto nell'ambito dei provvedimenti restrittivi della libertà personale; le specificità ed eterogeneità dei provvedimenti reali giustificano un regime differenziato rispetto a quello delle misure personali coercitive, anche in ragione della diversa rilevanza dei beni – la libertà e il patrimonio – che trovano riferimenti costituzionali differenti (in particolare, e rispettivamente, negli artt. 13 e 41-42 Cost.), da cui emerge una più incisiva tutela riguardo alle misure limitative della libertà personale, che motiva garanzie rafforzate⁵⁸.

La questione relativa alla natura e ai contenuti del rinvio si ripropone, e assume più marcato rilievo per gli effetti che ne derivano, a seguito della l. n. 47 del 2015, la quale, oltre ad aver riformulato l'art. 309 c.p.p., a differenza del precedente intervento legislativo viene ad incidere anche in materia cautelare reale, aggiornando e modificando il testo dell'art. 324 c.p.p.⁵⁹.

Ora il comma 7 dell'art. 324 c.p.p. rinvia alle disposizioni dei commi 9 (il termine di dieci giorni per la decisione⁶⁰), 9-bis (il differimento della data d'udienza chiesto dall'imputato a cui consegue la proroga di pari misura dei termini per la decisione e per il deposito), e 10 (l'inefficacia nel caso di mancata trasmissione degli atti, mancata decisione, mancato deposito dell'ordinanza nei termini di trenta/quarantacinque giorni con il correlato divieto "relativo" di rinnovazione).

Andava così verificata la tenuta dell'approdo interpretativo cui erano pervenute le Sezioni Unite nel 2013 alla luce delle innovazioni legislative e, al fine di scongiurare contrasti potenziali, veniva assegnata di nuovo alle Sezioni Unite la questione riguardante la natura e il significato del rinvio contenuto nel comma 7 dell'art. 324 c.p.p.

Si tratta sempre di un rinvio statico, alla formulazione originaria, oppure dinamico, alla versione vigente dopo la riforma del 2015?

La soluzione di un primo nodo problematico, riguardante la trasmissione degli atti, pare scontata.

Già nella giurisprudenza delle singole sezioni della Cassazione si veniva – anche dopo la riforma del 2015 – a confermare che poiché il comma 5 – relativo al nuovo termine (perentorio) di cinque giorni – non viene richiamato dall'art. 324 c.p.p., resta applicabile il termine (ordinatorio) di un giorno per la trasmissione degli atti, previsto nel comma 3 dell'art. 324 c.p.p.⁶¹. Di conseguenza, il termine (perentorio) per la pronuncia può decorrere dalla ricezione anche tardiva degli atti, o, nel caso di trasmissione frazionata, dal momento in cui il tribunale ritenga completata l'acquisizione, senza che la misura reale perda efficacia⁶². Si rileva, infatti, l'incompatibilità dell'art. 324, comma 3, c.p.p. (per cui il termine di inoltro degli atti è ordinatorio e di un solo giorno) con la previsione di cui al comma 5 dell'art. 309 c.p.p., e a escludere che in virtù della interrelazione normativa fra comma 5 (la disposizione non richiamata) e comma 10 (la relativa sanzione) – per un effetto di "rimbalzo" del comma 10 al comma 5⁶³ – il termine perentorio di cinque giorni relativo alla trasmissione degli atti si possa riferire anche alle misure reali.

⁵⁷ In Cass., sez. un., 28 marzo 2013, n. 29486, cit., la Corte chiariva che il *dies a quo* del termine perentorio di dieci giorni per la decisione, nel caso di trasmissione frazionata degli atti decorre «dal momento in cui la trasmissione può ritenersi completa», per cui la possibilità per il tribunale di disporre l'integrazione degli atti mancanti – che non va intesa come esercizio di potestà istruttoria – «rappresenta logico corollario della non perentorietà del termine di trasmissione degli atti», «la cui trasmissione tardiva non può comportare la caducazione della misura».

⁵⁸ Cfr. Corte cost., (sent.) 17 febbraio 1994, n. 48 e (ord.) 4 maggio 2007, n. 153.

⁵⁹ Sulla nuova formulazione, cfr. V. Paziienza, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, cit., p. 35 ss.; V. Paziienza, *L'impatto della riforma sul sistema delle impugnazioni avverso i provvedimenti di sequestro*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., p. 249 ss.; R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Annullata la misura se gli atti non arrivano entro cinque giorni*, cit., p. 56; E. Marzaduri, sub art. 11, *Commento alla l. 47/2015*, cit., p. 22 ss.; L. Giordano, *Sulla rinnovazione del decreto di sequestro dichiarato inefficace dal tribunale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1274; G. Spangher, *Il comma 10 dell'art. 309 si applica al riesame cautelare reale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1280 ss.; P. Maggio, *I controlli*, cit., p. 118 ss.

⁶⁰ Oltre all'annullamento del provvedimento cautelare in caso di motivazione mancante o difettosa nella «autonoma valutazione».

⁶¹ Cass., sez. V, 26 giugno 2015, n. 48021, in *CED Cass.*, n. 265221 (in motivazione).

⁶² Cass., sez. III, 29 settembre 2015, n. 44640, in *CED Cass.*, n. 265571.

⁶³ Si ritrova questa espressione nella sentenza Cass., sez. un., 28 marzo 2013, n. 29486, cit.

A seguito della riforma, si presentavano, però, altre importanti incognite e rinnovate tensioni interpretative.

Si applicano oppure no le disposizioni circa i poteri di annullamento per vizi di motivazione, sul divieto di rinnovazione, salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, e sui termini – anche prorogabili – ma di carattere perentorio per il deposito della motivazione?

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 18954 del 2016⁶⁴ vengono a risolvere la questione componendo un *puzzle* che incastra i vari tasselli legislativi, seguendo la traccia segnata dalla pronuncia del 2013.

Secondo la Corte, riguardo al riesame in materia reale anche in base alla disciplina attuale non vi sono termini perentori per la trasmissione degli atti (per cui vale la disposizione particolare dell'art. 324, comma 3, c.p.p.) e per il deposito dell'ordinanza (che è regolato dalla disciplina generale dell'art. 128 c.p.p.), e tantomeno sussistono vincoli per la rinnovazione della misura divenuta inefficace emergenti dall'attuale formulazione del comma 9 dell'art. 309 c.p.p.

Il solo termine perentorio è – e resta – quello relativo al deposito del dispositivo della decisione: si conferma così il rinvio – statico – operato dal comma 7 dell'art. 324 c.p.p. al comma 10 dell'art. 309 c.p.p., che rimane «*ancorato al testo del comma 10 come originariamente concepito nel codice di rito*», nel suo riferirsi alla perdita di efficacia dell'ordinanza «*se la decisione non interviene entro il termine prescritto*», ossia, anche in base all'attuale art. 309, comma 9, c.p.p. entro dieci giorni.

L'innovazione, conseguente al richiamo del comma 9-bis, relativo al differimento della data d'udienza chiesto dall'imputato per «*giustificati motivi*», recepita anche in materia reale, si riflette sia sul termine (perentorio, di dieci giorni *ex art. 309 c.p.p.*) per la decisione, sia sul termine (ordinatorio, di cinque giorni *ex art. 128 c.p.p.*) per il deposito del provvedimento: prorogandoli entrambi nella stessa misura⁶⁵.

Le Sezioni Unite pervengono a tali conclusioni escludendo che si possa procedere a un'interpretazione meramente letterale diretta a recuperare *in toto* il testo vigente dei commi richiamati.

Nella parte motiva della sentenza, la Corte intraprende percorsi interpretativi tesi a confermare – anche dopo la riforma del 2015 – la persistente «divaricazione» nella disciplina dei due tipi di riesame, che porta a confermare la natura statica(-recettizia) del rinvio al comma 10. Si esclude così radicalmente l'applicazione dei contenuti attuali del comma 10 alle misure reali, sottraendola anche a quel vaglio di compatibilità, proposto, invece, in rapporto al comma 9 relativamente al vizio di motivazione.

Innanzitutto, la Corte considera la tecnica di interpolazione del comma 7 dell'art. 324 – che ha sostituito alla espressione «*art. 309, comma 9*», quella «*art. 309, commi 9 e 9-bis*», senza menzionare il comma 10 – e osserva che ciò dovrebbe indurre a ritenere che il comma 10 innovato non si riferisca al riesame reale. L'argomento relativo alle «intenzioni del legislatore», tratte, queste, dalle modalità dell'intervento legislativo di modifica, appare piuttosto debole: si potrebbe, al contrario, sostenere che il richiamo al solo comma 9 sia stato indotto – e unicamente motivato – dalla necessità di aggiungervi il rinvio al comma 9-bis, e che – anzi – il comune blocco normativo richiamato (commi 9, 9-bis, e 10) sottenda una unitaria scelta sistematica caratterizzante il riesame personale e reale.

Inoltre, la Corte aggiunge il rilievo di carattere sistematico, rivelatore «*della volontà [del legislatore] di insistere sulla differenziazione dei due tipi di riesame*», derivante dall'assenza di espresso rinvio nell'art. 325 c.p.p., che disciplina il ricorso per cassazione per le misure reali, all'art. 311, comma 5-bis c.p.p., nel quale, per la decisione del giudice di rinvio dopo l'annullamento della Corte di cassazione, si rinvengono disposizioni analoghe a quelle del comma 10. Tali asimmetrie, che riguardano non solo i termini di deposito della motivazione, ma anche i termini per la decisione, non paiono determinanti al fine di dedurre elementi a sostegno della tesi dell'inapplicabilità del «nuovo» comma 10, manifestando soltanto la volontà del legislatore di regolare diversamente la dinamica nella sede di rinvio in rapporto alle misure reali.

Ancora, la Corte rimarca che termini e riferimenti contenuti nel comma 10 relativi alle misure personali mal si adattano, o risultano incompatibili, con le cautele reali. In particolare, il richiamo nel comma

⁶⁴ Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 18954, in *CED Cass.*, nn. 266788 e 266790.

⁶⁵ Quanto al rinvio al comma 9, la Corte afferma che esso comporta l'applicazione della disposizione «*in quanto compatibile con la struttura e la funzione del provvedimento applicativo della misura cautelare reale e del sequestro probatorio, nel senso che il tribunale del riesame annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene la autonoma valutazione degli elementi che ne costituiscono il necessario fondamento, nonché degli elementi forniti dalla difesa*».

10 alle esigenze cautelari di eccezionale rilevanza non si potrebbe accostare (essendo «di difficile abbinamento») alle misure ablative, ove vi sono tipologie che prescindono da questo tipo di vaglio: si menzionano il sequestro probatorio, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, le forme di sequestro preventivo di beni suscettibili di confisca, quali sono quelle previste dall'art. 321, comma 2, c.p.p., dall'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992, e in materia di responsabilità da reato degli enti. Non essendo richieste specifiche esigenze cautelari per disporre tali sequestri, «*tantomeno*», sottolinea la Corte, «*potrebbe pretendersi la motivazione su esigenze eccezionali*». Questa osservazione, tuttavia, potrebbe portare, invece, semplicemente a escludere la validità del vincolo relativo alla rinnovazione in rapporto a quelle tipologie in cui esso non risulti congruente o si profili irrilevante, in ragione della necessità di valutare – quando vi sia rinvio a disposizioni previste in differenti ambiti normativi – la compatibilità delle regole espresse e la loro possibilità di adattamento. Del resto, anche sul piano soggettivo emergono alcune divergenze: sono legittimati alla richiesta di riesame reale una pluralità di soggetti; è invece titolare della richiesta di differimento l'imputato (personalmente).

Una diversa costruzione interpretativa è stata proposta da una parte della dottrina⁶⁶, secondo la quale il richiamo ai commi 9, 9-*bis*, e 10 è espressione di una disciplina unitaria, che comporta per il riesame reale l'operatività dei nuovi contenuti normativi.

In particolare, si rimarca l'interrelazione fra il comma 9-*bis* per cui al differimento dell'udienza consegue la proroga dei termini per la decisione e il deposito della motivazione, e il comma 10, che impone termini perentori sia per la decisione, sia per il deposito della motivazione: anche per il riesame reale, quindi, deve ritenersi applicabile il termine di trenta giorni prorogabile fino a quarantacinque giorni per il deposito del provvedimento, sanzionato dalla perdita d'efficacia della misura e dai vincoli per la rinnovazione.

(SEGUE:) LE CRITICITÀ NELLA DISCIPLINA DEGLI ALTRI MEZZI DI CONTROLLO

Circa le altre impugnazioni in materia reale e sempre in rapporto alle modifiche introdotte per le misure personali, occorre considerare, quanto all'appello, l'art. 322-*bis*, comma 2, c.p.p. dove persiste immutata la previsione che «*si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'art. 310*». Si tratta perciò di valutare se l'innovazione introdotta nella dinamica dell'appello cautelare personale per cui si applica il termine (ordinatorio) per il deposito dell'ordinanza di trenta giorni, prorogabile fino a quarantacinque giorni, si estenda anche alla materia reale, integrando la previsione dei termini (sempre di carattere ordinatorio) di venti giorni già previsti per la decisione. Non sembra esservi alcuna controindicazione per escludere l'operatività delle nuove cadenze relative al deposito della motivazione; né emerge, d'altra parte, alcuna volontà legislativa che induca a risolvere diversamente⁶⁷. Al contrario, l'idea che anche in questo caso si prospetti un rinvio statico – e perciò da operarsi alla versione originaria dell'art. 310 c.p.p. – ha però indotto a ritenere escluso dal *novum* legislativo il giudizio di appello cautelare⁶⁸.

Invece, come si è anticipato, non essendovi alcuna modifica dell'art. 325 c.p.p., né alcun richiamo espresso alla corrispondente disposizione dell'art. 311, comma 5-*bis*, c.p.p. non risultano applicabili, in materia cautelare reale, le novità introdotte per le misure cautelari personali nella sede di rinvio dopo l'annullamento da parte della Cassazione: quindi, non genera alcuna inefficacia il mancato rispetto dei termini per la decisione e per il deposito della motivazione.

Alcune brevissime riflessioni conclusive. Alla base della decisione delle Sezioni Unite del 2016 vi è volontà – attribuita al legislatore, e di fatto condivisa dalle stesse Sezioni Unite anche in altre occasio-

⁶⁶ G. Spangher, *Il comma 10 dell'art. 309 si applica al riesame cautelare reale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1280. V. anche R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Annullata la misura se gli atti non arrivano entro cinque giorni*, cit., p. 56, secondo i quali anche il deposito delle motivazioni del provvedimento deve rispettare i termini perentori introdotti dalla riforma; E. Turco, *La riforma delle misure cautelari*, cit., p. 125 sempre per l'applicabilità dell'attuale formulazione del comma 10. Di diverso avviso, però, E. Marzaduri, sub art. 11, cit., p. 22 ss.; L. Giordano, *Sulla rinnovazione del decreto di sequestro dichiarato inefficace dal tribunale*, cit., pp. 1278-1279; V. Paziienza, *L'impatto della riforma sul sistema delle impugnazioni avverso i provvedimenti di sequestro*, cit., p. 251 ss.

⁶⁷ M. Bargis, sub art. 12, cit., p. 7; P. Maggio, *I controlli*, cit., p. 123; G. Spangher, *Un restyling per le misure cautelari*, cit., p. 527; E. Turco, *La riforma delle misure cautelari*, cit., p. 125.

⁶⁸ V. Paziienza, *L'impatto della riforma sul sistema delle impugnazioni avverso i provvedimenti di sequestro*, cit., p. 266.

ni⁶⁹ – di «*insistere sulla differenziazione dei due tipi di riesame*», che, di fatto, comporta tempi allentati, più basso livello di tutela, minori garanzie per il riesame reale.

L'espedito tecnico del rinvio operato ad alcune disposizioni relative alla procedura di riesame personale, che risponde a ragioni di "economia" sul piano redazionale, si è rivelato – come a spesso accade – "diseconomico" sul piano interpretativo: genera incertezza e produce soluzioni diverse.

È vero che le misure cautelari personali e le misure cautelari reali, in ragione dei differenti beni e valori su cui incidono, trovano diversa protezione costituzionale e, in particolare, la libertà personale gode di tutela e garanzie rafforzate.

Nella stessa Relazione al progetto preliminare del codice⁷⁰, però – e lo ricorda anche la sentenza delle Sezioni Unite del 2013 – si legge che la misura reale «crea l'indisponibilità di cose o beni con una incisività analoga a quella che nasce dalla custodia cautelare e da altre forme di misure cautelari personali», ponendo vincoli che «dalla cosa passano alla persona». Tale «estesa potenzialità lesiva»⁷¹ è stata messa costantemente in risalto dalla dottrina, e anche in giurisprudenza convivono orientamenti più tradizionali e rigidi, accanto ad altri più avanzati e innovativi, volti a incrementare il livello di tutela e le garanzie anche in rapporto alle misure reali.

Le specificità e l'eterogeneità delle diverse forme di misure ablativo richiedono una disciplina propria ed autonoma, particolare nei rimedi e nella dinamica, e non mutuata *per relationem* dalle misure personali coercitive.

Termini ragionevoli, anche più ampi, rispetto a quelli relativi alle misure coercitive, ma comunque brevi e certi, e provvisti della sanzione d'inefficacia del provvedimento impositivo nel caso di inosservanza, sono necessari: lo richiede la presunzione d'innocenza, nel suo coerente sviluppo di regola di trattamento, che non può tollerare controlli allentati e deboli sul piano delle garanzie. Anche in materia reale.

⁶⁹ V. Cass., sez. un., 17 dicembre 2015, n. 51207, in *CED Cass.*, n. 265112, secondo cui il procedimento in camera di consiglio avente ad oggetto i ricorsi *ex art.* 325 c.p.p. in materia di sequestri deve svolgersi nelle forme del rito "non partecipato" previsto dall'art. 611 c.p.p. e non in quelle di cui all'art. 127 c.p.p.

⁷⁰ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in suppl. ord. n. 2 G.U. 24 ottobre 1988, n. 250, p. 79.

⁷¹ E. Amodio, *Misure cautelari reali*, in E. Amodio-O. Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. III, parte II, Milano, 1990, p. 241.

FABRIZIO SIRACUSANO

Professore associato di Procedura penale – Università degli Studi di Catania

La prova informatica transnazionale: un difficile “connubio” fra innovazione e tradizione

Transnational digital evidence: a difficult “marriage” between innovation and tradition

L'avvento e il rapido progredire della tecnologia informatica, oltre ad aver inciso sugli assetti che caratterizzano il nostro vivere quotidiano, ha indicato nuovi itinerari per l'attività di ricerca e raccolta della prova giudiziaria. La natura ontologicamente transnazionale della “prova informatica” (tanto sotto il profilo dell'oggetto della raccolta, quanto della tecnica impiegata per realizzarla) ne svela, però, una scarsa attitudine a essere gestita ricorrendo ai modelli tipici della cooperazione giudiziaria: i dati digitali sono in continuo movimento, spesso in luoghi non territorialmente delimitati, sì da rendere poco agevole il richiamo ai parametri tradizionali della sovranità e della territorialità della prova. Alla congenita capacità della “prova informatica” a sottrarsi alle maglie dell'assistenza giudiziaria bisogna, allora, ovviare attraverso un robusto investimento normativo nell'ambito dei modelli nazionali di approvvigionamento informativo. È un'operazione che deve prendere avvio dalla consapevolezza che il catalogo dei “classici” diritti fondamentali non appare in grado di reggere l'urto dell'innovazione tecnologica: sul proscenio del processo penale, infatti, si affacciano nuovi diritti individuali (quale la riservatezza informatica), diversi da quelli tradizionali ma parimenti meritevoli di tutela “normativa” e “giudiziaria” nell'ambito dell'indagine penale.

