

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

1-2018

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

Nuova legge su intercettazioni, pubblico ministero e legalità processuale
New wiretap, prosecutor and the legal rule

Il mandato di arresto europeo si fonda solo sul provvedimento del giudice
The european arrest warrant is only based on a court order

Sentenza di condanna e rinnovazione della prova dichiarativa in appello?
Reforming a sentence of conviction with the renewal of the trial?

L'ordine europeo di indagine penale: la disciplina nazionale
The European Investigation: the italian law

Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles
The implementation of Bruxelles Convention (2000)

L'obbligo della polizia giudiziaria di trasmettere ai vertici le notizie di reato
The new legislation on police crime report



G. Giappichelli Editore – Torino

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

1-2018

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 2018 - 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 ordinario 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
Marilena Colamussi, professore associato di procedura penale, Università di Bari Aldo Moro
Cristiana Valentini, professore associato di procedura penale, Università di Ferrara
Daniela Vigoni, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale

REDAZIONE

Gastone Andreazza, 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 – *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*

TERESA BENE

La effettività della funzione del pubblico ministero di direzione delle indagini e la legalità processuale / *The investigation's direction of prosecutor and the respect of legal rule*

7

Scenari | *Overviews*

Novità legislative interne / <i>National Legislative News</i> (DANIELA MAINENTI, MARIA ILIA BIANCO)	19
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i> (VALENTINA VASTA)	25
<i>De jure condendo</i> (ORIENTA BRUNO)	32
Corti europee / <i>European Courts</i> (FRANCESCO TRAPPELLA)	35
Corte costituzionale (DONATELLA CURTOTTI)	41
Sezioni Unite (ROSA GAIA GRASSIA)	42
Decisioni in contrasto (GIADA BOCELLARI)	47

Avanguardie in giurisprudenza | *Cutting Edge Case Law*

Il provvedimento a base del mandato di arresto europeo

Corte di cassazione, Sezione F., sentenza 1° settembre 2017, n. 39861 – Pres. De Tommasi; Rel. Scalia

51

Solo un provvedimento del giudice può trovare esecuzione con il mandato di arresto europeo / *Only a court order can be executed with the european arrest warrant* (ANDREA CHELO)

53

Fatto diverso oggetto di nuova contestazione dibattimentale e patteggiamento

Corte costituzionale, sentenza 17 luglio 2017, n. 206 – Pres. Grossi; Rel. Lattanzi

60

Nuove contestazioni “fisiologiche” e patteggiamento: l’ennesima declaratoria di incostituzionalità sul rapporto tra i riti alternativi e gli artt. 516-517 c.p.p. / *New contestations “physiological” and plea: the umpteenth declaration of unconstitutionality on the relationship between alternative rites and arts. 516-517 c.p.p.* (ROSA GAIA GRASSIA)

67

Abnormità ed atti del pubblico ministero

Corte di cassazione, Sezione VI, sentenza 25 agosto 2017, 39442 – Pres. Conti; Rel. Villoni

78

I limiti alla riconducibilità dei provvedimenti del P.M. nella categoria degli atti abnormi / *The limits to the accountability of the Public Prosecutor's measures in the category of abnormal acts* (FEDERICO LUCARIELLO)

82

Assoluzione in appello ed obbligo di rinnovazione istruttoria

Corte di cassazione, Sezione II, sentenza 12 settembre 2017, n. 41571 – Pres. Est. – Fiandanesi

93

La riforma di una sentenza di condanna esige la rinnovazione della prova dichiarativa in appello? / *Reforming a sentence of conviction requires the renewal of the trial evidentiary hearing in appeal?* (NATALIA ROMBI)

106

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

Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000: una lunga gestazione e un destino incerto / <i>The implementation of Bruxelles Convention (2000): a long gestation, an uncertain fate</i> (FRANCESCO TRAPPELLA)	114
Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale / <i>New Perspectives on Judicial Cooperation: the European Investigation Order in Criminal Matters</i> (FRANCESCA RUGGIERI)	131
L'obbligo della polizia giudiziaria di trasmettere ai vertici le notizie concernenti le informative di reato / <i>The new legislation on police crime report</i> (ORIETTA BRUNO)	143

Analisi e prospettive | *Analysis and Prospects*

L'inappellabilità della sentenza di patteggiamento applicativa di sanzioni amministrative accessorie / <i>The plea bargain sentence that applies accessory administrative sanctions is not appealable</i> (GIUSEPPE DELLA MONICA)	183
--	-----

Indici | *Index*

Autori / <i>Authors</i>	190
Provvedimenti / <i>Measures</i>	191
Materie / <i>Topics</i>	192

TERESA BENE

Ordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

La effettività della funzione del pubblico ministero di direzione delle indagini e la legalità processuale

The investigation's direction of prosecutor and the respect of legal rule

L'esame del decreto legislativo in tema di intercettazioni svela la condivisibile idea ispiratrice diretta alla tutela del diritto alla riservatezza ma alimenta perplessità che vanno via via aumentando se ne attraversa la costruzione normativa. Preoccupa l'attenzione del potere legislativo alle realtà applicative delle procure della Repubblica e il rischio sotteso alle previsioni legislative di incidere sui delicati rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria, quanto alla effettiva direzione delle indagini preliminari.

The new regulation aims at ensuring the protection of the confidentiality of interception, but the text examines critical issues. However, the attention of legislative powers to the practices of the public prosecutor's Office is very worrying; it affects the relationship between public prosecutor and police, in order to the investigation's direction.

PREMESSA

La riforma Orlando, all'art. 1, comma 82, prevede una delega per alcune modifiche della disciplina delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, che ha trovato attuazione nel decreto legislativo, approvato dal Consiglio dei Ministri¹ ed in via definitiva nella seduta n. 66 del 29 dicembre 2017.

La legge delega in tema di intercettazioni ha una doppia anima. La prima visibile, chiara, potenzialmente attenta alla tutela della riservatezza, sebbene appaia ispirata, tendenzialmente, alle linee-guida adottate dalle procure della Repubblica. La scelta del metodo non stupisce, risultando già conosciuta, ma solleva alcuni interrogativi sia sulla portata delle previsioni che sulla loro legittimità costituzionale.

La seconda è meno evidente, è nascosta nel senso profondo delle previsioni legislative e contiene un'insidia che va scoperta con cautela. Essa incide su versanti che presentano rischi che minano nelle fondamenta il sistema giustizia creando, potenzialmente, uno sfianamento della giurisdizione complessivamente intesa.

Interessanti sono i profili funzionali e strutturali del nuovo modello intercettativo, di cui si dirà, ma non possono essere trascurati due versanti-rischio, di cui qui si individuano solo le possibili tracce.

Il primo attiene al delicatissimo rapporto tra pubblico ministero e polizia giudiziaria e attira l'attenzione sulla effettiva direzione delle indagini preliminari che è propria della funzione del pubblico ministero ma che si giustifica solo quando il pubblico ministero è in grado di diventare garante della legalità processuale nella fase delle indagini.

¹Il consiglio dei Ministri, in data 2 novembre 2017, ha approvato lo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni.

Il secondo versante-rischio è legato alla dipendenza cognitiva degli uffici di procura dai mezzi tecnologici, per quanto qui di interesse, da quelli relativi alle comunicazioni.

Peraltro, non si escludono profili apprezzabili della nuova disciplina. Tra questi si ascrive l'idea di individuare criteri e principi diretti a regolamentare l'utilizzazione nel procedimento penale delle captazioni e di prevedere le regole per la divulgazione del materiale registrato, individuando prescrizioni che incidano *anche* sull'impiego delle stesse nel corso del procedimento cautelare e che «diano una precisa scansione procedimentale per la selezione di materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio delle parti». Ugualmente condivisibile è la previsione di principi e criteri che sembrano ispirare la normativa delegata relativa alla disciplina delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili². Lo stesso può dirsi quanto al progetto di assicurare un più ampio margine di tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni, telefoniche e telematiche, con speciale riguardo delle persone occasionalmente coinvolte nel processo penale, delle comunicazioni che comunque non sono rilevanti ai fini di giustizia penale e dei colloqui tra il difensore ed il suo assistito al fine di riconoscere un livello più elevato di salvaguardia del diritto di difesa.

Resta, in ogni caso, ferma l'esigenza di non prevedere un depotenziamento dello strumento di indagine, obiettivo che risulta chiaro anche nella previsione della semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Condivisibile, infine, l'esigenza di tener conto nelle nuove previsioni delle decisioni e dei principi adottati con le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, a tutela della libertà di stampa e del diritto dei cittadini all'informazione.

La nuova disciplina della divulgazione del materiale intercettato dovrà tenere insieme, dunque, la tutela della riservatezza, quella della libertà di stampa e le esigenze investigative.

Il dubbio che si trattasse di un obiettivo impossibile appare oggi ancor più forte dopo l'esame del testo di decreto attuativo.

DISCUTIBILI PROIEZIONI FUTURE

La tutela del diritto alla riservatezza rischia di restare inattuata se le prassi applicative del futuro non saranno in grado di limitare le attuali. La perplessità è fondata sulla constatazione che la funzione di protezione resta affidata prevalentemente alla diligenza dei magistrati del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari.

Non vi è dubbio che il carico di nuove responsabilità derivante per il pubblico ministero dalle modifiche normative sia il riflesso del ruolo di garanzia e di obiettività nell'applicazione della legge che ne connota lo statuto normativo e che già oggi avrebbe potuto consigliare all'organo titolare della funzione di direzione delle indagini opportune modalità di esercizio delle relative potestà.

Il rischio è che il bilanciamento degli interessi in gioco resterà in larga misura affidato alla sensibilità degli organi di informazione³ e alla loro capacità di munirsi di codici di comportamento adeguati e vincolanti, tali da creare un limite allo "sfrenato capitalismo mediatico".

Non a caso, il legislatore stabilisce che il Governo, nell'adottare il decreto legislativo di riforma delle intercettazioni deve «*tenere conto delle decisioni e dei principi adottati con le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, a tutela della libertà di stampa e del diritto dei cittadini all'informazione*».

Come è noto, l'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea in tema di libertà di espressione, invero, ha riguardato in modo particolare l'attività dei giornalisti⁴. Alla luce dei doveri e delle responsabilità previsti dall'art. 10 Cedu, il giornalista deve agire in buona fede, fornendo informazioni corrette e degne di credito, nel rispetto dell'etica giornalistica⁵. Consapevole che la propria condotta possa inci-

²La seconda parte della legge ha ad oggetto anche la regolamentazione dei presupposti che consentono di ricorrere nel procedimento penale all'impiego del nuovo mezzo tecnologico.

³W. Faulkner, *Privacy*, Milano, Adelphi, 2003 "l'individuo non è protetto dal giornalismo, come suppongo lo chiamino".

⁴Corte e.d.u., 24 febbraio 2015, Haldimann e altri c. Svizzera; Corte e.d.u., 22 novembre 2016, Grebneva e Alisimchik c. Russia; Corte e.d.u., 16 marzo 2017, Olafsson c. Islanda.

⁵La Corte ha sottolineato che, benché la stampa giochi un ruolo essenziale in una società democratica, e abbia il dovere di

dere su altre libertà umane, deve operare con grande prudenza, valutando adeguatamente il rischio di pregiudicare la reputazione delle persone citate per nome o, più in generale, di nuocere ai diritti altrui⁶.

Su questi temi è interessante la Direttiva 2016/343/UE in tema di presunzione di non colpevolezza. Essa prescrive agli Stati membri di adottare le misure necessarie per garantire che, nel fornire le notizie ai mass media, le dichiarazioni rilasciate dalle pubbliche autorità e le decisioni giudiziarie, diverse da quelle sulla colpevolezza, non presentino l'indagato o l'imputato come colpevole, fino a che la sua responsabilità non sia stata legalmente accertata. Inevitabili gli effetti dell'attuazione del testo sovranazionale. Auspicabilmente, alcuni uffici di procura sembrano aver già dismesso "le rappresentazioni celebrative del lavoro del pubblico ministero", essa implicherà un ripensamento della prassi ormai frequente di tenere da parte dell'autorità, anche di polizia, delle conferenze stampa non appena conclusa l'operazione che ha assicurato i soggetti coinvolti nel blitz o quelle tenute dai Procuratori della Repubblica, non sempre rispettose di quanto preteso dall'art. 5 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, in tema di regolamentazione dei rapporti tra ufficio del pubblico ministero ed organi di stampa. Del resto, la Corte e.d.u. già nel 1995 stabilì che sebbene l'esigenza di informare la collettività sulle vicende giudiziarie costituisca una prerogativa delle moderne società democratiche, rientrando nella libertà di espressione di cui all'art. 10 Conv. eur., ciò tuttavia, non esclude che l'attività dei mezzi di informazione debba essere svolta "con tutta la discrezione e con tutto il riserbo imposti dal rispetto della presunzione di innocenza"⁷.

IL POTERE DI CONTROLLO DEL PUBBLICO MINISTERO SULLA SELEZIONE DELLA POLIZIA GIUDIZIARIA

Il legislatore è consapevole, come traspare dal contenuto della legge delega, che tra i profili problematici della disciplina delle intercettazioni, vi è la diffusione di dati e notizie. Il tema è particolarmente delicato poiché attraversa i rapporti tra la magistratura, gli organi di stampa e i terzi estranei ai reati, il cui diritto alla riservatezza ed alla segretezza delle comunicazioni⁸ è talvolta ingiustificatamente leso.

Il legislatore rivolge attenzione alla stretta relazione esistente tra l'adozione di un provvedimento cautelare, il deposito degli atti posti a sostegno della stessa, la loro messa a disposizione delle parti e la divulgazione dei risultati delle intercettazioni. All'art. 1, comma 84, lett. a), n. 1), della legge delega, pertanto, ha fissato i criteri per l'adozione di prescrizioni del decreto legislativo di riforma della disciplina delle intercettazioni che devono regolamentare la selezione⁹ da parte del pubblico ministero del materiale da inviare al giudice.

Il pubblico ministero dovrà evitare la trasmissione di alcune tipologie di captazioni, tra cui, condivisibilmente nel decreto attuativo non sono più ricomprese quelle inutilizzabili, perché già disciplinate.

Le registrazioni che contengono dati personali, definiti sensibili dalla legge, e le intercettazioni irrillevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei, sia per l'oggetto sia per i soggetti coinvolti.

La legge delega, dunque, in linea con la delibera del CSM¹⁰, ha riconosciuto la centralità del ruolo

comunicare informazioni e idee su qualsiasi questione di interesse pubblico, i giornalisti sono comunque soggetti a obblighi e responsabilità. La tutela accordata ai giornalisti dall'articolo 10 della Convenzione è infatti subordinata alla condizione che essi agiscano in buona fede, per fornire informazioni accurate e affidabili, in conformità ai principi del giornalismo responsabile, che rinvia principalmente al contenuto raccolto e/o divulgato mediante mezzi giornalistici, Corte e.d.u., 24 gennaio 2017, Travaglio c. Italia; Corte e.d.u., 24 settembre 13, Belpietro c. Italia.

⁶ Corte e.d.u., 3 dicembre 2015, Prompt c. Francia.

⁷ Corte e.d.u., 10 febbraio 1995, *Allenet de Ribemont c. Francia*; di recente Corte e.d.u., 7 giugno 2007, *Dupuis c. Francia*, in *Cass. pen.*, 2008, con commento di L. Filippi, *La sentenza Dupuis c. Francia: la stampa "watchdog" della democrazia tra esigenze di giustizia, presunzione di innocenza e privacy*.

⁸ Cfr. G. Spangher, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1209.

⁹ Sul profilo della selezione cfr. Corte e.d.u., 17 luglio 2003, *Craxi c. Italia*, caso in cui la Corte ha ritenuto che la lettura dibattimentale di estratti di conversazioni intercettate debba essere preceduta da una selezione del materiale rilevante, ovvero di quello la cui pubblicità deve essere considerata una conseguenza normale ed inevitabile del processo. Ove il sistema processuale non imponga un tale preventiva selezione, si pongono secondo la Corte "serie preoccupazioni circa il rispetto ... dell'obbligo positivo di assicurare l'effettiva protezione" dei diritti.

¹⁰ Il CSM richiama la centralità del ruolo del pubblico ministero chiamato a svolgere «un'opera di selezione» degli atti trasmessi a sostegno della richiesta cautelare per «operare una attenta verifica delle informazioni utili e rilevanti per le indagini, attraverso un giudizio relazionale con i fatti per i quali si procede e con la personalità dei soggetti indagati».

del pubblico ministero, che dovrà selezionare gli atti trasmessi a sostegno della richiesta cautelare, potere invero già previsto dalla disciplina attuale. Secondo le previsioni dell'art. 291 cod. proc. pen., il pubblico ministero è già tenuto a selezionare nell'ambito del materiale raccolto nel corso delle indagini, quello che ha una valenza indiziaria o che suffraga le esigenze di cautela, depositando in particolare gli elementi che hanno un rilievo nell'ottica difensiva. Il pubblico ministero non trasmette al giudice le sole registrazioni che non supererebbero il vaglio previsto dall'art. 268, comma 6, cod. proc. pen. e cioè quelle che reputa "manifestamente irrilevanti" e quelle che, oltre ad essere manifestamente irrilevanti, contengano anche dati sensibili.

Dunque, la legge delega amplia il potere di selezione del pubblico ministero, prevedendo l'eliminazione delle registrazioni riconducibili alle diverse tipologie.

La legge delega elimina l'avverbio "manifestamente", sì che il decreto legislativo prevede l'eliminazione delle registrazioni "irrilevanti" ai fini delle indagini.

Il nuovo sistema appare costruito sulla fiducia che il legislatore ripone nella professionalità del pubblico ministero, la cui discrezionalità appare guidata verso una scelta quantitativa del materiale intercettativo e auspicabilmente anche qualitativa. L'idea, accolta dal legislatore, è già espressa nelle circolari delle procure¹¹. Si riconosce al magistrato la capacità, in presenza di una contestazione "provvisoria", non chiara e precisa, di eliminare dal materiale allegato alla richiesta cautelare le captazioni irrilevanti rispetto ai fatti da provare, quelle vietate e "dati sensibili".

Nella legge delega nulla si dice delle notizie processualmente irrilevanti ma di sicuro interesse pubblico, sebbene sia di particolare rilievo l'elaborazione giurisprudenziale della Corte e.d.u. che ha stabilito che il giornalista che pubblica in violazione del segreto non è punibile se la notizia è di interesse pubblico¹². Il decreto attuativo, d'altro canto, prevede un distinguo nel comma 2-ter dell'art. 268 c.p.p., consentendo al pubblico ministero di disporre, con decreto motivato, la trascrizione nel verbale delle comunicazioni e conversazioni ritenute irrilevanti ai fini delle indagini ai sensi del comma 2-bis, quando egli le ritenga invece rilevanti per i fatti oggetto di prova. Quando le comunicazioni sono relative a dati sensibili, il pubblico ministero può disporre la trascrizione solo se le ritiene *necessarie* a fini di prova.

Dunque, mentre la legge delega prevede che, in ogni caso, quando le registrazioni contengono dati sensibili, la loro eliminazione dal materiale posto a sostegno della richiesta cautelare deve avvenire sempre ma non in assoluto, a meno 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", il decreto attuativo ricorre al termine *necessario*, che va letto in correlazione col termine *essenziale*. Previsti entrambi anche nell'art. 291, comma 1-ter, c.p.p., lasciando così aperto il varco a tutte le possibili concezioni della particolare visione della realtà determinata dalle categorie mentali

Le perplessità sono destinate ad aumentare laddove si consente, nell'ipotesi di adozione di una misura cautelare, al pubblico ministero di far entrare di diritto nel fascicolo delle indagini, di cui all'art. 373, comma 5, c.p.p., le comunicazioni intercettate, riservando al difensore il diritto di esame e non di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni.

Non si segue la procedura di controllo prevista nell'art. 268-ter c.p.p. L'esclusione della modalità operativa è giustificata, nella relazione illustrativa¹³, alla luce del controllo già operato dal giudice in sede di cautela, il quale nel caso in cui riscontri tra le intercettazioni allegate alla richiesta di misura cautelare alcune irrilevanti ordina al pubblico ministero la conservazione nell'archivio riservato.

Se, dunque, la delega conteneva una espressa direttiva circa la necessità di garantire la riservatezza attraverso prescrizioni che incidano anche sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle

¹¹ Ed in perfetta sintonia anche con la delibera del CSM del 29 luglio 2016.

¹² Corte e.d.u., 22 marzo 2016, *Pinto Coelho c. Portogallo*, relativa al caso di un'emittente televisiva che aveva mandato in onda un servizio, nel quale si sosteneva che la condanna di un diciottenne fosse frutto di un errore giudiziario; nel servizio veniva fatto ascoltare uno stralcio della registrazione di un'udienza, senza che la giornalista avesse ottenuto il permesso del giudice; per questo la reporter veniva condannata alla pena di 1.500 €. La Corte europea ricorda l'essenziale funzione della stampa nella diffusione di notizie di interesse per l'opinione pubblica, e considera la restrizione della libertà di espressione non accettabile in una società democratica. Infatti, la registrazione, pur non autorizzata, non era stata ottenuta con mezzi illeciti; la diffusione del servizio non avrebbe potuto minacciare l'indipendenza della magistratura (poiché il giudizio si era già concluso), né era stata messa a rischio la reputazione di alcuno (in quanto le voci erano state distorte). Infine, l'imposizione di una sanzione, pur non elevatissima, viene considerata a carattere deterrente e quindi, in ogni caso, sproporzionata.

¹³ Si veda la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, p. 5.

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, il testo del decreto legislativo realizza una diversa modalità.

Oggi il pubblico ministero non trasmette al giudice le sole registrazioni che non supererebbero il vaglio previsto dall'art. 268, comma 6, c.p.p. e cioè quelle che reputa "manifestamente irrilevanti" e quelle che, oltre ad essere manifestamente irrilevanti, contengano anche "dati sensibili".

Le nuove previsioni ampliano il potere di scelta del pubblico ministero, eliminando l'avverbio "manifestamente", ed infatti il decreto legislativo prevede l'eliminazione delle registrazioni "irrilevanti" ai fini delle indagini, ma è introdotto un distinguo nel comma 2-ter dell'art. 268 c.p.p. Si consente al pubblico ministero di disporre, con decreto motivato, la trascrizione nel verbale delle comunicazioni e conversazioni ritenute irrilevanti ai fini delle indagini ai sensi del comma 2-bis, quando egli le ritenga invece rilevanti per i fatti oggetto di prova. Nella diversa ipotesi in cui le comunicazioni siano relative a dati sensibili, il pubblico ministero può disporre la trascrizione solo se le ritiene necessarie a fini di prova.

Il legislatore tenta di inserirsi nel reticolo tra mondo giudiziario e stampa e acquista la consapevolezza che il mero ascolto delle captazioni, funzionale all'esercizio del contraddittorio sulla loro rilevanza nella cd. udienza stralcio e senza possibilità di ottenerne copia, non dovrebbe determinare sostanziali violazioni del segreto delle stesse. Ma è consapevole del fatto che la selezione del materiale intercettativo cela in sé il pericolo di eliminare, anche involontariamente, captazioni utili per la difesa. Il pubblico ministero potrebbe, in assenza di contraddittorio, escludere captazioni di rilievo per la difesa, o potrebbero sopravvenire elementi ulteriori tali da incidere sul giudizio di irrilevanza di talune registrazioni, così come potrebbero esservi informazioni sensibili che coinvolgono persone non indagate astrattamente utili per la difesa. Ricorre così all'idea non nuova dell'archivio segreto¹⁴ e prevede che gli atti non allegati a sostegno della richiesta di misura cautelare, personale o reale, debbano essere custoditi in apposito archivio riservato e coperti da segreto.

LE MODALITÀ DI REDAZIONE DEL CD. BROGLIACCIO D'ASCOLTO

Le perplessità sono destinate ad aumentare se si esaminano le modalità di redazione del cd. brogliaccio d'ascolto. Le previsioni, in via teorica apprezzabili, non assicurano, tuttavia, un controllo qualitativo efficiente.

L'art. 1, comma 84, lett. a), n. 5) stabilisce che il decreto legislativo di riforma delle intercettazioni debba prevedere che le conversazioni o comunicazioni inutilizzabili, quelle contenenti dati sensibili e non pertinenti all'accertamento delle responsabilità e quelle irrilevanti ai fini delle indagini, oltre ad essere custodite in apposito archivio riservato, non devono essere oggetto di trascrizione sommaria ai sensi dell'art. 268, comma 2, cod. proc. pen. Negli atti d'indagine devono solo essere indicati data, ora e apparato su cui la registrazione è intervenuta. Il decreto attuativo, condivisibilmente, recepisce quanto sul punto il CSM aveva affermato, ritenendo necessario assicurare che, quanto meno in termini sommarî, gli elementi essenziali delle captazioni fossero riportati dalla polizia giudiziaria nel brogliaccio, con riferimento ai dati estrinseci della conversazione (indicazioni sulla identità dei conversanti, sull'orario e sull'oggetto del colloquio) ed alla sintetica tipologia dell'oggetto (es. "conversazione su argomenti familiari", ovvero "conversazione su temi strettamente personali")¹⁵.

Il pubblico ministero, peraltro, deve essere informato, preventivamente, in modo da permettergli di

¹⁴ Già il progetto Mastella prevedeva un archivio riservato, da istituirsi presso ogni procura sotto la responsabilità e sorveglianza del procuratore della Repubblica (art. 19 in rapporto all'art. 89 disp. att.) come luogo dove il pm deve di regola custodire, prima del deposito, le registrazioni e i verbali delle intercettazioni già effettuate, e dove comunque dovrà essere conservata la documentazione di quelle che egli non ritenga utili alle indagini. Ferma restando per i difensori delle parti la possibilità di accedervi, al solo fine di valutare le scelte operate dal pm (artt. 9 e 10 in rapporto agli artt. 268 comma 3-ter e 268-bis).

¹⁵ Cfr. L. Giordano, *La delega per la disciplina delle intercettazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici*, in T. Bene-A. Marandola (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 419. Si obietterà che lo squilibrio tra le posizioni delle parti, a ben vedere, è più apparente che reale, poiché il pubblico ministero quando sono state captate comunicazioni o conversazioni che devono essere eliminate dal materiale probatorio, deve richiedere necessariamente l'udienza camerale per il loro stralcio. In questo caso, egli è tenuto ad indicare "espressamente" le conversazioni di cui intende richiedere lo stralcio; quindi, deve indicare precisamente le conversazioni o le comunicazioni che, oggetto dell'informazione della polizia giudiziaria, ha ritenuto irrilevanti.

verificare la rilevanza delle registrazioni, autorizzandone con decreto motivato, in tal caso, la trascrizione nel cd. brogliaccio d'ascolto.

L'avverbio preventivamente è introdotto nel decreto attuativo ma lascia aperta una duplice e rischiosa interpretazione. Tenuto conto che è vietata la trascrizione delle comunicazioni irrilevanti o contenenti dati sensibili, non è univoca la portata dell'avverbio "preventivamente". La decisione dell'ufficiale di polizia giudiziaria sarà infatti presa senza l'intervento del pubblico ministero, al quale sarà data successivamente, alla lettura delle annotazioni, la possibilità di modificare la decisione già presa. Ma potrebbe anche sostenersi che "preventivamente" lasci intendere che la polizia giudiziaria debba arrestarsi dinanzi ad ogni comunicazione ritenuta irrilevante in attesa della valutazione del pubblico ministero.

La questione non è terminologica ma delicatissima, essa attiene al rapporto talvolta intimistico che si crea tra polizia giudiziaria e pubblico ministero e mette gravemente in discussione la effettività della direzione delle indagini del pubblico ministero.

Il tema appare complesso.

Il profilo della rilevanza impone una valutazione non semplice legata alla complessiva conoscenza di tutti gli elementi raccolti nel corso dell'indagine, per cui, un'eventuale valutazione demandata alla polizia giudiziaria nell'immediatezza dell'ascolto, risulterebbe, condivisibilmente con quanto affermato dal Csm, una valutazione almeno parziale.

La *ratio* sottesa alla previsione è chiara. Si vuole evitare che la trascrizione sommaria del contenuto delle registrazioni da parte della polizia giudiziaria di cui all'art. 268, comma 2, c.p.p., depositata unitamente agli atti, possa essere divulgata, venendosi a realizzare proprio quella lesione della riservatezza che si vuole limitare con le nuove norme ma le perplessità riguardano soprattutto la concreta possibilità del magistrato di poter ricontrollare tutto il materiale intercettativo.

Resta così sullo sfondo il tema della efficace attività difensiva. La difesa è chiamata ad una prova durissima. Si troverà in una posizione obiettivamente svantaggiata, poiché solo attraverso l'ascolto diretto delle conversazioni potrà verificare l'irrilevanza delle conversazioni per il procedimento o il loro contenuto "sensibile" e, al contempo, non pertinente.

In questa prospettiva, la difesa conoscerà quali sono le conversazioni che si intende eliminare dal materiale probatorio e potrà provvedere al loro ascolto selettivo e funzionale all'esercizio del diritto di difesa, in particolare nell'ambito di un procedimento cautelare, attraverso la scelta discrezionale operata dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero.

È evidente che, in tal modo, sarà possibile una ampia manipolazione delle conversazioni da parte del pubblico ministero per la selezione del materiale, forse imposta dalla necessità di assicurare una disciplina alle registrazioni in una fase determinante dell'impiego e del deposito a fini cautelari in cui non trova applicazione il congegno *ex art. 268-ter c.p.p.*, ma ciò determinerà che sul pubblico ministero graverà una funzione di garanzia e di tutela di rilevanti posizioni soggettive¹⁶.

IL POTERE DI CONTROLLO DEL GIUDICE

Nel decreto attuativo l'udienza stralcio è sostituita da una sequenza procedimentale. Secondo l'art. 268-*bis* c.p.p., alla conclusione delle operazioni, il pubblico ministero deposita tutto il materiale, che sino a quel momento era custodito nell'archivio segreto, e forma un elenco delle comunicazioni rilevanti ai fini di prova. Dal deposito deriva l'obbligo di comunicare ai difensori delle parti l'avvenuto deposito presso la segreteria e la facoltà di esaminare gli atti, l'elenco delle comunicazioni rilevanti, e presumibilmente da utilizzare, e di ascoltare le registrazioni. Secondo la relazione illustrativa, il procedimento consta di due fasi. La prima, affidata al pubblico ministero, di selezione del materiale intercettativo da utilizzare, la seconda fase di controllo giurisdizionale.

Il limite, invero, appare la brevità del tempo concesso alle parti. Ferma l'eccezione per il materiale a sostegno della misura cautelare, per cui, ai sensi dell'art. 268-*ter*, comma 2, c.p.p., non si attiva la procedura di controllo, ma si "sfrutta" il controllo, sulla selezione operata dal pubblico ministero, che eserci-

¹⁶ Cfr. A. Cisterna, *L'autoregolamentazione delle intercettazioni nelle linee guida delle procure*, in *Arch. pen.*, 2016, 2, p. 7 "a stretto rigore e secondo l'ordinamento, dovrebbe competere al giudice". Quanto al potere di selezione del pubblico ministero, cfr. P. Tonini-F. Cavalli, *Le intercettazioni nelle circolari delle procure della repubblica*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 6, p. 708.

ta il giudice della cautela, nelle altre ipotesi, invece, il pubblico ministero entro 5 giorni dal deposito, presenta al giudice la richiesta di acquisizione delle comunicazioni contenute nell'elenco e ne dà comunicazione ai difensori. In 10 giorni, il decreto legislativo accogliendo il parere nella II Commissione della Camera ha ampliato il termine, prevedendo anche una proroga condizionata alla complessità e al numero delle intercettazioni, i difensori hanno la facoltà di chiedere l'acquisizione di altre conversazioni non richieste dal pubblico ministero, ovvero di eliminare quelle invece richieste.

La procedura incide negativamente sulle prerogative difensive. Sebbene si riconosca un ampio potere di intervento, le prassi dimostreranno se i limiti temporali impediscono l'ascolto effettivo del materiale intercettativo e se rendono o meno inefficace l'attività difensiva.

Quanto al momento di controllo, il giudice provvede con ordinanza, emessa in camera di consiglio senza l'intervento delle parti, salvo se ne ravvisi la necessità, disponendo l'acquisizione delle conversazioni indicate dalle parti, escluse quelle "manifestamente" irrilevanti. Quindi non un controllo onnicomprensivo ma circoscritto alle conversazioni indicate dalle parti, tenuto conto però del vizio genetico di conoscenza della difesa, da cui sono stralciate le categorie di registrazioni.

Il giudice deve compiere un giudizio di irrilevanza probatoria che, come nella disciplina attuale, nella legge delega, invece, non doveva essere "manifesta", secondo le previsioni del decreto attuativo dovrà condurre all'esclusione dei dialoghi estranei all'accertamento della responsabilità per i reati per i quali si procede.

Eppure, è questo il momento procedimentale in cui si assicura il bilanciamento tra le prerogative individuali (la libertà di comunicare, l'inviolabilità del domicilio e la tutela alla vita privata e familiare di cui all'art. 2 Cost. e all'art. 8 Cedu) e quelle della collettività. La procedura, nel contraddittorio (cartolare) tra le parti, è diretta a preservare l'indagato, le persone offese e i terzi interlocutori, estranei al processo, dalla diffusione e dalla pubblicazione di fatti personali e riservati irrilevanti rispetto ai temi probatori.

Il giudizio appare ricco di insidie poiché la valutazione è compiuta in un momento procedimentale in cui non sempre è possibile svolgere un controllo puntuale di rilevanza rispetto ai parametri desumibili dall'art. 187 c.p.p. L'obiezione resta ferma anche alla luce della previsione di dubbia concreta applicazione, che, ai sensi dell'art. 268-*quater*, c.p.p. consente al giudice "virtuoso" di "procedere all'ascolto delle conversazioni e comunicazioni".

Restano le perplessità sulla verifica a posteriori¹⁷ sulle intercettazioni tra difensore ed il proprio assistito; del resto la sanzione dell'inutilizzabilità coprirebbe la conversazione non pertinente all'attività professionale, integrante essa stessa un'ipotesi di reato.

Quanto al momento procedimentale in cui va richiesta la scansione procedimentale, è auspicabile che la procedura venga attivata "in vista della richiesta di giudizio immediato ovvero del deposito degli atti successivo all'avviso di cui all'art. 415 *bis* c.p.p.", qualora non fosse già intervenuta in precedenza. Dunque, in un momento del procedimento penale in cui sia effettivamente utile per tutelare le prerogative individuali nel contraddittorio tra le parti, e cioè prima del deposito di tutti gli atti, quando non sia ancora consentito il rilascio di copia delle registrazioni e siano ancora vigenti i divieti di cui all'art. 114, comma 1 e 2, c.p.p. ma soprattutto per verificare, nel contraddittorio delle parti, la correttezza della selezione effettuata dal pubblico ministero

Dunque, la fase di controllo in un momento precedente rispetto all'avviso di cui al 415-*bis* c.p.p. e non contestualmente.

Nel caso dell'immediato, non essendo previsto l'invio dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari¹⁸, il pubblico ministero dovrà disporre il deposito di cui all'art. 268 comma 4 e 5 c.p.p., preferibilmente 5 giorni prima della scadenza dei termini previsti dal 453 comma 1-*bis* e 454 comma 1 c.p.p., e comunque non oltre gli stessi, in modo da poter inoltrare al giudice la richiesta di stralcio contemporaneamente alla richiesta di giudizio immediato, sì che il giudice possa assumere le decisioni di competenza in tempi diversi, e conoscere tempestivamente anche il materiale di cui il pubblico ministero non ritenga di potersi avvalere.

¹⁷ Cfr. su questi aspetti: C. Parodi, *La delega in tema di intercettazioni*, in C. Parodi (a cura di), *Riforma Orlando: tutte le novità, Il penalista*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 115 ss.

¹⁸ Come è noto la Corte cost. ha negato l'applicabilità dell'art. 415-*bis* c.p.p. nel giudizio immediato, escludendo la violazione del diritto di difesa in quanto al soggetto destinatario della richiesta di giudizio immediato sono riconosciute tutte le garanzie difensive esercitabili nella fase investigativa, seppure con le particolari forme previste dagli art. 453 ss. c.p.p. v. in particolare C. cost., 16 maggio 2002, n. 203, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 508.

Resta sullo sfondo la preoccupante prassi del deposito ritardato delle intercettazioni, secondo quanto previsto *ex art.* 268, comma 5, c.p.p. sino alla chiusura delle indagini preliminari, sinora ostacolo per l'udienza stralcio dinanzi al gip. Sul profilo non appaiono rassicuranti le considerazioni secondo cui il provvedimento di cui all'art. 268, comma 5, c.p.p. presuppone la sussistenza di «un grave pregiudizio per le indagini» e, dunque, implica un apprezzamento da parte del giudice. Peraltro, il provvedimento del gip, comunque, legittima il pubblico ministero a ritardare il deposito dei verbali e delle registrazioni in segreteria «non oltre la chiusura delle indagini», senza escludere che, cessato il pericolo di nocimento per le investigazioni, il pubblico ministero possa provvedere al deposito anche prima della formale chiusura delle indagini o, comunque, prima della notifica dell'avviso di cui all'art. 415-*bis* c.p.p.¹⁹.

L'idea attuativa dei criteri e dei principi della legge delega è in sintonia con quella che ispira un uso marginale della scansione procedimentale nelle circolari delle procure²⁰ e che ha suggerito nella delibera del CSM del 29 luglio 2016 un impiego dell'istituto ispirato al buon senso, laddove se ne raccomanda il suo uso nei soli casi in cui effettivamente ricorrano esigenze di bilanciamento dei valori costituzionali confliggenti. In particolare, in via esemplificatrice è ritenuta una «buona prassi» il ricorso a detta udienza camerale nelle situazioni in cui è effettivamente utile per garantire la riservatezza.

Come è noto, il buon senso è un criterio giuridico indeterminato. Dal punto di vista concettuale non può ad esso riconoscersi il carattere della obiettività né può essere annoverato tra le regole di condotta condivise, eppure il Csm ricorre ad esso, preoccupato, dalla sostenibilità organizzativa degli uffici e dimentico della finalità della scansione procedimentale stessa.

L'ESITO DELL'UDIENZA STRALCIO E LA DISTRUZIONE DELLE CONVERSAZIONI INTERCETTATE

La legge delega nulla prevede sull'esito della procedura di selezione delle registrazioni azionata nella fase dell'indagine. Si pone, dunque, il tema della loro distruzione.

Ed infatti, il decreto legislativo stabilisce che le intercettazioni restino conservate nell'archivio riservato, con facoltà delle parti e del giudice, sotto il controllo e la vigilanza del Procuratore della Repubblica, di ascoltare le registrazioni e prendere visione del materiale ivi contenuto. Tuttavia, poiché il segreto copre gli atti contenuti nell'archivio, le parti non possono estrarre copia dei verbali, né delle registrazioni. La conservazione e l'accesso allo stesso si giustifica con la previsione di una possibilità, giustificata dalle esigenze di accertamento del reato, di valutare in un momento successivo rispetto a quello svolto nella fase delle indagini preliminari, la rilevanza di talune intercettazioni. L'idea si è tradotta nel nuovo comma 4-*bis* dell'art. 422 c.p.p., in cui è previsto che «se la richiesta di cui al comma 1 ha ad oggetto conversazioni o comunicazioni intercettate e non acquisite si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 268-*ter* e 268-*quater*». Ed ancora, è possibile recuperare il materiale depositato presso l'archivio riservato anche nella fase dibattimentale, poiché ai sensi del comma 1 (ultimo periodo) dell'art. 471 c.p.p. «Il giudice dispone che si proceda a porte chiuse alle operazioni di cui all'articolo 268-*ter* quando le parti rinnovano richieste non accolte o richiedono acquisizioni, anche ulteriori, e quando le ragioni della rilevanza a fini di prova emergono nel corso dell'istruzione dibattimentale.»

LA SEMPLIFICAZIONE DELL'IMPIEGO DELLE INTERCETTAZIONI NEI REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Con l'art. 1, comma 84, lett. *d*) si prevedono prescrizioni volte alla semplificazione «delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche

¹⁹ Cfr. L. Giordano, *La delega per la disciplina delle intercettazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici*, cit., p. 419, secondo cui l'emissione del provvedimento con cui si autorizza il ritardato deposito, dunque, non impedisce, in teoria, il ricorso alla procedura di selezione delle registrazioni nel corso delle indagini.

²⁰ Diverse le direttive e le circolari sul tema delle intercettazioni, assunte dalle Procure di Roma, Napoli, Torino nonché da quelle di Firenze, Bari, Macerata, Foggia, Nuoro, Caltanissetta, Campobasso, Siracusa, Catanzaro, Cosenza, Lamezia Terme, Arezzo, Grosseto, Livorno, Sulmona e Lecce. Si veda G. Cascini, *Intercettazioni e privacy: dalle circolari delle Procure di Roma, Torino e Napoli soluzioni utili per il legislatore*, in *Questione Giustizia*, 19 aprile 2016.

nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione», che il decreto legislativo attua.

Il criterio è generico. L'espressione "condizioni per l'impiego" evoca il profilo dei presupposti per l'ammissibilità del mezzo di ricerca della prova ma già l'art. 266, comma 1, lett. b) c.p.p. prevede una semplificazione per il ricorso alle intercettazioni nel caso di reati contro la pubblica amministrazione, stabilendo che esse siano consentite per delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (e non superiore nel massimo a cinque anni, come avviene per gli altri delitti). Ovviamente i delitti contro la pubblica amministrazione puniti con pena non inferiore a cinque anni sono tutti quelli che possono essere ritenuti "più gravi".

Ulteriore semplificazione per l'accesso allo strumento nel corso delle indagini relative ai delitti contro la pubblica amministrazione, pertanto, deve riguardare i presupposti indicati nell'art. 267 c.p.p. e, segnatamente, il parametro probatorio (sussistenza dei gravi indizi di reato) e quello della residualità del mezzo (cioè la necessità che siano assolutamente indispensabili) ovvero, nel caso di intercettazioni tra presenti in un luogo domiciliare, il presupposto di cui all'art. 266, comma 2, c.p.p. del fondato motivo dello svolgimento in detto luogo di un'attività criminale. Per incidere su questi aspetti, semplificando l'accesso per gli investigatori al mezzo di ricerca della prova, occorre estendere alle indagini, come è previsto del decreto legislativo di attuazione, per i più gravi reati contro la pubblica amministrazione le regole attualmente previste per la criminalità organizzata.

Il criterio contenuto nella legge delega, dunque, per quanto generico, sottende l'estensione di queste regole anche ai delitti contro la pubblica amministrazione.

L'estensione ripropone il tema della distinzione degli indizi "gravi" e quelli solo "sufficienti" e la conseguente complessa netta demarcazione, nel senso che il presupposto indiziario per l'autorizzazione allo svolgimento di intercettazioni, seppur deve essere semplicemente "sufficiente", non assume un significato probatorio, cioè non implica una valutazione del fondamento dell'accusa. Impone invece la dimostrazione della serietà dell'esigenza investigativa in ordine ad una determinata fattispecie delittuosa che legittima il mezzo di ricerca della prova.

La richiesta di indizi meramente "sufficienti", dunque, non dovrebbe ingenerare alcun equivoco nel senso che possa essere autorizzata un'intercettazione fondata su illeciti penali meramente ipotetici. Dagli elementi adottati si deve desumere la seria probabilità dell'avvenuta consumazione di un reato che legittima il ricorso al mezzo di ricerca della prova²¹.

La condizione della "necessità" del mezzo, invece, obbliga il giudice a ragionare secondo una logica di concreta residualità dell'intercettazione rispetto ad altri strumenti investigativi cd. "tradizionali". Quando le investigazioni riguardano reati di criminalità organizzata, non occorre che le intercettazioni siano l'unico strumento efficace a disposizione degli inquirenti (cioè, siano "assolutamente indispensabili" ai sensi dell'art. 267 c.p.p.), ma, tenuto conto della loro portata invasiva, devono comunque rivelarsi necessarie per la prosecuzione delle indagini.

Anche per le indagini di criminalità organizzata, infine, il profilo più significativo è rappresentato dall'individuazione dello stretto rapporto esistente tra questi due presupposti. Dunque, il giudice non può tralasciare di indicare il criterio di collegamento tra l'indagine in corso e l'intercettando. Solo in questo modo, la captazione è "necessaria" rispetto ad una determinata fattispecie delittuosa la cui esistenza deve essere dimostrata da "sufficienti" indizi.

Il giudice, dunque, dovrà dare conto, con congrua motivazione, della ragione dell'intercettazione di una determinata persona o di una certa utenza, spiegando quale sia il rapporto, che deve consistere in un concreto collegamento, tra la persona captata o l'utenza e le specifiche investigazioni in atto²².

²¹ Cass., sez. III, 2 dicembre 2014, n. 14954, in *CED Cass.*, n. 263044; Cass., sez. VI, 26 febbraio 2010, n. 10902, in *CED Cass.*, n. 246688, secondo cui «il presupposto dei gravi indizi di reato va inteso non in senso probatorio, ossia come valutazione del fondamento dell'accusa, ma come vaglio di particolare serietà delle ipotesi delittuose configurate, le quali non devono risultare meramente ipotetiche, essendo al contrario richiesta una sommaria ricognizione degli elementi dai quali sia dato desumere la seria probabilità dell'avvenuta consumazione di un reato». In precedenza, tra le altre, Cass., sez. II, 1° marzo 2005, n. 10881 in *Guida dir.*, 2005, 17, p. 82; Cass., sez. un., 17 novembre 2004, n. 45189, in *Riv. pen.*, 2005, p. 1018. La valutazione della particolare serietà dell'ipotesi delittuosa, peraltro, non implica un'esposizione analitica di tutti gli elementi indiziari (è sufficiente solo una ricognizione sommaria), né impone un vaglio critico di tutti gli elementi, che condurrebbe alla valutazione probatoria del fondamento dell'accusa; Cass., sez. VI, 7 novembre 2006, n. 42178, in *CED Cass.*, n. 235318; Cass., sez. II, 21 aprile 1997 n. 2873, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2715.

²² Cass., sez. VI, 17 novembre 2016, n. 1407, in *CED Cass.*, n. 268900; Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 12722, in *CED Cass.*, n.

LA DIPENDENZA COGNITIVA DEL PUBBLICO MINISTERO DAI MEZZI TECNOLOGICI: IL CAPTATORE INFORMATICO

La legge delega n. 103 del 2017, all'art. 1, comma 84, lett. e), n. 3), ha previsto una direttiva per l'adozione di una normativa volta a disciplinare l'impiego del captatore informatico nelle indagini preliminari.

La direttiva consente margini ampi per l'uso del captatore informatico. Conseguentemente, il decreto legislativo prevede che l'attivazione del dispositivo sia sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. fuori da tali casi, invece, e segnatamente nei luoghi di cui all'art. 614 c.p., soltanto qualora ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, nel rispetto dei requisiti di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p.

Sarà, dunque, possibile utilizzare lo strumento anche per le indagini relative a reati che esulano dalla criminalità organizzata e dall'area operativa dell'art. 13 del decreto legge n. 151 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991, sempreché sussista il presupposto di cui all'art. 266, comma 2, c.p.p. Occorrerà, dunque, che vi sia la dimostrazione che sia in corso l'attività criminosa. La previsione è strettamente collegata a quella di cui al n. 1) della legge delega. È stato previsto, infatti, che il programma informatico debba poter essere attivato "da remoto". Nel caso di indagini relative a reati comuni, infatti, l'attivazione da remoto garantirà di eseguire le registrazioni solo nei luoghi in cui è dimostrato che sia in corso un'attività criminale che legittima l'impiego di questo mezzo di ricerca della prova.