The coming and rapid progress of computer technology, as well as having affected the structures that characterize our everyday life, has shown new routes for research and collection of judicial evidence. The ontologically transnational nature of the “digital evidence” (both under the profile of the object of the collection, and the technique used to achieve it) reveals, however, a poor attitude to be managed by resorting to the typical models of judicial cooperation: the Digital Data are in constant motion, often in places not bounded territorially, so as to make it a little easier to appeal to traditional parameters of sovereignty and territoriality of the evidence. The congenital ability of “computer evidence” to evade the mutual legal assistance necessary to mesh, then, overcome by a strong regulatory investment in the national models of research. It is an operation that needs to take start from the awareness that the list of the “classic” fundamental rights does not appear able to withstand the impact of technological innovation: on the stage of the criminal process, in fact, facing new individual rights (such as confidentiality it), other than the traditional ones but equally in need of “legislative” and “judicial” protection as part of the criminal investigation.

PREMESSA: UN “CORPO ELETTRONICO” SULLO SCENARIO DELL'ACCERTAMENTO PENALE

La riflessione circa la rilevanza della “prova informatica” nell'ambito dell'indagine transfrontaliera, e sulle forme attraverso le quali se ne dovrebbe assicurare la ricerca e la raccolta, muove da un'inconfutabile constatazione da cui promana una proficua metodologia di approccio.

È agevole riscontrare il dirompente immergersi della tecnologia digitale nel nostro vivere quotidiano: grazie alla diffusione capillare degli apparati informatici, la maggior parte delle nostre attività – siano esse lavorative, sociali o personali – è destinata a essere immagazzinata in *computer*, in altri dispositivi analoghi ovvero nella “rete”. È questa, d'altronde, una svolta inevitabile; riflesso di un fenomeno che oltre a essere tecnologico è ormai divenuto sociale. I dispositivi informatici hanno, infatti, acquisito un'importanza fondamentale nello sviluppo dell'individuo sino a imporre un mutamento del perimetro di proiezione della sfera personale. Il bagaglio d'informazioni in essi contenuto costituisce una sorta di “corpo elettronico” – *pendant* del “corpo fisico” di ogni individuo – che ormai ciascuno di noi possiede.

de e che lascia tracce ovunque. Un “corpo elettronico” dotato di sconfinata capienza, idoneo ad accogliere una messe sterminata d’informazioni capaci di rilevare il contenuto d’interesse esistente e adatte a sedare anche la più bulimica istanza di conoscenza. Un corpo, tra l’altro, estremamente *light*; facile da trasportare; rapido nei suoi spostamenti sì da renderlo, spesso, delocalizzabile. Un corpo, comunque, da tutelare e rispetto al quale le tradizionali garanzie apprestate per porre al riparo l’individuo da indesiderate invasioni della propria sfera personale si mostrano spesso inadeguate. Un corpo, quindi, in relazione al quale i principi tipici che fondano il corretto bilanciamento fra istanze repressive e garanzie individuali e su cui si basano i modelli di cooperazione giudiziaria non sempre offrono sufficienti presidi di tutela e, frequentemente, non paiono invocabili sì da rendere impraticabile il ricorso agli stessi.

Da qui l’esigenza di un accostamento al tema che si sottragga agli «estremi del rifiuto e dell’esaltazione»¹ e che si avvii lungo i binari della ricerca di un equilibrio fra gli interessi in gioco e della ragionevolezza delle soluzioni adottabili; consci dell’inarrestabile incedere del progresso tecnologico.

LA NECESSARIA RIPERIMETRAZIONE DEI CONFINI TRADIZIONALI

La raccolta transfrontaliera della prova è operazione assai complessa in quanto incline a incidere su due diverse entità: da un canto l’individuo, la cui sfera personale può essere invasa dall’attività di apprensione del dato informativo funzionale all’accertamento giudiziale; dall’altro lo Stato estero, sollecitato a prestare assistenza, la cui sovranità può essere intaccata dall’istanza *lato sensu* probatoria del Paese richiedente cooperazione. Entrambe esigono di essere tutelate attraverso la predisposizione di un adeguato apparato di garanzie: l’individuo tramite modelli procedurali definiti, idonei a coniugare istanza di accertamento e rispetto dei diritti fondamentali ad esso riconducibili; lo Stato attraverso un procedimento, misto o puramente giudiziario, volto alla verifica dell’osservanza di determinati requisiti che rendano realizzabile il rapporto di cooperazione giudiziaria senza che ne sia intaccata irrimediabilmente la sovranità, la sicurezza, l’ordine pubblico o altro interesse nazionale. Questa esigenza va perseguita qualunque sia la matrice del dialogo cooperativo: tanto quello incentrato sulla mutua assistenza, quanto quello fondato sul mutuo riconoscimento.

La prova informatica – nell’ampio catalogo definitorio e di forme attraverso le quali essa s’insinua tra le modalità di realizzazione della “provvista” probatoria, anche nella dimensione transnazionale – non si sottrae a tale impostazione. Sono note le caratteristiche del dato digitale connesse alla sua congenita immaterialità²: esso necessita, per essere fruibile e intellegibile, di essere convogliato in un supporto che lo contenga (pur mantenendo la propria indipendenza e scindibilità dallo stesso³); è promiscuo (spesso incluso in “contenitori” di ampia capienza⁴); è estremamente volatile (soggetto, quindi, a facili e rapide alterazioni anche accedendovi da grandi distanze); è frequentemente ubiquo, sì da non renderne, a volte, agevole la corretta e univoca localizzazione. Tutti questi elementi rendono evidente come il tema della prova informatica può non sempre prestarsi a essere adeguatamente gestita attingendo ai tradizionali protocolli dell’assistenza giudiziaria, saldati al principio di territorialità della prova e poco adatti a consentire un accesso rapido ai dati così da assicurarne l’inalterabilità. Le più recenti fonti internazionali e di matrice europea hanno cercato di tenere conto dell’impatto della tecnologia digitale nelle indagini penali, proprio nell’intento di regolamentare nuove e più efficaci forme di assistenza, o

¹ Così G. Ubertis, *Informatica, libertà e giusto processo*, in Id., *Argomenti di procedura penale*, IV, Milano, 2016, p. 3. Si tratta della “classica” contrapposizione che si realizza con il sorgere di “nuove” frontiere sulla scena dell’accertamento processuale. Le evidenze informatiche, infatti, sono in grado di riacutizzare le medesime problematiche sottese alla materia della prova scientifica: da un canto, la sopravvalutazione giudiziale dei dati raccolti; dall’altro la diffidenza verso l’ingresso nel circuito processuale di materiale probatorio ad alto rischio di alterazione o inquinamento (cfr. O. Dominioni, *La prova scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p. 71).

² R. Flor, *La Corte di Giustizia considera la Direttiva europea 2006/24 sulla c.d. “data retention” contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, p. 190, evidenzia come «l’inarrestabile rivoluzione informatica» e la sua «esauperata velocità evolutiva» abbiano «trasformato i dati e le informazioni in “beni immateriali” di inestimabile valore».

³ Come ricorda P. Tonini, *Documento informatico e giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 403, esso esiste a prescindere dalla scelta del tipo di supporto fisico sul quale viene incorporato.

⁴ Spesso, anzi, esiste una profonda sproporzione fra le prove digitali e i loro recipienti: piccolissimi supporti informatici (si pensi alle chiavette Usb) sono in grado di accogliere al loro interno una grandissima quantità di informazioni.

anche attraverso soluzioni tese a superare i modelli della cooperazione giudiziaria⁵. Al contempo, l'avvento e la rapida diffusione di questo fondamentale supporto informativo impone di saggiare costantemente l'adeguatezza degli strumenti di ricerca e di raccolta impiegati – siano essi “classici” o “nuovi” – all'interno di un'aggiornata cornice dei diritti incisi da tali operazioni.

LE “RELAZIONI PERICOLOSE” FRA PROVA INFORMATICA E RACCOLTA TRANSFRONTALIERA

Le interazioni fra progresso tecnologico e processo penale si colgono, soprattutto, in ambito probatorio. È sufficiente, a tal proposito, notare come negli ultimi decenni la profonda trasformazione elettronica che ha coinvolto gli apparecchi di scrittura e di registrazione – sì da tradurre testi, suoni e immagini in sequenze di *bit* – ha finito con il tramutare la rappresentazione di qualunque fatto in formato digitale. Lo “tsunami digitale”⁶ ha, così, comportato un non indifferente incremento di queste tracce; tracce facilmente immagazzinabili e la cui capacità di circolazione assume un estremo rilievo nel contrasto alla criminalità.

Esse, pertanto, hanno un perimetro di possibile rilevanza che travalica il ristretto ambito dei cosiddetti *cybercrimes* (ove è il reato stesso a essere veicolato dall'uso del mezzo informatico ovvero a essere commesso contro un sistema informatico); possono riguardare ogni contesto investigativo o probatorio ove la prova di un fatto (qualunque reato) proviene da un dato estraibile da un supporto che lo contiene ed è raccolto attraverso l'impiego della tecnologia informatica.

Le prove digitali *stricto sensu* intese sono elementi, dotati di capacità dimostrativa, che esistono indipendentemente dall'inchiesta penale e rispetto ai quali le attività di ricerca, apprensione e analisi degli investigatori possono assumere una natura “statica” o “dinamica”.

Tali attività sono “statiche” quando oggetto dell'acquisizione sono dati già immagazzinati nella memoria del *computer* o del dispositivo equivalente (acquisizione *ex post*); l'attività investigativa verte su un *quid* preconstituito; spesso non destinato a essere condiviso con altri. Ci troviamo di fronte, invece, a un'attività definibile come “dinamica” quando i dati vengono captati mentre circolano nella rete, ossia mentre la trasmissione è ancora in corso (captazione in tempo reale); essa ha di mira un flusso di dati scambiati fra più sistemi informatici e telematici nel suo divenire; spesso riguarda dati creati, o elaborati, per essere condivisi con una cerchia più o meno ampia di individui. In entrambi i casi si ha a che fare con un'attività probatoria avente a oggetto dati digitali (precostituiti o *in fieri*) comunque di matrice extraprocedimentale.

La natura ontologicamente volatile, alterabile e modificabile del dato digitale impone l'adozione di particolari cautele: nei diversi momenti della ricerca, della raccolta, della conservazione, della presentazione e dell'analisi in giudizio. Solo l'applicazione di adeguati presidi – nel rispetto della c.d. *chain of custody* –, debitamente tracciati attraverso *report*, consente di dotare l'evidenza digitale del crisma della «resistenza informatica alle contestazioni»⁷. D'altronde, si rileva, «il giusto processo deve riconoscere all'imputato il diritto di essere messo a confronto con il dato informatico nel suo aspetto genuino, senza alterazioni» quale «trasposizione moderna del diritto a confrontarsi con l'accusatore»⁸.

Come sappiamo i dati digitali sono spesso custoditi su *servers* o *personal computer* dislocati in Paesi diversi rispetto a quello in cui le indagini vengono svolte o, comunque, laddove alligna l'esigenza dell'accertamento. Il diffondersi del c.d. *cloud computing*, inoltre, non consente, di fatto, una definitiva territorializzazione del dato da acquisire: i dati, infatti, sono salvati direttamente su *Internet* e, spesso, vengono spostati dal gestore del *cloud* da un *server* a un altro, per esigenze organizzative, tecniche o economiche (c.d. *load balancing*). Lo stesso utilizzatore, tra l'altro, non si collega sempre al medesimo *server* per accedere ai suoi dati. La conseguenza di ciò è che la localizzazione dei dati, “tradizionalmente” criterio utilizzato per individuare lo Stato cui rivolgere una richiesta di assistenza giudiziaria, si potrebbe rivelare inutile: anche dopo aver individuato il *service provider* che fornisce il servizio di *cloud computing*, nulla si sa su dove i dati siano concretamente salvati.

⁵ Così si legge nella Relazione T-CY(2016)7, dello scorso 17 febbraio 2016, della T-CY *Cloud Evidence Group*.

⁶ L'espressione è di M. Gialuz, *La cooperazione informativa quale motore del sistema europeo di sicurezza*, in F. Peroni-M. Gialuz (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, Trieste, Eut, 2009, p. 18.

⁷ Così N. Ziccardi, *L'avvocato hacker. Informatica giuridica e uso consapevole (e responsabile) delle tecnologie*, Milano, 2012, p. 418.

⁸ La citazione è tratta da P. Tonini, *Documento informatico*, cit., p. 406.

L'ampliamento dei luoghi di salvataggio e conservazione del dato informatico – siano essi luoghi e non luoghi, come il *cyberspace* –, la possibilità di spostare, cancellare dati digitali da un *server* a un altro – aumentando la volatilità del dato e il conseguente rischio di dispersione dello stesso –, ha, così, inciso sui concetti tradizionali di sovranità, territorialità, giurisdizione, che tradizionalmente animano la cooperazione transfrontaliera: li ha resi assai sfumati, diluendone l'originaria rilevanza. Si assiste, pertanto, a una perdita della dimensione fisica della cooperazione giudiziaria: in quella che è stata definita la *loss of location*, i dati e le prove di un qualsiasi reato sono dislocati nel *web*; in luoghi, cioè, che non sono territorialmente delimitati e rispetto ai quali non è agevole individuare una giurisdizione competente a siglarne la gestione. Essi appartengono a diverse giurisdizioni o, addirittura, sono in continuo movimento fra un luogo e un altro e, così, soggette a un continuo mutamento della giurisdizione di riferimento.

L'evoluzione informatica, però, non incide solo sull'oggetto dell'accertamento; riguarda anche la tecnica investigativa impiegata. La "nuova" tecnologia serve a rendere più agevole la raccolta del dato digitale (secondo modalità operative attente al rispetto delle *best practices*); sviluppa innovativi modelli di ricerca (*search*) o di sorveglianza (*surveillance*); consente di rendere "occulte" attività che, attraverso i tradizionali strumenti investigativi, pur se a sorpresa, si caratterizzano per essere svolte palesemente⁹. Proprio l'impiego di nuove tecnologie, come efficacemente segnalato, sta concorrendo a realizzare una «graduale regressione della procedura penale ad arnese poliziesco»¹⁰. Spingono verso questa direzione tanto la possibilità di svolgere indagini tradizionali con l'ausilio di nuovi strumenti tecnologici (è il caso, ad esempio, del pedinamento satellitare); quanto la "sperimentazione" e l'adozione d'inediti mezzi di ricerca della prova, come l'infiltrazione in un sistema informatico ai fini dell'installazione di un particolare *software* di indagine che permette agli investigatori di esplorare il contenuto di un *computer* e monitorarne l'uso da parte dell'utente, ogni qualvolta questi si connetta ad *Internet* (la c.d. perquisizione *online*). Si tratta di tecniche investigative e modalità d'intrusione nel "corpo informatico" idonee ad ampliare la portata della raccolta, ben oltre i limiti siglati dal probatoriamente rilevante ai fini dell'accertamento sino a sconfinare in un'attività funzionale anche alla "ricerca" della *notitia criminis*¹¹. Sono strumenti che si prestano, fra l'altro, a essere gestiti secondo scelte del tutto impermeabili ai vincoli imposti dall'extraterritorialità della prova da raccogliere.

La loro innata vocazione transfrontaliera si scontra, infatti, con la sostanziale "incapacità" a essere ricondotte entro i tradizionali confini della cooperazione giudiziaria. Si tratta di strumenti che vivono di una connotazione spiccatamente transnazionale, indipendentemente dalla dimensione che *ab origine* li alimenta. Le c.d. *remote computer searches* consentono di avere accesso a *computers* ovunque essi si trovino, anche al di fuori dei naturali confini della giurisdizione di uno Stato; anche a prescindere da una preventiva localizzazione degli stessi e, quindi, da una consapevole gestione *ultra fines* dello strumento investigativo. Inoculato nel dispositivo, il *virus* informatico viaggia con esso superando indisturbatamente qualunque confine territoriale. Oltretutto, tale attività investigativa non è riconducibile ad alcuno dei modelli tipici: né alla disciplina delle perquisizioni; né a quella delle ispezioni. Essa si configura, piuttosto, come un *tertium genus*¹² e, come tale, imporrebbe di essere gestita attraverso un definito protocollo normativo onde scongiurare il radicarsi di un «"far-west tecnologico", in cui il diritto soccombe alla tecnologia»¹³: non si tratta, infatti, di strumenti che si limitano a potenziare le ordinarie capacità

⁹D. Negri, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco (sia pure tecnologico)*, in *Arch. pen.*, 2016, 1, p. 44, parla di un vero e proprio spostamento dell'asse strategico dell'indagine verso modalità occulte.

¹⁰Così D. Negri, *ult. loc. cit.* Sulla stessa linea L. Luparia, *Contrasto alla criminalità economica e ruolo del processo penale: orizzonti comparativi e vedute nazionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 5, p. 7, il quale invita a «renderci guardinghi rispetto a qualsiasi forzatura diretta a convertire il processo in un arnese per l'attuazione della politica criminale del momento».

¹¹È noto come il nostro ordinamento giuridico sia refrattario, senza una previa acquisizione di una qualificata notizia di reato, all'impiego di un qualunque mezzo di ricerca della prova, anche atipico, con finalità esplorative e di tipo preventivo (cfr., in questi termini, Cass., sez. IV, 17 aprile 2012, n. 19618, in *CED Cass.* n. 252689). Su questa tendenza a istradare gli strumenti di ricerca della prova lungo i binari dell'individuazione della notizia di reato v., criticamente, T. Padovani, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *AA.VV., Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, I, Milano, 2000, p. 313 ss.

¹²Cfr. F. Iovene, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3/4, p. 340.

¹³Così M. Panzavolta, *Intercettazioni e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in F. Ruggieri-L. Picotti (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2011, p. 69.

percettive degli operanti (*sense-enhancing technologies*), bensì di apparati tecnologici che attribuiscono loro facoltà estranee alla dimensione umana (*sense-replacing technologies*)¹⁴.

Questa evenienza trascende dalla natura transnazionale del reato: anche il reperimento di informazioni attinenti a un crimine dotato di una dimensione esclusivamente nazionale potrebbe imporre, più o meno consapevolmente, la ricerca e l'accesso a dati informatici "custoditi" altrove.

SPINTE PROPULSIVE VERSO LA COSTRUZIONE DI "NUOVI" MODELLI DI ASSISTENZA GIUDIZIARIA

Esiste, pertanto, una stretta connessione fra la prova informatica e il tema dell'approvvigionamento probatorio transnazionale: lo spazio informatico è globale e, quindi, tendenzialmente refrattario a limitazioni nazionali. Il rafforzamento della tecnologia informatica, coordinata alla rapida diffusione del *web*, ha condotto verso la creazione di una nuova area, caratterizzata da moduli spazio-temporali globalizzati, ove non solo possono realizzarsi le più disparate condotte umane, siano esse lecite o illecite, ma possono anche essere custodite informazioni utili per l'accertamento giudiziario. In tale area queste condotte e queste informazioni perdono il tradizionale rapporto di fisicità che avevano con elementi quali il luogo o il tempo così da porre in crisi il tradizionale concetto di sovranità degli ordinamenti e la loro pretesa di regolare autonomamente le manifestazioni umane verificatesi sul proprio territorio.

La "nuova" frontiera tecnologica impone, quindi, nuove sfide sotto il profilo della ricerca e raccolta dalla prova *ultra fines*.

È datato l'impegno profuso in tale direzione. Risale all'ultimo decennio del secolo scorso il tentativo di delineare un ordito normativo, invero assai frammentario e spesso non adeguatamente elaborato, volto ad adattare le regole dell'agire processuale all'avvento di nuove tecnologie¹⁵; spinto dall'esigenza di conformare il sistema processuale alle situazioni in cui la macchina giudiziaria sia costretta a fare i conti con una piattaforma probatoria a matrice digitale. In tal senso, già nel 1996 il Consiglio d'Europa avviò i lavori per la stesura di una Convenzione attraverso la costituzione di un gruppo *ad hoc* con l'incarico di redigere un testo che si facesse carico, fra l'altro, di coniare un'accorta e complessiva rete di previsioni quanto alla cooperazione giudiziaria, sì da renderla più veloce e affidabile tenendo conto proprio dell'estrema volatilità del dato digitale.

L'operazione si presentava non certo agevole in un contesto in continua evoluzione ove scelte definitive si ponevano – e si pongono tutt'ora – a elevato rischio di repentina obsolescenza: da un lato, implicava una marcata ed estesa adesione in termini di disponibilità a cooperare; dall'altro, imponeva di trovare strumenti e modalità nuovi, essendo ai più evidente che le caratteristiche del mondo informatico mal si conciliavano con i modelli tradizionali attraverso i quali la cooperazione si era sino a quel punto realizzata. Appariva già allora incongruo che l'esigenza di congelamento e acquisizione di dati informatici (astrattamente perseguibile facendo ricorso a un sequestro), così come l'individuazione della provenienza di tali dati (rinvenibile tramite perquisizione) potesse essere adeguatamente realizzata, quanto a effettiva funzionalità dello strumento, attingendo esclusivamente al tradizionale veicolo della mutua assistenza: non potendo ricorrere a un intervento in tempo reale, la richiesta di rogatoria avrebbe comportato il rischio che il dato da rinvenire si sarebbe irrimediabilmente disperso o alterato.

Come si legge al punto 189 del Rapporto esplicativo alla Raccomandazione n. 13 del 1995 del Consiglio d'Europa, avente a oggetto «Problemi di diritto penale processuale connessi all'informazione tecnologica»¹⁶, la stragrande maggioranza degli Stati mostrava grande diffidenza verso modelli di ricerca a livello di *network* effettuata nello Stato dove i dati fossero accessibili o conservati intendendola come una violazione di sovranità di questo Stato, nonché un'evidente deviazione (*circumvention*) dai passaggi

¹⁴ Cfr., sul punto, G. Di Paolo, "Tecnologie del controllo" e prova penale. L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione, Padova, Cedam, 2008, p. 18.

¹⁵ È coeva l'opera del nostro legislatore che, contestualmente all'introduzione dei c.d. *computer crimes* nel catalogo degli illeciti contenuti nel codice penale (l. 23 dicembre 1993, n. 547), inserì una prima forma di raccolta della prova digitale: la captazione telematica, prevista nell'art. 266 *bis* c.p.p.

¹⁶ Raccomandazione R(95)13 adottata dal Consiglio dei Ministri degli Stati membri del consiglio d'Europa l'11 settembre 1995, nel corso della 543ª riunione dei Delegati dei Ministri. Si tratta dell'antecedente diretto della Convenzione di Budapest del 2001.

obbligati della mutua assistenza convenzionale che sarebbe stata, così, aggirata¹⁷. Il divario, a volte abissale, esistente fra i modelli nazionali – coniugato alla “facile” reperibilità del dato digitale – spinge verso forme di sottrazione dell’autorità giudiziaria dal ricorso al modello di cooperazione; questa, anziché attivare gli itinerari “virtuosi” dell’assistenza giudiziaria, forza il perimetro di operatività fisiologica della procedura nazionale portando avanti le indagini anche oltre i limiti segnati dai confini territoriali, fin quando ciò sia tecnologicamente possibile¹⁸: non sono i tradizionali principi della cooperazione giudiziaria a orientare l’incedere degli organi di indagine, bensì l’evoluzione di una tecnologia capace di abbattere le barriere della sovranità nazionale.

È proprio questo il punto: è coerente con il costante sviluppo delle tecnologie informatiche ricorrere ai tradizionali modelli di cooperazione giudiziaria quando è tecnologicamente possibile accedere a un dato informativo, anche se custodito in altro Stato, direttamente dal territorio nazionale? La potenzialità tecnologica può, altresì, spingersi sino al punto di azzerare – o, comunque, diluire – regole e garanzie poste a presidio dei diritti incisi dall’indagine penale?

Di queste esigenze ha, quindi, tenuto conto la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla criminalità informatica, siglata a Budapest il 23 novembre 2001¹⁹, e continua a occuparsi la *Cybercrime Convention Committee* in una costante opera di adeguamento delle scelte convenzionalmente adottate all’incessante sviluppo tecnologico.

ARMONIZZAZIONE E INNOVAZIONE COOPERATIVA NELLA CONVENZIONE CYBERCRIME

La Convenzione del 2001 opera su due piani: da un canto spinge verso forme di armonizzazione dei sistemi processuali; dall’altro si cimenta nell’individuazione di regole nell’orbita della cooperazione internazionale. Affronta, per meglio dire, le questioni derivanti dal rapporto di assistenza giudiziaria muovendo dalla costruzione di una base armonica fra i sistemi entranti in cooperazione.

La prospettiva armonizzatrice – condensata nel Capitolo secondo, dedicato al «Diritto processuale» – muove dalla premessa che le indagini informatiche «siano soggette alle condizioni e alle tutele previste dal diritto interno» di ciascuno Stato, sì da assicurare un’adeguata protezione dei diritti umani e delle libertà e rispettare il principio di proporzionalità (art. 15): sono queste le condizioni basilari affinché l’attività di ricerca e di acquisizione del dato digitale – anche attraverso l’utilizzo dello strumento informatico – possa divenire veicolo di conoscenza nel processo penale.

Secondo un’impostazione coerente con l’osservanza dell’art. 8 Cedu, nell’interpretazione offertane dalla giurisprudenza della Corte e.d.u., l’art. 15.2 segna i limiti di questa operazione: il legislatore nazionale deve prevedere una “supervisione” giudiziaria o, comunque, affidata a un organo indipendente, limitare l’ambito di operatività delle indagini informatiche, specificare la durata delle stesse, disciplinarne le modalità di svolgimento. Legalità e riserva giudiziaria, insomma, devono costituire il filo conduttore di questa particolare forma di ricerca e di assunzione probatoria; secondo modalità, inoltre, che tengano conto dei diritti e delle legittime aspettative di eventuali soggetti terzi (art. 15.3).

¹⁷ Rilevano B.J. Koops-M. Goodwin, *Cyberspace, the cloud, and cross-border criminal investigation. The limits and possibilities of international law*, Tilburg, 2014, p. 45, come due terzi dei Paesi del mondo concepisca l’accesso diretto ai sistemi informatici o ai dati custoditi in altri Stati come inammissibile in assenza di autorizzazione del «sovrano territoriale». Ciò nonostante, con un evidente divario fra petizione di principio e prassi operativa, è frequente il ricorso a tali modalità di raccolta.

¹⁸ Che le indagini informatiche vengano portate avanti, oltre confini nazionali, unilateralmente dallo Stato procedente, al di fuori dei tradizionali limiti connessi all’assistenza giudiziaria, è dimostrato dal noto caso *Ivanov-Gorshov (United States v. Gorshkov)*, 23 maggio 2001, WL 1024026, U.S.), nel quale agenti FBI si sono infiltrati nei computer, fisicamente localizzati in Russia e appartenenti a cittadini russi, e hanno scaricato sul proprio computer, negli Stati Uniti, *files* utili per le indagini in corso. Gli agenti FBI non erano in possesso di alcun mandato di perquisizione per accedere al computer; dopo averlo ottenuto hanno provveduto alla lettura e alla copia dei *files*. La Corte distrettuale di Washington ha ritenuto insussistente la violazione del IV emendamento in quanto «*esso non si applica a perquisizioni e sequestri di cose di proprietà di stranieri non residenti e che avvengano fuori dal territorio degli Stati Uniti. I computers si trovavano all’estero, così come i dati copiati. Fino a quando i dati copiati non sono stati trasmessi negli USA, essi si trovavano fuori dal territorio di questo paese e, quindi, non erano soggetti alla tutela del IV emendamento*».

¹⁹ La Convenzione sul *cybercrime* del Consiglio d’Europa è stata aperta alle firme in data 23 novembre 2001 ed è entrata in vigore (intervenute le cinque ratifiche previste) il 1° luglio 2004. Fra i sottoscrittori non appartenenti al Consiglio d’Europa figurano anche gli Stati Uniti, il Canada e il Giappone.

Definiti l'ambito e i limiti di questa attività, la Convenzione seleziona alcuni specifici mezzi di raccolta della prova digitale²⁰, attingendo a modelli "tradizionali" e plasmandone di "nuovi": ingiunzione a produrre (da parte dell'autorità giudiziaria e rivolta a soggetti e a fornitori di servizi situati sul territorio che siano in possesso di prove contenute in un sistema o su supporti informatici); perquisizioni e sequestri di sistemi e supporti informatici (con possibilità di effettuare e conservare copie dei dati, da mantenere "integri" e inaccessibili a estranei)²¹; intercettazione di dati digitali relativi al contenuto di comunicazioni effettuate per via telematica (consentita, però, in relazione a una gamma di reati di particolare gravità preventivamente selezionati dal legislatore nazionale e sempre che quest'ultimo ammetta questo tipo di attività istruttoria); raccolta in tempo reale di dati di traffico (sempre che ciò non contrasti con il diritto nazionale).

La Convenzione dedica un secondo gruppo di disposizioni (capitolo terzo) alla raccolta transnazionale delle prove digitali, secondo meccanismi di cooperazione che coinvolgono istituti tradizionali o che approdano a forme di collaborazione di nuovo conio²², con l'intento di organizzare un sistema internazionale di cooperazione veloce ed efficace²³.

Obbligo di cooperazione (artt. 23 e 25) – vera e propria linea guida per l'applicazione e l'interpretazione di tutte le disposizioni convenzionali – e *favor* verso lo scambio spontaneo d'informazioni, qualora si ritenga che esse possano essere utili per l'avvio o lo svolgimento di indagini o procedimenti relativi a reati oggetto della Convenzione (art. 26) – indipendentemente, quindi, dall'inoltro di una domanda di assistenza giudiziaria²⁴ – costituiscono la piattaforma su cui s'innestano i modelli di assistenza: da avviare rapidamente, attraverso strumenti agili di comunicazione come il *fax* o la posta elettronica (art. 25.3), a condizione che tali strumenti diano adeguate garanzie di sicurezza e autenticazione²⁵; da soddisfare al più presto, quando si ha motivo di ritenere che il dato vada perduto o possa subire modificazioni (art. 31.2), secondo modalità che garantiscano il rispetto della cosiddetta *chain of custody*. All'uopo ogni Stato deve predisporre un "punto di contatto" fra le autorità giudiziarie sempre disponibile in ogni Stato – 24 ore su 24 e sette giorni su sette (c.d. rete 24/7) – al fine di assicurare l'immediata esecuzione dell'atto rogato (art. 35). Si tratta di uno "strumento" volto a favorire forme di cooperazione "informale" che possono sia precedere l'inoltro della richiesta ufficiale di assistenza giudiziaria, sia agevolarla. Qualora non sussista alcuna convenzione (trattato o accordo di mutua assistenza) l'art. 27 prescrive che ciascuno Stato designi un'autorità centrale responsabile della ricezione delle richieste di assistenza e di risposta alle stesse. Le richieste devono essere eseguite in conformità alle norme indicate dall'autorità giudiziaria richiedente (*lex fori*) sempre che queste siano compatibili con la legislazione dello Stato richiesto (con motivi di rifiuto saldati alla natura politica del reato perseguito, al pregiudizio per la sovranità, la sicurezza e l'ordine pubblico dello Stato richiesto). È, inoltre, possibile sospendere l'esecuzione di una richiesta se la stessa possa pregiudicare indagini o procedimenti già in corso nello Stato richiesto (art. 27.5).

²⁰ Alcuni di questi strumenti sono definiti da A. Seger, *The Budapest Convention 10 Years on: lessons learnt*, in S. Manacorda-R. Flor-J. Oh Jang (a cura di), *Cybercriminality: Finding a Balance between Freedom and Security*, ISPAC, Milano, 2012, p. 170, "tecnologicamente neutri" e, pertanto, adeguati a un contesto in continua evoluzione, altri, invece, già connotati da una chiara impronta evolutiva.

²¹ È proprio questo il settore nel quale si è realizzata l'opera d'implementazione del legislatore nostrano della Convenzione di Budapest (v. *infra*). Con la legge n. 48 del 2008 sono state, infatti, modificate le disposizioni in materia di ispezioni, perquisizioni e sequestri, in modo da adattare alle peculiarità delle indagini informatiche: le operazioni di apprensione delle prove digitali vanno compiute impiegando misure tese ad assicurare la conservazione e impedire l'alterazione dei dati originali (art. 244 c.p.p.); i sequestri tramite copia devono avvenire su adeguati supporti, attraverso tecniche che assicurino la conformità delle copie all'originale e la sua immodificabilità (art. 260 c.p.p.).

²² Cfr. L. Luparia, *Computer crimes e procedimento penale*, in G. Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, I, Torino, 2010, p. 375 ss.

²³ La *ratio* ispiratrice delle misure di "nuova" istituzione si rintraccia proprio nell'esigenza di eseguirle rapidamente: esigenza che difficilmente si concilia con la normale durata della procedura di assistenza giudiziaria. V., sul punto, G. Corasaniti, *Esperienza giuridica e sicurezza informatica*, Milano, 2003, p. 374.

²⁴ Si tratta di una disposizione ricorrente negli strumenti internazionali: così, infatti, prevede l'art. 7 della Convenzione di mutua assistenza dell'UE del 2000 (recentemente ratificata dall'Italia) e l'art. 18.4 della Convenzione dell'ONU sul crimine organizzato transnazionale del 2000.

²⁵ In questo caso la richiesta può essere trasmessa direttamente all'autorità giudiziaria (art. 27.9) anziché all'autorità centrale che ogni Stato deve designare ai sensi dell'art. 27.2.

Quanto all'oggetto della domanda di assistenza giudiziaria essa può riguardare l'adozione di misure provvisorie (artt. 29 e 30) ovvero lo svolgimento di vere e proprie attività d'indagine (artt. 31-34). Entrambe implicano la preventiva localizzazione del dato informatico che s'intende acquisire. Le prime concernono la richiesta di conservazione o divulgazione rapida di dati informatici. Ai sensi dell'art. 29, il c.d. *data freezing* è misura che può essere mantenuta per un periodo non superiore ai sessanta giorni e prodromica all'eventuale successiva richiesta di perquisizione, sequestro o analoghi strumenti di ricerca della prova, nonché della divulgazione dei dati. Composito il contenuto di una richiesta formulata in tal senso: indicazione dell'autorità richiedente la conservazione; reato che costituisce oggetto dell'indagine cui la prova informatica inerisce, con breve relazione sui relativi fatti; indicazione dei dati informatici già immagazzinati da conservare e la loro afferenza con il reato; informazioni tese a identificare il custode di tali dati o il luogo dove questi si trovano; ragioni che rendono necessaria la conservazione; specificazione che lo Stato intenda chiedere successivamente assistenza giudiziaria per la conduzione di una perquisizione, un sequestro o altro mezzo di ricerca della prova. L'inoltro di una richiesta di "congelamento" del dato relativo a una specifica comunicazione può comportare che la Parte richiedente scopra che un *service provider* di un altro Stato sia coinvolto nella trasmissione della comunicazione stessa. A norma dell'art. 30 lo Stato richiesto dovrà provvedere al c.d. *expedite disclosure of preserved traffic data*: dovrà procedere, cioè, alla trasmissione dei dati di traffico relativi a tale comunicazione al fine di consentire allo Stato richiedente di identificare, e quindi localizzare, il *service provider* e la via attraverso la quale la comunicazione è stata effettuata, sì da consentire l'inoltro di un'ulteriore richiesta di assistenza giudiziaria.

La richiesta di assistenza può riguardare, ex art. 31, sequestri, perquisizioni e ogni altra attività volta all'apprensione del dato digitale, ivi compresa la sua divulgazione con l'ausilio di un sistema informatico collocato nel territorio dello Stato richiesto (anche del dato "conservato" ai sensi dell'art. 29). Ciò sembrerebbe imporre che, ogni qualvolta risulti nota la sede del sistema informatico, l'intrusione in esso dovrebbe essere veicolata dai tradizionali meccanismi di cooperazione giudiziaria; anche attingendo, se previsti nello Stato di esecuzione, ai più "aggiornati" strumenti di accesso (ivi compreso, quindi, il c.d. "captatore informatico")²⁶. Le Parti, inoltre, "devono" fornire assistenza – almeno nei casi in cui ciò sarebbe possibile, in ambito interno, in una situazione analoga – per la raccolta in tempo reale di dati relativi al traffico (art. 33).

Modello di "nuovo" conio, stravagante rispetto ai tradizionali strumenti di cooperazione giudiziaria, è la possibilità di accesso diretto ai dati immagazzinati in sistemi informatici situati all'estero (art. 32); una sorta di "applicazione informatica" dell'inseguimento transfrontaliero di cui all'art. 41 della Convenzione per l'applicazione dell'accordo di Shengen (C.A.A.S.). Senza alcuna autorizzazione da parte dello Stato ove questi dati sono raccolti, l'accesso può avvenire "virtualmente" a mezzo di un sistema informatico collocato sul proprio territorio. L'accesso diretto riguarda sia i dati pubblicamente disponibili (le c.d. fonti aperte/*open source*) – e per i quali, quindi, risulta indifferente il luogo geografico in cui si trovano – sia quelli che, non essendo pubblici²⁷, necessitano del preventivo consenso – legale e volontario – della persona legalmente autorizzata a divulgare i dati²⁸. In entrambi i casi, l'accesso transfrontaliero si realizza senza alcun contributo da parte dello Stato ove il dato si trova (obbligato ad acconsentirvi in ragione della sottoscrizione dello strumento internazionale); al più, limitatamente ai dati non pubblici, esso è veicolato dal "dialogo" diretto fra autorità interessata alla raccolta e "persona legalmente autorizzata"; secondo modalità derogatorie rispetto ai principi generali in materia di assistenza giu-

²⁶ Segnala F. Iovene, *Le c.d. perquisizioni online*, cit., p. 331, come nella proposta dell'ottobre del 2012 del Ministro della Giustizia Ivo Opstelten, volta a introdurre in Olanda il c.d. *Trojan* di Stato, si prevede la possibilità di farvi ricorso anche nei casi in cui non fosse possibile localizzare il computer oggetto di indagine. Qualora fosse nota la sede del dispositivo da "infettare", però, occorrerebbe attivare i meccanismi di cooperazione giudiziaria.

²⁷ Non sono disponibili al pubblico tutti quei dati informatici che un soggetto non ha voluto condividere pubblicamente con una pluralità di individui, non ha voluto diffondere nella rete, che ha voluto mantenere riservati, protetti, conservati nel *cyber-spazio* in apposite aeree accessibili *on line* con l'utilizzo di credenziali di autenticazione o con tecniche di cifratura. Vi rientrano anche tutti quei dati e quelle informazioni che il soggetto ha voluto condividere solo con una ristretta cerchia di utenti: così S. Aterno, *L'acquisizione dei dati personali tra misure antiterrorismo e intromissioni nella privacy*, in *Arch. pen.*, 2016, 1, p. 165.

²⁸ Si tratta di un potere oggi riconosciuto, nell'ambito della cooperazione c.d. verticale e limitatamente ai reati di sua competenza, a *Europol* ai sensi dell'art 17.2, inserito al capo IV (Trattamento delle informazioni) del Regolamento UE 2016/794 dell'11 maggio 2016 istitutivo dell'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto.

diziaria, idonee a incidere sulla sovranità dello Stato dove il *provider* si trova ma nel suo pieno rispetto in quanto veicolata dalla preventiva adesione al dettato convenzionale. Una modalità di raccolta che si innerva nell'alveo di una cooperazione che potremmo definire di "terzo tipo": sigla il passaggio dalla cooperazione "mediata" dal controllo politico-amministrativo, alla cooperazione "diretta" fra autorità giudiziarie, fino ad approdare a una cooperazione filtrata dal solo "consenso" del soggetto che può legalmente disporre del dato da acquisire.