Il legislatore ancora una volta è "attento" alle prassi applicative degli uffici di procura e prende atto della dipendenza cognitiva del pubblico ministero dai mezzi tecnologici ma interviene ampliando l'ambito del controllo giurisdizionale. Il tema è delicato e interessante ma alquanto eccentrico rispetto ai profili in esame. Tuttavia, per quanto qui di interesse, di particolare rilievo appare la previsione, contenuta nell'art. 1, comma 84, lett. e), n. 3), della legge delega, attuata nel decreto legislativo, secondo cui "il decreto autorizzativo del giudice deve indicare le ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini".

La peculiarità invasiva del mezzo tecnologico comporta che il suo impiego sia giustificato dall'impossibilità o, quanto meno, dalla difficoltà di realizzare le medesime intercettazioni tra presenti in un modo diverso. L'indicazione risulta, così, connessa al presupposto delle intercettazioni di cui all'art. 267 c.p.p., rappresentato dall'assoluta indispensabilità dello strumento per lo svolgimento delle indagini. Non vi è dubbio che in tal modo risulterà esteso l'oggetto della valutazione del giudice anche all'ambito specificamente riferito alle "modalità esecutive". Sono immaginabili quanto inevitabili le possibili obiezioni sullo squilibrio dei poteri riservati al giudice ed al pubblico ministero, poiché, sinora, la valutazione è stato riservato al pubblico ministero.

Interessante è la previsione contenuta nell'art. 1, comma 84, lett. e), n. 6), secondo cui, fermi restando i poteri del giudice nei casi ordinari, ove ricorrano concreti casi di urgenza, il pubblico ministero può disporre le intercettazioni, limitatamente ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., con successiva convalida del giudice entro il termine massimo di quarantotto ore, sempre che il decreto d'urgenza dia conto delle specifiche situazioni di fatto che rendono impossibile la richiesta al giudice e delle ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini.

La legge delega fissa, in modo dettagliato, le regole relative agli aspetti tecnici del captatore informatico. Potranno essere utilizzati soltanto programmi informatici conformi a requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di riforma del codice di rito, che tenga costantemente conto dell'evoluzione tecnica al fine di garantire che tali programmi si limitino ad effettuare le operazioni espressamente disposte secondo standard idonei di affidabilità tecnica, di sicurezza e di efficacia.

È previsto che il trasferimento sia effettuato soltanto verso il server della procura sì da garantire originalità e integrità delle registrazioni. Si sottolinea che, in tal modo, è impedita la cd. remotizzazione della registrazione, ormai invalsa nella prassi. Il sistema di tutela è completato dalla previsione secondo cui, al termine dell'operazione intercettativa, il captatore informatico deve essere disattivato e reso definitivamente inutilizzabile su indicazione del personale di polizia giudiziaria operante.

243241, relativa alla declaratoria di inutilizzabilità per mancanza di motivazione di alcuni decreti di intercettazioni redatti con una motivazione *per relationem* alla richiesta del PM, senza che fosse dato conto delle ragioni per cui erano sottoposte ad intercettazioni conversazioni private.

Quanto alla utilizzabilità a fini di prova dei risultati intercettativi essa è prevista, nell'art. 1, comma 84, lett. e), n. 7, della legge delega soltanto per i reati oggetto del provvedimento autorizzativo. Essi possono essere utilizzati in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l'accertamento dei delitti di cui all'art. 380 c.p.p.

L'interpretazione della previsione deve essere condotta anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali, secondo cui qualora il mezzo di ricerca della prova sia legittimamente autorizzato all'interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all'art. 266 c.p.p., i suoi esiti sono utilizzabili anche per gli altri reati di cui emergano gli estremi a seguito dell'attività di captazione²³. È già stato sottolineato²⁴ che l'art. 266 c.p.p., infatti, non esclude espressamente l'utilizzabilità delle intercettazioni nell'ipotesi del concorso di reati nel medesimo procedimento e ciò pur essendo l'ipotesi di concorso di reati fenomeno del procedimento del tutto usuale e frequente. Dunque, la locuzione "nei procedimenti relativi ai seguenti reati", "per esigenze di intrinseca coerenza sistematica, deve essere interpretata nel senso della sufficienza della presenza di uno dei reati di cui all'art. 266 cod. proc. pen. all'interno del procedimento". Si ritiene, dunque, di non poter pervenire alla conclusione che l'art. 266 c.p.p. disciplini solo i casi in cui il singolo procedimento tratta uno solo, o più, dei reati che espressamente indica²⁵.

²³ Cass., sez. II, 23 febbraio 2016, n. 9500, in *CED Cass.* n. 267784.

²⁴ Si veda L. Giordano, *La delega per la disciplina delle intercettazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici*, p. 419 ss.

²⁵ Cfr. L. Giordano, *La delega per la disciplina delle intercettazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici*, cit. Di recente, peraltro, sono intervenute pronunce più rigorose che hanno richiamato un indirizzo già emerso in precedenza (Cass., sez. VI, 17 giugno 2015, n. 27820, in *CED Cass.*, n. 264087; Cass., sez. II, 18 dicembre 2015, n. 1924, in *CED Cass.*, n. 265989 e Cass., sez. III, 6 luglio 2016, n. 42733, in *CED Cass.*, n. 267975), secondo cui, quando nel corso di intercettazioni autorizzate per un dato reato emergono elementi concernenti fatti anche strettamente connessi al primo, detti elementi possono essere utilizzati solo nel caso in cui, per il reato cui si riferiscono, il controllo avrebbe potuto essere autonomamente disposto a norma dell'art. 266 c.p.p.



Processo penale e giustizia n. 1 | 2018

Scenari

Overviews

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Daniela Mainenti e Maria Ilia Bianco

DISPOSIZIONI DI MODIFICA DEL LIBRO XI DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE IN MATERIA DI RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITÀ STRANIERE

di Daniela Mainenti

(D.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149)

È stato pubblicato in Gazzetta (n. 242 del 16/10/2017) il d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, recante «*Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere*», avente come scopo precipuo quello di disciplinare le estradizioni, le domande di assistenza giudiziaria internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale (art. 1).

Per tratteggiare le recenti novità introdotte occorre prendere spunto dall'approvazione di alcuni importanti atti normativi di adattamento alla fonte summenzionata, che hanno ampiamente riformato nel nostro ordinamento la disciplina *de qua*. Si fa riferimento alla l. 21.7.2016 n. 149 che ha segnato l'avvio del processo di riforma; al d.lgs. 15.2.2016 n. 34, contenente le norme di attuazione della decisione quadro 2002/465/GAI, relativa alle squadre investigative comuni; al d.lgs. 5.4.2017 n. 52 riguardante le norme di attuazione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29.5.2000 (Convenzione di Bruxelles) e al d.lgs. 21.6.2017 n. 108, recante le norme di attuazione della Direttiva OEL.

Senza dimenticare un altro profilo interessante, sul piano del diritto internazionale, che concerne il grado di conformità della disciplina giuridica sull'assistenza giudiziaria nella nostra legislazione rispetto alle norme a tutela dei diritti umani. Si tratta del più incisivo intervento operato dal legislatore sull'ultimo libro del c.p.p., dedicato ai «*Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*», dopo la l. 5 ottobre 2001, n. 367 («*Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra Italia e Svizzera che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione, fatta a Roma il 10 settembre 1998, nonché conseguenti modifiche al codice penale e al codice di procedura penale sulle rogatorie internazionali*»). Esso trae fondamento nell'unanime riconoscimento dell'inadeguatezza dell'attuale sistema normativo di assistenza giudiziaria, a fronte di una criminalità (in particolare, quella organizzata) che ha ormai esteso il suo raggio d'azione ben oltre i confini territoriali dei singoli Stati ed è tesa a sfruttare tutte le opportunità offerte dalla globalizzazione dei mercati e dalle nuove tecnologie di comunicazione e informazione, a cui fa da contraltare una sempre maggiore volontà di cooperazione nel contrasto dei fenomeni criminali, al fine di semplificare, grazie a procedure più snelle e rafforzare, mediante la predisposizione di strumenti nuovi e più efficaci, la cooperazione giudiziaria in materia penale tra l'Italia e gli altri Stati.

Ed è proprio da queste preliminari osservazioni che si possono intravedere le ragioni che hanno ispirato il legislatore nel delineare le modifiche da attuare. Le indicazioni così fornite seguono sostanzialmente, sebbene non esclusivamente, due direttrici: da un lato, una maggiore tutela dei soggetti coinvolti a qualsivoglia titolo nei procedimenti *de quibus* e, dall'altro lato, una maggiore efficienza degli istituti disciplinati nel Libro XI, anche mediante una semplificazione e razionalizzazione, forse più apparente che reale, dei relativi procedimenti.

Ciò premesso ecco, per grandi linee, le principali variazioni.

ESTRADIZIONE

Innanzitutto la previsione di un nuovo art. 696 c.p.p. con un esplicito richiamo alla normativa dell'Unione Europea («*Prevalenza del diritto dell'Unione europea, delle convenzioni e del diritto internazionale generale*»). Ispirato da tali motivi, l'intervento riformatore introduce un nuovo Titolo I-bis al Libro XI del codice di procedura penale, dedicato ai principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni dei provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell'Unione Europea. Tuttavia, le Direttive sono state riversate in altrettante norme dove, pare, che l'unico vantaggio stia nell'aver ribadito alcuni principi che, qualora non fossero richiamati nella normativa sovranazionale, e a condizione non siano in contrasto con questa, andrebbero comunque disciplinati.

Per esaminare i singoli istituti che attengono alla cooperazione giudiziaria analizziamo pertanto, solo per cenni, quali sono i più rilevanti cambiamenti.

Per quanto riguarda l'**estradizione**, il ruolo del Ministro viene delineato in modo più nitido mediante il richiamo all'eventuale compromissione di sovranità, sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato quali limiti alla relativa concessione.

Per garantire una maggiore rapidità del procedimento sono state poste più nette scansioni temporali mediante l'individuazione di precisi termini imposti al Ministro, al p.m. e ai giudici. Nel caso in cui si instauri la fase di garanzia giurisdizionale, a tutela dell'estradando, si è prevista *per tabulas* la necessità che si proceda al suo interrogatorio, dove la presenza del difensore si pone come condizione di validità per il consenso alla consegna e la rinuncia al principio di specialità.

Con riguardo alla libertà personale dell'estradando si è, poi, disciplinata l'ipotesi di sospensione del termine per la consegna a seguito di impugnazione al TAR del decreto di concessione e si è previsto un termine massimo di durata delle misure coercitive per la fase successiva all'emissione di tale decreto. Inoltre, il rispetto delle decisioni della Corte costituzionale relative all'istituto *de quo*, nel quadro della tutela dei principi dei diritti dell'uomo, ha imposto, in primo luogo, di regolare l'ipotesi di consegna nel caso di reati punibili, o puniti, con la pena di morte stabilendosi che l'estradizione è possibile solo nel caso di decisione che non applichi tale pena ovvero quando sussista un provvedimento di commutazione (C. cost. n. 223/96). E, in secondo luogo, per quel che attiene il computo della custodia sofferta all'estero, si è recepito quanto indicato dalla Corte (C. cost. n. 253/04) per l'esigenza di rispettare i termini di fase.

A ciò si aggiunge una delle più rilevanti modifiche introdotte da questa riforma che riguarda il **principio di specialità** nell'estradizione attiva. Esso, oggi, viene configurato come causa di sospensione del processo. In passato, l'individuazione della sua natura aveva infatti determinato, in mancanza di una chiara indicazione normativa, rilevanti contrasti interpretativi a cui, ora dovrebbe essere data soluzione. Utile è stato, anche, aver previsto l'estensione dell'estradizione, disciplinando l'emissione del provvedimento cautelare custodiale necessario alla richiesta.

LE ROGATORIE

Passando ora alle **rogatorie**, che costituiscono l'istituto maggiormente innovato, anche sotto un profilo strutturale, bisogna segnalare come, in merito alle rogatorie passive, si registri, anzitutto, un contenimento del ruolo del Ministro, tanto è vero che, per quanto concerne i rapporti con gli altri Stati membri dell'Unione Europea, la procedura di assistenza giudiziaria risulta fortemente de-politicizzata dato che il potere di filtro politico del Ministro della giustizia potrà essere esercitato soltanto nei casi e nei limiti stabiliti dalle convenzioni in vigore tra gli Stati, ovvero dagli atti adottati dall'Unione. Inoltre, a conclusione della fase preliminare, è stata introdotta, nel caso in cui il Ministro desse corso alla richiesta, una significativa semplificazione e velocizzazione della procedura per l'esecuzione della rogatoria. Per le attività di acquisizione probatoria e sequestro di beni a fini di confisca, è stato previsto il superamento del c.d. procedimento di *exequatur*; inoltre, è stata introdotta una modifica particolarmente rilevante: la competenza a decidere sull'ammissibilità della richiesta spetta ora al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del Distretto del luogo nel quale devono compiersi gli atti richiesti. In questo modo viene eliminata la competenza della Corte d'appello, ma non il controllo circa la concedibilità dell'assistenza secondo i consueti parametri individuati dall'art. 724.

Sono stati poi indicati dei criteri, su cui si può discutere, per determinare la competenza quando si debba procedere in differenti Distretti:

a) ove alla richiesta debba darsi esecuzione, il Procuratore distrettuale vi provvederà salvo che si tratti di atti di competenza del Giudice, o che debbono essere compiuti dinnanzi allo stesso, nel qual caso presenterà le proprie richieste al Giudice per le indagini preliminari;

b) si ribadisce il ricorso alla *lex loci* quanto all'esecuzione delle rogatorie, salvo l'osservanza di forme specifiche segnalate dall'autorità straniera;

c) è prevista la possibilità che venga autorizzata la presenza di rappresentanti dell'autorità richiedente, nonché l'indicazione di atti ulteriori non contenuti nella richiesta ai fini di una sua integrazione;

d) la regolamentazione di forme particolari di assistenza giudiziaria, quali il trasferimento temporaneo all'estero di persone detenute, l'audizione mediante videoconferenza o teleconferenza, che sostanzialmente riproducono la disciplina già presente in sede pattizia;

e) per quel che attiene alle rogatorie attive le principali modifiche riguardano la riformulazione delle norme che si riferiscono alla modalità della richiesta e l'inutilizzabilità degli atti rogati: sono state, quindi, depennate quelle statuizioni introdotte con la modifica del 2001;

f) vengono normate le forme particolari di assistenza giudiziaria in maniera pressoché identica alle rogatorie passive, con l'esclusione delle teleconferenze;

g) infine, viene inserita una breve disciplina delle squadre investigative comuni.

IL RICONOSCIMENTO DELLE SENTENZE STRANIERE ED ESECUZIONE ALL'ESTERO DELLE SENTENZE ITALIANE

Decisamente limitati sono poi gli interventi in tema di **riconoscimento delle sentenze straniere e di esecuzione all'estero di quelle italiane**, nonostante la legge delega avesse per tali istituti lasciato un ampio margine di discrezionalità indicando la previsione di "*condizioni e forme del riconoscimento secondo criteri di massima semplificazione*". Purtuttavia il legislatore, a parte alcune piccole modifiche relative all'individuazione di termini per il compimento delle attività richieste e alla trasmissione, si è limitato a disporre un procedimento di tipo cartolare, salva l'ipotesi in cui il riconoscimento sia preordinato all'esecuzione di una sentenza di condanna a pena detentiva (art. 731 c.p.p.), per il quale resta invariato il procedimento ordinario, nonché un rinvio coerente con le disposizioni in materia di rogatorie per le indagini e il sequestro a fini di confisca.

Una assoluta novità è, invece, rappresentata dall'inserimento dell'istituto del **trasferimento dei procedimenti penali** posto per ovviare ad eventuali conflitti di giurisdizione e, in prospettiva, per evitare il realizzarsi di un *bis in idem*. Lo spostamento del procedimento è possibile solo fino a quando sia stata esercitata l'azione penale e, quando si tratti di trasferimento all'estero. Sono, inoltre, indicati alcuni criteri, che fanno capo all'esistenza di più stretti legami territoriali con il fatto o con le fonti di prova. La scelta è affidata al pubblico ministero e, nel caso di trasferimento all'estero, è subordinata ad un *placet* del Ministro della giustizia. Nell'ipotesi in cui il trasferimento sia possibile, il Giudice per le indagini preliminari emette decreto di archiviazione.

Concludendo, e su un piano più generale, con riferimento ai diritti individuali, occorre segnalare che la riforma non realizza progressi sostanziali circa una effettiva parità delle armi tra accusa e difesa, rimanendo preclusa la facoltà della difesa di svolgere le indagini all'estero in forza di un OEI; queste criticità peraltro sono espressione delle lacune tuttora caratterizzanti l'ordinamento europeo che fanno della riforma, complessivamente considerata nell'intero contesto, un quadro ancora non unitario e coerente.

* * *

DISPOSIZIONI PER LA TUTELA DEGLI AUTORI DI SEGNALAZIONI DI REATI O IRREGOLARITÀ DI CUI SIANO VENUTI A CONOSCENZA NELL'AMBITO DI UN RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO O PRIVATO

di Maria Ilia Bianco

(L. 30 novembre 2017, n. 179)

La nuova legge in tema di c.d. “*whistleblowing*” (letteralmente “soffiata sulle irregolarità”) inserita in GU n. 291 del 14 dicembre 2017 ed in vigore dal 19 dicembre 2017, si compone di tre articoli che, modificando il tessuto normativo del Testo unico sul pubblico impiego (d.lgs. n. 165/2001) e del d.lgs. n. 231/2001 sulla Responsabilità da reato degli enti, introducono un dettagliato meccanismo di tutela del dipendente dell’ente pubblico o privato che segnali un illecito del quale sia venuto a conoscenza nell’ambito del proprio rapporto lavorativo.

L’**art. 1** della legge in esame interviene sulla disciplina prescritta dal Testo Unico sul Pubblico Impiego, sostituendo integralmente l’art. 54-*bis* già rubricato “**tutela del dipendente pubblico che segnali illeciti**”.

Il primo comma dell’articolo riformato enuncia un principio di carattere generale, vale a dire la **intangibilità del whistleblower** (letteralmente del “segnalatore” o, convenzionalmente, della “talpa” o “spifferatore”) rispetto a misure ritorsive, direttamente collegate alla sua segnalazione, adottate nei suoi confronti dall’ente di appartenenza. In particolare questo comma dispone l’esonero del denunciante da sanzioni, demansionamento, licenziamento, trasferimento e da altre misure organizzative aventi ripercussioni negative sulla sua condizione lavorativa, quando queste siano adottate dall’ente di appartenenza come effetto diretto della sua segnalazione e con funzione chiaramente ritorsiva e discriminatoria. Ove misure del genere siano predisposte, il loro diretto destinatario, o le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell’amministrazione che le abbia erogate, ne danno comunicazione all’ANAC che, a sua volta, informa il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri o gli altri organismi di garanzia o di disciplina perché si attivino secondo le proprie competenze.

Il secondo comma del nuovo art. 54-*bis* delinea l’**ambito soggettivo** di operatività della disciplina ed indica quali categorie di lavoratori debbano ritenersi “dipendenti pubblici” ai fini della tutela specificamente approntata, accedendo ad una nozione d’insieme ben più ampia di quella di cui all’art. 1, comma secondo, del T.u.p.i.. Ed infatti, oltre i dipendenti delle PA ed il personale in regime di diritto pubblico, sono schermati dalla tutela anche i dipendenti di un ente pubblico economico, i dipendenti di un ente di diritto privato sottoposto al controllo pubblico ex art. 2359 c.c.; nonché i lavoratori e i collaboratori delle imprese fornitrici di beni e servizi e che realizzano opere in favore di una pubblica amministrazione.

Quanto all’**ambito oggettivo** di operatività della disciplina, vi rientrano le segnalazioni o denunce effettuate nell’interesse dell’integrità della pubblica amministrazione. Denunce che siano, cioè, strumentali alla prevenzione della corruzione e che inibiscano l’instaurarsi di prassi illecite nell’ente di appartenenza del segnalatore.

È poi enunciato, nel terzo comma, il principio di **garanzia dell’anonimato del denunciante**. Anonimato tutelato secondo le modalità ed i limiti di cui al segreto istruttorio disciplinato dall’art. 329 del c.p.p. e secondo i divieti dettati in tema di accesso agli atti fissati dagli artt. 22 ss. della l. n. 241/1990.

Ciò vuol dire che l’identità del *whistleblower* sarà in linea di massima sempre preservata almeno fino alla chiusura delle indagini preliminari e comunque fino a quando il segreto non osti al corretto espletamento del diritto di difesa del denunciato.

L’ANAC, investita dalla presente legge del **compito di adottare apposite linee guida** relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni, anche attraverso la promozione di strumenti informatici e crittografici (art. 1 comma 5 l. n. 179/2017), ha altresì il **potere di adottare sanzioni amministrative pecuniarie** a carico delle pubbliche amministrazioni o degli altri enti di cui al comma 2 che abbiano adottato misure discriminatorie nei riguardi del *whistleblower* e non siano riusciti a dimostrarne il carattere non ritorsivo in sede istruttoria (sanzione passibile di andare dai 5.000 ai 30.000 euro) o che non abbiano predisposto o adottato valide procedure interne per l’inoltro e la gestione delle segnalazioni (sanzione compresa tra 10.000 e 50.000 euro); o, infine, che non abbiano svolto i dovuti accertamenti in seguito alla ricezione di una segnalazione (sanzione compresa tra 10.000 e 50.000

euro). L'entità delle sanzioni erogabili è proporzionale alle dimensioni dell'amministrazione o dell'ente che ne sono destinatari. Vigè un generale principio di inversione dell'onere della prova poiché sono gli enti irrogatori delle misure "anomale" nei confronti dell'informatore a dover dimostrare la estraneità o alterità delle stesse rispetto alla denuncia sporta.

Ad ulteriore rafforzamento delle **garanzie del whistleblower** che sia stato licenziato a causa della segnalazione (e quindi in funzione discriminatoria), l'ottavo comma del nuovo art. 54-*bis* ne prevede la **reintegrazione nel posto di lavoro** ex art. 2 del d.lgs. 23/2015 ed, in via generale, il comma settimo della medesima norma sancisce la **nullità di tutti i provvedimenti ritorsivi** dei quali l'ente irrogante non riesca a dimostrare lo scollegamento rispetto alla pervenuta segnalazione e la natura non discriminatoria. Come poc'anzi anticipato, l'onere della prova contraria grava dunque sul datore di lavoro (o in generale sull'ente che abbia adottato il provvedimento) a pena di nullità dell'atto sospetto e di sanzione amministrativa pecuniaria.

Unico **limite** all'operatività del sistema costruito a tutela dell'"informatore" è rappresentato dalla circostanza che la segnalazione non sia veritiera (ex art. 54-*bis* comma 9): circostanza da accertarsi giudizialmente, sul piano penalistico, con sentenza anche solo di primo grado, che addebiti all'imputato una responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione o che lo condanni per un reato diverso ma comunque collegato alla sua segnalazione ovvero, sul piano civilistico, attraverso l'accertamento di una responsabilità dolosa o colposa del *whistleblower* che abbia effettuato la segnalazione agendo in cattiva fede o versando in colpa grave.

L'**art. 2** della legge analizzata è dettato a tutela dei lavoratori dipendenti di un ente privato e si innesta nella disciplina prevista dal **d.lgs. n. 231/2001** in riferimento ai profili contenutistici dei **modelli di organizzazione e gestione** che l'ente deve adottare per la prevenzione di attività illecite al suo interno. In sintesi, attraverso l'art. 2 (che prevede l'aggiunta di tre ulteriori commi nell'**art. 6** del decreto *de quo*), le garanzie dettate a tutela dell'informatore nell'ambito del T.u.p.i. sono confermate anche in caso di cd. *whistleblowing* che avvenga nel settore delle imprese sottoposte alla disciplina di cui al d.lgs n. 231/2001 e, affinché ne sia garantita l'operatività in concreto, il legislatore dispone che sia l'ente stesso a tracciare forme e fasi della procedura di segnalazione nel proprio modello di gestione, approntando validi meccanismi di anonimato (anche con procedure informatizzate) e garanzia per l'informatore. In particolare:

- il comma 2-*bis* dispone che i modelli di organizzazione e gestione (modelli di cui alla lett. a) del comma 1 dello stesso art. 6) adottati dall'ente approntino più canali alternativi idonei a consentire ai lavoratori – che siano soggetti apicali e di rappresentanza dell'ente (ex art. 5, comma 1, lett. a) o loro subordinati (ex art. 5, comma 1, lett. b)) – di segnalare gli illeciti e le violazioni dello stesso modello di organizzazione, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte, in modo che ne sia garantito l'**anonimato in tutte le fasi della procedura di gestione della segnalazione**. È inoltre sancito che il modello organizzativo preveda, a pena di sanzioni disciplinari ex art. 6, comma 2, lett. e), anche un meccanismo informatico a tutela della riservatezza dell'informatore. È fatto **divieto agli enti di adottare** nei riguardi dei *whistleblowers* **misure discriminatorie o ritorsive** che siano direttamente collegate alla loro "soffiata" ed è, altresì, specificato che le segnalazioni siano sempre fondate su elementi precisi e concordanti. Devono, infine, essere previste sanzioni a carico della "talpa" che effettui, con dolo o colpa grave, segnalazioni infondate e pretestuose.

- il comma 2-*ter* dispone che l'informatore, destinatario di un provvedimento discriminatorio collegato alla sua segnalazione, può rivolgersi all'Ispettorato nazionale del lavoro quando il provvedimento ritorsivo sia di sua competenza. Medesimo potere di denuncia spetta anche all'organizzazione sindacale eventualmente indicata dal *whistleblower*.

- il comma 2-*quater* sancisce la **nullità delle misure discriminatorie o ritorsive adottate dall'ente nei confronti dell'informatore**: dei licenziamenti ritorsivi o discriminatori, dei mutamenti di mansioni *in peius* o comunque ingiustificati di cui all'art. 2103 del c.c., nonché di qualunque altra misura ritorsiva o discriminatoria che il lavoratore lamenti essere diretta conseguenza della sua segnalazione e della quale il datore di lavoro non riesca a dimostrare lo scollegamento rispetto al *whistleblowing* o una natura diversa da quella meramente ritorsiva.

L'**art. 3** della nuova legge disciplina, infine, il caso in cui la **segnalazione fatta dal whistleblower abbia ad oggetto informazioni coperte dal segreto** (professionale, aziendale, scientifico, industriale o d'ufficio) e rispetto alle quali la condotta disvelatrice del lavoratore, a rigor di legge, dovrebbe integrare un'ipotesi

di reato. Per scriminare tale condotta, l'art. 3, al comma 1, introduce una clausola fondata sul presupposto che la violazione del segreto sia operata in virtù di un interesse superiore rispetto a quello leso e consistente, nella specie, nell'integrità delle amministrazioni e nella prevenzione e repressione delle malversazioni. In questi casi, ed entro tali limiti, la rivelazione del *wistleblower* costituisce "**giusta causa**" di **rivelazione** di notizie coperte dall'obbligo di segreto di cui agli artt. 326, 622 e 623 c.p. e 2105 cod. civ.

Pertanto, l'art. 3 indica due criteri cui questo genere di segnalazioni deve conformarsi affinché al denunciante sia assicurata l'esenzione da eventuali contro-incriminazioni:

– un primo **criterio** è quello dell'**"orientamento finalistico"**: la segnalazione deve cioè avere il duplice scopo di perseguire l'interesse all'integrità dell'amministrazione, pubblica o privata, nonché quello di prevenire e reprimere le malversazioni. Al di fuori di questi casi, infatti, la condotta del denunciante che violi gli obblighi di segretezza imposti dagli artt. 326, 622 e 623 c.p., nonché dall'art. 2105 del c.c., non si ritiene giustificata, esulando dall'ambito di operatività della scriminante dettata dal legislatore (in calce al primo comma dell'art. 3 in esame) proprio in funzione di riequilibrio delle antinomie rinvenibili sul piano normativo (sulla natura scriminante della clausola si è espresso il Parlamento in sede di redazione della relazione illustrativa della legge n. 179/2017, documento consultabile sul sito della Camera). Un'eccezione all'operatività della "giusta causa" è disposta dal secondo comma dell'art. 3 e riguarda le condotte di quei soggetti che siano venuti a conoscenza di un illecito in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l'ente, l'impresa o la persona fisica interessata. In tal caso, infatti, l'obbligo di serbare il segreto professionale da parte di tali soggetti si considera permanente e totalizzante, sicché un'eventuale segnalazione o denuncia dei fatti secretati non permetterebbe l'operatività della clausola espressa scriminante.

– vi è poi il **criterio della "continenza"** (art. 3 comma 3), secondo il quale le modalità e l'oggetto della denuncia non devono eccedere le finalità per cui è segnalato l'illecito né devono fuoriuscire dal canale di comunicazione con l'organo preposto alla vigilanza.

Vige, infine, un **generale obbligo di correttezza del *wistleblower*** che deve permeare qualsiasi tipo di denuncia (anche quella non avente ad oggetto informazioni segrete): i fatti oggetto di segnalazione devono cioè sempre recare i requisiti della "*veridicità/verosimiglianza*" e il denunciante deve sempre aver agito in "*buona fede*", cioè senza la "coscienza dell'(eventuale) innocenza" del soggetto denunciato, integrando altrimenti, la sua condotta, gli estremi del reato di calunnia *ex art. 368 c.p.*, di diffamazione *ex art. 595 c.p.*, o comunque ipotesi di responsabilità civile per lo stesso titolo nei casi di dolo o colpa grave (tanto è disposto dall'art. 1, ultimo comma della legge in esame).

NOVITÀ SOVRANAZIONALI SUPRANATIONAL NEWS

di *Valentina Vasta*

IL REGOLAMENTO (UE) 2017/1939 ISTITUTIVO DELLA PROCURA EUROPEA

Il 31 ottobre 2017 è stato pubblicato il *Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»)* (in G.U.U.E. 31 ottobre 2017, L 283/1). Il Regolamento è stato approvato dal Consiglio dell'Unione Europea il 12 ottobre 2017 tramite la procedura di cooperazione rafforzata “semplificata” – prevista dall'art. 86, par. 1, TFUE – attivabile da un gruppo di almeno nove Stati membri qualora non sia stata raggiunta l'unanimità in seno al Consiglio sul progetto di regolamento. In particolare, tale procedura è stata attivata da Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia e Spagna. Hanno successivamente dichiarato di partecipare anche Lettonia, Estonia, Austria e Italia.

Ad oggi, dunque, sono venti gli Stati membri coinvolti nell'istituzione della Procura europea, rimanendone esclusi Olanda, Malta, Polonia, Svezia ed Ungheria – che non hanno percorso la via dell'integrazione differenziata – oltre a Danimarca, Regno Unito ed Irlanda – che avevano già esercitato il c.d. *opt-out* nell'adozione delle misure proposte a norma della parte III del titolo V TFUE, dedicata alla cooperazione giudiziaria in materia penale tramite, rispettivamente, il protocollo n. 22 *sulla posizione della Danimarca* (in G.U.U.E. 7 giugno 2016, C 202/298) ed il protocollo n. 21 *sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia* (in G.U.U.E. 7 giugno 2016, C 202/295). Tali Stati potranno comunque aderire al Regolamento successivamente ai sensi dell'art. 328, par. 1, TFUE.

A norma dell'art. 120, il Regolamento entrerà in vigore decorsi venti giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, ma la Procura europea, una volta costituita, diventerà operativa solo alla data stabilita con decisione approvata dalla Commissione su proposta del Procuratore capo europeo, non oltre tre anni dall'entrata in vigore del presente atto.

Preceduto da 121 *consideranda*, il Regolamento si compone di 120 articoli, suddivisi in 11 capi, che disciplinano la struttura ed il funzionamento della neo istituita Procura europea. La disciplina dovrà, però, successivamente essere integrata, per quanto concerne l'organizzazione del lavoro, dal regolamento interno – richiesto dall'art. 21, il quale dovrà essere adottato dal collegio a maggioranza dei due terzi su proposta del Procuratore capo europeo – e da specifiche direttive che dovranno essere emanate dallo stesso collegio laddove il Regolamento lo preveda.

In realtà, l'idea di creare un organo inquirente competente ad esercitare funzioni investigative all'interno di un unico spazio giudiziario europeo era stata avanzata, per la prima volta, nel “*Corpus iuris*” del 1997, (*Corpus iuris portant dispositiones pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, a cura di M. Delmas-Marty, Paris, 1997), integrato nel 2000 con la c.d. “versione di Firenze” (*La mise en œuvre du Corpus juris dans les États membres*, a cura di M. Delmas-Marty-J.A.E. Vervaele, Utrecht, 2000). Tali documenti, oltre a delineare l'assetto organizzativo e funzionale della Procura europea, dedicavano anche una parte all'individuazione di regole comuni sul piano sostanziale e alla disciplina delle figure di reato, delineando, così, seppure nel circoscritto settore della tutela degli interessi finanziari dell'Unione, principi di un vero e proprio diritto penale europeo. Le linee fondamentali del *Corpus iuris* sono state poi riprese e sviluppate nel *Libro Verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea* (COM/2001/725 final). La Commissione europea, però, in quell'occasione, aveva posto un *caveat* all'auspicata necessità di armonizzazione del diritto penale, considerandola legittima solo se diretta e proporzionata agli specifici obiettivi perseguiti dalla creazione della Procura europea, limitati alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, escludendo, così, la necessità di ricorrere ad una «*codificazione generale del diritto penale*» fra gli Stati membri (cfr. *Libro Verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea*, 34).

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è stata posta, all'art. 86 TFUE, la base giuridica per l'istituzione della Procura europea, «a partire da Eurojust», finalizzata a «combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione», fatta salva la possibilità per il Consiglio di adottare una decisione al fine di estendere le attribuzioni dell'organo alla lotta contro la criminalità grave che presenti una dimensione transnazionale. L'art. 86, par. 3, TFUE circoscrive, inoltre, il contenuto minimo del Regolamento alla fissazione dello statuto della Procura europea e alla determinazione delle regole procedurali riguardanti le condizioni per l'esercizio delle specifiche funzioni, le relative attività, l'ammissibilità delle prove ed il controllo giurisdizionale degli atti adottati.

L'attuazione della previsione pattizia è il frutto di un lungo iter legislativo avviato con una proposta di regolamento (COM/2013/534 final) adottata dalla Commissione nel 2013 e inserita all'interno di un "pacchetto" di misure volte alla tutela penale degli interessi finanziari dell'UE, alla cui salvaguardia, oltre che gli Stati membri, è tenuta la stessa Unione ai sensi degli artt. 310, par. 6 e 325 del TFUE (per un commento cfr. F. RUGGIERI, *Il pubblico ministero europeo: uno sconosciuto tra di noi*, in *questa Rivista*, 6, 2013, 1 ss.).

Così come prevista dal Trattato e fin dalla sua primigenia proposta, la disciplina della Procura europea riguarda il solo aspetto istituzionale di uno spazio giudiziario europeo *in fieri*, senza fissare regole di diritto penale comuni a tutti gli Stati membri, diversamente da quanto prospettato nel *Corpus iuris*, (sul punto cfr. R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto penale 'armonizzato'? Le questioni in gioco*, in G. Grasso, G. Illuminati, R. Sicurella, S. Allegrezza (a cura di) *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, 7 ss.).

Infatti, il Regolamento del 2017 ha istituito l'EPPO (*European Public Prosecutor Office*) come organo dell'Unione, avente personalità giuridica (art. 3), competente ad individuare, perseguire e rinviare a giudizio, di fronte agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri, gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (considerando n. 11 e art. 4 "Compiti").

Nella proposta di regolamento del 2013 emergeva una struttura – piuttosto snella – a impronta gerarchica, al cui vertice era posto il Procuratore europeo, assistito da quattro sostituti ed affiancato dai Procuratori europei delegati.

Il nuovo Regolamento abbandona invece la fisionomia schiettamente verticistica, in favore di una più complessa – e articolata – struttura collegiale. La Procura europea, infatti, è adesso organizzata su due livelli: uno "centrale" e l'altro "decentrato". In particolare, il primo livello comprende l'ufficio centrale – con sede a Lussemburgo – formato dal collegio, dalle camere permanenti, dal Procuratore capo europeo e dai suoi sostituti, dai Procuratori europei e dal direttore amministrativo; il secondo livello, invece, è costituito dai Procuratori europei delegati (PED) con sede in ogni Stato membro.

Al vertice dell'organo inquirente è posto il Procuratore capo europeo (art. 11) che organizza il lavoro, dirige l'attività, assume la rappresentanza di fronte alle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri e nei rapporti con i terzi. Il Procuratore capo dura in carica sette anni ed è nominato da Parlamento e Consiglio su proposta di un apposito comitato di selezione, sulla base di candidature pubblicate in Gazzetta ufficiale. L'organo di vertice è coadiuvato nello svolgimento delle sue funzioni da due sostituti – nominati dal collegio – i quali esercitano funzioni vicarie in caso di assenza o impedimento dello stesso (art. 15).

I Procuratori europei sono nominati dal Consiglio tra i tre candidati designati da ciascuno Stato membro, una volta ricevuto il parere positivo del comitato di selezione, e durano in carica sei anni. A questi è affidata la supervisione delle singole indagini e azioni penali di cui sono incaricati i PED presso ogni Stato membro.

I Procuratori europei delegati sono, invece, designati dai singoli Stati membri e nominati dal collegio su proposta del Procuratore capo. Il numero e la ripartizione funzionale e territoriale delle competenze dei PED di ogni Stato membro sono decisi dall'organo di vertice dell'EPPO in accordo con le competenti autorità nazionali. I PED, inoltre, quando operano come membri della Procura europea sono sottoposti all'autorità esclusiva del Procuratore europeo, ferma restando la possibilità di poter continuare ad esercitare le funzioni di pubblico ministero a livello nazionale nella pendenza dell'incarico (art. 13). Il Regolamento ha, dunque, mantenuto la previsione del c.d. "doppio cappello" già presente nella proposta del 2013 (cfr. art. 6, par. 6 *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*).

Al collegio – composto dal Procuratore capo europeo e da un Procuratore europeo per ogni Stato membro – viene, altresì, assegnato dal Regolamento, oltre al potere di nomina, anche un ruolo decisionale su questioni strategiche e di ordine generale, nonché di supervisione dell'attività complessiva

dell'EPPO (art. 9). Le decisioni operative relative ai singoli casi, a livello centrale, sono adottate invece, nelle ipotesi e secondo le modalità previste dal Regolamento, dalle camere permanenti, alle quali il Regolamento affida anche funzioni di indirizzo e monitoraggio delle indagini e delle azioni penali condotte dai PED, e di coordinamento di quelle transfrontaliere (art. 10).

La Procura europea viene espressamente definita, dall'art. 6, come organo indipendente, i cui componenti, nell'esercizio delle loro funzioni, agiscono nell'interesse dell'UE, non accettando né sollecitando istruzioni da parte di terzi, compresi gli stessi Stati membri, di istituzioni, organi e organismi dell'Unione. La disposizione citata pone poi lo speculare dovere per questi ultimi di rispettare l'indipendenza dell'EPPO. Vi è però l'obbligo del Procuratore capo di rendere conto a Parlamento, Consiglio e Commissione, nonché agli Stati membri dell'attività generale dell'EPPO, tramite l'invio di una relazione annuale, e di presentarsi, una volta l'anno, di fronte alle istituzioni dell'Unione e, ove ne facciano richiesta, ai parlamenti nazionali, al fine di relazionare in merito.

Il Regolamento delinea, poi, un sistema di competenze concorrenti, tra l'organo inquirente europeo e le corrispondenti autorità nazionali, «*basato sul diritto di avocazione dell'EPPO*» (considerando n. 13).

In particolare, l'art. 22 distingue tra la competenza per materia "principale" e "ancillare".

La competenza per materia "principale" è fissata al par. 1 tramite il rinvio alla *Direttiva (UE) 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale* (in G.U.U.E. 28 luglio 2017, L 198/29) – c.d. direttiva PIF – così come attuata dagli Stati membri, fatta eccezione per la competenza relativa alle "frodi IVA transfrontaliere", sussistente solo nell'ipotesi in cui il reato sia commesso nel territorio di due o più Stati membri e provochi un danno complessivo pari almeno a 10 milioni di euro. Il par. 2 estende poi la competenza dell'EPPO ai reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, di cui alla *Decisione quadro 2008/84 (GAI) relativa alla lotta contro la criminalità organizzata* (in G.U.U.E. 11 novembre 2008, L 300/42), purché si tratti di associazioni che pongano in essere taluna delle condotte illecite previste dalla direttiva PIF.

L'ampio margine discrezionale di cui gli Stati membri dispongono nell'attuazione della direttiva PIF si riflette, così, inevitabilmente sulla definizione delle fattispecie di reato oggetto della competenza principale dell'EPPO, "abbassando" il livello di armonizzazione della legislazione penale, con sensibili ricadute in tema di uniformità dell'azione della Procura europea nella protezione degli interessi finanziari dell'UE (in questo senso cfr. A. Carrera, *Prime osservazioni sul regolamento che istituisce la Procura europea*, in *www.eurojus.it*, 21 ottobre 2017).

Il par. 3 individua la competenza per materia "ancillare" prevedendo che la Procura europea potrà, esercitare le sue funzioni anche in relazione a qualsiasi altro reato che sia «*indissolubilmente legato*» ad uno rientrante nella sua competenza principale, a meno che la sanzione prevista dal diritto nazionale per quest'ultimo non sia equivalente o meno grave rispetto a quella comminata per il reato connesso, fatta eccezione per le ipotesi in cui tale reato sia stato eseguito al solo scopo di commettere il reato PIF o le condotte abbiano causato un danno agli interessi finanziari dell'UE, anche solo potenziale, superiore rispetto a quello arrecato ad un'altra vittima (art. 25, par. 3). In quest'ultima ipotesi, tuttavia, qualora non si verifichi tale condizione, le indagini potranno essere comunque svolte dall'EPPO laddove risulti che possano essere condotte meglio a livello europeo, sempre che vi sia il consenso delle autorità nazionali competenti.

Peraltro, il Regolamento pone un limite generale all'esercizio della competenza della Procura europea, escludendola nell'ipotesi in cui sia stato arrecato un danno – reale o potenziale – agli interessi finanziari dell'UE inferiore ai 10.000 euro, e stabilendo genericamente che questa possa essere esercitata solo se «*il caso ha ripercussioni a livello dell'Unione*» o nei confronti di funzionari, agenti o membri delle istituzioni dell'UE (art. 25, par. 2).

Quanto alla competenza territoriale (art. 23), questa si radica in capo all'EPPO qualora il reato sia stato commesso in tutto o in parte in uno degli Stati membri, oppure da un cittadino europeo o da una persona che al momento del fatto era soggetta allo statuto o al regime applicabile dallo Stato membro, a condizione che sussista la competenza di quest'ultimo per il reato commesso al di fuori del proprio territorio.

La competenza così determinata viene esercitata tramite l'avvio di un'indagine da parte del Procuratore europeo delegato, oppure attraverso l'esercizio del potere di avocazione di un'indagine già iniziata dall'autorità nazionale, inibendo, in questo modo, agli Stati membri il potere di avviare o proseguire un procedimento penale per i medesimi fatti. La risoluzione di eventuali conflitti di competenza tra la Procura europea e gli Stati membri sono devoluti alle competenti autorità nazionali.

Il Regolamento, all'art. 5 "*Principi fondamentali delle attività*", prevede espressamente che la Procura europea avvii le indagini «*senza indebito ritardo*» e che queste siano svolte in maniera imparziale, racco-

gliando tutte le prove a carico e a discarico, agendo nel rispetto dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dei principi dello stato di diritto e della proporzionalità.

Per quanto attiene allo svolgimento dell'attività d'indagine, il Regolamento vi dedica poche norme, rinviando al diritto nazionale dello Stato di appartenenza del Procuratore delegato incaricato del caso per tutto quanto non espressamente previsto dal Regolamento stesso.

In particolare, l'art. 24 prevede che l'EPPO riceva la *notizia criminis* dalle istituzioni, dagli organi, dagli uffici e dalle agenzie dell'Unione e dalle autorità competenti degli Stati membri. Allo stesso modo, laddove la competenza della Procura europea emerga nell'ambito di un'indagine in corso di fronte alle autorità nazionali, queste ultime sono tenute ad informarne senza ritardo l'organo dell'Unione affinché possa esercitare il proprio diritto di avocazione dell'indagine. Il Regolamento fissa anche un contenuto minimo dell'informativa: la descrizione del fatto e la sua possibile qualificazione giuridica, una valutazione del danno e qualunque altra informazione riguardante gli indagati, le vittime, anche potenziali, nonché l'indicazione di qualsiasi altra persona coinvolta (par. 4). È rimessa, poi, al regolamento interno la disciplina della registrazione e della verifica delle informazioni trasmesse alla Procura europea (par. 6), la quale dovrà, comunque, provvedere all'annotazione della motivazione nel sistema automatico di gestione dei fascicoli nel caso in cui ritenga di non dover procedere (par. 7). Specularmente, l'organo inquirente europeo, nel caso in cui venga a conoscenza di un reato che esula dalla sua competenza, dovrà darne informazione e trasmettere gli atti alle competenti autorità nazionali.

L'indagine viene normalmente avviata e svolta dal Procuratore europeo delegato dello Stato membro del «luogo in cui si trova il centro dell'attività criminosa», o, nel caso di più reati connessi, da quello dello Stato in cui ne è stato commesso il numero maggiore. Qualora tali criteri non risultino applicabili, la camera permanente provvede all'individuazione di un PED incaricato di avviare l'indagine. Inoltre, ove il caso rientri nella competenza di più Stati membri, la camera permanente competente tenuto conto delle indagini svolte e fino a che non venga esercitata l'azione penale, possono, «nell'interesse generale della giustizia», riassegnare il caso ad altro PED, riunire o separare i casi, previa consultazione dei Procuratori europei e delegati interessati (art. 26).

Il Procuratore delegato agisce in nome e per conto dell'EPPO con gli stessi poteri di cui dispongono i procuratori nazionali ed opera sotto la supervisione del Procuratore europeo a ciò incaricato, sulla base delle indicazioni della camera permanente.

Ai sensi dell'art. 28, il Procuratore europeo delegato può porre in essere gli atti di indagine – previsti dal Regolamento all'art. 30 qualora si proceda per un reato punito con una pena non inferiore nel massimo a quattro anni di reclusione e dal diritto nazionale in casi analoghi – personalmente o incaricandone le autorità nazionali, indicandone le modalità di svolgimento che, però, possono sempre essere disattese nel caso in cui si pongano in conflitto con i principi fondamentali dello Stato membro. Le autorità nazionali possono adottare provvedimenti urgenti, necessari a garantire l'efficacia delle indagini, di cui sono tenute a dare comunicazione, senza ritardo, al PED. Eccezionalmente, nelle ipotesi previste dal par. 4 dell'art. 28, l'attività investigativa può essere svolta dal Procuratore europeo incaricato della supervisione, previa approvazione della camera permanente. In ogni caso, le misure investigative devono essere poste in essere, oltre che in conformità alle disposizioni del Regolamento, secondo il diritto nazionale dello Stato del Procuratore delegato incaricato di svolgere le indagini.

Il Procuratore delegato può, altresì, disporre o richiedere l'arresto o la custodia cautelare dell'indagato o dell'imputato qualora sia previsto dal diritto nazionale in casi analoghi. In tali casi, qualora la persona richiesta non si trovi nel territorio dello Stato membro in cui ha sede, il PED dovrà procedere all'emissione, o alla richiesta all'autorità nazionale competente, di un mandato d'arresto europeo (art. 33).