Di certo dirimpente, rispetto ai classici canali della raccolta probatoria *ultra fines*, l'innovazione introdotta dalla Convenzione del 2001: attraverso la possibilità di accesso diretto da postazione remota al dato informatico, ovunque esso si trovi (limitatamente, ovviamente, al perimetro dei Paesi sottoscritti), il tema della sua raccolta transfrontaliera viene, di fatto, sottratto alle "pastoie" della mutua assistenza. I tradizionali limiti della cooperazione giudiziaria, saldati alla territorialità della prova da raccogliere e al principio di sovranità, sono qui sostituiti dall'elemento consensuale – coordinato al carattere pubblico del dato ovvero alla "sollecitata" manifestazione di volontà del "titolare" dello stesso a renderlo accessibile – quale espressione del c.d. diritto di autodeterminazione informativa²⁹.

Invero, come sottolineato nel Rapporto esplicativo della Convenzione³⁰, si tratta di uno strumento dalle potenzialità illimitate sì da prevederne un futuro impiego oltre i limiti ad oggi siglati dall'art. 32: se è vero che ipotesi diverse di accesso transfrontaliero "non sono autorizzate" è anche vero che queste non sono al contempo "precluse" e vengono, di fatto, sperimentate in molti Stati³¹. Anche di questo si occupa il c.d. *Transborder Group*, istituito su iniziativa della Commissione per la Convenzione di Budapest, chiamato a monitorare le sfide che l'evoluzione del panorama informatico impone nel circuito della cooperazione giudiziaria, anche nel più aggiornato scenario del *Cloud computing*. È evidente, infatti, come in tale ultimo contesto i modelli fondati sulla mutua assistenza sono suscettibili di essere superati, posto che le prove digitali perdono la caratteristica della territorialità, divenendo reperibili non in un solo luogo fisico ma in "reti informatiche" accessibili da qualsiasi luogo. Le soluzioni prospettate sono qui molteplici: dall'accesso ai dati con il consenso della persona che può divulgarli – anche quando non sia noto dove siano i dati da acquisire –, all'accesso diretto senza alcun consenso ma attraverso l'uso di credenziali legittimamente ottenute³²; dall'accesso diretto senza consenso nelle situazioni di urgenza, all'estensione del modello della perquisizione informatica (prevista dall'art. 19.2 che consente l'estensione della perquisizione a un altro sistema informatico o parte di esso purché questo sia presente nel territorio nazionale) anche ai dati che si trovino in sistemi informatici collocati al di fuori del territorio nazionale. Nell'ambito del *cloud computing* occorrerebbe basare la cooperazione giudiziaria non più sul principio della territorialità della prova bensì su quello del "potere di disposizione dei dati".

RICERCA E RACCOLTA *ULTRA FINES* NELLA "PICCOLA EUROPA"

Nel più ristretto circuito dell'Unione europea, a fronte di un soddisfacente panorama di strumenti tesi a rendere più efficace la collaborazione informativa e lo scambio di dati per finalità di *intelligence* e *law enforcement* (specie nel settore del contrasto al terrorismo internazionale e alla criminalità informatica), il quadro degli strumenti di cooperazione investigativa o probatoria adottabili appare assai scarno sul

²⁹ Si deve alla Corte costituzionale tedesca il conio di questo "nuovo" diritto fondamentale (*BVerfG*, 15 dicembre 1983, *BVerfGE*, 65, p. 1 ss.). Prova a rintracciare il fondamento costituzionale dell'autodeterminazione informativa nel sistema italiano S. Carnevale, *Autodeterminazione informativa e processo penale: le coordinate costituzionali*, in D. Negri (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, Roma, 2007, p. 3 ss.

³⁰ Il testo del Rapporto esplicativo del Consiglio d'Europa è consultabile, insieme a quello della Convenzione del 2001, su <http://conventions.coe.int/Treaty/ITA/v3DefaultITA.asp>.

³¹ Occorre ricordare che, nel corso delle trattative che hanno preceduto l'adozione della Convenzione del 2001, non è stato possibile raggiungere un consenso su misure di più ampia portata che consentissero a una Parte di accedere, per decisione unilaterale, ai dati situati in un altro Stato aderente alla Convenzione senza il consenso di quest'ultimo e senza, quindi, rispettare la normale procedura dell'assistenza giudiziaria e amministrativa. La Convenzione, infatti, all'art. 39.3 non autorizza altre modalità di accesso "diretto".

³² «Article 32(b) can also be interpreted as including the possibility of cross-border searches with lawfully obtained credentials (i.e., the login name and password for remote accounts, if lawfully provided by the suspect or service provider, or found, for example, on a post-it note on the suspect's desk during a lawful search)»: così, B.J. Koops-M. Goodwin, *Cyberspace, the cloud*, cit., p. 63.

terreno delle indagini informatiche. Nessun accenno a esse nella Decisione quadro n. 978 del 2008 sul mandato europeo di ricerca della prova (MER) la quale, tra l'altro, non comprende la possibilità di emettere un euro-mandato per adottare misure investigative "coercitive" e forme di sorveglianza in tempo reale; né la Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 2000, che pur dedica spazio a modelli di approvvigionamento probatorio transfrontaliero di "nuova" generazione, offre spunti utili in relazione alla raccolta della prova informatica. Assai timido l'approccio contenuto sia nella Direttiva n. 41 del 2014 sull'Ordine europeo d'indagine, sia nella proposta di Regolamento per l'istituzione di un Pubblico ministero europeo.

Un'eccessiva timidezza, apparentemente inconciliabile con la complessiva cura che il legislatore comunitario riserva alla tutela dei dati personali, indiscutibilmente incisi dagli strumenti di ricerca e raccolta della "prova informatica", recentemente rafforzata dall'approvazione del c.d. "Pacchetto protezione dati personali"³³ e che trova nell'art. 8 CDFUE e nell'art. 16.2 TFUE la propria solida base giuridica³⁴; in un contesto, quindi, nel quale sembra definitivamente tramontata l'idea che la loro tutela possa rappresentare un ostacolo alla piena protezione della sicurezza. Anzi: «un solido quadro di protezione dei dati può, al contrario, affinare e rafforzare la sicurezza»³⁵. Questa timidezza, oltretutto, è certamente asincrona rispetto a una prospettiva europea tesa a favorire l'implementazione dell'uso delle tecnologie digitali fra i cittadini e le imprese dell'UE³⁶.

(SEGUE): L'ORDINE D'INDAGINE EUROPEO (OIE)

Come è noto l'OIE è chiamato a sostituire tutti gli strumenti sino a oggi esistenti in materia di raccolta e circolazione della prova nel contesto eurounitario³⁷. Dal 22 maggio 2017, quindi, secondo un percorso caratterizzato da un'istanza di semplificazione dei modelli e "ibridismo" delle soluzioni adotta-

³³ Il riferimento è, anzitutto, al Regolamento UE 2016/679 (adottato il 27 aprile 2016), relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, destinato ad abrogare (a decorrere dal 25 maggio 2018) la Direttiva 95/46/CE (c.d. "Direttiva madre"). In materia è, altresì, intervenuta la Direttiva UE 2016/680 (anch'essa adottata il 27 aprile 2016), concernente la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati. Tale Direttiva (da attuare negli ordinamenti degli Stati membri entro il 6 maggio 2018) abroga la decisione quadro 2008/977/GAI, che costituiva il primo strumento di protezione dei dati personali nell'ambito dell'ex Terzo pilastro. Il "pacchetto" è, infine, integrato dalla Direttiva UE 2016/681 (sempre adottata il 27 aprile 2016) sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) ai fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale relativamente ai reati di terrorismo e altri reati gravi. Quest'ultima Direttiva concerne la raccolta e il trattamento dei dati riguardanti le persone che utilizzano vettori aerei per viaggi che riguardino Paesi esterni all'UE (sul punto v. G. Di Paolo, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE: recenti novità sul fronte domestico e a livello europeo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2018 ss.).

³⁴ Come detto, il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali è settore in costante evoluzione (in argomento v. B. Cortese, *La protezione dei dati di carattere personale nel diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2013, p. 313 ss.). L'art. 16 TFUE, nel prescrivere che ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano, sancisce un diritto esercitabile *erga omnes*. Il secondo paragrafo di tale disposizione precisa che spetta al Parlamento europeo e al Consiglio, secondo la procedura legislativa ordinaria, stabilire le norme relative alla protezione da parte delle istituzioni, degli organismi dell'Unione e degli Stati membri, nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, nonché le norme relative alla libera circolazione di tali dati. Sempre l'art. 16 TFUE stabilisce che il controllo sul rispetto di tale compendio normativo sia affidato a un'autorità indipendente.

³⁵ Così si legge nel Parere del Garante Europeo per la Protezione dei dati Personali (GEPD) del 14 gennaio 2011, pubblicato in *G.U.C.E.* n. C 181/1 del 22 giugno 2011. Tale affermazione sembra essere stata mutuata dalla Direttiva 2016/680/UE allorché, al *considerandum* n. 7, ribadisce come «assicurare un livello uniforme ed elevato di protezione dei dati personali delle persone fisiche [...] è essenziale al fine di garantire un'efficace cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia».

³⁶ Il riferimento è alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un'Agenda digitale europea*, COM(2010) 245 def. del 19 maggio 2010.

³⁷ Così espressamente statuisce l'art. 34 della Direttiva 2014/41/UE. Tale disposizione, però, non include nel catalogo degli "strumenti, accordi e intese" sostituite dall'atto normativo europeo la Convenzione di Budapest del 2001. Di qui si potrebbe ritenere che l'OIE si ponga, rispetto alla Convenzione *Cybercrime*, in una mera posizione di «preminenza» (così il *considerandum* 35). Ciò significa che in relazione a "strumenti" non espressamente indicati dalla Direttiva 2014/41/UE continuerebbero a trovare applicazione le regole Convenzionali (il riferimento è, ad esempio, all'art. 32 in materia di accesso diretto ai dati pubblicamente disponibili o tramite consenso).

te³⁸, anche la raccolta transnazionale della prova digitale fra Stati membri dovrà essere realizzata attraverso tale strumento, nel rispetto di diritti fondamentali delle persone³⁹ e nella costante osservanza del principio di proporzionalità.

Nella prospettiva che qui interessa, la Direttiva n. 41/2014 muove da alcune premesse d'indubbio rilievo: ribadisce la natura fondamentale del diritto alla protezione dei dati personali (*considerandum* 40); sottolinea l'esigenza che il loro trattamento sia consentito solo nei casi in cui ciò sia necessario e nel rispetto del principio di proporzionalità (*considerandum* 42); puntualizza che, pur costituendo un atto meno intrusivo dell'intercettazione, anche l'acquisizione dei dati relativi al traffico e all'ubicazione associate a tali telecomunicazioni sia da considerare "atto di indagine coercitivo" (*considerandum* 30). Laddove, inoltre, l'interferenza con i diritti fondamentali si fa più massiccia, il legislatore europeo ha puntato verso la creazione di veri e propri "modelli europei" d'indagine; attraverso "disposizioni supplementari", ovvero tramite "modalità pratiche" che devono «essere convenute tra lo Stato di emissione e lo Stato di esecuzione», sì da «conciliare le differenze esistenti tra i diritti nazionali di tali Stati» (*considerandum* 24). Come si legge nella Relazione, tale scelta risiede nell'esigenza di «fornire maggiori dettagli rispetto al regime generale» prevedendo, inoltre, alcuni «motivi aggiuntivi di rifiuto» correlati alla diversa e specifica attività che si richiede di eseguire.

Nonostante queste premesse, il tema della raccolta transnazionale della prova informatica non ha trovato adeguato risalto nel corpo della Direttiva n. 41/2014. Il relativo Capo IV, dedicato alle "Disposizioni specifiche per determinati atti di indagine", vi include le operazioni di acquisizione di elementi di prova in tempo reale. L'inclusione ha, però, una portata limitata quanto all'oggetto della raccolta; in linea con una tendenza, invalsa negli strumenti europei, che sembra spingere verso l'istituzione di un canale investigativo differenziato in relazione alle indagini bancarie⁴⁰. Secondo l'art. 28 l'OIE può essere emesso, inoltre, per il controllo in tempo reale di operazioni bancarie o altre operazioni finanziarie effettuate tramite uno o più conti specificati. Chiare le indicazioni per lo svolgimento di tale attività: l'acquisizione può avvenire per un tempo determinato e l'autorità di emissione dell'ordine deve indicare le ragioni per le quali le informazioni richieste assumano il carattere dell'utilità per il procedimento penale nazionale; questo requisito, nell'orbita del giudizio di proporzionalità, deve andare identificato con la necessità e non con la mera rilevanza delle medesime. Trattandosi di un modello d'indagine qualificabile come "coercitivo", ne conosce le medesime ipotesi di rifiuto ivi compresa l'ineseguitabilità qualora non previsto (non consentito) per casi analoghi nell'ambito della procedura nazionale dello Stato richiesto: la dimensione transnazionale dell'accertamento non potrebbe certo valere a rendere realizzabile ciò che sarebbe precluso entro i propri confini territoriali.

Fuori dal ristretto circuito di specificità offerto dall'art. 28 della Direttiva n. 41/2014, ogni altra attività volta alla raccolta di dati contenuti in un qualche sistema informatico, situato fuori dai confini nazionali, andrà veicolata dall'inoltro dell'OIE teso all'esecuzione di uno dei tradizionali modelli di ricerca della prova e secondo modalità – magari risultanti dall'incrocio della *lex loci* con la *lex fori* e con la possibilità che partecipino una o più autorità dello Stato di emissione – elaborate di volta in volta fra le autorità giudiziarie coinvolte nel rapporto di cooperazione; con una diffusa attenzione al rispetto dei diritti fondamentali e del principio di proporzionalità (secondo le condizioni imposte dalla stessa Direttiva n. 41/2014, nonché dall'art. 52.1 CDFUE e dalla clausola della "necessità in una società democratica" prevista dall'art. 8.2 Cedu). L'operazione, quindi, andrà condotta in modo tale da non determinare abusi e gestita non arbitrariamente; avviata da presupposti che siano realmente capaci di giustificarla (si pensi al ragionevole sospetto della presenza in un sistema informatico o in una rete di dati digitali rilevanti per il procedimento) e "vigilata" da parte della difesa, secondo quanto richiesto dall'art. 48 CDFUE⁴¹.

³⁸ M. Caianello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo d'indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 3, p. 3, parla di «sincretismo» della Direttiva sull'OIE in quanto essa appare in linea con lo sviluppo del mutuo riconoscimento benché al suo interno siano rinvenibili soluzioni adottate sotto l'egida del regime delle rogatorie.

³⁹ Precisa, all'uopo, l'art. 1.4 che «la direttiva non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e lascia impregiudicati gli obblighi spettanti, in materia, alle autorità giudiziarie».

⁴⁰ Così, L. Luparia, *Contrasto alla criminalità economica*, cit., p. 7.

⁴¹ Come precisa M. Daniele, *Ricerca e formazione della prova*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2015, p. 383, tale controllo dovrebbe tradursi nella partecipazione attiva del difensore, o, qualora ciò non fosse realizza-

(SEGUE): QUALI REGOLE PER IL FUTURO PUBBLICO MINISTERO EUROPEO (PME)?

In un terreno caratterizzato da spiccata aridità, maggior dettaglio è possibile rinvenire all'interno delle *Model Rules for Procedure of the European Public Prosecutor's Office*⁴²: progetto teso all'individuazione di un modello operativo nell'ambito della cooperazione giudiziaria verticale gestita dal futuro organo inquirente Europeo, ma anche un primo sforzo volto a "codificare" norme comuni per lo svolgimento di indagini nel territorio dell'Unione (limitatamente a reati che ne ledano gli interessi finanziari), sì da rivestire indubbio rilievo in una prospettiva di armonizzazione funzionale alla cooperazione orizzontale.

Il progetto, con un approccio del tutto evolutivo, considera l'incidenza che le "innovative" tecniche d'indagine, che sfruttano il progresso tecnologico, e di raccolta delle "nuove" fonti di approvvigionamento probatorio, rinvenibili nei sistemi informatici, assumono sui diritti fondamentali della persona e li vaglia e classifica alla luce del grado d'intrusione e coercizione delle stesse misure. La premessa è costituita dall'esigenza che vi sia una necessaria proporzione fra il sacrificio dei diritti del singolo e presupposti e condizioni per l'adozione della misura; a un maggior grado d'intrusione della misura devono corrispondere maggiori garanzie dal punto di vista processuale; secondo l'itinerario siglato dalla giurisprudenza della Corte e.d.u.⁴³.

Di qui la suddivisione dei mezzi di ricerca della prova in tre macro categorie in ragione del graduale impatto della misura investigativa sui diritti fondamentali: misure non coercitive; misure coercitive senza autorizzazione; misure coercitive con previa autorizzazione giudiziaria⁴⁴. Ciò significa che quando l'incisione dei diritti fondamentali è massima, massimo deve essere il livello di garanzia e questo livello massimo è individuato nel controllo *ex ante* affidato all'autorità giudiziaria nazionale (*Rule 7.2*).

Le *Model Rules* calibrano l'esigenza di ricorrere al modello più garantito, anche in relazione alle investigazioni informatiche, proprio sulla scorta della maggiore o minore invasività del modello di indagine rispetto al diritto inciso. È, infatti, richiesta l'autorizzazione del giudice per le perquisizioni di *computer* e di sistemi informatici (*Rule 48*)⁴⁵; sempre veicolati dalla preventiva autorizzazione sono anche gli strumenti di sorveglianza tecnologicamente assistiti (rientranti fra i c.d. *real-time surveillance of telecommunications traffic data*).

La stessa durata della misura invasiva del diritto diviene parametro di riferimento onde saggiare l'esigenza di una più penetrante tutela. Così è possibile, per una medesima misura, annoverare ipotesi adottabili senza alcuna autorizzazione preventiva – quale l'ordine di congelamento dei dati per un periodo compreso nei novanta giorni (*Rule 41*) ovvero la localizzazione del cellulare sperimentata per una sola occasione – e casi in cui l'autorizzazione giudiziale diviene presupposto irrinunciabile quando il

bile, nella possibilità di esperire adeguati mezzi di impugnazione. Ciò significa che tale controllo va realizzato perlomeno dopo lo svolgimento della raccolta delle prove; attività, quindi, che andrebbe integralmente documentata.

⁴² Si tratta del modello procedimentale elaborato dall'Università del Lussemburgo con l'intento di fornire uno statuto operativo al Pubblico Ministero Europeo.

⁴³ La Corte e.d.u. non fornisce una nozione univoca di vita privata, così come enunciata nell'art. 8 Cedu: «essa è ampia e non suscettibile di una definizione esaustiva» (Corte e.d.u., 29 aprile 2002, ric. n. 2346/02, *Pretty c. Regno Unito*). Ne detta, così, un'interpretazione aperta ed evolutiva rendendone possibile un diffuso utilizzo quale baluardo nei confronti di diverse attività d'indagine. In base, però, al grado d'ingerenza nella vita privata dell'attività di volta in volta considerata, la Corte di Strasburgo tollera una maggiore o minore discrezionalità del legislatore nazionale nel fissare i requisiti del singolo mezzo di ricerca della prova: più l'invasione si appalesa intollerabile, maggiore deve essere lo scrupolo normativo nel fissare *per tabulas* i presupposti che lo rendano legittimo.

⁴⁴ In ogni caso, tutte le decisioni del PME incidenti su diritti fondamentali dell'individuo devono essere sottoposte a un controllo *ex post*. Considerato che le *Rules* ambiscono ad avere un ambito di applicazione, innanzitutto, riservato alla cooperazione giudiziaria di tipo verticale, l'autorità giudiziaria chiamata a controllare le scelte adottate dal PME incidenti sui diritti fondamentali dell'individuo è indicata nella *European Court (Rule 7.1)*: organo da individuare nel quadro delle istituzioni dell'UE ai sensi dell'art. 257 TFUE (così, G. Di Paolo, *Note a margine della recente proposta di istituzione di una Procura europea contenuta nelle Model Rules for the procedure of the European Public Prosecutor's Office*, in F. Ruggieri-T. Rafaraci-G. Di Paolo-S. Marcolini-R. Belfiore (a cura di), *Processo penale, lingua e Unione Europea*, Padova, 2013, p. 137).