L'art. 30 fissa poi la disciplina delle indagini transfrontaliere, relativa alle ipotesi in cui il Procuratore delegato ritenga di dover porre in essere atti investigativi in un altro Stato membro. Il legislatore europeo, dopo aver ribadito che i PED «*agiscono in stretta cooperazione fornendosi reciproca assistenza e consultandosi regolarmente*» (par. 1; v. anche nello stesso senso *considerando* n. 72), stabilisce che spetta al Procuratore europeo delegato il compito di assegnare le misure da eseguire ad altro Procuratore incaricato di prestare assistenza, il quale è tenuto a darvi esecuzione – o ad assegnarle alle competenti autorità nazionali – senza ulteriori formalità di procedura, salvo prevedere, al par. 5, specifici casi da risolvere in via bilaterale informandone il Procuratore europeo incaricato della supervisione.

L'art. 31 va, poi, a disciplinare alcune ipotesi particolari. Ed invero, nel par. 3, si ricorda che i PED hanno l'onere di richiedere e ottenere l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria, qualora sia prevista dai rispettivi ordinamenti nazionali ai fini dell'esecuzione di una determinata misura; nei successivi par. 6,

7, e 8 si prevede che, laddove la misura richiesta non possa essere adottata secondo il diritto interno, i PED, di concerto con i Procuratori incaricati della supervisione, possano fare ricorso agli strumenti giuridici di reciproco riconoscimento messi a disposizione dal diritto europeo o propri della cooperazione internazionale. Una disciplina delle indagini, dunque, modellata, ancora una volta, sul principio del mutuo riconoscimento nella circolazione della prova penale, con un'evidente rinuncia del legislatore europeo all'armonizzazione delle regole di procedura penale in materia investigativa.

Alla chiusura delle indagini, il Procuratore europeo delegato presenta a quello incaricato della supervisione una relazione di sintesi dell'attività investigativa svolta ed un atto contenente le proprie determinazioni. Tali atti dovranno essere trasmessi alla camera permanente a cura del Procuratore incaricato della supervisione, corredati, ove del caso, di una sua valutazione. L'organo collegiale può accogliere le richieste del PED o procedere ad un riesame del fascicolo, in esito al quale adotterà una decisione definitiva o impartirà ulteriori istruzioni al Procuratore delegato.

Gli epiloghi delle indagini condotte dall'EPPO possono essere quattro.

1) Ai sensi dell'art. 34, qualora la camera permanente rilevi che i fatti oggetto di indagine non rientrano nella competenza della Procura europea rinvia il caso, senza indebito ritardo, alle autorità nazionali competenti. La decisione di rinvio deve essere comunicata al Procuratore capo europeo, il quale, entro tre giorni, ha la facoltà di richiederne il riesame alla camera permanente. In caso di diniego da parte delle competenti autorità nazionali, entro trenta giorni dal rinvio, la competenza rimane radicata in capo alla Procura europea. Altrimenti l'EPPO chiude il caso, trasferendo il fascicolo all'autorità nazionale e dandone informazione a istituzioni, organi e organismi dell'UE interessati così come a indagati, imputati e vittime del reato ove ciò si renda opportuno in base al diritto nazionale.

2) Diversamente, le indagini della Procura europea possono concludersi con l'archiviazione in caso di: morte, infermità mentale, concessione dell'immunità dell'indagato – o liquidazione nel caso si tratti di una persona giuridica –, scadenza del termine per esercitare l'azione penale previsto dal diritto nazionale, pronuncia di un provvedimento definitivo nei confronti della medesima persona e per i medesimi fatti e «*manca di prove pertinenti*» (art. 39).

Dell'archiviazione l'EPPO deve dare comunicazione alle autorità nazionali e a istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione interessati, nonché ad OLAF ed alle autorità amministrative e giudiziarie degli Stati membri, al fine di consentire ogni azione di recupero – o di altro tipo – conseguente.

In ogni caso, la camera permanente non può decidere l'archiviazione se il PED ha proposto l'esercizio dell'azione penale (art. 36, par. 1).

L'art. 39, inoltre, fa salva la possibilità di una riapertura dell'indagine da parte dell'EPPO, qualora emergano o si scoprano fatti sopravvenuti o non noti al momento della decisione.

3) Ulteriore epilogo delle indagini della Procura europea è l'esercizio dell'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali (art. 35). La camera permanente, qualora il PED si sia determinato in tal senso, entro 21 giorni dalla presentazione del progetto deve pronunciarsi, altrimenti la proposta si considera accettata. Laddove vi siano più Stati membri aventi giurisdizione, sarà l'organo collegiale a risolvere il conflitto eventualmente individuando la competenza di un altro PED ad esercitare l'azione penale di fronte ai giudici dello Stato membro cui appartiene. La competenza dell'organo giudiziario dello Stato membro verrà, poi, individuata ai sensi della disciplina nazionale (art. 36).

4) La camera permanente, ai sensi dell'art. 40, potrà decidere, infine, di ricorrere ad una "procedura semplificata" per la definizione dell'azione penale, qualora il diritto nazionale applicabile lo preveda, valutate: la gravità del reato, con specifico riferimento ai danni arrecati; la volontà dell'indagato di riparare alle conseguenze dannose causate dalla propria condotta; la conformità della stessa procedura ai principi e agli obiettivi dell'azione della Procura europea.

Per quanto concerne la fase del giudizio il Regolamento si limita a stabilire, all'art. 37, che non possono essere escluse prove solo perché sono state raccolte in un altro Stato membro secondo il criterio della *lex loci* (par. 1), ferma restando la facoltà del giudice di merito di valutarle liberamente (par. 2). La lettera della norma, dunque, non pare escludere il potere del giudice nazionale di dichiarare l'inammissibilità di una prova perché raccolta dal Procuratore europeo con modalità difformi alla disciplina procedurale interna.

Diverso, e maggiormente aderente al principio della libera circolazione della prova in uno spazio comune di libertà sicurezza e giustizia, era stato l'approccio del legislatore europeo nella proposta originaria di regolamento, che prevedeva l'ammissione delle prove, da parte del giudice nazionale, raccolte e presentate dalla Procura europea, «*senza necessità di convalida o altra operazione giuridica analoga*», con

l'unico limite del pregiudizio per l'imparzialità del giudice e della lesione dei diritti riconosciuti dagli art. 47 e 48 della Carta (v. art. 30 della proposta di regolamento del 2013). La nuova normativa svela così un *deficit* di regolamentazione, contrariamente a quanto statuito nell'art. 86, par. 3, TFUE il quale prevede che il regolamento istitutivo dell'EPPO ponga anche le regole concernenti l'ammissibilità della prova. Trascurando l'approccio "verticale", che mira alla creazione di una *law of evidence* europea, il legislatore ha lasciato irrisolti i problemi legati all'utilizzabilità della prova in caso di divergenza tra *lex loci* e *lex fori*. Sarà – probabilmente – questo il banco di prova del successo della neo istituita Procura europea.

Una disciplina specifica viene dettata in materia di impugnazioni. In particolare, il Regolamento disciplina la sola ipotesi di proposizione dell'appello avverso i provvedimenti dell'organo giurisdizionale nazionale, stabilendone la competenza del PED, il quale è tenuto a formulare la relativa proposta alla camera permanente. Nel caso in cui non sia possibile attendere le istruzioni di quest'ultima per imminente scadenza del termine per impugnare previsto dal diritto nazionale, il Procuratore europeo delegato ha la facoltà di proporre appello in via autonoma, presentando senza ritardo la relativa relazione alla camera permanente, la quale dovrà indicare se «*mantenere*» o «*ritirare*» il ricorso (art. 36, par. 7).

Il Regolamento dedica, poi, il capo IV alle garanzie procedurali riconosciute agli indagati e agli imputati nell'ambito delle attività svolte dalla Procura europea. L'art. 41, rubricato "*Portata dei diritti degli indagati e degli imputati*", assicura il pieno rispetto, oltre che di quelli stabiliti dalla Carta, anche di quelli contenuti nelle direttive recentemente adottate dall'Unione in materia (*Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in G.U.U.E. 26 ottobre 2010, L 280/1; *Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in G.U.U.E. 1 giugno 2012, L 142/1; *Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, in G.U.U.E. 6 novembre 2013, L 294/1; *Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in G.U.U.E. 11 marzo 2016, L 65/1; *Direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2016 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in G.U.U.E. 4 novembre 2016, L 297/1) e di quelli previsti dal diritto nazionale applicabile.

L'art. 42 detta, invece, la disciplina del controllo giurisdizionale degli atti. La norma, al par. 1, affida ai competenti organi giurisdizionali nazionali il controllo sia sugli atti procedurali dell'EPPO aventi effetti giuridici nei confronti dei terzi, sia sulla mancata adozione degli stessi. In via d'eccezione – ed innovando fortemente rispetto alla proposta di regolamento del 2013 – il par. 2 prevede che la Corte di giustizia sia competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulle questioni aventi ad oggetto: a) la validità degli atti procedurali dell'EPPO, se si tratta di questioni sollevate direttamente sulla base del diritto dell'UE; b) l'interpretazione o la validità di disposizioni del diritto dell'Unione, compreso il presente Regolamento; c) l'interpretazione delle disposizioni di cui agli artt. 22 e 25 con specifico riferimento ai conflitti di competenza tra la Procura europea e le autorità nazionali. Il par. 3 prevede, in particolare, un controllo diretto della Corte di giustizia sui provvedimenti di archiviazione dell'EPPO, sulla base dell'art. 263 TFUE che ne stabilisce la competenza a giudicare i ricorsi presentati da qualsiasi persona fisica o giuridica «*contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente*». In altri termini, saranno soggetti al controllo dell'organo giurisdizionale dell'Unione le decisioni di archiviazione nel caso in cui il ricorrente lamenti la violazione delle disposizioni contenute nell'art. 39 del Regolamento.

Ulteriori disposizioni del Regolamento sono, poi, dedicate alla disciplina del trattamento delle informazioni e della protezione dei dati (artt. 43 – 89), con la previsione della creazione, da un lato, di un sistema automatico di gestione dei fascicoli e, dall'altro lato, della figura del responsabile della protezione di dati.

Il capo IX del Regolamento contiene le disposizioni finanziarie e relative al personale. Assume particolare rilievo la previsione contenuta nell'art. 96, par. 7 secondo cui i Procuratori europei e i PED, nell'esercizio dei loro poteri d'indagine e azione penale, «*non ricevono ordini, direttive o istruzioni*» diverse da quelle espressamente previste dall'art. 6 per quanto concerne gli obblighi di rendere conto alle

istituzioni dell'Unione sull'attività generale dell'EPPO. La disposizione rappresenta un ulteriore rafforzamento del principio di indipendenza della Procura europea.

Il capo successivo è dedicato alla disciplina delle relazioni tra la Procura europea e i *partner*, ossia istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione, autorità degli Stati membri che non partecipano alla cooperazione rafforzata e dei Paesi terzi ed organizzazioni internazionali. Queste – che vengono espressamente definite «*strette*» con Eurojust, OLAF ed Europol – secondo la disposizione generale contenuta nell'art. 99 saranno regolate da accordi di lavoro di carattere tecnico-operativo, volti ad instaurare e mantenere rapporti di cooperazione e scambiare informazioni.

Il Regolamento contiene nell'XI – e ultimo – capo *disposizioni generali*, tra cui quelle relative: allo *status* giuridico della Procura europea, che è dotata della capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dal diritto interno (art. 106); all'obbligo di riservatezza e segreto professionale rispetto a qualsiasi informazione detenuta dalla Procura europea, in conformità al diritto dell'Unione, per i Procuratori, il direttore amministrativo e il personale dell'EPPO, e, secondo il diritto nazionale applicabile, per qualsiasi altra persona che partecipi o presti assistenza allo svolgimento delle funzioni dell'EPPO (art. 108); al regime di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dell'organo inquirente, fissando la competenza a conoscere delle relative controversie in capo alla Corte di giustizia (art. 113).

L'art. 119, par. 2, riserva, infine, alla Commissione l'esercizio della clausola di revisione, prevedendo che la stessa presenti al Parlamento e al Consiglio proposte legislative laddove ritenga necessarie «*norme aggiuntive o più dettagliate*» riguardo alla costituzione, alle funzioni e allo svolgimento delle attività della Procura europea.

DE JURE CONDENDO

di Orietta Bruno

I NUOVI DELITTI DI TRUFFA E CIRCONVENZIONE DI PERSONA INCAPACE IN DANNO DI PERSONE ULTRASESSANTACINQUENNI: LE RIPERCUSSIONI SUL C.P.P.

Tra le recenti proposte di legge spicca il progetto S. 2909, già approvato dalla Camera dei Deputati il 20 settembre 2017, che riprende i contenuti del precedente C. 4130 («*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale, concernenti i delitti di truffa e di circonvenzione di persona incapace commessi in danno di persone ultrasessantacinquenni*»). D’iniziativa dell’on. Ermini, si prefigge lo scopo – come emerge dalla breve Relazione illustrativa – di «arginare il fenomeno criminale delle truffe in danno di persone anziane» e, quindi, un reato «odioso» che, oltre ad attentare al patrimonio di «persone deboli», «le ferisce profondamente nell’animo», talvolta con contraccolpi di tenore «psicologico e sociale».

Il provvedimento in esame agisce su due fronti. Sul piano del diritto penale sostanziale, si vorrebbe introdurre una nuova fattispecie, l’art. 643 *bis* c.p. («*Frode patrimoniale in danno di soggetti vulnerabili*»), che dovrebbe prevedere un aggravamento di pena rispetto alla fattispecie base *ex art.* 643 c.p. (punita, viceversa, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 51 a 1.031 euro) laddove tale delitto contro il patrimonio, mediante frode, sia perpetrato nei confronti di un soggetto ultrasessantacinquenne. Questi, tuttavia, non dovrebbe trovarsi in stato d’incapacità a causa di patologie di decadimento, ovvero di indebolimento delle facoltà mentali; in tali circostanze, si applicherebbe la norma di cui all’art. 643 c.p.

Il testo è esattamente: «salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, con mezzi fraudolenti, induce una persona che versi in situazioni di particolare vulnerabilità psicofisica, in ragione dell’età avanzata, a dare o promettere indebitamente a sé o ad altri denaro, beni o altra utilità, commettendo il fatto nell’abitazione della persona offesa o in altro luogo di privata dimora o all’interno o in prossimità di esercizi commerciali, di uffici postali, di sedi di istituti di credito, di luoghi di cura o di ritrovo di persone anziane o di case di riposo ovvero simulando un’offerta commerciale di beni o servizi, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 400 a euro 3.000. La pena è aumentata di un terzo se il fatto di cui al primo comma è commesso con l’utilizzo di strumenti telefonici, informatici o telematici ovvero avvalendosi di dati della vita privata della persona offesa acquisiti fraudolentemente o senza il suo consenso».

Di conseguenza, alla previsione *ex art.* 640 *quater* del c.p. le parole «e 640-ter» sono sostituite dalle seguenti: «, 640-ter» e dopo i termini «del sistema,» sono “intercalate”: «e 643-bis».

Ragioni di coordinamento e logiche di sistema, poi, imporrebbero di riprodurre la stessa disposizione per il reato di rapina aggravata (art. 628, comma 3, numero 3-*quinquies* c.p.) come voluto dall’art. 7 d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119. Giova segnalare che l’innalzamento del tetto di pena massima a cinque anni di reclusione, in virtù della circostanza aggravante ad effetto speciale, consente l’applicazione della misura cautelare della custodia in carcere.

Inoltre, considerata la necessità di salvaguardare maggiormente le persone offese anziane e quelle incapaci che hanno subito il reato di circonvenzione, l’intenzione (v. art. 2 d.d.l.) sarebbe quella di inserire, dopo l’art. 643 *bis* c.p., anche una nuova previsione, l’art. 643 *ter* c.p., rubricato «*Sospensione condizionale della pena in caso di condanna per i delitti di circonvenzione di persone incapaci e di frode patrimoniale in danno di soggetti vulnerabili*», con siffatto tenore: «La sospensione condizionale della pena, nei casi di condanna per i delitti [segnalati] agli articoli 643 e 643-bis, è subordinata all’adempimento dell’obbligo delle restituzioni e al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull’ammontare di esso, oltre che all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato». Si renderebbe, così, obbligatorio uno strumento oggi previsto solo come discrezionale dall’art. 165 c.p.

Per quanto concerne gli aspetti strettamente processuali, si vorrebbero modificare due norme, gli artt. 275 e 380 c.p.p. dedicati rispettivamente ai criteri di scelta delle misure cautelari personali e all’arresto obbligatorio in flagranza. In dettaglio, nella disposizione *ex art.* 275 c.p.p., al terzo periodo del comma 2 *bis*, le parole «e 624-bis» sarebbero sostituite da «, 624-bis e 643-bis». Coticché, si estenderebbe

l'applicabilità, per tale crimine, della norma che deroga al principio generale per il quale il giudice non deve applicare la misura della custodia cautelare in carcere, ora consentita per il delitto di truffa in danno di ultrasessantacinquenni dall'innalzamento a cinque anni di reclusione della pena massima, quando ritiene che, all'esito del giudizio, la pena irrogata non sarà superiore a tre anni di reclusione. Mentre, nell'art. 380 c.p.p., alla lettera *e-bis*) del comma 2 sarebbe aggiunta la locuzione: «, delitto di circonvensione di persone incapaci di cui all'articolo 643 del codice penale e delitto di frode patrimoniale in danno di soggetti vulnerabili [ai sensi] dell'articolo 643-bis del codice penale». Dunque, si includerebbero i due reati di truffa in danno di anziani e di circonvensione di persone incapaci nel novero di quelli che prevedono il vincolo pre-cautelare.

LA RESTRIZIONE DELL'AMBITO APPLICATIVO DEL GIUDIZIO ABBREVIATO

La Camera dei Deputati, in data 28 novembre 2017, ha approvato in prima lettura (con 318 voti a favore, 33 contrari e 30 astenuti), il progetto C. 4376-A (v. anche il n. 5/2017 di questa *Rivista*, scenario "De jure condendo") recante «*Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inapplicabilità e di svolgimento del giudizio abbreviato, nonché modifica all'articolo 69 del codice penale, in materia di concorso di circostanze aggravanti e attenuanti*», che ha il fine di circoscrivere l'ambito applicativo del rito speciale appena menzionato, oggi ammissibile per tutti i reati. Il provvedimento, con un *iter* iniziato a Montecitorio l'estate scorsa, è stato trasmesso al Senato il 30 novembre 2017.

Pleonastico soffermarsi sull'originario testo del provvedimento già oggetto, come anticipato, di trattazione. Lo sguardo si appunta, piuttosto, su quello al quale è stato dato il via. Esso si compone di sei articoli; il primo esclude l'applicazione del rito alternativo oggetto di discussione per le fattispecie punite con la pena dell'ergastolo. In ipotesi di procedimenti iniziati per queste ultime, l'imputato può, comunque, domandare l'accesso al giudizio abbreviato, ma dovrà subordinare la richiesta ad una diversa qualificazione dell'accaduto: deve riferirsi ad un reato non perseguito con l'ergastolo, invitando il giudice dell'udienza preliminare, in sostanza, a derubricare l'addebito elaborato dal pubblico ministero in maniera da poter accedere al rito e al conseguente sconto di pena. Si statuisce, poi, che l'istanza può essere riproposta.

Nel codice di procedura penale viene introdotto una nuova norma, l'art. 438 *bis*: in caso di rigetto della richiesta c.d. condizionata, essa può essere avanzata nuovamente prima della dichiarazione di apertura del dibattimento. L'imputato è legittimato a presentarla anche direttamente in siffatto segmento procedurale allorché «la richiesta di rinvio a giudizio enuncii un fatto qualificato come reato [punito con] la pena dell'ergastolo e il decreto che ha disposto il giudizio preveda una diversa qualificazione del [medesimo] come [crimine] per il quale la legge non prevede la pena dell'ergastolo». Il comma 3 di tale disposizione sancisce, invece, che «Se nel decreto che dispone il giudizio il fatto è qualificato come reato [colpito da]ll'ergastolo e, a seguito della modifica dell'imputazione ai sensi dell'articolo 516, risulta un [episodio criminale] diverso da quelli [attinti dalla] pena dell'ergastolo, l'imputato può chiedere il giudizio abbreviato al giudice del dibattimento». In questi casi, l'organo giurisdizionale provvede con ordinanza.

A seguire, viene "inframezzato" l'art. 438 *ter* c.p.p. che disciplina il rito abbreviato in corte d'assise. Eccone il contenuto: «Quando si procede per uno dei delitti indicati nell'art. 5 [c.p.p.], per il quale la legge non prevede la pena dell'ergastolo, il giudice, dopo aver disposto il giudizio abbreviato, trasmette gli atti alla corte di assise per lo svolgimento del giudizio e indica alle parti il giorno, il luogo e l'ora della comparizione».

Da ultimo, va evidenziato che il provvedimento della Camera prevede la soppressione del secondo e del terzo periodo del comma 2 dell'art. 442 c.p.p. e l'ingresso, tra le norme di attuazione, dell'art. 134 *ter* che rimanda, a sua volta, nel testo, all'art. 132 delle stesse.

Non mancano neppure cambiamenti alla disciplina sostanziale. In effetti, lo schema di legge lambisce l'art. 69 c.p. (Concorso di circostanze aggravanti e attenuanti), prevedendo che, nei delitti contro la persona, quando siano applicabili le aggravanti dell'aver agito per motivi abietti o futili o dell'aver adoperato sevizie o dell'aver agito con crudeltà verso le persone, eventuali circostanze attenuanti che dovessero concorrere non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto alle prime, anche se costituiscono circostanze aggravanti speciali. In detto contesto, le diminuzioni di pena verranno operate sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

L'ultima previsione della proposta di legge è dedicata alla disciplina transitoria.

Ove approvato in via definitiva dal Senato, il provvedimento in esame farà scoppiare una *querelle* destinata a sfociare anche in eventuali questioni di costituzionalità, peraltro, già pronosticate negli interventi dei primi commentatori. Ci saranno, inevitabilmente, profonde spaccature nel mondo politico, tra gli interpreti e gli operatori, divisi tra esigenza di certezza della pena – pilastro fondamentale di uno Stato di diritto –, tutela maggiore delle vittime di delitti efferati di indiscusso allarme sociale, cui viene ridata dignità, da un verso, e atteggiamenti più prudenti, dall'altro. Del resto, è un atto normativo mosso da spinte emotive, poco meditato e frettoloso, probabilmente incapace di raggiungere lo scopo prefissato.

CORTI EUROPEE

EUROPEAN COURTS

di Francesco Trapella

GARANZIE DIFENSIVE NEL GIUSTO PROCESSO

(Corte e.d.u., 12 ottobre 2017, *Cafagna c. Italia*)

La Corte di Strasburgo interviene sui rapporti tra giusto processo e lettura dibattimentale dei *dicta* accusatori ex art. 512 c.p.p., e giunge alla condanna del nostro Paese in un caso nel quale ad una persona era stata applicata la pena della reclusione per anni uno e mesi quattro, in relazione ad episodi di rapina e lesioni, sull'unica base della denuncia della vittima, poi resasi irreperibile, assunta al fascicolo del giudice secondo l'art. 512 c.p.p.

I fatti meritano una veloce ricognizione.

Il ricorrente, G.C., era accusato di avere sottratto a tale C.C. il portafoglio con l'aiuto di un complice; per guadagnarsi la fuga, poi, gli avrebbe sferrato un pugno in pieno volto. Ne derivava la denuncia di C.C., con successivo riconoscimento fotografico dei due aggressori, e da lì prendeva abbrivio il procedimento penale a carico di G.C.

Il pubblico ministero chiedeva incidente probatorio per assumere la testimonianza della persona offesa, sul presupposto che le sue dichiarazioni avrebbero potuto risultare non più attendibili all'epoca del dibattimento.

Il tentativo di ottenere la presenza di C.C. in aula fu vano, avendo egli mutato domicilio senza possibilità di ricevere la citazione.

G.C. veniva, dunque, rinviato a giudizio; al processo erano sentiti il complice e il carabiniere che aveva raccolto la deposizione di C.C.; in aggiunta, la denuncia della persona offesa era acquisita al fascicolo dibattimentale ai sensi dell'art. 512 c.p.p., stante la sopraggiunta irreperibilità del suo autore.