⁴⁵ Sulla falsariga di quanto previsto dall'art. 19.2 della Convenzione di Budapest (senza, però, contemplare la limitazione, ivi contenuta, relativa alla necessità che il dispositivo si trovi nel medesimo contesto territoriale), l'autorizzazione può estendersi anche ad altro dispositivo o sistema informatico qualora il PME ritenga che anche in esso siano custoditi dati utili per l'indagine, a condizione che questi si trovino all'interno del circuito dell'UE.

controllo deve essere prolungato oltre questi limiti temporali (*Rule 45*)⁴⁶.

La Proposta di regolamento per l'istituzione della Procura europea⁴⁷, animata soprattutto da un approccio di tipo funzionalistico, non ricalca i contenuti delle *Model Rules*. Essa si caratterizza, *more solito*, per essere «troppo timida e timorosa (...) in nome della proporzionalità e della sussidiarietà europea»⁴⁸.

Benché le misure investigative adottabili dal costituendo PME (ivi comprese quelle di natura informatica) siano puntualmente elencate (art. 26) – differenziandole tra misure che devono sempre essere autorizzate dall'autorità giudiziaria dello Stato membro ove l'attività è da compiere, a prescindere da quanto prescritto dalla disciplina nazionale⁴⁹, e attività che richiedono l'autorizzazione preventiva solo se così espressamente previsto dalla legislazione nazionale – non se ne prescrive al contempo una disciplina uniforme ed esaustiva di espletamento. Posto che il modello processuale da applicare deve essere, di volta in volta, quello dello Stato membro ove l'attività del PME si svolge (secondo il principio della *lex loci*, art. 11), la Proposta di regolamento rinuncia a dettare regole comuni e, di fatto, si limita a fungere da stimolo affinché i legislatori nazionali si attivino al fine di introdurre nell'ordinamento interno, qualora non presenti, gli strumenti di indagine specificamente rubricati nella Proposta, sì da renderli disponibili al PME (art. 26.2); senza che tale *input*, però, sia veicolato dalla preventiva stesura di un canovaccio funzionale a una costruzione armonica del relativo modello; cosa che, soprattutto con riferimento agli strumenti di indagine di nuova generazione, sarebbe stata scelta opportuna.

UNA NECESSARIA PRE-CONDIZIONE: LA COSTRUZIONE DI MODELLI NAZIONALI ARMONICI

Prova informatica e raccolta transnazionale della stessa, nel contesto assai frammentario e lacunoso appena tratteggiato, è materia che merita di essere affrontata *ab imis* muovendo dal presupposto che in questo settore, più che in altri, la creazione di un modello di riferimento armonico costituisce una pre-condizione essenziale. La sostanziale eterogeneità che caratterizza le procedure di ricerca e raccolta nei diversi Stati membri – in assenza, fra l'altro, di un accordo sull'interferenza o meno di tali tecniche con i diritti fondamentali – non solo rappresenta un ostacolo per la cooperazione, ma incentiva la diffusione del c.d. *forum shopping*⁵⁰. Tra l'altro, l'agevole sottrazione degli strumenti di raccolta della prova informatica alle dinamiche dell'assistenza giudiziaria, favorita dall'impiego d'innovativi modelli d'intrusione nei sistemi informatici e dalla tendenziale ubiquità del dato da raccogliere, impone di operare in tale direzione.

È noto come, entro i nostri confini, l'opera d'innesto delle “nuove tecnologie” nel tessuto dell'accertamento processuale si è tradotta – per il tramite della ratifica della Convenzione del 2001 – in una mera “riscrittura” dei tradizionali strumenti di ricerca e raccolta della prova (ispezioni, perquisizioni, sequestri, accertamenti urgenti di p.g., acquisizione di plichi e corrispondenza)⁵¹, riqualificandoli nella

⁴⁶ La *Rule*, laddove distingue i presupposti della sorveglianza in ragione della durata della stessa, sembra evocare la giurisprudenza della Corte e.d.u. nel caso *Uzun c. Germania* (2 settembre 2010, ric. n. 35623/05).

⁴⁷ COM (2013) 534 def.

⁴⁸ Così S. Allegrezza, *Verso una Procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 3.

⁴⁹ Tra queste sono ricomprese: le perquisizioni informatiche (lett. a); l'ordine di produzione di *stored computer data*, ivi compresi quelli riguardanti il traffico (lett. b); il *data freezing* (lett. c); la sorveglianza in tempo reale delle telecomunicazioni con l'ordine di immediata trasmissione dei dati di traffico al fine di localizzare l'indagato (lett. f). Secondo A. Venegoni, *Considerazioni sulla normativa applicabile alle misure investigative intraprese dal Pubblico Ministero Europeo nella proposta di regolamento COM (2013) 534*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 9, attraverso tale scelta si corre il rischio di creare un inopportuno divario, quanto ai presupposti, fra identiche misure a seconda che queste siano disposte in uno Stato membro dal PME ovvero in un procedimento interno, ancorché con carattere transnazionale.

⁵⁰ È un rischio puntualmente segnalato, in termini generali e non solo limitatamente al tema della prova informatica, da F. Zimmerman-S. Glaser-A. Motz, *Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal Proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for European Investigation Order*, in *EuCLR*, 2011, p. 73.

⁵¹ Non già, come avvenuto in altri sistemi, attraverso il conio di nuovi istituti (sul punto J. Casile, *Plaidoyer en faveur d'aménagements de la preuve de l'information informatique*, in *Rev. Sc. Crim.*, 2004, p. 65; P. Roussel, *L'emploi de l'informatique sur l'administration de la preuve de l'information informatique*, in *Droit pén.*, 2005, sept., p. 6). L. Luparia, *Computer crimes*, cit., p. 370,

natura “informatica”, adattandoli all’estrema volatilità e alterabilità del dato digitale attraverso il costante richiamo all’esigenza di adottare procedure idonee ad assicurare la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità; secondo un itinerario più volto a specificare l’obiettivo da raggiungere che a regolare le modalità della raccolta⁵². Un modello sul quale s’insinuano, in ragione delle “possibilità” consentite dall’incessante sviluppo tecnologico, forme di “ricerca” *da remoto* (le c.d. perquisizioni *on-line*) che, come abbiamo visto, sono a oggi sprovviste di una regolamentazione normativa e inclini a operare indisturbatamente anche nella dimensione transfrontaliera della ricerca probatoria⁵³.

La stessa disciplina nostrana sul *data retention*, contenuta nell’art. 132 del c.d. Codice *privacy*⁵⁴, nel consentire l’accesso ai dati esterni del traffico telefonico e telematico «per finalità di accertamento e repressione dei reati» in modo indiscriminato – senza, cioè, aver individuato un catalogo di ben specifici delitti, selezionati fra quelli più gravi – appare contraria al principio di proporzionalità e si pone, pertanto, in termini di insanabile contrasto con gli artt. 7, 8 e 52.1 della CDFUE⁵⁵; secondo l’impostazione dettata dalla Corte di Giustizia allorché ha dichiarato l’invalidità dell’intera Direttiva 2006/24/CE del Parlamento e del Consiglio del 15 marzo 2006⁵⁶.

Anche la prospettiva, dichiaratamente transnazionale, dell’accesso diretto ai dati custoditi all’estero (sancito dall’art. 32 della Convenzione di Budapest), non pare aver trovato adeguata traduzione nel nostro ordinamento processuale. L’art. 234-bis c.p.p., introdotto dall’art. 2 della l. 17 aprile 2015, n. 43⁵⁷, rendendo “sempre” possibile l’acquisizione di “dati informatici”, anche diversi da quelli disponibili al

parla di un vero e proprio «sdoppiamento» di elementi già esistenti nell’ordinamento quale espressione della «rinuncia, quasi integrale, (...) a creare nuove fattispecie processuali».

⁵² Rileva S. Marcolin, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 766, come il nostro legislatore, nell’opera di ratifica della Convenzione di Budapest, abbia lasciato del tutto al margine la “raccolta in tempo reale di dati sul traffico”, prevista dall’art. 20 della Convenzione: essa non appare riconducibile ad alcun mezzo di ricerca “tipico”; è al più accostabile al c.d. pedinamento satellitare. Segnala l’Autore, a tal proposito, la singolarità di una modalità investigativa che, a fronte di una “tipicizzazione” sul versante internazionale, mantiene i connotati dell’“atipicità” sul fronte interno.

⁵³ Così avviene nonostante l’art. 19 della Convenzione di Budapest prescriva che ogni attività di “perquisizione” o “sequestro” di un sistema informatico o parte di esso – in qualunque forma essa possa realizzarsi, ivi compresa, quindi, quella “occulta” – vada preceduta dall’adozione di “misure legislative”. A tal proposito è utile sottolineare come la giurisprudenza tedesca ha affermato che la perquisizione *on-line* – proprio in ragione del suo carattere “clandestino” – non è legittima in assenza di regolamentazione legislativa specifica e i relativi risultati sarebbero, pertanto, inutilizzabili (cfr. BGH, 31 gennaio 2007, in *Juristenzeitung*, 2007, p. 796). Sul punto si ricordano le Conclusioni del Consiglio europeo del 27 novembre 2008 (in *G.U.C.E.*, 17 marzo 2009, C 62/16) – relative a una strategia di lavoro concertata e a misure pratiche di lotta alla criminalità informatica – nelle quali è contenuto l’invito rivolto agli Stati membri ad agevolare la perquisizione a distanza in quanto essa consente ai servizi investigativi, con l’accordo del Paese ospite, di accedere rapidamente alle informazioni; ciò, però, deve avvenire a condizione che tale strumento sia previsto dalla legislazione nazionale.

⁵⁴ Disposizione adottata con il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, e successivamente modificata con il d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109, di recepimento della Direttiva 2006/24/CE.

⁵⁵ In questi termini v. S. Marcolin, *Le indagini atipiche*, cit., p. 778. R. Flor, *La Corte di Giustizia*, cit., p. 190, ritiene che il nostro legislatore dovrebbe intervenire e adattare l’attuale disciplina agli *standard* elaborati dalla Corte di Giustizia (su cui v. *infra*).

⁵⁶ V. C. giust. CE (Grande sezione), 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 (*Digital Rights Ireland Ltd*) e C-594/12 (*Karntner Landesregierung*). Già prima della *tranchant* presa di posizione della Corte di Giustizia, le Corti costituzionali di diversi Stati membri (Repubblica Ceca, Germania e Romania) avevano dichiarato l’incostituzionalità delle leggi di attuazione della direttiva 2006/24/CE. La Commissione europea, nella relazione al Consiglio e al Parlamento europeo avente ad oggetto la «Valutazione dell’applicazione della direttiva sulla conservazione dei dati» aveva, fra l’altro, evidenziato come il recepimento dell’atto europeo da parte degli Stati membri avesse posto in luce le carenze della Direttiva sotto diversi profili: non assicurava che i dati conservati fossero immagazzinati, estratti e usati nel pieno rispetto del diritto alla vita privata e al diritto alla protezione dei dati personali; aveva favorito un approccio non uniforme in ordine alla limitazione delle finalità del *data retention*, ai periodi di conservazione e alle previsioni di contributi economici statali per gli operatori e fornitori di servizi destinati all’obbligo di conservazione dati. La Commissione, infine, rilevava come anche il Garante europeo per la protezione dei dati personali avesse segnalato non poche criticità in quanto la Direttiva non aveva provveduto ad attuare alcun processo di armonizzazione delle legislazioni nazionali e il ricorso alle informazioni conservate non si fosse limitato allo stretto necessario per contrastare i reati gravi.

⁵⁷ Benché la disposizione s’inserisca in una più ampia cornice preventiva-repressiva nei confronti delle organizzazioni terroristiche, il legislatore si è curato di garantirvi una portata generale, proprio nell’ottica dell’era digitale in cui oramai si inserisce l’accertamento di qualsiasi reato commesso per mezzo di questo strumento tanto diffuso quanto “complesso”: così L. Viola Beruti, *Cyber Terrorism: esigenze di tutela preventiva e nuovi strumenti di contrasto*, in www.laegislazionepenale.eu, 15 gennaio 2016, p. 1.

pubblico⁵⁸, suggella la creazione di una sorta di rapporto “privatistico” nell’ambito della raccolta transfrontaliera della prova. Un rapporto che prescinde dall’esistenza di un qualche accordo fra Stati; che coinvolge tutti i “soggetti” che animano il procedimento penale (non solo, quindi, l’autorità giudiziaria ma anche la p.g. non delegata dal p.m. nonché il difensore che svolge indagini difensive) e il “legittimo titolare”, fra l’altro non agevolmente individuabile; che rende l’istituto non solo un’alternativa allo strumento rogatorio ma anche una deroga al modello convenzionale che lo ha, in qualche modo, originato⁵⁹.

UNA BASE COMUNE DA CUI PARTIRE: DALLE “NUOVE” TECNOLOGIE AI “NUOVI” DIRITTI

È sul versante dei sistemi nazionali, quindi, che occorre intervenire, posto che ciò che accomuna le legislazioni degli Stati membri (e non solo quelle) è proprio l’assenza di una disciplina puntuale⁶⁰. Il problema è che lo sviluppo dei modelli è coordinato alla sensibilità che, all’interno dei singoli contesti nazionali, anima tanto le scelte del legislatore, quanto l’interpretazione giurisprudenziale, rispetto ai nuovi strumenti investigativi: alcuni apprestano una disciplina *ad hoc*; altri ricorrono all’applicazione analogica di norme dettate per misure affini per disciplinare strumenti preesistenti; altri ancora ricorrono alla categoria della prova atipica. È un fenomeno di certo non nuovo ma che si mostra incline a creare non poche criticità soprattutto nell’incrocio fra sistemi giuridici imposto dalla transnazionalità del fenomeno criminale o dalla natura transfrontaliera dell’indagine.

Le attività a matrice tecnologica hanno, però, un denominatore comune: comportano una pesante intrusione nella vita privata del soggetto che colpiscono⁶¹. Tendono a incidere su di una schiera di diritti individuali non sempre riconducibile al catalogo classico delle “libertà” e, quindi, non sempre tutelabile ricorrendo alle garanzie insite nei modelli “tradizionali” di ricerca e raccolta della prova. Spesso è proprio questa difficoltà a legittimare la sottrazione dai vincoli imposti dalla riserva di legge e di giurisdizione, nonché dal rispetto del principio di proporzionalità.

È proprio da qui che bisogna partire. Diritti fondamentali quali la libertà personale, l’inviolabilità del domicilio, la libertà e la segretezza delle comunicazioni e della corrispondenza, sono riconosciuti da tutti gli Stati della tradizione giuridica occidentale, ma sono stati concepiti – e su di essi sono state edificate le regole – per fare fronte alle esigenze di una società animata da differenti pulsioni e gestita attraverso diversi modelli d’interrelazione personale, sì da non poter adeguatamente operare quali baluardi contro le insidie connesse all’avvento di nuove tecnologie. L’evoluzione tecnologica ha imposto il mutamento del modo attraverso il quale si realizzano le relazioni sociali e comunicative e ha comportato, inevitabilmente, l’avvento anche di altre esigenze. I diritti, d’altronde, tendono a evolversi di pari passo con l’evoluzione della società e delle forme attraverso le quali essa si esprime.

Così come il domicilio è tutelato come proiezione spaziale della persona – luogo in cui essa svolge la propria vita privata lontano dagli occhi indiscreti o, comunque, dalla possibilità d’interferenza di alcuno⁶² – anche i “luoghi informatici o virtuali”, ove sono custoditi dati, meritano, pertanto, protezione costituzionale. Ciò deve avvenire per presidiare quello che appare essere divenuto un unico oggetto di

⁵⁸ La delimitazione del concetto di “disponibilità al pubblico” può mutuarsi dall’art. 1 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. codice dell’amministrazione digitale) che definisce la “disponibilità” in termini di “possibilità di accedere ai dati senza restrizioni non riconducibili a esplicite norme di legge” e il “dato pubblico” come dato conoscibile da chiunque (quali quelli cui si ha accesso dai siti *Internet*).

⁵⁹ È una regola, inoltre, priva di coerenza sistematica se si pensa che, a livello nazionale, l’accesso ai c.d. meta-dati (i *files di log*) deve essere veicolato da un decreto del p.m. ed esiste un preciso limite temporale, mentre per l’acquisizione *ultra fines* ciò sarebbe sempre possibile.

⁶⁰ Così S. Allegrezza, *Le misure coercitive nelle “Model Rules of the Procedure of the European Public Prosecutor’s Office”*, in F. Ruggieri-T. Rafaraci-G. Di Paolo-S. Marcolini-R. Belfiore (a cura di), *Processo penale*, cit, p. 151 ss.

⁶¹ A tal proposito, l’art. 2 del Codice *privacy* richiede che nel nostro ordinamento «il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell’interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all’identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali».

⁶² È bene ricordare come le Sezioni Unite della cassazione (28 marzo 2006, Prisco) abbiano puntualizzato come la libertà domiciliare non vada confusa con il diritto alla riservatezza: ciò perché non tutti i luoghi in cui si manifesta la personalità dell’individuo rientrano nell’ambito di applicazione dell’art. 14 Cost., sia perché il particolare rapporto che si instaura fra persona e domicilio fa sì che esso venga tutelato anche in sua assenza, cosa che non accade per i “luoghi” riservati.

tutela: «la persona nelle sue diverse considerazioni, via via determinate dal suo rapporto con le tecnologie, che non sono solo quelle elettroniche»⁶³.

Va, così, imponendosi il riconoscimento di “nuovi” diritti fondamentali «la cui esistenza trova fondamento nella diffusione di novità tecnologiche idonee a pregiudicare posizioni personali meritevoli di protezione giuridica»⁶⁴. Diritti che vanno ben oltre il mero riconoscimento dell'autodeterminazione informativa quale espressione della personalità individuale e della dignità umana. Nell'attuale contesto tecnologico è, infatti, superata la distinzione tra dati intimi e dati sociali, tra informazioni segrete e informazioni riservate; un dato apparentemente innocuo collegato ad altri, anch'essi non dotati di apparente rilevanza, può nella realtà offrire aspetti della vita privata di una persona che si desiderano sottrarre alla conoscenza altrui⁶⁵. La promiscuità dei dati e il tipo d'intromissione da parte dell'autorità pubblica fanno in modo che «il pericolo per il diritto della personalità in generale sia qualitativamente e quantitativamente diverso da quello di una semplice raccolta di dati, a cui fa da baluardo il diritto alla autodeterminazione informativa, quale filiazione del diritto alla *privacy*»⁶⁶. Occorre, pertanto, alzare l'asticella della tutela costituzionale: dal diritto a mantenere riservato il “dato” al diritto a mantenere segreto e integro il “luogo” ove lo stesso è ospitato. L'affermarsi di un diritto fondamentale all'uso riservato dei sistemi informatici, come ha precisato la Corte costituzionale tedesca⁶⁷, «protegge la vita personale e privata (...) dall'accesso statale a dispositivi tecnologici di informazione nel loro complesso»; garantisce l'individuo nella sua legittima aspettativa di riservatezza rispetto ai dati – qualunque essi siano – ricavabili dall'uso della tecnologia informatica. Anche questo diritto, così come quello all'autodeterminazione informativa, affonda le proprie radici nel rispetto della dignità umana, quale nucleo essenziale dei diritti inviolabili dell'uomo; vera e propria matrice di ogni libertà individuale⁶⁸. Esso va tutelato attivando il catalogo delle cautele e garanzie che regolano la compressione di diritti inviolabili per favorire o rendere possibile il perseguimento di interessi pubblici; compito che non può che essere riservato al legislatore.

L'affiorare di “nuovi” diritti impone, così, alla legge processuale di adeguarsi lungo le linee direttive che caratterizzano la tutela dei diritti fondamentali: riserva di legge (attraverso una tecnica normativa ispirata all'osservanza del canone di chiarezza e sufficiente determinatezza della fattispecie), riserva di giurisdizione e rispetto del principio di proporzionalità (nelle sue tre componenti dell'idoneità, necessità e proporzione in senso stretto) dovrebbero costituire il *leitmotiv* di questa operazione.

⁶³ Le parole sono di S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma, Laterza, 2013, p. 317.

⁶⁴ Così R. Orlandi, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1151. L'Autore ricorda come tale percorso sia stato avviato e proseguito dalla Corte costituzionale tedesca; la prima a individuare, già nel 1983, nel diritto alla autodeterminazione informativa un'espressione della personalità individuale e della dignità umana degna di essere catalogata fra i diritti inviolabili.

⁶⁵ Nel mondo del *cloud computing* e delle comunicazioni globali muta la stessa nozione di *privacy*, arricchendosi di nuovi contenuti. Da un lato l'originario *right to be let alone* (secondo la definizione coniata da S.D. Warren-L.D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in *Harv. L. Rev.*, 4 (1890), p. 193 ss.) ha perso ogni riferimento alla realtà fisica; dall'altro, il *right to control the information about oneself* ha acquistato il significato di un diritto di controllo sui pacchetti di dati che viaggiano sul *web*.

⁶⁶ Il virgolettato è tratto da F. Iovene, *Le c.d. perquisizioni online*, cit., p. 334. Bisogna prendere atto dell'esistenza di “spazi virtuali di manifestazione della personalità”, che coincidono con l'interesse sostanziale alla protezione di informazioni “riservate” e al loro controllo nello svolgimento di rapporti giuridici e personali *online* o in altri spazi “informatici”: così, R. Flor, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuehung*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p. 705.

⁶⁷ *BVerfG*, 27 febbraio 2008 che ha dichiarato l'incostituzionalità della *Online Durchsuehung* in quanto non rispettosa dei principi di proporzionalità e determinatezza. I Giudici costituzionali tedeschi sono recentemente tornati a richiamare il diritto fondamentale alla “garanzia della segretezza e integrità dei sistemi informatici” nel censurare la disciplina relativa all'utilizzo del “captatore occulto” allorché ne affida il controllo a un organo (il personale dell'ufficio federale di polizia) non “esterno e indipendente” (*BVerfG*, 20 aprile 2016).

⁶⁸ All'interno del sistema nostrano si è tradizionalmente fatto riferimento, quale disposizione costituzionale idonea a inglobare anche il diritto alla riservatezza non espressamente enunciato da altra norma, l'art. 2 Cost. Ciò in ragione del fatto che l'art. 2 Cost. è sempre stata definita fattispecie aperta, fonte di nuovi diritti della personalità. Il problema è che ogni qual volta si prova a bilanciare tale diritto con l'esigenza connessa alla repressione dei reati, il mero richiamo all'art. 2 Cost. mostra i suoi evidenti limiti. Tale disposizione, infatti, non è – al pari degli artt. 13, 14 e 15 Cost. – dotata di un coagulo di presupposti funzionali a rendere possibile la compressione dei diritti ivi enunciati. Di guisa che ogni limitazione del diritto potrebbe essere realizzata senza la rigorosa osservanza dei presidi imposti da tali disposizioni.

CONCLUDENDO: UN ITINERARIO POSSIBILE

All'interno della "Piccola Europa"⁶⁹ i diritti di *privacy*, anche nella loro più ampia accezione sopra evidenziata, trovano riconoscimento nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (a cui il Trattato di Lisbona ha attribuito medesimo valore giuridico dei Trattati, ossia efficacia giuridica vincolante per gli Stati membri, seppur nelle sole materia di competenza dell'Unione). Gli artt. 7 e 8 della CDFUE – riempiti di significato, grazie alla clausola di equivalenza (art. 52.3 CDFUE), dall'art. 8 Cedu⁷⁰ e dalla relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo – tutelano, da una parte, il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, e dall'altra, il diritto alla protezione dei dati personali. È dal coagulo di queste disposizioni che è possibile ricavare il riconoscimento di un diritto alla riservatezza informatica⁷¹: un diritto che non significa tanto garantire all'interessato il controllo sulle modalità di trattamento dei propri dati personali, quanto tutelare la persona in un contesto nel quale gli aspetti più variegati della propria esistenza sono tradotti in dati digitali, suscettibili, quindi, di trattamento informatico; un diritto non assoluto e la cui eventuale compressione dovrà essere prevista dalla legge⁷², nel rispetto pur sempre del suo contenuto essenziale – la dignità umana, *ex art.* 1 CDFUE –, e con l'osservanza del principio di proporzionalità. Limitazioni al libero esercizio di tale diritto potranno, così, essere apportate solo se necessarie e rispondenti effettivamente a finalità d'interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui (art. 52.1 CDFUE).

Su queste solide basi dovrebbe innestarsi l'opera del legislatore europeo: lungo la via siglata dall'art. 82.2 lett. a) e b) TFUE⁷³; seguendo l'itinerario tracciato da importanti decisioni di alcune Corti costituzionali europee⁷⁴ e recentemente indicato dalla Corte di Giustizia. I Giudici di Lussemburgo, in particolare, nel dichiarare *invalid* la Direttiva 24/2006/CE sul *data retention*⁷⁵, hanno delineato il *cliché* idoneo a garantire i diritti fondamentali dell'individuo, senza necessariamente dover rinunciare agli strumenti tecnologici indispensabili per la prevenzione e la repressione di gravi reati. Dai loro *dicta* si estrapola l'insegnamento, valido per ogni mezzo di indagine, secondo cui per incidere nella riservatezza della vita privata (qualunque sia la dimensione – originaria o "innovata" – del diritto stesso) il legislatore debba preventivamente definire i contorni e i limiti di tale intrusione, nel cruciale rispetto del principio di proporzionalità; incursioni compiute in assenza di una solida e definita base legale si pongono in contrasto con gli artt. 7, 8 e 52 CDFUE e i loro esiti non possono essere riversati nel processo penale.

Nello specifico, in obbedienza al principio di proporzionalità e con l'effetto di garantire un puntuale controllo circa le scelte da compiere, il legislatore deve avere cura di predeterminare: il catalogo dei reati (di rilevante gravità) rispetto ai quali è consentita l'incisione del diritto⁷⁶; la legittimazione a realizzarla attraverso l'individuazione di chiari presupposti oggettivi; l'affidamento della valutazione di tali

⁶⁹ Così secondo la definizione offerta da F. Viganò, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Dir. pen. proc., Europa e giust. pen. Gli speciali*, 2011, p. 4 ss., per distinguere i Paesi membri dell'UE da quelli aderenti al Consiglio d'Europa (la c.d. "Grande Europa").

⁷⁰ La Cedu tutela in questa unica disposizione il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza.

⁷¹ L'intima connessione esistente fra gli artt. 7 e 8 CDFUE, sì da integrare un «diritto alla vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali» è stata rimarcata da C. giust. CE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke e Eifert*, C-92/09 e C-93/09.

⁷² È bene ricordare come per la Corte e.d.u. affinché un'attività di indagine possa essere considerata "prevista dalla legge" occorre che abbia una base giuridica (legislativa o giurisprudenziale), sia conoscibile dall'interessato e che questi, soprattutto, sia posto nelle condizioni di prevedere le conseguenze derivanti dall'applicazione della misura.

⁷³ L'operazione, in tale direzione, potrebbe rivelarsi più agevole poiché destinata a incidere su modelli ancora non perfettamente strutturati: una sorta di armonizzazione *ex ante*, diversa dal tradizionale innesto *ex post* di regole coniate secondo *standard* "minimi" che tengano conto del divario esistente fra i differenti sistemi nazionali.

⁷⁴ Il riferimento è non solo alle più volte citate pronunce della *Bundesverfassungsgericht*, ma anche a quelle della *Curtea Constitutionala* della Romania dell'8 ottobre 2009 e della Corte costituzionale della Repubblica Ceca del 31 marzo 2011, con le quali sono state dichiarate incostituzionali le norme di trasposizione interna della Direttiva 2006/24/UE in materia di *data retention*.

⁷⁵ C. giust. CE, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 (*Digital Rights Ireland Ltd*) e C-594/12 (*Karntner Landesregierung*), cit.: la conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico costituisce un'interferenza con l'art. 7 CDFUE; perché scatti la protezione offerta da tale norma, infatti, si prescinde dalla natura sensibile o meno dei dati e dall'apprensione del contenuto della comunicazione.

⁷⁶ La stessa individuazione dei fenomeni criminali gravi e di natura transnazionale, nonché la conseguente definizione dei "reati presupposti", potrebbe trovare una base legale nell'art. 83.1 TFUE (così, R. Flor, *La Corte di Giustizia*, cit., p. 190).

presupposti a un organo indipendente (*rectius*, a un giudice); le modalità esecutive, ivi compresa la durata delle operazioni; il regime di utilizzabilità; le forme di controllo e il corredo sanzionatorio – adeguato ed effettivo – per il caso di inosservanza delle relative regole.

È percorrendo questo itinerario, trainati da un nuovo «Costituzionalismo globale per una costituzione infinita» il cui spazio di riferimento non sia solo quello definito della “terra” ma quello più sfumato del “mare” (cioè *Internet*)⁷⁷, che potremmo sperare che il diritto provi a recuperare terreno rispetto all’incalzante avanzare del progresso tecnologico. Se è vero che «la scienza procede senza aspettare il diritto»⁷⁸, non è certo tollerabile che i “diritti” ne possano restare in totale balia fino a esserne totalmente sopraffatti. Occorre fare presto, quindi, prima di assuefarci all’idea di un “poliziotto digitale” che, arbitrariamente e sprovvisto di regole che ne governino l’incedere, s’insinui nel cyberspazio all’inseguimento incontrollato del “cittadino digitale”.

⁷⁷ Cfr. S. Rodotà, *Il diritto*, cit., p. 320.

⁷⁸ Così, G. Ubertis, *Informatica*, cit., p. 6.

CRISTIANO CUPELLI

Professore associato di Diritto penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

Il perimetro applicativo della legge Balduzzi: aperture giurisprudenziali *vs.* restrizioni normative?

The borders in the application of the “Balduzzi” Law

L'art. 3, comma 1, l. n. 189 del 2012, introdotto quale argine al fenomeno della c.d. medicina difensiva, ha palesato, nell'ormai cospicua applicazione giurisprudenziale, profili critici e dubbi interpretativi. Il contributo, traendo spunto da una recente e significativa pronuncia della Quarta Sezione della Cassazione e non trascurando i risvolti processuali della questione, si sofferma sul più recente dibattito in ordine al perimetro applicativo della legge Balduzzi, e cioè se l'esonero di responsabilità per colpa lieve possa essere limitato alla sola colpa per imperizia ovvero debba essere esteso anche ai casi di colpa per negligenza e imprudenza. Vengono infine analizzate, in chiave critica, le prospettive di ulteriore riforma della materia, nei termini in discussione al Senato; riforma invocata soprattutto dalla classe medica, che tuttavia, allo stato, non sembra risolvere i limiti dell'attuale disciplina, schiudendo nuovi scenari problematici.

If the standard of care has been respected there is no medical liability and accordingly no question of medical malpractice, in cases of slight negligence (Art. 3 L. 189/2012). Yet it is not clear if the liability is excluded even when the injury is the result of neglectfulness or recklessness (as well as when the fact is due to incompetence).

IL TEMA

Lo statuto penale della colpa medica, da sempre al centro della riflessione di dottrina e giurisprudenza, è stato profondamente inciso dall'art. 3, comma 1, della l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. legge Balduzzi), a tenore del quale «*l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*». Si tratta di una significativa – seppure non risolutiva – modifica normativa introdotta, a sorpresa¹, nell'ambito di un più ampio provvedimento legislativo in materia sanitaria, col dichiarato obiettivo di fronteggiare il fenomeno della c.d. *medicina difensiva*, e cioè quella pratica di misure diagnostiche o terapeutiche effettuate, non già allo scopo precipuo di assicurare la salute del paziente, quanto piuttosto a garanzia del medico dalle possibili responsabilità seguenti alle cure mediche prestate.

L'effetto auspicato è duplice e consequenziale: rassicurare gli operatori sanitari in relazione ai possibili rischi giudiziari correlati alla tendenza alla iper-penalizzazione della loro attività e, così facendo, elevare lo *standard* qualitativo delle prestazioni rese a beneficio dei pazienti. Due sono stati i punti cardine del nuovo meccanismo di limite negativo alla tipicità colposa delineato dal legislatore: la valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, purché corroborate dal sapere scientifico, da un lato; la distinzione tra colpa lieve e colpa grave, per la prima volta normativamente introdotta nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva, dall'altro.

¹ Nessuno, probabilmente, si sarebbe aspettato un mutamento di rotta così repentino come quello riscontrabile tra la versione dell'art. 3, comma 1, contenuta nel decreto legge 13 settembre 2012, n. 158 – per il quale «fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale» – e il testo poi approvato, in sede di conversione, nel medesimo articolo della l. n. 189 del 2012, col passaggio da un (atteso) intervento sul versante della responsabilità civile del medico ad un (inatteso) intervento sul fronte penale.

Al pari delle perplessità scaturite dal tentativo di codificazione delle regole cautelari, ha suscitato (e continua a suscitare) non poche riserve anche il riferimento alla figura della colpa *lieve*, che ha fatto riemergere le ben note difficoltà che da sempre hanno affaticato la dottrina, allorché – in assenza di una definizione normativa – è chiamata ad enucleare criteri certi e sufficientemente affidabili di demarcazione per *pesare* la colpa. Difficoltà inevitabilmente dilatate, nel caso di specie, dai rapporti di complementarità tra linee guida, buone pratiche e grado della colpa: i limiti palesati dal ricorso a tali fonti si riversano anche sul versante soggettivo, giacché il *deficit* di tipicità investe il precetto che, se rispettato, eleva il grado di colposità idoneo a fondare la responsabilità dell'operatore sanitario. Uno dei punti maggiormente controversi, nell'ambito del dibattito sorto negli ultimi quattro anni, concerne il perimetro applicativo del nuovo congegno di esonero di responsabilità: in caso di osservanza delle linee guida, la responsabilità per colpa grave va circoscritta alle ipotesi di *imperizia* ovvero estesa anche a quelle di colpa per *negligenza* e *imprudenza*?

I RISVOLTI INTERTEMPORALI E PROCESSUALI

Con una recente e significativa sentenza, la numero 23283 dello scorso 11 maggio 2016 (depositata il 6 giugno)², i giudici della Quarta Sezione della Cassazione segnano, attraverso una lettura garantista dell'art. 3, comma 1 della l. 8 novembre 2012, n. 189, un plateale distacco dall'orientamento sin qui maggioritario in seno alla medesima Sezione, come si è visto diretto a circoscrivere l'irrilevanza della colpa lieve alle sole condotte mediche connotate da imperizia.

L'occasione per una riflessione di più ampio respiro sulla portata e sugli effetti del meccanismo di esenzione della responsabilità in ambito sanitario è offerta da una questione, relativamente semplice, di diritto intertemporale, sorta a seguito di una condanna per omicidio colposo, pronunciata dal Tribunale di Genova nel maggio 2012 (in epoca pre Balduzzi) e confermata integralmente dalla Corte di Appello nel maggio 2015, nei confronti di un medico chirurgo addetto al reparto di medicina generale. La difesa, nel ricorso per Cassazione, contestava in particolare la qualificazione della condotta dell'imputato in termini di colpa per imperizia e la mancata valutazione del grado della colpa, alla luce della sopravvenuta legge n. 189 del novembre del 2012, da ponderare con riferimento all'essersi attenuto o meno da parte del medico alle linee guida.

Partendo dal profilo intertemporale, la Cassazione richiama l'orientamento che, a partire dalla sentenza Cantore³, ravvisa un'*abolitio criminis* parziale degli artt. 589 e 590 c.p., avendo l'art. 3 ristretto l'area del penalmente rilevante, e invoca di conseguenza l'applicazione dell'art. 2, comma 2, c.p. e l'efficacia retroattiva della legge Balduzzi.

Con un preliminare e rilevante risvolto processuale: sul piano applicativo, infatti, ciò implica che il giudice proceda d'ufficio all'accertamento del grado della colpa, nell'ambito dei «procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della legge, relativi ad ipotesi di omicidio o lesioni colpose ascritte all'esercente la professione sanitaria, in un ambito regolato da linee guida».

Così, riscontrate nella sentenza impugnata carenze motivazionali in ordine tanto alla verifica dell'esistenza di linee guida e prassi terapeutiche quanto al grado della colpa ascrivibile all'imputato, i giudici ricollegano «l'omessa verifica dei margini di operatività della parziale decriminalizzazione» alla «doverosa osservanza, da parte del giudice del merito, delle disposizioni che regolano la successione nel tempo di norme incriminatrici». Facendo quindi refluire «la doglianza, articolata in sede di ricorso per cassazione, circa la carenza motivazionale derivante dall'omessa applicazione della sopravvenuta disposizione nella valutazione del grado della colpa del sanitario, secondo il canone della retroattività della norma più favorevole» alla «violazione della legge penale, con riferimento al mancato accertamento dell'elemento soggettivo della fattispecie», pervengono a un annullamento della sentenza impugnata, con rinvio al giudice di merito per un nuovo esame «relativo alla sussistenza e al grado degli eventuali profili di ascrivibilità della condotta».

² Cass. sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 27 giugno 2016.

³ Cass. sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2984 ss., con nota di C. Cupelli, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione.*

UN VADEMECUM PER IL GIUDICE DI MERITO

A questo punto, anziché fermarsi, la Corte, col proposito di orientare la «complessa – e, per certi effetti, inedita – valutazione rimessa al giudice di merito», coglie l'occasione per chiarire alcuni passaggi cruciali del non agevole compito di accertamento del grado della colpa, ripercorrendo l'evoluzione del tema della responsabilità professionale in ambito sanitario, riepilogando talune acquisizioni sin qui emerse nel cammino giurisprudenziale della legge Balduzzi e soprattutto prendendo posizione, in maniera argomentata e puntuale, su alcuni punti maggiormente controversi e 'divisivi' della tematica.

Andando con ordine, nell'individuazione del grado della colpa, ancora una volta sulla scia della sentenza Cantore, torna ad assumere un peso rilevante «la misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi, sulla base della norma cautelare che si doveva osservare», declinata attraverso una valutazione complessiva (con tanto di bilanciamento di fattori contrapposti) di indicatori quali le «specifiche condizioni del soggetto agente» e il suo «grado di specializzazione», la «situazione ambientale, di particolare difficoltà, in cui il professionista si è trovato ad operare», «l'accuratezza nell'effettuazione del gesto clinico, le eventuali ragioni di urgenza, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data».

Il criterio di massima – ferma restando la valutazione discrezionale del giudice – è quello scolpito già nel 2013, in base al quale, da un lato, «si può ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato, rispetto al parametro dato dal complesso delle raccomandazioni contenute nelle linee guida di riferimento, quando cioè il gesto tecnico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia ed alle condizioni del paziente»; e, dall'altro, «quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti del professionista che, pur essendosi uniformato ad una accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato e abbia determinato, anzi, la negativa evoluzione della patologia».

Per meglio cogliere gli esatti confini applicativi della riforma, la Cassazione muove da un utile compendio dei precedenti tentativi di far penetrare il concetto di colpa grave, per il tramite dell'art. 2236 c.c., nel terreno della responsabilità penale del medico. Così, viene ripercorso il cammino che va dall'approccio indulgente verso la classe medica, prevalente negli anni '70 e in qualche misura avallato dalla stessa Corte costituzionale – che nel 1973 aveva escluso la violazione del principio di eguaglianza nella possibile applicazione in sede penale dell'art. 2236 c.c., riferendone l'operatività ai soli casi in cui la prestazione professionale comportasse la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, contenuta quindi nel circoscritto terreno della perizia⁴ – a quello, più rigoroso, che esclude l'applicabilità della norma civilistica in materia penale, relegando il grado della colpa a mero criterio di commisurazione della pena *ex art.* 133 c.p.⁵.