Il tribunale condannava G.C.: la versione della vittima – beninteso, quella riportata nella denuncia – era ritenuta attendibile e ben circostanziata, al punto da porsi a sostegno della pronuncia applicativa della pena.

La decisione di primo grado era confermata in appello; l'istante tentava pure un ricorso per cassazione, lamentando il *vulnus* dell'art. 6 Cedu, ma la doglianza non valse all'annullamento della sentenza di merito.

Esauriti i ricorsi interni, G.C. promuoveva ricorso alla Corte di Strasburgo.

Il portato della pronuncia europea in esame può essere appieno apprezzato solo a patto di ripercorrere, sia pure velocemente, le tappe dell'*iter* che ha condotto i giudici strasburghesi a chiarire i connotati del contraddittorio, declinato secondo quel particolare corollario che è il diritto ad «*esaminare o far esaminare i testimoni a carico*» (art. 6, paragrafo 3, lett. *d*) Cedu).

Si parte, quindi, dal 1992: in *Vidal*, la Corte europea affermò che, per quanto le regole sulla prova – e, dunque, anche quelle sulla sua ammissibilità – siano rimesse alla definizione del legislatore nazionale, va comunque censurato quell'assetto processuale in cui non sia garantita la parità delle armi tra accusa e difesa (Corte e.d.u., 22 aprile 1992, *Vidal c. Belgio*).

Dopo un quarto di secolo i giudici di Strasburgo confermano l'assunto: per parte europea non può certo sindacarsi l'insieme delle regole poste dal legislatore interno per l'ammissione delle prove, né può essere sottoposta a critica la pronuncia di un giudice dello Stato che non abbia garantito l'ingresso di tutte le testimonianze richieste dalle parti; la valutazione della Corte dei diritti umani va, invece, riferita al giudizio globalmente considerato ed è rivolta a comprendere se esso sia stato equo, rispettando i parametri convenzionali per esso imposti dall'art. 6 Cedu.

Su siffatto presupposto, già nel 2010 i giudici europei sottolinearono il prodursi di un *vulnus* dell'art. 6, paragrafo 3, lett. *d*) Cedu nel contesto in cui «*non [era] stato possibile procedere ad un confronto diretto tra il ricorrente ed il suo accusatore, né durante il processo pubblico, né durante le indagini preliminari*» (Corte e.d.u., 18 maggio 2010, *Ogaristi c. Italia*).

Per altro verso, sempre in quell'occasione, fu chiarito che l'inerzia dell'autorità nazionale nell'assicurare la presenza in aula dei testimoni d'accusa, magari trasferitisi all'estero, si pone a contrasto con le prerogative di difesa dell'imputato: vero è, infatti, che esistono strumenti di ricerca e di localizzazione di chi si trovi oltre confine e che, ugualmente, tali mezzi investigativi vengono forniti da numerosi accordi internazionali sulla cooperazione investigativa e sull'assistenza giudiziaria in ambito penale. Non si vede, allora, come possa uno Stato rimanere fermo, limitandosi a dichiarare l'irreperibilità del teste a carico, per il solo fatto che costui sia espatriato (su questo specifico aspetto, v. anche Corte e.d.u., 22 novembre 2012, *Tseber c. Repubblica Ceca*).

L'*excursus* prosegue, poi, con riferimento al concetto di prova *determinante*. È noto il *refrain* della Corte europea, per la quale viola l'art. 6, paragrafo 3, lett. d) Cedu quella condanna che sia stata basata *in modo esclusivo o determinante* sui *dicta* di soggetti che l'imputato non è stato in grado di controesaminare durante il procedimento (Corte e.d.u., 24 novembre 1986, *Unterpertinger c. Austria*).

In tal senso, è determinante quella prova la cui importanza sia tale da consentire, essa sola, la decisione nel caso concreto.

Si torna, insomma, al discorso del vaglio complessivo della vicenda processuale: per dirsi infranto l'art. 6, paragrafo 3, lett. d) Cedu, non occorre asserire che la difesa abbia avuto difficoltà nel porre domande ai testi di accusa; è, invece, necessario sommare ad una tale criticità l'assenza di fattori compensativi, in grado, cioè, di riportare ad equità il giudizio.

Caso tipico – che viene mutuato da Corte e.d.u., 15 dicembre 2011, *Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito* – è quello della presenza di testi esaminabili che confermino i *dicta* a suo tempo resi dall'irreperibile, ovviamente in un contesto estraneo al confronto dialettico in udienza.

Ebbene, non c'è – dice la Corte – violazione alcuna dell'art. 6, paragrafo 3, lett. d), Cedu: per l'interessato, infatti, esiste la possibilità di fare valere le proprie ragioni – e, quindi, di provare la propria tesi – nel confronto con i propri accusatori.

La sussistenza dei fattori compensativi va individuata – dice sempre la Corte – nell'esame della parte motiva della sentenza nazionale o, se allegati, degli atti endo-processuali (sul punto, Corte e.d.u., 19 ottobre 2006, *Majadallah c. Italia*). Solo da lì è possibile comprendere lo svolgimento del giudizio e, quindi, apprezzarne la complessiva equità.

Richiamato il quadro della giurisprudenza strasburghese sul punto, occorre riferirlo al caso di G.C.

La denuncia di C.C. è stata acquisita al fascicolo dibattimentale a mente dell'art. 512 c.p.p.: il richiamo a quella norma era motivato dall'impossibilità di esaminare la persona offesa, in quanto irreperibile.

Già in *Ogaristi* si era criticata l'applicazione dell'art. 512 c.p.p. sul presupposto dello sconfinamento del teste, esistendo strumenti capaci di localizzarlo, anche all'estero. Se la conclusione vale per la persona che si sia portata *ultra fines*, viepiù regge per chi abbia mutato domicilio, rimanendo, però, in Italia.

Da parte dell'autorità nostrana, insomma, non c'è stato uno sforzo sufficiente per ottenere la presenza di C.C. in aula.

Ancora, la denuncia della persona offesa è stata senz'altro prova determinante per la condanna dell'attuale ricorrente.

A nulla serve, per vero, richiamare la testimonianza del carabiniere, benché acquisita nel pieno del contraddittorio. Ed, infatti, l'agente si è limitato a descrivere l'attività investigativa svolta, senza scendere nei particolari della deposizione raccolta, né potendosi, ovviamente, sostituire a C.C. quale teste. Donde, l'attributo di prova unica e determinante, riferibile alla denuncia che, nel complesso processuale, si atteggiava a fonte esclusiva della tesi accusatoria.

Da ultimo, la Corte censura il vaglio di attendibilità della persona offesa: non c'è stato modo di sottoporla alle domande della difesa, per cui – affermano i giudici – il controllo operato circa la sua credibilità è inevitabilmente falsato.

Rispetto a questi argomenti va considerata la *dissenting opinion* del giudice Wojtyczek. Egli parte dai precedenti qui già richiamati e si concentra su alcuni aspetti che, a suo dire, la maggioranza dei giudici non avrebbe adeguatamente considerato.

In prima battuta, egli è critico in ordine al giudizio di insufficienza degli sforzi dell'autorità italiana nel reperire C.C. Nei riguardi di costui, infatti, era stato emesso un mandato d'arresto europeo, pur nell'ambito di tutt'altro procedimento penale, sempre celebratosi in Italia.

Ebbene – dice Wojtyczek – se le ricerche della polizia nostrana sono state vane al punto di non rintracciare C.C. per l'esecuzione dell'ordine di cattura, non poteva certo pretendersi che quella persona comparisse, magari *sua sponte*, in aula, quale teste a carico di G.C.

Sotto altro profilo, non sarebbero stati esaminati *funditus* gli elementi che, secondo il giudice italiano, avrebbero compensato il difetto di contraddittorio nel caso di specie, primo tra tutti il vaglio di attendibilità della denuncia di C.C.

Secondo Wojtyczek, la Corte avrebbe liquidato in velocità l'argomento, limitandosi ad attestare il carattere imperfetto di quella valutazione e, quindi, la sua incapacità a colmare il vuoto dialettico creatosi nel caso esaminato.

A tale conclusione si giunge – sempre secondo la *dissenting opinion* – sulla scorta di un'esegesi di *Al Khawaja e Thaery* diversa da quella proposta dalla maggioranza dei giudici: il *counterbalance* – e, da lì, l'esistenza di «solide garanzie procedurali» – andrebbe, infatti, riferito ai connotati tipici del sistema processuale prescelto.

Sarebbe stata, allora, auspicabile una più puntuale analisi della normativa di diritto interno, onde ricollegare il denunciato difetto di equità ai poteri effettivamente accordati al giudicante.

Ed, infatti, la situazione muta a seconda che l'ordinamento attribuisca al giudice un ruolo più o meno invasivo: laddove alla corte sia concessa un'attività decisoria più penetrante, essa stessa può compensare taluni *deficit* di parità delle armi, costituendo la sua ingerenza proprio uno strumento utile a riportare a complessiva equità il giudizio (e qui il riferimento va a Corte e.d.u., 19 settembre 2017, *Regner c. Repubblica Ceca*: il giudice Wojtyczek riferisce questo precedente, *ab origine* reso in una questione di diritto processuale amministrativo, a qualsiasi contesto giudiziale).

Nei sistemi accusatori puri, invece, questo *escamotage* non è consentito: mai, infatti, il giudice può inserirsi nel dialogo *inter partes*, nemmeno per colmare vuoti o imperfezioni nel contraddittorio, così riconducendolo ad equità.

Per Wojtyczek manca una riflessione simile, da riferirsi all'ordinamento processuale nostrano: probabilmente essa avrebbe consentito di meglio comprendere la posizione del governo italiano, invece quasi del tutto ignorata dalla maggior parte dei giudici europei.

L'opinione dissenziente si chiude con un riferimento alla *giustizia sostanziale*: la parità delle armi – dice l'autore – non è il fine ultimo del processo penale, ma è solo uno strumento che permette di ottenere decisioni basate sulla verità e di evitare, così, errori giudiziari.

Non è certo la prima volta che la Corte europea attribuisce a se stessa la funzione di tutrice della giustizia sostanziale. A ben vedere, lo stesso obiettivo traluce dalle motivazioni espresse dalla maggioranza dei giudici, e in ciò si rivela il corto circuito argomentativo dell'opinione dissenziente.

L'equità processuale è declinata nel senso di consentire l'espressione del diritto a difendersi, anche – e, forse, soprattutto – nella dialettica con i testimoni d'accusa. Questo consente al giudicante un'ampia visuale della vicenda, e in questo si sostanzia il principio dell'*audiatur et altera pars* come strumento di conoscenza della corte. Appare difficile prescindere da esso, proprio in un'ottica di sostanza, di un processo, cioè, che sappia contemperare tutti i fattori in gioco – quelli a sostegno dell'accusa, così come quelli che la smontano – in un accertamento che sia il più possibile completo.

ANCORA SUI FATTI DEL G8 DI GENOVA: IL DIVIETO DI TORTURA NEI SUOI ASPETTI SOSTANZIALI E PROCEDURALI

(Corte e.d.u., 26 ottobre 2017, *Azzolina e altri c. Italia*)

La Corte di Strasburgo torna sui fatti del G8 di Genova del 2001, condannando l'Italia per le violenze patite dai manifestanti all'interno della Caserma di Bolzaneto.

La decisione si aggiunge alle altre, sempre riferibili ai fatti occorsi nel capoluogo ligure tra il 20 e il 21 luglio 2001, in quel filone che tocca gli ultimi anni della storia giudiziaria italiana, partendo da *Gaggio e Giuliani* (Corte e.d.u., Grande Camera, 24 marzo 2011, *Gaggio e Giuliani c. Italia*) ed arrivando a *Bartasaghi, Gallo e altri* (Corte e.d.u., 22 giugno 2017, *Bartasaghi, Gallo e altri c. Italia*), di pochi mesi più risalente alla pronuncia ora in nota.

Il bilancio di quanto accaduto in occasione del *summit* genovese è tutt'altro che positivo: la Corte ha censurato a più riprese la violazione dell'art. 3 Cedu da parte del nostro Paese, ed è proprio questo rilievo che ricorre con insistenza anche nella sentenza in commento.

Com'è noto, l'art. 3 Cedu esprime il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, contemplando un duplice aspetto, sostanziale e procedurale.

Si tratta di profili interconnessi ed inscindibili posto che, come previsto dall'art. 1 Cedu, la Convenzione sancisce *diritti pratici e non solamente teorici* (Corte e.d.u., 23 febbraio 2016, *Nasr e Ghali c. Italia*).

Sul piano sostanziale, la violenza inferta in una «*sorta di processo di disumanizzazione che riduce l'individuo a qualcosa su cui esercitare la forza*» (così, la decisione annotata, §67) infrange in modo palese l'art. 3 Cedu.

Il *vulnus* si aggrava, rammentando che le violenze in parola sono state commesse da agenti dello Stato nei confronti di soggetti posti sotto la loro responsabilità, «*tradendo il giuramento di fedeltà e adesione alla Costituzione e alla legge*» (§53).

Sotto il profilo procedurale torna l'obbligo – sia chiaro: di mezzi e non di risultato (§263) – per lo Stato di compiere accertamenti completi: l'indagine approfondita ed efficiente è l'estrema forma di tutela dinanzi alla violazione da taluno perpetrata dei diritti convenzionalmente protetti.

La completezza dell'indagine – tema noto già da *Gaggio e Giuliani*, ma sicuramente affrontato anche altrove e a più riprese dalla Corte (v. *mutatis mutandis*, Corte e.d.u., 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*) – impone *in primis* la sussistenza nell'ordinamento nazionale di fattispecie penali astratte, idonee all'identificazione e alla successiva punizione dei responsabili. In secondo luogo, il procedimento penale deve condursi in modo da non subire interruzioni o prescrizioni; si pone contro questo dettame la concessione di amnistie, di indulti o di altre forme di perdono giudiziale per le violazioni ai diritti convenzionali (sul punto, Corte e.d.u., Grande Camera, 17 settembre 2014, *Mocanu c. Romania*).

L'ordinamento italiano – dice la Corte – ha ampiamente disatteso tutti questi rilievi: all'epoca del G8 genovese non esisteva un reato di tortura nel nostro codice penale, introdotto solo con l. 14 luglio 2017, n. 110.

Tale mancanza ha indotto gli operatori processuali a sussumere i fatti *de quibus* sotto fattispecie astratte di minor gravità: le ricadute sul piano prescrizione sono, allora, evidenti e, con esse, il *vulnus* dell'art. 3 Cedu sul piano procedurale.

Ecco, allora, che trova conferma l'assunto iniziale: il bilancio sui fatti connessi al G8 del 2001 è tutt'altro che positivo. E le critiche sono tutte rivolte all'ordinamento italiano, incapace di assicurare giustizia – *sub specie* di accertamento, ancora una volta, completo – per le gravissime violenze, addebitate alle forze dell'ordine.

Incidenter tantum va, infine, rimarcato che accuse siffatte, rivolte a soggetti di polizia, minano la fiducia della popolazione verso l'apparato istituzionale che, nei fatti, ha permesso che la Caserma di Bolzaneto divenisse un «*luogo di non diritto ove le più elementari garanzie sono state soppresse*» (§134).

REATI COMMESSI DALLE FORZE DELL'ORDINE (I)

(Corte e.d.u., 5 ottobre 2017, *Ostrovençes c. Lettonia*)

Si rimanga ancora un attimo sul tema dei reati commessi dalle forze dell'ordine. Il *leit-motiv* che unisce *Azzolina* alla pronuncia ora in nota è proprio quello dell'(in)completezza investigativa su fatti criminali perpetrati da organi di polizia.

Il tema è sicuramente attuale e rimanda all'interrogativo – che si propone di frequente, s'è visto, pure nel nostro Paese – su chi debba accertare quel tipo di reati e su quali strumenti egli possieda per l'indagine, anche per evitare che colui che la compie sia vincolato a chi la subisce da rapporti di colleganza, quando non anche di interesse.

Nel caso che ora ci occupa la Lettonia è stata condannata per violazione dell'art. 3 Cedu a causa dell'indagine, tutt'altro che accurata, compiuta su alcuni poliziotti accusati di violenze praticate su minorenni al fine di estorcere loro una confessione.

I giudici europei sottolineano come rientrino nel *vulnus* dell'art. 3 Cedu sul piano procedurale anche la lungaggine ed ogni lentezza investigativa: si tratta, infatti, di uno stato di cose incompatibile con l'esigenza di immediata individuazione dei tratti caratterizzanti il fatto di reato e dell'autore; in una sola parola, con la *funzione esplorativa dell'indagine*.

La pronuncia ora in nota si segnala, poi, per un ulteriore rilievo procedurale.

In essa, infatti, la Corte osserva che il termine di sei mesi per la proposizione del ricorso europeo decorre dalla data di irrevocabilità della decisione emessa a seguito dell'ultimo rimedio interno disponibile.

Tuttavia, se il ricorrente non possiede un rimedio efficace, il termine decorre dalla data degli atti o delle misure contestati, dalla conoscenza o dalla conoscibilità di tali atti o dei loro effetti pregiudizievoli.

Se l'istante si avvale di un istituto apparentemente efficace e, solo successivamente, sopravvengono circostanze che rendono ingiustificato il ricorso all'istituto medesimo, il termine semestrale decorre dalla data di conoscenza o di conoscibilità di tali circostanze (così, pure Corte e.d.u., 14 novembre 2013, *Blokhin c. Russia*).

REATI COMMESSI DALLE FORZE DELL'ORDINE (II)

(Corte e.d.u., 12 ottobre 2017, *Pennino c. Italia*)

L'*excursus* sul tema delle violazioni a parametri convenzionali connesse a reati posti in essere dalle forze dell'ordine si conclude con il richiamo ad una recente pronuncia che interessa, ancora una volta, il nostro Paese.

Nel caso di una donna che aveva riportato lesioni nel periodo in cui si trovava nella piena disponibilità di alcuni agenti di polizia, la Corte europea ha riconosciuto l'infrazione dell'art. 3 Cedu, a nulla valendo l'affermazione del governo italiano che, non smentendo le violenze patite dalla ricorrente, le indicava come necessarie a fronte della condotta agitata della donna.

I giudici strasburghesi richiamano un principio ormai consolidato (v. ad esempio Corte e.d.u., 28 settembre 2015, *Bouyid c. Belgio*): nel caso in cui taluno si trovi privato della propria libertà personale, sotto il controllo o nella custodia delle forze dell'ordine, o semplicemente a contatto con queste per un accertamento o per rilasciare dichiarazioni, deve considerarsi assoggettato alla disponibilità dell'autorità statale.

In tali circostanze qualsiasi impiego della forza che non sia strettamente necessario integra una violazione dell'art. 3 Cedu. Grava, poi, sullo Stato l'onere di provare, mediante un'indagine completa, l'estraneità dei propri agenti di polizia a contesti lesivi dei diritti convenzionali. Altrimenti detto, ancora una volta, si manifesta l'esigenza di un accertamento esauriente, in grado, cioè, di dimostrare che eventuali violenze inflitte a chi si trovi nella custodia delle forze dell'ordine erano motivate da inequivoci presupposti fattuali, legati alla necessità di portare a termine la funzione di polizia espletata dagli agenti (così, pure Corte e.d.u., 11 luglio 2006, *Boicenco c. Moldavia*). Nel caso di specie il governo italiano si è limitato al vago riferimento al contegno agitato dell'odierna ricorrente, senza, quindi, onorare la regola probatoria testé esposta; da qui, la condanna del nostro Paese per violazione dell'art. 3 Cedu.

DIRITTO ALLA TRADUZIONE E ALL'INTERPRETAZIONE NEI PROCEDIMENTI PENALI

(Corte di giustizia U.E., 12 ottobre 2017, *Causa C-278/16*)

Si parta dal principio di diritto: «l'articolo 3 della direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, deve essere interpretato nel senso che un atto, quale il decreto previsto dal diritto nazionale al fine di sanzionare reati minori ed emesso da un giudice al termine di un procedimento unilaterale semplificato, costituisce un "documento fondamentale", ai sensi del paragrafo 1 di tale articolo, del quale, conformemente ai requisiti formali prescritti da tale disposizione, deve essere garantita una traduzione scritta agli indagati o agli imputati che non comprendono la lingua del procedimento affinché sia garantito che questi ultimi siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa e sia quindi tutelata l'equità del procedimento».

La sentenza ha ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale, vertente sull'art. 3 della direttiva 2010/64/UE, in relazione ad un decreto penale con cui il tribunale circoscrizionale di Düren (Germania) condannava un cittadino olandese al pagamento di una pena pecuniaria per il reato di omissione di soccorso.

Il 12 novembre 2015 il decreto era notificato all'odierno ricorrente, in lingua tedesca, salva una piccola parte, in olandese, relativa agli strumenti di ricorso contro la decisione monitoria.

L'interessato rivolgeva due messaggi di posta elettronica al tribunale, in date 24 e 26 novembre 2015. Esprimendosi nel proprio idioma, la cancelleria informava l'attuale istante della necessità di formulare un'opposizione in tedesco: ciò che accadeva l'1 dicembre 2015, pur, però, dopo la scadenza del termine perentorio all'uopo previsto.

Il 28 gennaio 2016 il tribunale dichiarava irricevibile l'opposizione, giacché tardiva; ugualmente, i due messaggi di posta elettronica del novembre 2015 non potevano essere considerati alla stregua di un atto oppositivo, in quanto redatti in lingua diversa dalla tedesca.

Ciononostante, il giudice rammentava che, secondo l'art. 37, paragrafo 3, StPO, quando l'imputato non padroneggia la lingua tedesca, la *sentenza* deve essergli notificata, accompagnata dalla traduzione in una lingua a lui comprensibile.

L'art. 187, paragrafo 2, GVG impone, almeno in linea di principio, la traduzione scritta anche dei decreti penali di condanna e delle sentenze non passate in giudicato.

Così, il giudice si è chiesto se la nozione di sentenza (*urteil*) di cui all'art. 37, paragrafo 3, StPO, interpretata alla luce dell'art. 3 della direttiva 2010/64/UE, debba includere anche i decreti penali di condanna (*Strafbefehle*).

In caso di risposta affermativa, la notifica del decreto *de quo* sarebbe stata nulla, poiché sprovvista dell'integrale traduzione in lingua intelligibile all'interessato.

La risposta della Corte europea merita attenzione sotto due aspetti.

Da un lato, essa rileva come «*un siffatto decreto penale di condanna si configura, al contempo, come atto contenente un capo di imputazione e come sentenza*» (§31). È atto che permette al suo destinatario di comprendere le accuse che gli sono rivolte e che applica la pena ritenuta di giustizia.

In ragione di ciò – e qui giunge il secondo rilievo di interesse – occorre garantire all'interessato la piena cognizione dei contenuti del decreto: questa è la *ratio* della direttiva 2010/64/UE (v. anche C. giust. Ue, 15 ottobre 2015, *Covaci*, causa C-216/14), e tanto basta a giustificare l'esigenza dell'integrale traduzione del decreto penale al condannato alloglotta.

Diversamente, infatti, egli sarebbe impossibilitato a comprendere la propria situazione processuale e, per diretta conseguenza, ad esercitare le prerogative difensive che gli sono riconosciute sia dal diritto nazionale che da quelli europei.

CORTE COSTITUZIONALE

di Donatella Curtotti

SULLE GARANZIE DIFENSIVE IN TEMA DI RILIEVI TECNICI IRRIPETIBILI SUL DNA

(C. cost., sent. 26 settembre 2017, 239)

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 360 c.p.p., promosso dalla Corte d'assise d'appello di Roma, la Consulta, in riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., dichiara non fondata la questione lì dove la norma *de qua* «non prevede che le garanzie difensive previste riguardano anche le attività di individuazione e prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA».

Le ragioni poste a fondamento della decisione sono chiare.