Il cammino culmina nella "nuova considerazione" da riservare oggi alla questione, a seguito della legge Balduzzi e dell'attualità dei concetti di colpa lieve e di colpa grave, «che vengono ad intrecciarsi con l'ulteriore questione (...) concernente l'impiego, in sede giudiziaria, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica». Proprio questo intreccio chiama in causa natura e contenuto delle linee guida: secondo la lettura giurisprudenziale, «non sono in grado di offrire standard legali precostituiti» e «non divengono (...) regole cautelari, secondo il classico modello della colpa specifica», trattandosi di «prodotto multiforme, originato da una pluralità di fonti, con diverso grado di affidabilità». Piuttosto, si ricorda, esse vengono in rilievo «nel momento in cui si procede alla valutazione *ex ante* della condotta dell'esercente la professione sanitaria, tipica del giudizio sulla colpa, valutazione

⁴C. cost, sent. 28 novembre 1973, n. 166, in *Giur. cost.*, 1973, p. 1795 ss.

⁵Vanno altresì ricordati alcuni più recenti approdi che – recuperando un precedente del 2007 (sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592, in *CED Cass.* n. 237875); anche se, a dire il vero, la valorizzazione della colpa grave la si coglie già, seppure sulla base di argomentazioni differenti, in sez. IV, 23 marzo 1995, S., in *Cass. pen.*, 1996, p. 1835 ss. e in sez. IV, 29 settembre 1997, n. 1693, A., in *Riv. pen.*, 1998, p. 350 ss.) – (ri)valorizzano l'art. 2236 c.c. quale «criterio di razionalità del giudizio» (in particolare, sez. IV, 1 febbraio 2012, n. 4391, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1104 ss. e sez. IV, 26 aprile 2011, n. 16328, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 859 ss.); criterio invocabile, cioè, «come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà».

che deve essere rapportata alla difficoltà delle valutazioni richieste al professionista». In definitiva: «il terapeuta complessivamente avveduto ed informato, attento alle linee guida, non sarà rimproverabile quando l'errore sia lieve, ma solo quando esso si appalesi rimarchevole; che, alla stregua della nuova legge, le linee guida accreditate operano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie; e che la loro osservanza costituisce uno scudo protettivo contro istanze punitive che non trovino la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente».

IL PERIMETRO APPLICATIVO: IMPERIZIA, O ANCHE NEGLIGENZA E IMPRUDENZA?

Nulla di particolarmente nuovo, sin qui: un'ordinata sistematizzazione degli approdi giurisprudenziali in relazione a natura, contenuto e limiti delle linee guida e criteri per rapportare tali fonti alla gradazione della colpa, di cui però, come detto, la Cassazione non sembra accontentarsi, tanto da spingersi a valutare la questione cruciale «*se l'esonero di responsabilità, per colpa lieve ex lege n. 189/2012, possa essere limitato alla sola colpa per imperizia*».

In questa prospettiva, sgombrato il campo da possibili fraintendimenti in merito a quanto riconosciuto dalla Corte Costituzionale nella richiamata sentenza n. 166 del 1973, si ricorda come, in seno alla medesima Quarta Sezione, pur sul presupposto condiviso che la nuova disciplina trova in ogni caso il suo terreno di elezione nell'ambito dell'imperizia, si contrappongono due orientamenti: uno, sin qui maggioritario, che circoscrive la limitazione di responsabilità in caso di colpa lieve alle sole condotte professionali conformi alle linee guida contenenti regole di perizia; l'altro, più recente, che estende la possibile rilevanza esimente anche rispetto ad addebiti diversi dall'imperizia, non potendosi escludere che le stesse fonti pongano raccomandazioni rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta del soggetto agente sia quello della diligenza, come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera della accuratezza, che quella della adeguatezza professionale.

La chiave di volta è rappresentata dal «reale contenuto delle raccomandazioni raccolte nelle linee guida», desunto da «specifici dati testuali della novella» (tra i quali la rubrica e l'ambito soggettivo dell'art. 3, comma 1, della legge 189 del 2012, incentrati sull'attività dell'esercente la professione sanitaria) e dal fatto che «le linee guida non contengono raccomandazioni solo in riferimento all'attività del personale medico, ma anche rispetto all'ambito di intervento dei diversi professionisti che, con specifiche e diversificate competenze, operano nel settore della sanità», come dimostrato da una rassegna delle «numerosissime linee guida ad oggi disponibili, distinte secondo la tipologia dei diversi operatori sanitari – personale medico o infermieristico – chiamati ad interagire, nella prestazione delle cure»; ebbene, in tali casi, «nei quali l'ambito di intervento comporta l'interazione con professioni sanitarie non mediche, alle regole di perizia, contenute nelle linee guida, si affiancano raccomandazioni che attengono ai parametri della diligenza, ovvero all'accuratezza operativa, nella prestazione delle cure».

A ciò, si sommano le incertezze palesate nella scienza penalistica e la conseguente mancanza di indicazioni tassative e affidabili in merito alla distinzione tra diverse ipotesi di colpa generica, tanto sul versante della qualificazione della perizia quanto su quello della «indefinitezza delle regole di diligenza»; il che conduce a mettere in discussione il contributo offerto dalla stessa distinzione tra colpa per imprudenza e colpa per imperizia per delimitare l'ambito di operatività, proprio in ragione della «intrinseca opinabilità, nella distinzione tra i diversi profili della colpa generica, in difetto di condivisi parametri che consentano di delineare, in termini tassativi, ontologiche diversità, nelle regole di cautela».

In definitiva, la valutazione sull'ambito di operatività della norma «non può che poggiare sul canone del grado della colpa», punto centrale dell'impianto normativo delineato dalla legge Balduzzi. E il giudice, «a fronte di linee guida che comunque operino come direttiva scientifica per gli esercenti le professioni sanitarie, in riferimento al caso concreto, e ciò sia rispetto a profili di perizia che, più in generale, di diligenza professionale, deve procedere alla valutazione della graduazione della colpa, secondo il parametro della misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi, sulla base della norma cautelare che si doveva osservare». Nel determinare la misura del rimprovero, dovrà in particolare «considerare il contenuto della specifica raccomandazione clinica che viene in rilievo, di talché il grado della colpa sarà verosimilmente elevato, nel caso di inosservanza di elementari doveri di accuratezza. Il delineato paradigma valutativo della responsabilità sanitaria appare coerente rispetto alla cornice legale di riferimento, posto che la l. n. 189 del 2012 non contiene alcun richiamo al canone della perizia, né alla particolare difficoltà del caso clinico; e rispondente alle istanze di tassativi-

tà, che permeano lo statuto della colpa generica, posto che il giudice, nella graduazione della colpa, deve tenere conto del reale contenuto tecnico della condotta attesa, come delineato dalla raccomandazione professionale di riferimento». La conseguenza ultima, compendiata nel principio di diritto scolpito nelle conclusioni, è che «la limitazione di responsabilità, in caso di colpa lieve, può operare, per le condotte professionali conformi alle linee guida e alle buone pratiche, anche in caso di errori che siano connotati da profili di colpa generica diversi dall'imperizia».

I NODI DA SCIogliere

Orbene, la soluzione accolta nella richiamata sentenza appare, nei suoi passaggi argomentativi, convincente e offre lo spunto per soffermarsi ancora sulla limitazione di responsabilità per colpa grave: circoscritta esclusivamente alle ipotesi di *imperizia* ovvero estesa anche a quelle di colpa per *negligenza* e *imprudenza*?

Nel silenzio normativo sul punto, e nella non uniformità della giurisprudenza, la possibilità di dare una risposta soddisfacente al quesito appare intimamente connessa a due ulteriori nodi da sciogliere: *a*) la natura da attribuire alle regole contenute nelle linee guida; *b*) l'interpretazione della colpa grave che si andrà consolidando, nel rapporto con la disciplina civilista di riferimento (l'art. 2236 c.c.).

Come ricordato, l'orientamento sinora prevalente in giurisprudenza⁶ propende per un'applicazione della fattispecie «solo allorquando si discuta della 'perizia' del sanitario», non potendo essa «involgere ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza», sul presupposto che «le linee guida contengono solo regole di perizia»⁷. A corroborare questa lettura ha contribuito la Corte costituzionale che, sollecitata dal Tribunale di Milano⁸ a vagliare la conformità costituzionale dell'art. 3, comma 1, in relazione, fra gli altri, all'art. 3 Cost. (con riferimento al principio di uguaglianza), ha inserito, nel corpo della scarna motivazione dell'ordinanza d'inammissibilità del dicembre 2013⁹, un fugace *obiter*: «la limitazione di responsabilità prevista dalla norma censurata viene in rilievo solo in rapporto all'addebito di imperizia, giacché le linee guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di perizia: non, dunque, quando all'esercente la professione sanitaria sia ascrivibile, sul piano della colpa, un comportamento negligente o imprudente». Tale passaggio è stato interpretato quale sostanziale avallo – nel caso in cui siano state osservate linee guida e buone pratiche formalizzate, mentre il medico avrebbe dovuto discostarsene – alla diversità di trattamento fra un rimprovero solo per *imperizia* ovvero per *negligenza* e *imprudenza*.

Ma il fronte giurisprudenziale, come sappiamo, non si è dimostrato coeso, se è vero che ben prima della pronuncia in commento – in seno alla medesima Sezione della Cassazione (la Quarta) – sono emerse posizioni discordanti e (pur timide) aperture; si è così precisato che, per quanto la disciplina disegnata dalla legge 189 del 2012 trovi il suo terreno d'elezione nell'ambito della perizia, «non può tuttavia escludersi che le linee guida pongano regole rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza; come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera dell'accuratezza di compiti magari non particolarmente qualificanti, che quella della adeguatezza professionale»¹⁰. Letture che muovono dalla consapevolezza delle difficoltà connesse alla

⁶ A partire dalla sentenza Cass., sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493, in *Dir. pen. cont.*, 29 marzo 2013.

⁷ Dapprima nella sentenza Cass., sez. IV, 23 aprile 2015, n. 16944 (in *Guida dir.*, 2015, n. 24, p. 73), la quale aggiunge coerentemente che «sotto questo profilo, non può accedersi a letture interpretative (cfr. sezione IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, S., in *Guida dir.*, 2015, n. 2, p. 80), secondo cui il *novum* della legge Balduzzi potrebbe trovare applicazione anche se il parametro valutativo della condotta del medico sia quello della "diligenza", cioè allorquando siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera della accuratezza dei compiti, magari non particolarmente qualificanti, che quella della adeguatezza professionale) che estendano la disciplina di favore al di là di quello che è l'inequivoca indicazione normativa, ammettendo cioè spazi di impunità per il medico negligente ed imprudente. Anche perché è concettualmente da escludere che le linee guida e le buone prassi possano in qualche modo prendere in considerazione comportamenti professionali connotati da tali profili di colpa. Ciò che significa anche che il medico imprudente e negligente non potrebbe invocare una pretesa adesione alle linee guida per eludere la propria responsabilità».

⁸ C. cost., ordinanza 21 marzo 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 marzo 2013.

⁹ C. cost., ordinanza 6 dicembre 2013, n. 295, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 dicembre 2013, con nota di G.L. Gatta, *Colpa medica e linee-guida: manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto Balduzzi sollevata dal Tribunale di Milano*.

¹⁰ Cass., sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 marzo 2015 e, più di recente, Cass., sez. IV, 16 aprile 2015, n. 20300; Cass., sez. IV, 7 maggio 2015, n. 34295, in *www.iusexplorer.it*; Cass., sez. IV, 1 luglio, n. 45527, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 361 ss.

sussistenza di fattispecie non univoche, in cui viene in rilievo un'attività *di spettanza del sanitario* – che in quanto tale potrebbe sempre considerarsi come “qualificata” – che afferisce, per rimanere all'indicazione testuale, più «*all'accuratezza e alla normale diligenza*» che alla perizia.

Questo filone interpretativo, che apre all'idea che le linee guida possano anche contenere regole di attenzione e cura rispetto allo svolgimento di determinate attività considerate pericolose (ad es. la conta delle garze, le procedure per disinfettare, il controllo dei valori, le dimissioni di pazienti, ecc.) e perciò estende anche alle ipotesi di negligenza e imprudenza lo spettro applicativo, trova supporto anche sul piano normativo, dal momento che i destinatari della norma sono, oltre ai medici, anche gli “operatori sanitari” in generale (ad esempio gli infermieri), ai quali si attaglia molto più la pretesa di comportamenti diligenti piuttosto che periti. Senza trascurare la circostanza che, a ben vedere, la norma fa riferimento, oltre che alle linee guida, anche alle “buone pratiche accreditate” (terreno di elezione, stavolta, di comportamenti diligenti) e che, in ogni caso, nessuna indicazione testuale indirizza verso una limitazione alle sole condotte *osservanti imperite* del trattamento di favore delineato dalla legge Balduzzi.

In termini più generali, va poi tenuto conto del fatto che, nell'ambito della pratica medica, la stessa distinzione tra imperizia, negligenza e imprudenza tende a sfumare¹¹. Nella realtà dei casi complessi, infatti, «il confine tra conoscenza, uso appropriato della cautela, avventatezza o trascuratezza nella scelta di quella adatta appare troppo sottile, e troppo pericolosa una distinzione che voglia essere dirimente ai fini penali»; e «una siffatta distinzione difficilmente sarà rinvenibile in termini rigidi nemmeno nelle linee guida, che mirano – senza porsi problemi definitivi – ad assicurare la perizia, ma anche la diligenza del medico e la tempestività del suo intervento»¹².

Nondimeno, l'analisi casistica mette in luce la molteplicità – se non la quasi totalità – delle ipotesi di c.d. *imperizia mascherata*: imputazioni costruite su negligenza o imprudenza che celano, tra le righe, un nucleo contenutistico (se non preponderante quantomeno paritario) di imperizia¹³. Con l'eccezione di macroscopiche forme di lassismo e di scelleratezza sanitaria, possono dirsi infatti preponderanti i casi che, formalmente riconducibili a negligenza o imprudenza, contengono una quota di imperizia, per così dire, fisiologica, ben potendo essere *riletti* quali scelte di merito – intrise di perizia – errate. Si pensi, a titolo esemplificativo, al sanitario che, per imperizia, appunto, non abbia preso in considerazione la condotta doverosa omessa o abbia erroneamente ritardato il necessario approfondimento diagnostico ovvero ancora abbia frettolosamente dimesso il paziente o somministrato farmaci controindicati alla luce del (non adeguatamente e correttamente vagliato) quadro clinico del paziente: si tratta, a ben vedere, di fattispecie che hanno alla base quasi sempre un'errata diagnosi, per lo più riconducibile a una imprecisa lettura del quadro clinico¹⁴.

L'INTERPRETAZIONE DELLA COLPA GRAVE

Per quanto concerne poi il concetto di colpa grave, occorre chiarirsi, una volta per tutte, sui rapporti con la nozione civilistica di gravità della colpa e ancor più con l'interpretazione dell'art. 2236 c.c. Qualora si propenda per un approccio che – mutuando lo schema civilistico e rievocando ancora la lettura della Corte costituzionale del 1973, che proprio attraverso il riferimento a tale requisito aveva escluso la violazione del principio di eguaglianza dell'estensione in sede penale dell'art. 2236 c.c. – circoscriva l'applicazione dell'art. 3, comma 1, ai soli «*problemi tecnici di speciale difficoltà*», non si potrà che riferirne l'operatività alla sola *perizia*, la quale, per l'appunto, «*presenta contenuto e limiti circoscritti*» ed evidentemente non può che essere rapportata alla *specifica* prestazione medica da svolgere, valutata oggettivamente¹⁵.

¹¹ Lo segnala, tra gli altri, O. Di Giovine, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi. Ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse medicina*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 7.

¹² O. Di Giovine, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi*, cit., p. 7.

¹³ Come evidenziato efficacemente da P. Piras, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 aprile 2015, p. 2 ss.

¹⁴ Ancora P. Piras, *Culpa levis sine imperitia non excusat*, cit., p. 3 ss., con ampi riferimenti tratti dall'esperienza giurisprudenziale.

¹⁵ In *Giur. cost.*, 1973, p. 1795 ss.

Questa che, da un certo punto di vista, potrebbe apparire la soluzione più ‘facile’ (e forse più rassicurante, soprattutto per chi teme forme di eccessiva depenalizzazione a beneficio della classe medica e auspica, di contro, interpretazioni sterilizzanti della legge Balduzzi) deve però fare i conti col fatto che la stessa giurisprudenza civile, nelle poche pronunce in cui ha affrontato la questione, ha finito per sfumare la distinzione in parola (colpa grave/colpa lieve), assumendo un atteggiamento estremamente cauto nell’applicazione dell’art. 2236 c.c. e sposando per di più un’accezione ristretta del ‘grado di difficoltà’ che deve rivestire la prestazione ai fini della limitazione della responsabilità professionale¹⁶.

Di talché, anche per minimizzare il rischio di stravolgimenti giudiziari, si potrebbe optare per un’interpretazione più ampia del requisito della colpa grave (compatibile con tutte le matrici colpose), riconoscendo, sulla scia della più volte evocata sentenza Cantore (ripresa anche dalla sentenza dal cui commento siamo partiti), un peso decisivo alle circostanze del caso concreto *che rendono difficile anche ciò che astrattamente (e magari in un altro contesto) non è fuori dagli standard*: «la complessità, l’oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità e novità della situazione data» e la stessa situazione fattuale «nella quale il terapeuta si trovi ad operare», vale a dire i c.d. *fattori contestuali*, tra i quali spiccano l’urgenza e l’assenza di presidi adeguati e più in generale il disagio organizzativo¹⁷.

Si tratta indubbiamente di un passaggio significativo, che misura la colpa medica – e dunque anche la sua gravità – sul ‘contesto’, al quale va assegnato un ruolo, su un diverso piano, anche nell’interpretazione della nuova normativa¹⁸. In quest’ottica, può leggersi il passo poc’anzi riportato della sentenza, nel quale si valorizza la necessità di porre speciale attenzione, «nel determinare la misura del rimprovero», alle «specifiche condizioni del soggetto agente», al suo «grado di specializzazione» e alla «situazione ambientale, di particolare difficoltà, in cui il professionista si è trovato ad operare», oltre alle «eventuali ragioni di urgenza», alla «oscurità del quadro patologico», alla «difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche», il «grado di atipicità o novità della situazione data». In sostanza, un’apertura a considerare ragioni di contesto/emergenza non solo sul versante della c.d. misura soggettiva, ma anche quale parametro di misurazione oggettiva del grado della colpa: ragioni idonee ad escludere la punibilità, prima che l’inesigibilità, per il mancato raggiungimento della soglia colposa di rilevanza penale.

Una siffatta ricostruzione non può che coniugarsi con l’estensione dell’ambito applicativo alle ipotesi di diligenza e prudenza (qualora, concettualmente e concretamente, se ne continui ad ammettere una demarcazione nitida rispetto alla perizia), ben potendo tali fattori ‘situazionali’ incidere su un affievolimento del livello di diligenza o di attenzione richiesto in condizioni normali (e dunque incidere anche sull’osservanza o meno delle linee guida e delle buone pratiche accreditate), contribuendo in qualche modo a declinare ulteriormente l’imprescindibile esigenza, da parte dell’operatore sanitario, di non potere confidare aprioristicamente sulle linee guida a discapito delle peculiarità (ivi comprese le difficoltà) del caso concreto. Ciò, del resto, appare coerente con la scelta del legislatore del 2012 e con le indicazioni (stavolta concordi) della giurisprudenza, in base alle quali il semplice rispetto di linee guida e buone pratiche non basta a rendere lecita una prassi medica e a escludere ogni possibile addebito per colpa, a fronte dell’insopprimibile esigenza di *do ver fare sempre i conti* col caso concreto, indagando l’attendibilità e la rispondenza alle esigenze della specifica situazione patologica da fronteggiare, anche in relazione alle istanze personalistiche del paziente: ciò non potrà che avvenire utilizzando l’armamentario per l’accertamento della colpa generica (come, nei fatti, ormai ampiamente condiviso).

LE PROSPETTIVE DI (ULTERIORE) RIFORMA

La tenuta del discorso sin qui sviluppato va conclusivamente testata al metro delle prospettive di riforma oggi all’ordine del giorno. Il riferimento è, in particolare, al disegno di legge Gelli–Bianco, recan-

¹⁶ Per i necessari riferimenti, sia consentito rinviare a C. Cupelli, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Napoli, 2013, p. 175 ss.

¹⁷ Cass., sez. IV, sent. 9 aprile 2013, n. 16237, cit., p. 2997 ss.

¹⁸ In questo senso, seppure con sfumature differenti, fra le altre, Cass., sez. IV, 17 novembre 2014, n. 47289, in *Guida dir.*, 2015, n. 2, p. 79 ss. e Cass., sez. IV, 6 marzo 2015, n. 9923, *ivi*, 2015, n. 15, p. 96 e in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 aprile 2015, con nota di P. Piras, *Culpa levis sine imperitia non excusat*, cit.

te “*Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*”, approvato lo scorso 28 gennaio dalla Camera dei deputati e attualmente all’esame del Senato (A.S. n. 2224)¹⁹, finalizzato a risolvere i guasti interpretativi palesati sin qui dalla legge Balduzzi e ad aumentare il tasso di garanzie per gli operatori delle professioni sanitarie, oltre naturalmente – e ancora – a contrastare il fenomeno della c.d. medicina difensiva. Si tratta di un provvedimento di estrema importanza, che incide sul delicato profilo della responsabilità medica, affrontando e disciplinando vari temi, tra i quali la sicurezza delle cure e del rischio sanitario e la responsabilità dell’esercente la professione sanitaria e della struttura sanitaria pubblica o privata.

Ai fini del nostro discorso, appaiono di particolare interesse: *i*) il riferimento esplicito alla disciplina delle *buone pratiche clinico – assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida*, con l’espressa indicazione che gli esercenti le professioni sanitarie nell’esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche e riabilitative si attengano, salve le specificità del caso concreto, alle buone pratiche clinico – assistenziali e alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute (art. 5); *ii*) l’introduzione nel codice penale del nuovo articolo 590 *ter*, disciplinante la *responsabilità colposa per morte o per lesioni personali in ambito sanitario*, ai sensi del quale l’esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, cagioni a causa di imperizia la morte o la lesione personale della persona assistita sarà chiamato a rispondere dei reati di omicidio colposo (art. 589 c.p.) o di lesioni personali colpose (art. 590 c.p.) solo in caso di colpa grave, con l’esplicita esclusione di quest’ultima allorquando, fatte salve le rilevanti specificità del caso concreto, siano rispettate le buone pratiche clinico – assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida, così come definite e pubblicate dal disegno di legge (art. 6).

In sede di primo commento, può osservarsi come nella proposta si tenda, da un lato, a consolidare la preferenza per la formalizzazione delle regole cautelari nel settore medico e, dall’altro, a prendere posizione sul margine di operatività dell’innalzamento del livello di responsabilità alla colpa grave.

Dal primo punto di vista, pur mantenendo la ‘valvola di sfogo’ delle *peculiarità del caso concreto* – la cui imprescindibile considerazione era in qualche modo già emersa nell’applicazione della legge Balduzzi rispetto all’esigenza di discostarsi da regole pre-date – sembra intrapresa la strada di una (tendenziale) obbligatorietà del rispetto di buone pratiche e raccomandazioni contenute nelle linee guida, accompagnate dalla ‘garanzia’ del loro all’accreditamento (*id est*: certificazione di attendibilità), – dall’inserimento in un apposito elenco (finalizzato a renderle, almeno sulla carta, più facilmente reperibili) e dall’esclusione (automatica) della colpa grave nel caso di loro osservanza. Quanto poi all’esplicita limitazione della punibilità alla sola colpa grave per imperizia, si è ritenuto per tale via di cristallizzare l’opzione giurisprudenziale maggiormente restrittiva.

Ciò, evidentemente, non può che indurre a ribadire le perplessità già manifestate in merito a tale scelta, anche con riferimento allo scopo dell’intervento, che, così concepito, non restituirebbe piena effettività all’art. 32 Cost. e al fondamentale diritto dell’individuo di essere curato al meglio. Il rischio, in altri termini, è che il legislatore, preoccupato soprattutto di scongiurare interpretazioni giurisprudenziali discordanti, stia per compiere un passo indietro, in termini garantistici. Parametrato al diritto vivente, infatti, l’*ambito di favore* per la classe medica si andrebbe a restringere ai soli casi di imperizia, vanificando l’obiettivo primario di allontanare dai medici la tentazione di garantire la loro *incolumità giudiziaria* piuttosto che quella *fisica e psichica* dei pazienti sottoposti alle loro cure.

A questo punto, l’auspicio è duplice: *sul piano interpretativo*, che si estenda il trattamento più favorevole della legge Balduzzi tanto alle condotte degli operatori sanitari connotate da imperizia quanto a quelle accompagnate da imprudenza e negligenza; *sul piano normativo*, che il legislatore, nell’ambito dell’articolato dibattito parlamentare in corso, faccia tesoro dell’evoluzione giurisprudenziale e dei suggerimenti correttivi emersi nei primi dibattiti sul disegno di legge Gelli– Bianco²⁰ (in parte compen-

¹⁹ Sul quale, con diverse prospettive di analisi, v. i commenti di P. Piras, *La riforma della colpa medica nell’approvando legge Gelli-Bianco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 marzo 2016; A. Panti, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 374 ss.; G. Ponzanelli, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e responsabilità*, 2016, p. 816 ss.

²⁰ Si rinvia, in particolare, ai molteplici contributi offerti nell’ambito dell’incontro di studi su “*La riforma delle responsabilità sanitarie*”, tenutosi l’8 giugno 2016 presso la Facoltà di Medicina e Chirurgia dell’Università di Roma “Tor Vergata” e la cui registrazione integrale – in attesa della pubblicazione degli atti – è reperibile al seguente link: <https://youtu.be/H3A6QQj4CwE>.

diati in alcuni dei numerosi emendamenti presentati in Commissione Igiene e Sanità del Senato) e abbandoni l'idea di differenziare l'imperizia dalla imprudenza e dalla negligenza, uniformando in chiave di garanzia (prima che dei medici della medicina) l'innalzamento dell'asticella della responsabilità colposa in ambito sanitario.

AUTORI / AUTHORS**Teresa Alesci**

L'impignorabilità del bene tra procedimento penale ed esecuzione civile: le linee guida delle Sezioni Unite / *The guidelines of Supreme Court about the garnishee of assets* 91

Simona Arasi

Per uno spazio giuridico europeo irrobustito dai diritti processuali: mandato di arresto europeo e reciproco riconoscimento delle decisioni *in absentia* / *A European legal area with a view to strengthening the procedural rights: European Arrest Warrant and mutual recognition of decisions rendered in absentia* 132

Giada Bocellari

Decisioni in contrasto 41

Cristiano Cupelli

Il perimetro applicativo della legge Balduzzi: aperture giurisprudenziali vs. restrizioni normative? / *The borders in the application of the "Balduzzi" Law* 196

Eleonora A.A. Dei-Cas

Sull'archiviazione per particolare tenuità del fatto / *The request to drop the case due to "particular tenuity of the fact"* 99

Giuseppe Della Monica

La rinnovazione della prova decisiva dinanzi al giudice deputato a definire il giudizio / *The rehearsal of determining evidence in front of the judge entrusted with the power of decision-making* 154

Chiara Fanuele

Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela / *The implementing rule for DNA Database: new guarantees and previous gaps in safeguards* 121

Leonardo Filippi

L'arresto nella "quasi flagranza" è legittimo solo se l'inseguitore ha avuto diretta percezione dei fatti / *The arrest in "quasi flagrant" is lawful only if the pursuer had a direct perception of the crime event* 79

Barbara Lavarini

Il 'fatto' ai fini del *Ne bis in idem* tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio / *The 'fact' in the perspective of the Ne bis in idem principle between italian legislation and Echr: the Constitutional Court in search of a difficult balancing* 60

Sergio Lorusso

La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate / *Criminal justice between announced reforms and reforms we hoped* 1

Paola Maggio

Sezioni Unite 35

Wanda Nocerino	
Corte costituzionale	32
Carla Pansini	
Novità legislative interne / <i>National legislative new</i>	8
Scelte funamboliche sulle forme di controllo relative al diniego di messa alla prova per l'imputato adulto / <i>Interpretative reconstructions of any appeal on all measures about "probation"</i>	113
Lorenzo Pulito	
De jure condendo	20
Fabrizio Siracusano	
La prova informatica transnazionale: un difficile "connubio" fra innovazione e tradizione / <i>Transnational digital evidence: a difficult "marriage" between innovation and tradition</i>	178
Luigi Tateo	
Corte costituzionale	32
Francesco Trapella	
Corti europee / <i>European Courts</i>	23
Valentina Vasta - Francesca Manfredini	
Novità sovranazionali / <i>Supranational news</i>	12
Daniela Vigoni	
La perdita di efficacia della misura nella disciplina dei mezzi di controllo cautelare / <i>Loss of effectiveness of the precautionary measure in the appeal procedure</i>	164
PROVVEDIMENTI / MEASURES	
<i>Corte costituzionale</i>	
C. cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200	45
C. cost., sent. 7 ottobre 2016, n. 216	32
C. cost., sent. 3 novembre 2016, n. 233	33
<i>Corte di cassazione – Sezioni Unite penali</i>	
sentenza 31 marzo 2016, n. 33216	105
sentenza 28 aprile 2016, n. 40517	35
sentenza 28 aprile 2016, n. 40518	35
sentenza 21 luglio 2016, n. 41432	36
sentenza 16 settembre 2016, n. 38670	82
sentenza 21 settembre 2016, n. 39131	69
sentenza 29 settembre 2016, n. 46688	38
<i>Corte di cassazione – Sezioni semplici</i>	
Sezione V, sentenza 7 luglio 2016, n. 36857	97
<i>Decisioni in contrasto</i>	
Sezione V, sentenza 3 ottobre 2016, n. 46707	42
Sezione V, sentenza 2 novembre 2016, n. 45996	41

Corte europea dei diritti dell'uomo

Corte e.d.u., 13 settembre 2016, Ibrahim e altri c. Regno Unito	28
Corte e.d.u., 20 ottobre 2016, Muršić c. Croazia	26
Corte e.d.u., 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia	23

Corte di giustizia dell'Unione europea

C. giust. UE, 11 ottobre 2016, Commissione c. Italia	31
C. giust. UE, 10 novembre 2016, Ruslans Kovalkovas	30
C. giust. UE, 10 novembre 2016, Halil Ibrahim Özçelik	30

Atti sovranazionali

Accordi di cooperazione in materia penale con il Kosovo e con il Marocco	12
--------------------------------------------------------------------------	----

Norme interne

Decreto legislativo 29 ottobre 2016, n. 202 «Attuazione della Direttiva 2014 / 42 / UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea»	8
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

De jure condendo

Disegno di legge S. 2464 «Disposizioni per il contrasto della violenza domestica e la tutela delle vittime di reati particolarmente violenti»	20
Disegno di legge C. 4035 «Riduzione al minimo dell'isolamento disciplinare»	21
Disegno di legge S. 2531 «Disposizioni sul rimedio all'errore giudiziario»	21

MATERIE / TOPICS**Archiviazione**

✧ La Suprema Corte sulla disciplina dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 411, comma 1-bis, c.p.p. (Cass., sez. V, 7 luglio 2016, n. 36857), con nota di Eleonora A.A. Dei-Cas	97
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Concorso di reati*- formale*

✧ <i>Ne bis in idem</i> e concorso formale di reati: la censura della Corte costituzionale (C. cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200), con nota di Barbara Lavarini	45
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Confisca

✧ Attuazione della Direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea (D.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202)	8
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Cooperazione giudiziaria

✧ Gli accordi di cooperazione in materia penale con il Kosovo e con il Marocco	12
✧ Il trattato di assistenza giudiziaria tra Italia e Kosovo	14
✧ L'accordo aggiuntivo alla Convenzione di reciproca assistenza giudiziaria, di esecuzione delle sentenze e di estradizione	16
✧ La Convenzione sul trasferimento delle persone condannate	18
✧ Ritardi italiani nell'attuazione degli strumenti di cooperazione penale europea, anche in tutela della vittima (C. giust. UE, 11 ottobre 2016, Commissione c. Italia)	31

Difesa e difensori

✧ Ammissibile il ricorso proposto dal sostituto del difensore non cassazionista (Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 40517; Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 40518)	35
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

◇ Assenza del difensore durante l'interrogatorio di polizia (Corte e.d.u., 13 settembre 2016, Ibrahim e altri c. Regno Unito)	28
◇ Rilevante anche nel rito camerale l'impedimento del difensore determinato da non prevedibili ragioni di salute (Cass., sez. un., 21 luglio 2016, n. 41432)	36
Errore giudiziario	
◇ Disposizioni sul rimedio all'errore giudiziario (D.d.l. S. 2531 «Disposizioni sul rimedio all'errore giudiziario»)21	
Estradizione	
◇ Il trattato di estradizione tra Italia e Kosovo	12
◇ L'accordo aggiuntivo alla Convenzione di reciproca assistenza giudiziaria, di esecuzione delle sentenze e di estradizione	16
Flagranza	
- <i>"quasi flagranza"</i>	
◇ Circostritti i confini della "quasi flagranza": a integrarla non valgono le informazioni fornite nell'immediatezza (Cass., sez. un., 21 settembre 2016, n. 39131), con nota di Leonardo Filippi	69
Giudice di pace	
◇ L'art. 131-bis c.p. non è invocabile davanti al giudice di pace: la Suprema corte torna sul principio di specialità per colmare le difficoltà di coordinamento in tema di tenuità del fatto (Cass., sez. V, 2 novembre 2016, n. 45996)	41
Giudizio abbreviato	
◇ Responsabile civile e giudizio abbreviato (C. cost., sent. 7 ottobre 2016, n. 216)	32
Impugnazioni	
◇ Abrogazione, Depenalizzazione ed effetti sui capi civili della condanna (Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688)	38
- <i>de libertate</i>	
◇ La perdita di efficacia della misura nella disciplina dei mezzi di controllo cautelare / <i>Loss of effectiveness of the precautionary measure in the appeal procedure</i> , di Daniela Vigoni	164
Mandato di arresto europeo	
◇ La nozione di "Autorità giudiziaria" rilevante nel procedimento applicativo del M.A.E. (C. giust. UE, 10 novembre 2016, Ruslans Kovalkovas; C. giust. UE, 10 novembre 2016, Halil Ibrahim Özçelik)	30
◇ Per uno spazio giuridico europeo irrobustito dai diritti processuali: mandato di arresto europeo e reciproco riconoscimento delle decisioni <i>in absentia</i> / <i>A European legal area with a view to strengthening the procedural rights: European Arrest Warrent and mutual recognition of decisions rendered in absentia</i> , di Simona Arasi	132
Messa alla prova	
◇ Messa alla prova dell'imputato adulto: l'ordinanza di rigetto della richiesta è impugnabile solo con la sentenza di primo grado (Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 33216), con nota di Carla Pansini	105
Misure cautelari personali	
- <i>custodia cautelare in carcere</i>	
◇ La mancata reiterazione della misura cautelare diversa dalla custodia in carcere (C. cost., sent. 3 novembre 2016, n. 233)	33

Misure cautelari reali**- sequestro conservativo**

- ✧ La competenza sull'impignorabilità dei beni sottoposti a sequestro conservativo spetta al giudice penale (Cass., sez. un., 16 settembre 2016, n. 38670), con nota di Teresa Alesci 91

Ne bis in idem

- ✧ *Ne bis in idem* e concorso formale di reati: la censura della Corte costituzionale (C. cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200), con nota di Barbara Lavarini 45
- ✧ *Ne bis in idem* e reati tributari (Corte e.d.u., 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia) 23

Ordinamento penitenziario

- ✧ Carezza di spazi individuali in carcere (Corte e.d.u., 20 ottobre 2016, Muršić c. Croazia) 26
- ✧ La Convenzione sul trasferimento delle persone condannate 18
- ✧ Regime disciplinare penitenziario e detenzione in isolamento (D.d.l. C. 4035 «Riduzione al minimo dell'isolamento disciplinare») 21

Parti processuali**- responsabile civile**

- ✧ Responsabile civile e giudizio abbreviato (C. cost., sent. 7 ottobre 2016, n. 216) 32

Particolare tenuità del fatto

- ✧ L'art. 131-*bis* c.p. non è invocabile davanti al giudice di pace: la Suprema corte torna sul principio di specialità per colmare le difficoltà di coordinamento in tema di tenuità del fatto (Cass., sez. V, 2 novembre 2016, n. 45996) 41
- ✧ La Suprema corte sulla disciplina dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 411, comma 1-*bis*, c.p.p. (Cass., sez. V, 7 luglio 2016, n. 36857), con nota di Eleonora A. A. Dei-Cas 97

Persona offesa

- *violenza domestica* 20
- *tutela delle vittime di reati violenti* 20
- ✧ Ritardi italiani nell'attuazione degli strumenti di cooperazione penale europea, anche in tutela della vittima (C. giust. UE, 11 ottobre 2016, Commissione c. Italia) 31

Processo in absentia

- ✧ Per uno spazio giuridico europeo irrobustito dai diritti processuali: mandato di arresto europeo e reciproco riconoscimento delle decisioni *in absentia* / *A European legal area with a view to strengthening the procedural rights: European Arrest Warrant and mutual recognition of decisions rendered in absentia*, di Simona Arasi 132

Processo penale

- ✧ La giustizia penale tra riforme annunciate e riforme sperate / *Criminal justice between announced reforms and reforms we hoped*, di Sergio Lorusso 1

Prova**- informatica**

- ✧ La prova informatica transnazionale: un difficile "connubio" fra innovazione e tradizione / *Transnational digital evidence: a difficult "marriage" between innovation and tradition*, di Fabrizio Siracusanò 178
- ✧ La rinnovazione della prova decisiva dinanzi al giudice deputato a definire il giudizio / *The rehearsal of determining evidence in front of the judge entrusted with the power of decision-making*, di Giuseppe Della Monica 154

- *scientifica*

- ✧ Il regolamento attuativo della banca dati nazionale del DNA: nuove garanzie e preesistenti vuoti di tutela / *The implementing rule for DNA Database: new guarantees and previous gaps in safeguards*, di Chiara Fanuele 121

Responsabilità del sanitario

- ✧ Il perimetro applicativo della legge Balduzzi: aperture giurisprudenziali vs. restrizioni normative? / *The borders in the application of the "Balduzzi" Law*, di Cristiano Cupelli 196

Revisione

- ✧ È possibile la revisione della sentenza di proscioglimento che contenga la sola condanna sulle statuizioni civili: *l'environnement* giurisprudenziale che estende la portata dell'art. 629 c.p.p. (Cass., sez. V, 3 ottobre 2016, n. 46707) 42

Ricorso per cassazione

- ✧ Ammissibile il ricorso proposto dal sostituto del difensore non cassazionista (Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 40517; Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 40518) 35

Sentenza

- *questioni civili*

- ✧ Abrogazione, Depenalizzazione ed effetti sui capi civili della condanna (Cass., sez. un., 29 settembre 2016, n. 46688) 38
- ✧ È possibile la revisione della sentenza di proscioglimento che contenga la sola condanna sulle statuizioni civili: *l'environnement* giurisprudenziale che estende la portata dell'art. 629 c.p.p. (Cass., sez. V, 3 ottobre 2016, n. 46707) 42

Sicurezza pubblica

- *criminalità organizzata*

- ✧ Attuazione della Direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea (D.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202 «Attuazione della Direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea») 8