Intanto, la Corte costituzionale, nel richiamare il tradizionale distinguo operato dalla Corte di cassazione tra il concetto di rilievo e il concetto di accertamento (l'uno comprendente la raccolta o il prelievo dei dati pertinenti al reato, l'altro riguardante, invece, il loro studio e la loro valutazione critica, su cui per tutte, Cass., sez. VI, 06.02.2013, n. 10350), chiarisce che la questione rimessa non investe l'art. 360 c.p.p. relativamente a tutti i rilievi ma solo a quelli legati alle attività di individuazione e prelievo di reperti utili per la ricerca di DNA.

Sul punto, la Corte non ha difficoltà nel dire che «il solo fatto che concerna rilievi o prelievi di reperti utili per la ricerca del DNA non modifica la natura dell'atto di indagine e non ne giustifica di per sé la sottrazione a un regime complesso come quello previsto dall'art. 360 c.p.p., costituito dalla nomina di un consulente, dall'avviso all'indagato, alla persona offesa e ai difensori del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico, dalla possibilità per l'indagato di promuovere un incidente probatorio, con il divieto per il pubblico ministero di procedere agli accertamenti (e, secondo la richiesta estensione della norma, anche ai rilievi e ai prelievi in questione) salvo che questi, se differiti, non possano più essere utilmente compiuti».

Su questo, la Corte non sbaglia. La necessità del corredo di garanzie previste dall'art. 360 c.p.p. non è giustificabile solo in riferimento alla catena di attività incentrate sulla traccia di tipo biologico. Bene fa quando afferma che «ad esempio, il prelievo di capelli o di peli rinvenuti in posti sotto l'aspetto probatorio significativi non si differenzia dal prelievo di altri reperti» (così, C. cost., 22 giugno 2004, n. 265). Ma la Corte non va oltre non si spinge oltre.

Ritiene con forte convinzione che a nessun tipo di rilievo, seppur irripetibile, debbano essere applicate le cautele previste per gli accertamenti tecnici non ripetibili. Le ragioni sono ancorate a due riflessioni, non condivisibili perché non corrette sotto il profilo tecnico-operativo e processuale. La prima è quella secondo la quale «l'esistenza di protocolli per la ricerca e il prelievo di tracce di materiale biologico può rendere routinaria l'operazione». La seconda lega il contenimento delle garanzie difensive previste per i rilievi alla constatazione che è sempre possibile «consentirne il controllo attraverso l'esame critico della prescritta documentazione. E non di che non è privo di rilevanza che nel dibattimento l'imputato abbia la possibilità di verificare e contestare la correttezza dell'operazione anche attraverso l'esame del personale che l'ha eseguita, oltre che dei consulenti tecnici e dell'eventuale perito nominato dal giudice».

La Corte aggiunge, infine, che le cautele dell'art. 360 c.p.p. «potrebbero spesso risultare incompatibili con l'urgenza, nel corso delle indagini, di eseguire il prelievo. Urgenza che non è riscontrabile con la stessa intensità negli accertamenti tecnici e che in nessun modo potrebbe essere soddisfatta, perché non sono previste ipotesi in cui tali forme possono essere derogate, come avviene nei casi disciplinati dall'art. 364, comma 5, c.p.p., specie quando vi è fondato motivo di ritenere che le tracce o gli altri effetti materiali del reato possano essere alterati».

Per tutti questi motivi, secondo la Consulta la tesi del giudice rimettente non può «nella sua assolutezza essere condivisa», e la relativa questione, sia in riferimento all'art. 24 che all'art. 111 Cost., risulta infondata.

SEZIONI UNITE

di Rosa Gaia Grassia

RIESAME E MISURE CAUTELARI REALI: LA RICHIESTA PUÒ ESSERE PRESENTATA ANCHE NELLA CANCELLERIA DEL TRIBUNALE O DEL GIUDICE DI PACE DEL LUOGO IN CUI SI TROVANO LE PARTI PRIVATE O I LORO DIFENSORI

(Cass., sez. un., 13 ottobre 2017, n. 47374)

Con la sentenza in esame, le Sezioni Unite si sono pronunciate in senso affermativo in merito al quesito attinente a se la richiesta di riesame delle misure cautelari reali, di cui all'art. 324 c.p.p., debba essere presentata nella cancelleria del capoluogo della provincia in cui ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato, o possa anche essere presentata nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trovano le parti private o i loro difensori – diverso dal precedente –, oppure dinanzi a un agente consolare all'estero.

La questione, però, non è nuova all'analisi della giurisprudenza di legittimità, attestatasi nel tempo su due diverse posizioni.

Nello specifico, infatti, un primo orientamento ha sostenuto che il rinvio contenuto nell'art. 324, comma 2, c.p.p. alle forme previste dall'art. 582, comma 2, c.p.p. – secondo cui le parti private e i difensori possono presentare l'atto di impugnazione anche nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trovano – operasse anche per le misure cautelari reali, purché fosse rispettato il termine di decadenza di dieci giorni per il deposito dell'istanza, non rilevando, ai fini della tempestività del gravame, che la stessa pervenisse entro lo stesso termine al tribunale competente del capoluogo di provincia (Cass., sez. un., 27 luglio 1991, n. 11; Cass., sez. III, 7 giugno 2016, n. 23369; Cass., sez. II, 19 gennaio 2017, n. 2664). A sostegno di ciò, l'addotta motivazione in base alla quale l'assenza di un'espressa deroga nel dato letterale dell'art. 324 c.p.p. ed il principio generale del *favor impugnationis* non offerissero motivi per ritenere adottabile per le misure cautelari reali un'interpretazione diversa rispetto a quella unanimemente condivisa per le misure cautelari personali.

Un secondo orientamento, invece, in senso più restrittivo, ha ritenuto inammissibile la richiesta di riesame presentata nella cancelleria di un tribunale diverso da quello del capoluogo della provincia in cui ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento, potendosi ad essa provvedere anche per via telegrafica o postale (Cass., sez. III, 22 marzo 2016, n. 12209 e Cass., sez. III, 22 luglio 2016, n. 31961). A fondamento dello stesso, sia la natura cautelare del provvedimento, con le necessità di semplificazione e di accelerazione che lo connotano, che il dato letterale dell'articolo in parola – il quale dispone appunto che la richiesta di riesame sia presentata direttamente nella cancelleria del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio emittente dell'atto –, e la considerazione che il rinvio operato all'art. 582, comma 2, c.p.p. facesse riferimento esclusivamente alle "forme" con cui la richiesta andasse proposta, e non alle modalità del suo deposito.

In virtù di siffatta diatriba giurisprudenziale, si è ritenuto opportuno adire le Sezioni Unite (con ordinanza 14 marzo 2017, dep. 28 aprile 2017, n. 20255 della Quarta Sezione e decreto del Primo Presidente del 2 maggio 2017), le quali, con la pronuncia in oggetto, condividendo le conclusioni del Procuratore generale di udienza, hanno affermato che, essendo la richiesta di riesame un mezzo di impugnazione, debbano ad essa applicarsi tutte le norme sulle impugnazioni in generale, ivi incluso l'art. 582 c.p.p.

Invero, a parere dell'adita Corte, così come peraltro sostenuto dallo stesso Procuratore generale, per uniformare le discipline aventi ad oggetto diritti costituzionalmente riconosciuti, è doveroso fornire all'art. 324 c.p.p., in tema di misure cautelari reali, la stessa lettura fornita all'art. 309 c.p.p., trattante una disciplina analoga, ma in materia di misure cautelari personali. Trattasi, difatti, in entrambi i casi di richiesta di riesame costituente mezzo di impugnazione, sicché deve applicarsi la disciplina generale sulle impugnazioni prevista dal codice di rito, nel cui Titolo I – contenente, appunto, le disposizioni generali – è inserito l'art. 582 c.p.p.

Peraltro, come ribadito in motivazione, simile è il richiamo effettuato al suddetto art. 582 c.p.p. dall'art. 324 c.p.p. e dall'art. 309 c.p.p. (l'art. 324, comma 2, prevede: «la richiesta è presentata nelle forme

previste dall'art. 582»; l'art. 309, comma 4, secondo periodo, invece dispone: «si osservano le forme previste dagli artt. 582 e 583»), ragion per cui non se ne comprende una diversità di applicazione, ristretta nel primo caso, ampliata nel secondo.

Se, dunque, il rinvio compiuto dall'art. 309, comma 4, c.p.p., in tema di presentazione della richiesta di riesame, alle forme dell'art. 582 c.p.p. comprende anche il comma 2 del medesimo articolo – secondo cui le parti private e i difensori possono presentare l'atto di impugnazione anche nella cancelleria della pretura in cui si trovano, se tale luogo è diverso da quello in cui fu emesso il provvedimento, ovvero davanti ad un agente consolare all'estero –, medesimo ragionamento deve essere seguito con l'art. 324 c.p.p., non sussistendo ragioni per una regolamentazione differente dell'impugnazione tra misure cautelari reali e personali.

Condividendo l'opposta interpretazione restrittiva, infatti, come sostenuto dalle stesse Sezioni Unite, non solo si escluderebbe la possibilità di un'effettiva tutela dei residenti all'estero, ma neanche si valorizzerebbero le esigenze di semplificazione e di celerità procedimentale, atteso che la rapidità procedimentale avrebbe come unico effetto il restringimento delle possibilità di tutela, consecutivamente alla riduzione dei tempi assegnati alla difesa della parte privata.

Sulla scorta di tali considerazioni, è affermato, allora, il seguente principio di diritto: “Ai sensi dell'art. 324 c.p.p., in tema di misure cautelari reali, la richiesta di riesame può essere presentata, oltre che nella cancelleria del tribunale del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato, anche nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trovano le parti private o i difensori, diverso da quello in cui fu emesso il provvedimento, ovvero davanti a un agente consolare all'estero”.

GIUDIZIO DI RINVIO A SEGUITO DI ANNULLAMENTO: LA DECISIONE DEL TRIBUNALE DEL RIESAME VA DEPOSITATA IN TRENTA GIORNI ANCHE IN CASO DI PARTICOLARE COMPLESSITÀ DELLA MOTIVAZIONE

(Cass., sez. un., 18 ottobre 2017, n. 47970)

La questione rimessa alle Sezioni Unite, risolta con la sentenza in oggetto, concerne il contrasto giurisprudenziale attinente alla possibilità per il Tribunale del riesame, in sede di rinvio a seguito di annullamento dell'ordinanza applicativa di misura cautelare personale coercitiva, di prorogare il termine per il deposito della motivazione, qualora particolarmente complessa, superando i trenta giorni di cui all'art. 311, comma 5-bis, c.p.p., ma comunque non eccedendo i quarantacinque giorni di cui all'art. 309, comma 10, c.p.p.

Diversi sono stati, infatti, gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in proposito.

Nello specifico, secondo una prima linea interpretativa adottata dalla Corte, il Tribunale può disporre per il deposito del provvedimento, laddove la stesura della motivazione sia particolarmente complessa per il numero di arrestati o la gravità delle imputazioni, un termine superiore ai trenta giorni indicati nel suddetto art. 311, comma 5-bis, c.p.p., ma non superiore ai quarantacinque giorni dalla decisione, coerentemente con quanto stabilito dall'art. 309, comma 10, c.p.p. (Cass., sez. V., 8 gennaio 2016, n. 18571). Ciò, in considerazione della funzione del primo dei due menzionati articoli, ossia equiparare la disciplina del procedimento a seguito di rinvio a quella ordinaria di cui al secondo articolo citato. Per tale indirizzo, quindi, nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento, il mancato rispetto del termine di trenta giorni per il deposito dell'ordinanza ne comporta la perdita di efficacia, atteso che la normativa vigente consente al Tribunale di disporre di un termine più lungo, non eccedente i quarantacinque giorni, per la sola ordinanza emessa ai sensi dell'art. 309 c.p.p.

Al contrario, secondo un'opposta linea interpretativa, fondata sull'interpretazione letterale del comma 5-bis dell'art. 311 c.p.p., deve essere applicato il termine di trenta giorni per il deposito dell'ordinanza resa in sede di rinvio a seguito di annullamento disposto dalla Corte di cassazione su ricorso dell'indagato (Cass., sez. II, 6 maggio 2016, n. 20248 e Cass., sez. II, 6 maggio 2016, n. 23583). Ciò in considerazione della restrittiva disciplina di cui a quest'ultimo articolo, garante dell'alto valore che la Costituzione (art. 13) e le Convenzioni internazionali (art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici) attribuiscono alla tutela della libertà personale dell'indagato.

E proprio quest'ultimo più restrittivo orientamento è quello condiviso dalle Sezioni Unite, adite per

dirimere il sussistente contrasto giurisprudenziale (a seguito di ordinanza del 23 maggio – 6 giugno 2017, n. 27828 della Prima Sezione e decreto del Primo Presidente dell'8 giugno 2017).

Queste ultime affermano, infatti, con la pronuncia in esame, che nel procedimento a seguito di rinvio debba applicarsi il termine di trenta giorni, così come letteralmente disposto dall'art. 311, comma 5-bis, c.p.p., nonché previsto, nel diritto sovranazionale, dal richiamato art. 5 della Cedu, il quale prevede l'applicazione di termini brevi nei giudizi cautelari per tutelare la persona da detenzioni arbitrarie.

Peraltro, del medesimo avviso è la Corte di Strasburgo, che, sul punto, sostiene che il principio di celerità debba essere ritenuto una regola generale e pertanto riguardare tutti i procedimenti *de libertate*, sicché qualsiasi disposizione atta a rallentarne l'*iter* debba, di contro, essere considerata un'eccezione.

In tale ottica, quindi, la Suprema Corte ribadisce che, se tale ragionamento debba applicarsi nella generalità dei procedimenti *de libertate*, l'esigenza di una decisione in tempi brevi è a maggior ragione necessaria nei riguardi di chi, a seguito dell'annullamento del provvedimento restrittivo, sia ancora privato della libertà personale.

Sulla scorta di tali considerazioni, non appare dunque condivisibile l'indirizzo favorevole all'applicazione analogica della disposizione che permette la proroga del termine per il deposito dell'ordinanza di riesame.

Invero, se l'analogia, ai sensi dell'art. 12 delle preleggi, è un procedimento cui si ricorre, in caso di lacune nell'ordinamento, applicando alla situazione da disciplinare le norme previste per casi simili o materie analoghe (c.d. *analogia legis*), nel caso di specie tali presupposti sono insussistenti, giacché il codice di rito prevede esplicitamente, e con una specifica norma – quale l'art. 311, comma 5-bis, c.p.p. –, il termine non prorogabile di trenta giorni per il deposito del provvedimento.

Il principio di diritto affermato è pertanto il seguente: "Nel giudizio di rinvio a seguito di annullamento dell'ordinanza che ha disposto o confermato la misura coercitiva, il tribunale del riesame non può disporre, nel caso di particolare complessità della motivazione, il deposito dell'ordinanza in un termine non eccedente il quarantacinquesimo giorno, in analogia a quanto previsto dall'art. 309, co. 10, c.p.p., ma deve depositare il provvedimento nel termine di trenta giorni previsto dall'art. 311, co. 5-bis, c.p.p., a pena di perdita di efficacia della misura".

BENE CONFISCATO CON SENTENZA NON DEFINITIVA: IL TERZO PROPRIETARIO PUÒ CHIEDERNE LA RESTITUZIONE AL GIUDICE DELLA COGNIZIONE

(Cass., sez. un., 19 ottobre 2017, n. 48126)

Le Sezioni Unite, con la pronuncia in oggetto, hanno dato risposta al quesito attinente a se i terzi proprietari del bene confiscato, rimasti estranei al giudizio di cognizione, siano legittimati ad esperire incidente di esecuzione prima dell'irrevocabilità della sentenza contenente la statuizione di confisca.

Al riguardo, infatti, non pacifico è stato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità.

In particolare, un primo indirizzo ha riconosciuto al terzo rimasto estraneo al giudizio di cognizione, e quindi privo del diritto di impugnare la sentenza disponente la confisca, la legittimazione a promuovere incidente di esecuzione, senza attendere l'irrevocabilità della sentenza (Cass., sez. I, 12 novembre 2008, n. 42107). Diritto, questo, esercitabile rivolgendosi al giudice della cognizione, chiamato a decidere applicando analogicamente le regole della procedura di esecuzione, e, nello specifico, gli artt. 676 e 667, comma 4, c.p.p., prima, e l'art. 666 e segg. c.p.p., dopo.

Un diverso indirizzo, invece, ha affermato che, in tema di misure cautelari reali, a seguito di sentenza non irrevocabile di condanna, al terzo interessato sia precluso il ricorso al giudice della cognizione, per far valere i propri diritti sui beni in sequestro, fino alla formazione del giudicato, giacché non potrebbe ammettersi che la statuizione di confisca contenuta nella sentenza sia posta in discussione da un soggetto terzo, che non sia parte del rapporto processuale instaurato dinanzi al giudice della cognizione, e durante la pendenza del processo e al di fuori dello stesso (Cass., sez. II, 8 febbraio 2017, n. 5806).

Ciò, peraltro, non comporterebbe assenza di tutela per il terzo – e relativa incompatibilità con principi costituzionali o con la normativa della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo –, atteso che questi, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna dell'imputato, e sempreché la confisca sia divenuta irrevocabile, potrebbe promuovere apposito incidente di esecuzione dinanzi al giudice di cui all'art. 665 c.p.p. – specificamente designato a decidere in ordine alla confisca e alla restituzione delle cose

sequestrate – (Cass., sez. VI, 18 luglio 2012, n. 29124). La tutela al terzo estraneo al giudizio sarebbe quindi comunque accordata dal legislatore, ma collocata in sede di procedimento di esecuzione, successivamente al passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della responsabilità dell'imputato.

In virtù di siffatto contrasto giurisprudenziale, necessario si è allora ritenuto l'intervento delle Sezioni Unite (adite con ordinanza 21 febbraio 2017 – 11 maggio 2017, n. 23322 della Prima Sezione).

Queste ultime, quindi, nella propria pronuncia, hanno anzitutto precisato l'impossibilità di instaurare la procedura dell'incidente di esecuzione in pendenza del processo di cognizione, per evitare di porsi in essere di un "procedimento parallelo" da parte del terzo, finalizzato a far valere il proprio diritto di proprietà in un procedimento pendente in cui non è tra le parti.

Invero, come precisato nella stessa decisione, in caso di contemporanea pendenza, dinanzi al medesimo giudice, del processo di cognizione e dell'incidente di esecuzione, si potrebbe addirittura parlare di procedimenti "convergenti" (ossia più che paralleli), giacché l'oggetto sarebbe il medesimo, seppur le parti – l'imputato nel primo processo, il terzo estraneo al processo di cognizione nel secondo – siano differenti. Non considerando, peraltro, che anche le decisioni assunte, per quanto adottate dallo stesso giudice, potrebbero essere contrastanti.

A ciò si aggiunga poi la singolarità dell'affidamento al giudice della cognizione di una procedura prevista dal legislatore per l'incidente di esecuzione, dunque con la relativa richiesta ad un soggetto che ancora deve emettere una sentenza, o che ne ha già emessa una non ancora avente il carattere della definitività, di comportarsi come se tale sentenza fosse stata emanata e fosse divenuta irrevocabile.

La Corte, pertanto, evidenzia che, in sede di interpretazione, non possono crearsi percorsi procedurali anomali, effettuando un "trapianto" da una procedura all'altra e snaturando, in tal modo, la funzione e la natura del giudice della cognizione.

Sulla scorta di siffatte argomentazioni, dunque, essa afferma che il terzo estraneo potrà ricorrere alla procedura dell'incidente di esecuzione solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza che dispone la confisca, ma, al contempo, specifica che ciò non determina un vuoto di tutela per quest'ultimo durante il corso del procedimento di cognizione, giacché la sentenza che ha disposto la confisca comunque non muta il titolo giuridico dell'ablazione, che continua ad essere rappresentato dall'originario provvedimento di sequestro determinante l'indisponibilità del bene fino all'irrevocabilità della sentenza.

E però, in capo a detto terzo intestatario sussisterà indubbiamente l'interesse a contestare il permanere delle condizioni giustificative del vincolo, essendo questi estraneo al processo, ma non al sequestro. Lo strumento di tutela da adottare sarà allora necessariamente quello di carattere generale previsto per tutti i provvedimenti diversi da quello impositivo della misura, ossia l'appello al tribunale del riesame, la cui natura incidentale, che non interferisce con il *thema decidendum* rimesso al giudice, ne consente l'attivazione anche nel corso del processo di cognizione.

Peraltro, al riguardo, sono stesso le Sezioni Unite a sottolineare che, se per le misure cautelari personali è ammessa la possibilità, per l'imputato, di chiedere la rivalutazione della propria posizione in relazione allo *status libertatis* anche in pendenza del processo di cognizione, e persino dopo la pronuncia di sentenza di condanna, ciò non può essere precluso nell'ambito delle misure cautelari reali, per quanto nello specifico attiene al sequestro preventivo.

In conclusione, è dunque affermato il potere-dovere del giudice di riqualificare correttamente, ai sensi del comma 5 dell'art. 568 c.p.p., come appello cautelare l'incidente di esecuzione erroneamente proposto, dando così al terzo la possibilità concreta di tutelare i propri interessi.

In particolare, il principio di diritto emanato è il seguente: "Il terzo, prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile, può chiedere al giudice della cognizione la restituzione del bene sequestrato e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame. Qualora sia stata erroneamente proposta opposizione mediante incidente di esecuzione, questa va qualificata come appello e trasmessa al tribunale del riesame".

CONFIGURABILITÀ DELLA CONNESSIONE TELEOLOGICA: NON È NECESSARIA L'IDENTITÀ TRA GLI AUTORI DEI REATI

(Cass., sez. un., 24 novembre 2017, n. 55390)

Con la sentenza disaminata, le Sezioni Unite si sono pronunciate in senso negativo circa la necessaria identità tra gli autori del reato fine e quelli del reato mezzo per la configurabilità della connessione

c.d. teleologica, prevista dall'art. 12, comma 1, lett. c), c.p.p., ferma restando l'esigenza di individuare un effettivo legame finalistico tra i suddetti reati.

Al riguardo, infatti, risalente era il contrasto interpretativo sussistente tra le Sezioni semplici proprio in merito ai caratteri fondanti della connessione teleologica, peraltro per ben due volte già sottoposto all'organo di composizione dei contrasti interpretativi, senza però trovare alcuna effettiva risoluzione.

Ebbene, nello specifico, un primo orientamento giurisprudenziale, per giunta dominante, reputava necessaria la piena coincidenza soggettiva tra gli autori del reato fine e quelli del reato mezzo, anche in virtù dell'originaria formulazione del testo di legge, che, prima delle modifiche operate con il d.l. 20 novembre 1991, n. 367 ("Coordinamento delle indagini nei procedimenti per reati di criminalità organizzata"), convertito con legge 20 gennaio 1992, n. 8, conteneva la locuzione "se una persona è imputata di più reati" (Cass., sez. I, 8 febbraio 2017, n. 5970). Esso, in particolare, sosteneva che, ai fini della configurabilità dell'ipotesi di connessione prevista dall'art. 12, comma 1, lett. c), c.p.p., dovessero sussistere due condizioni: che parte dei reati per i quali si procede fossero stati commessi per eseguire gli altri e che il reato fine fosse stato realizzato dallo stesso soggetto, o dalle stesse persone, che hanno commesso il reato mezzo.

Viceversa, un secondo indirizzo interpretativo non riteneva necessaria la suddetta identità tra gli autori del reato, in considerazione della natura oggettiva del nesso (Cass., sez. III, 20 marzo 2013, n. 12838). Esso, invero, affermava che, a seguito delle modifiche apportate con il citato d.l. 367 del 1991, non fosse più presente nel dato letterale dell'articolo in oggetto alcun riferimento ad un unico imputato o ai medesimi imputati concorrenti, ma che fosse anzi stato mantenuto solo il requisito oggettivo del nesso teleologico, diversamente da quanto invece rinvenibile nella lett. b) dello stesso articolo.

A causa di siffatto contrasto, dunque, la Prima Sezione della Suprema Corte, assegnataria del procedimento, ha ritenuto necessario sottoporre nuovamente la questione alle Sezioni Unite (con ordinanza del 17 luglio 2017, n. 36278, e successivo decreto del Primo Presidente del 24 luglio 2017).

Queste ultime, in proposito, hanno condiviso il minoritario orientamento giurisprudenziale, che, come già detto, non ritiene necessaria l'identità tra gli autori del reato mezzo e quelli del reato fine in caso di connessione teleologica, motivando la propria decisione con l'esame della successione normativa intervenuta sul tema.

Difatti, nella citata locuzione "se una persona è imputata di più reati" dell'originaria formulazione dell'art. 12, comma 1, lett. c), c.p.p., l'*incipit* "se una persona" faceva ritenere il nesso teleologico idoneo a determinare uno spostamento della competenza per materia o per territorio solo per reati ascritti alla stessa o alle stesse persone. Con la successiva emanazione del d.l. 367 del 1991, l'esplicito riferimento all'identità dell'autore dei fatti in connessione è stato tuttavia soppresso, mediante l'utilizzo della locuzione impersonale "se dei reati per cui si procede".

La materia, però, è stata poi ancora una volta sottoposta a modifiche, con la legge 1 marzo 2001, n. 63 ("Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione"), la quale ha eliminato il riferimento alla connessione occasionale e ai profili finalistici introdotti nel 1991, senza comunque ripristinare l'originaria formula "se una persona è imputata di più reati, quando gli uni sono stati commessi per eseguire od occultare gli altri", ma anzi mantenendo quella impersonale "se dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri".

A parere delle Sezioni Unite, quindi, la modifica letterale che ha portato all'attuale formulazione dell'articolo è frutto di una precisa scelta legislativa, che, con l'utilizzo di una locuzione impersonale, ha inteso far venir meno la richiesta coincidenza tra gli autori del reato mezzo e quelli del reato fine.

Sulla base di siffatte considerazioni, non si ritiene allora giustificato il ricorso all'opzione ermeneutica di tipo logico-sistematico, condivisa dall'orientamento maggioritario, che imporrebbe tale coincidenza, nonostante il chiaro mutamento del disposto normativo.

Tanto premesso, la Suprema Corte, a seguire, ha sottolineato che, per far sì che la connessione teleologica, di cui appunto all'art. 12, comma 1, lett. c), c.p.p., sia idonea a determinare uno spostamento di competenza, dovrà essere in concreto individuato un effettivo legame finalistico tra i reati commessi da soggetti diversi, il che comporta la necessità di verificare che chi ha commesso un reato abbia avuto presente l'oggettiva finalizzazione della sua condotta alla commissione di un altro reato oppure all'occultamento di un reato precedente.

Pertanto, il principio di diritto emanato è stato il seguente: "Ferma restando la necessità di individuare un effettivo legame finalistico fra i reati, non è richiesta l'identità degli autori ai fini della configurabilità della connessione teleologica prevista dall'art. 12, co. 1, lett. c), c.p.p.".

DECISIONI IN CONTRASTO

di Giada Bocellari

NON È AMMESSA L'INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA NEL SETTORE PENALE: IN ATTESA DELL'ATTUAZIONE DELLA DELEGA, IL LIMITE DI PENA CHE IMPONE LA SOSPENSIONE DELL'ORDINE DI ESECUZIONE RESTA FISSATO A TRE ANNI

(Cass., sez. I, 10 ottobre 2017, n. 46562)

Con la pronuncia in commento, la Suprema corte ha inteso sancire un criterio di stretta interpretazione dei dati normativi di riferimento in tema di limiti per la sospensione dell'ordine di esecuzione e, sfruttando un non inconsueto difetto di coordinamento tra disposizioni, ha rifiutato l'utilizzo di criteri ermeneutici volti a superare il dato normativo testuale, benché in tal caso la decisione si sostanziasse in un risultato, non solo contrario allo spirito delle riforme degli ultimi tempi, ma anche palesemente *contra reum*.

Secondo l'ancora vigente formulazione, a norma dell'art. 656, comma 10, c.p.p., il pubblico ministero deve, infatti, sospendere l'esecuzione dell'ordine di carcerazione se la residua pena da espiare, determinata ai sensi dell'art. 656, comma 4 *bis*, c.p.p. non superi il limite indicato nel comma 5, attualmente ancora fissato ad anni tre di pena detentiva (ovvero quattro anni nei casi dell'art. 47 *ter*, comma 1, ord. pen. o sei anni nei casi degli artt. 90 e 94 d.p.r. 309/1990).

La l. 146/2013 aveva, tuttavia, apportato una modifica significativa all'art. 47 ord. pen., che disciplina la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale: nell'ottica di ampliare l'ambito di operatività della misura alternativa – stessa finalità che si pone espressamente la Legge Delega n. 103/2017 in tema di riforma dell'ordinamento penitenziario –, il legislatore aveva introdotto il comma 3 *bis*, attualmente in vigore, che, espressamente, prevede l'accesso all'affidamento in prova al condannato che debba espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2 del medesimo art. 47.

È parso subito evidente, dunque, lo scollamento tra i due limiti di pena che, stando ai dati testuali, sembrava consentire ai condannati ad un periodo di detenzione dai tre ai quattro anni l'accesso alla misura dell'affidamento in prova, ma non all'emissione dell'ordine di esecuzione sospeso, con la conseguenza del necessario ingresso in istituto penitenziario.

A fronte dell'evidente difetto di coordinamento tra le due norme e alla irragionevolezza di soluzioni contrarie, un primo orientamento giurisprudenziale (Cass., sez. I, 31 maggio 2016, n. 51864; Cass., sez. I, 4 marzo 2016, n. 37848) aveva inteso estendere il limite dei quattro anni di cui all'art. 47, comma 3 *bis*, ord. pen. ai casi di sospensione dell'ordine di carcerazione, sulla scorta di una duplice argomentazione: da un lato, ritenendo dirimente il richiamo operato dall'art. 656, comma 5, c.p.p. all'art. 47 ord. pen. nella sua interezza, tale per cui, ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione correlata ad una istanza di affidamento in prova ai sensi dell'art. 47, comma 3 *bis*, ord. pen., il limite edittale non sarebbe stato quello di tre anni, ma di una pena da espiare, anche residua, non superiore a quattro anni; dall'altro, espressamente suggerendo la necessità di applicare un criterio di interpretazione sistematico ed evolutivo dell'art. 656, comma 5, c.p.p., pur in mancanza di un formale intervento legislativo, ma coerente con la modifica apportata alla più volte richiamata norma dell'ordinamento penitenziario.

Tale orientamento è rimasto del tutto invariato sino alla pronuncia in commento, che si è assestata su di una posizione diametralmente contraria, più che altro a fronte della ritenuta impossibilità per l'autorità giudiziaria di travalicare il dato normativo testuale: secondo la Suprema corte, infatti, il canone della interpretazione evolutiva (a differenza dell'interpretazione estensiva) sarebbe tradizionalmente escluso nel settore penale in quanto contrastante con il principio costituzionale della riserva di legge e con quello della separazione dei poteri.

Il potere del Pubblico Ministero di sospendere l'esecuzione sarebbe, dunque, di stretta interpretazione, non potendosi costui sostituire, neppure in via preliminare, alla potestà giurisdizionale, così co-

me richiesta dall'art. 47, comma 3 *bis*, ord. pen., per cui, tra l'altro, la concessione dell'affidamento in prova non troverebbe applicazione automatica, richiedendo, viceversa, una valutazione di merito da parte del Tribunale di sorveglianza circa il comportamento tenuto dal condannato nell'anno precedente.

La legge delega n. 103/2017 (art. 1, commi 82 e 85), nell'elevare a quattro anni il limite di pena per la sospensione obbligatoria dell'ordine di esecuzione, confermerebbe l'interpretazione restrittiva dell'art. 656, comma 5, c.p.p.: ove, infatti, fosse ammissibile l'interpretazione evolutiva propugnata dal contrario orientamento giurisprudenziale, il criterio di delega sarebbe, secondo la Suprema corte, del tutto superfluo.

In attesa dell'attuazione della delega (lo schema di decreto legislativo è stato approvato dal Consiglio dei Ministri, in esame preliminare, in data 22 dicembre 2017), sebbene la pronuncia in commento costituisca un isolato precedente in materia, si profila il serio rischio che i condannati ad un periodo di detenzione dai tre ai quattro anni debbano, prima di accedere alla misura alternativa dell'affidamento in prova, transitare, almeno per un breve periodo, dall'istituto penitenziario: ancora una volta, le "sviste" del legislatore – tardivamente tamponate con frammentarie novelle, ormai tipiche della legislazione italiana – costringono i giudici a decisioni, nella sostanza, irragionevoli, ma, in diritto, non del tutto contestabili.

L'ISTANZA RIPARATORIA DI CUI ALL'ART. 35 TER ORD. PEN. PROPOSTA DAL DETENUTO IN AFFIDAMENTO IN PROVA AL SERVIZIO SOCIALE DEVE ESSERE PRESENTATA AL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA E NON AL TRIBUNALE CIVILE

(Cass., sez. I, 12 ottobre 2017, n. 47052)

L'art. 35 *ter* ord. pen. riconosce in favore del detenuto, che per almeno quindici giorni abbia subito una detenzione in violazione dell'art. 3 Cedu, il diritto di richiedere al magistrato di sorveglianza una riduzione di pena, a titolo di risarcimento del danno, della pena detentiva ancora da espiare pari ad un giorno per ogni dieci durante i quali l'istante abbia subito il pregiudizio. Ai sensi del terzo comma della medesima norma, la competenza a disporre il risarcimento è, invece, del giudice civile quando l'istante abbia subito il pregiudizio in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero quando il richiedente abbia terminato di espiare la pena in carcere.

Il problema interpretativo affrontato dalla pronuncia in commento riguarda la particolare posizione dell'istante che si trovi, al momento della domanda, in stato di affidamento in prova al servizio sociale, rispetto al quale è controverso se debba presentare istanza al magistrato di sorveglianza (per ottenere una riparazione in forma specifica) ovvero al giudice civile (per ottenere un risarcimento monetario).

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale (Cass., sez. I, 17 novembre 2016, n. 7421; Cass., sez. I, 19 luglio 2016, n. 38801; Cass., sez. I, 1 luglio 2015, n. 6735; Cass., sez. I, 21 giugno 2016, n. 44175), l'istanza riparatoria andrebbe proposta, in tal caso, al giudice civile, atteso che il dato testuale del terzo comma dell'art. 35 *ter* ord. pen. opera esclusivo riferimento allo stato di detenzione in carcere: la riparazione in forma specifica, di competenza del magistrato di sorveglianza, sarebbe, dunque, prerogativa esclusiva del soggetto che, al momento della domanda, si trovi in stato di detenzione *intra moenia* (o al detenuto in regime di semilibertà), mentre chi stia fruendo della misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale (così come il detenuto domiciliare) potrebbe rivolgersi solo al giudice civile al fine di ottenere un risarcimento monetario.

Più di recente, la Suprema corte (Cass., sez. I, 17 novembre 2016, n. 5515) ha avuto poi modo di precisare, limitando la portata dell'orientamento innanzi esposto, che presupposto necessario per radicare la competenza del magistrato di sorveglianza sia lo stato di restrizione dell'istante al momento della presentazione della domanda, a nulla rilevando l'eventuale scarcerazione nelle more della decisione.

Di netto contrario avviso è, invece, la pronuncia in commento, che conclude per la competenza del magistrato di sorveglianza e per la riparazione in forma specifica anche nel caso di soggetto che stia fruendo, al momento della presentazione della domanda o al momento della decisione, dell'affidamento in prova al servizio sociale: secondo la Suprema corte, infatti, l'art. 35 *ter* ord. pen. palesa un limite di fondo nella parte in cui non disciplina affatto la posizione del detenuto che stia espiando la pena fruendo di una misura alternativa, cosicché occorre operare una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, che preclude *ab origine* di condividere gli orientamenti giurisprudenziali sopra esposti.

Da un lato, secondo i giudici di legittimità, escludere la riparazione in forma specifica per colui che, al momento della domanda, si trovi a beneficiare di una misura alternativa e che abbia comunque subito un pregiudizio nel corso dell'espiazione della pena, evidenzerebbe profili di "conclamata illegittimità costituzionale", in quanto la disciplina dell'art. 35 *ter* ha finalità riparatorie e la riparazione principale, privilegiata dal legislatore, è quella della riduzione della pena, anche in considerazione e a tutela degli interessi economici dello Stato.

Dall'altro, il riconoscimento di una riparazione in forma specifica anche per il soggetto affidato in prova ai servizi sociali trova conferma nella natura stessa della misura alternativa, che non costituisce istituto giuridico distinto dall'esecuzione della pena nelle forme della detenzione intramuraria, ma solo una forma attraverso la quale la pena detentiva può essere eseguita, cosicché misura alternativa e pena detentiva in istituti di pena si equivalgono e necessitano di egual disciplina. Tanto più – aggiunge la Suprema corte – se si considera che l'affidamento in prova al servizio sociale, ove ingiustamente subito, dà diritto, ricorrendo le condizioni di cui all'art. 314 c.p.p., all'equo indennizzo: sarebbe, dunque, oggettivamente e sistematicamente incongruo privare di legittimazione l'affidato della ipotesi riparatoria in forma specifica di cui all'art. 35 *ter* ord. pen.



Processo penale e giustizia n. 1 | 2018

Avanguardie in giurisprudenza

Cutting Edge Case Law

Il provvedimento a base del mandato di arresto europeo

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE F., SENTENZA 1° SETTEMBRE 2017, N. 39861 – PRES. DE TOMMASI; REL. SCALIA

Non può disporsi la consegna in esecuzione di un mandato di arresto europeo qualora quest'ultimo non sia emesso in esecuzione di un provvedimento cautelare sottoscritto da un giudice, considerato che la garanzia della libertà della persona attinta dal mandato risiede proprio nel fatto che questo rinvenga il fondamento in un provvedimento giudiziale.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di appello di Genova, con la sentenza in epigrafe indicata, ha disposto la consegna di (*omissis*), cittadino italiano, all'autorità giudiziaria della Bulgaria in esecuzione del mandato di arresto europeo emesso il 12 giugno 2017 dalla Procura distrettuale di Sofia dietro ordine nazionale in data 22 marzo 2017 della Procura Rionale di Sofia, perché indiziato dei reati di truffa e di appropriazione indebita (artt. 211, 209 e 26 cod. pen. bulgaro). 2. Per unico ed articolato motivo ricorre avverso l'indicata sentenza la difesa del consegnando, deducendo l'erronea applicazione della legge processuale (art. 606, comma 1, lett. b) cod. proc. pen.) e, segnatamente, dell'art. 1, comma 3, legge n. 690 del 2005 nonché degli artt. 13 e 111, comma settimo, Cost. e dell'art. 291 cod. proc. pen. La Corte di appello di Genova avrebbe disposto la consegna nonostante il mandato di arresto europeo ed il titolo cautelare nazionale fossero stati emessi non da un giudice ma dal p.m., ufficio cui sarebbe spettata la mera attivazione della procedura.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

L'art. 1, comma 3, della legge n. 69 del 2005, di cui si deduce in ricorso la violazione, recita che «l'Italia darà esecuzione al mandato d'arresto europeo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla presente legge, sempre che il provvedimento cautelare in base al quale il mandato è stato emesso sia stato sottoscritto da un giudice ...».

L'indicata previsione non riguarda l'atto per il quale si richiede allo Stato membro la consegna o il mandato di arresto europeo, ma si rivolge direttamente al provvedimento cautelare nazionale di limitazione della libertà di una persona.

Come già da questa Corte affermato, la previsione assume natura sostanziale ed ha ad oggetto quanto costituisce il presupposto stesso del mandato di arresto europeo. La garanzia della libertà della persona attinta dal mandato europeo è infatti che quest'ultimo rinvenga il proprio fondamento in un provvedimento di un giudice (Sez. 6, n. 8449 del 14/02/2007, Piaggio, Rv. 235560; per il richiamo che il provvedimento interno, impositivo di misura cautelare debba contenere la sottoscrizione di un giudice: Sez. 6, n. 6901 del 13/02/2007, Ammesso, non massimata sul punto, par. 2.5 motivazione; in termini, Sez. 6, n. 1125 del 8/01/2009, Stojanovic, Rv. 244140, pure massimata sul diverso profilo della mancanza di sottoscrizione da parte di un giudice, del mandato di arresto).

2. Violativa dell'indicata previsione, risultando il mandato di arresto per cui è domanda di consegna emesso su disposizione nazionale del PM presso l'Ufficio del Procuratore Rionale di Sofia, la sentenza impugnata va annullata senza rinvio non sussistendo allo stato le condizioni per la consegna all'autorità giudiziaria della Bulgaria.

3. Seguono gli adempimenti di cui all'art. 22, comma 5, I. n. 69 del 2005 ed all'art. 626 cod. proc. pen., attesa la sottoposizione del ricorrente a misura cautelare incidentale, caducata dal disposto annullamento.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata. Dispone l'immediata liberazione del ricorrente se non detenuto per altro titolo.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti di cui all'art. 22, comma 5, I. n. 69 del 2005 e la comunicazione al Procuratore generale ai sensi dell'art. 626 cod. proc. pen.

[*Omissis*]

ANDREA CHELO

Professore aggregato di Diritto processuale penale – Università e-Campus

Solo un provvedimento del giudice può trovare esecuzione con il mandato di arresto europeo

Only a court order can be executed with the european arrest warrant

La Corte ritorna, ancora una volta, a ribadire un concetto che emerge molto chiaramente dal dato normativo ma che ha destato spesso problemi interpretativi nella giurisprudenza di merito: la necessità che il provvedimento cautelare posto a base del mandato di arresto europeo provenga da un giudice.

The court, once again, reaffirms a concept that emerges very clearly from the law, but which has often caused interpretative problems in the judicial decisions concerning the substance: the need for the precautionary measure based on the european arrest warrant to be issued by a judge.

IL PRINCIPIO AFFERMATO

La pronuncia in commento ribadisce un principio già più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità, ricavato da un'attenta interpretazione del dato normativo e caratteristico di ogni ordinamento garantista: la necessità che un provvedimento che limiti stabilmente la libertà personale promani dall'autorità che esercita la giurisdizione.

A ben vedere, infatti, nell'affermare che un mandato di arresto europeo può trovare esecuzione solo se fondato su un provvedimento cautelare sottoscritto da un giudice, la Suprema Corte non fa altro che ribadire la centralità della garanzia giurisdizionale, escludendo la possibilità che un provvedimento adottato da un'altra autorità possa trovare esecuzione attraverso il ricorso al nuovo strumento di cooperazione giudiziaria.

IL CONTESTO E LA *QUAESTIO IURIS*

Per meglio comprendere la decisione in esame è indispensabile inquadrare, seppure per sommi capi, l'istituto in seno al quale la stessa è adottata. È da premettersi che il mandato di arresto europeo (di seguito, per brevità, anche m.a.e. o euromandato) è stato introdotto nel nostro ordinamento con la legge 22 aprile 2005, n. 69, recante "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"¹, che, appunto, ha recepito nel nostro ordinamento la decisione quadro 2002/584/GAI² del Consiglio dell'Unione europea relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Paesi dell'Unione. Si tratta, nella sostanza, di un nuovo strumento di cooperazione giudiziaria³, operante solo nell'ambito dell'Unione, finalizzato a rendere più celere e meno dif-

¹ La legge è stata pubblicata in *Gazzetta ufficiale*, 29 aprile 2005, n. 98.

² La decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 13 giugno 2002 è stata pubblicata in *G.U.C.E.*, 18 luglio 2002, n. L-190.

³ Viene a mancare, peraltro, qualsiasi valutazione non puramente giuridica, atteso che la nuova disciplina incentra nell'autorità giudiziaria di esecuzione tutti i poteri decisionali, escludendo un intervento nella decisione da parte dell'autorità politica: in dottrina, sul punto, cfr. F. Siracusano, *Mandato di arresto europeo e durata ragionevole del processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003,

ficoltosa la consegna di un soggetto ricercato perché gravato da una sentenza irrevocabile di condanna o da un provvedimento avente natura cautelare. Il nuovo istituto, dunque, ha alla sua base un atto giurisdizionale che dispone la privazione della libertà di un soggetto e si caratterizza come una richiesta inoltrata ad un altro Stato dell'Unione al fine della cattura e della consegna⁴ del ricercato, per l'esecuzione del provvedimento medesimo⁵.

Seppure nel suo *incipit* non contenga un vero e proprio apparato definitorio, la legge citata, all'art. 1, reca in sé la definizione di mandato d'arresto europeo⁶. Esso si identifica in una decisione giudiziaria, emessa da uno Stato membro dell'Unione europea⁷, in vista dell'arresto e della consegna, da parte di un altro Stato membro⁸, di una persona, al fine dell'esercizio nei suoi confronti di azioni giudiziarie in materia penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale. La definizione di mandato d'arresto europeo fornita dalla disposizione indicata⁹ cristallizza, altresì, le finalità dell'istituto. Si emette, infatti, un mandato d'arresto europeo solo¹⁰ al fine di ricevere in consegna un individuo da sottoporre a custodia cautelare o nei cui confronti deve eseguirsi una pena o una misura di sicurezza privative della libertà personale¹¹.

p. 910 ss.; N. Galantini, *Prime osservazioni sul mandato d'arresto europeo*, in *Foro ambr.*, 2002, p. 263 ss.; E. Bruti Liberati-I.J. Patrone, *Il mandato d'arresto europeo*, in *Quest. giust.*, 2002, 1, p. 74 ss.

⁴Evidente appare, con immediatezza, una prima significativa differenza del nuovo strumento di cooperazione rispetto all'extradizione, considerato che rispetto a quest'ultima il mandato unifica in un solo atto le due istanze di arresto del ricercato e di consegna dello stesso; l'autorità giudiziaria emittente, infatti, con il mandato d'arresto europeo richiede, oltre alla consegna del ricercato, l'immediata privazione della sua libertà, con intento finalistico rispetto all'esecuzione della consegna: cfr., su tale aspetto, N. Galantini, *Prime osservazioni sul mandato d'arresto europeo*, cit., p. 264. La richiesta di arresto e provvisoria detenzione e quella di consegna, dunque, non costituiscono due momenti distinti come in ambito estradizionale: sul punto, cfr. A. Diddi, *Premesse e contenuti della riserva di giurisdizione*, in G. Pansini-A. Scalfati (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, Jovene, 2005, p. 6, il quale osserva come, «nella valutazione di tale impostazione, si deve tenere conto che l'obiettivo perseguito è di realizzare uno spazio giudiziario europeo ispirato a criteri di efficienza e fondato sul reciproco riconoscimento delle decisioni adottate».

⁵In tale «complessità genetica» si rinviene dal punto di vista sistematico la più rilevante innovazione rispetto all'ordinario strumento estradizionale: così, A. Bellucci, *La verifica sul contenuto del mandato di arresto e sui documenti allegati ai fini dell'esame della richiesta di consegna*, in L. Kalb (a cura di), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 249.

⁶Si è di fronte, come evidente, alla trasposizione, quasi fedele, della medesima definizione contenuta nell'art. 1 della decisione quadro 2002/584/GAI. In dottrina, peraltro, si è osservato come una differenza sarebbe individuabile in relazione al c.d. euromandato "processuale" (o di "cognizione"), ovvero a quello che per la decisione quadro è emesso «ai fini dell'esercizio di un'azione penale» mentre per la legge di attuazione «ai fini dell'esercizio di azioni giudiziarie». La differenza consisterebbe, in tal caso, nel fatto che, mentre sulla base della normativa comunitaria la richiesta di consegna dovrebbe consentire l'instaurazione di un processo penale, sulla base della legge di recepimento, a causa della maggiore genericità del riferimento, essa sarebbe finalizzata all'esecuzione di «un provvedimento cautelare od altra decisione *contra libertatem*» anche non «specificamente diretto a sottoporre il ricercato a processo penale»: cfr. G. Daraio, *I «provvedimenti provvisori» ed il «sequestro di beni» nella procedura passiva di consegna*, in M. Bargis-E. Selvaggi (a cura di), *Mandato d'arresto europeo, dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 355.

⁷Lo Stato che, con l'emissione del m.a.e., richiede l'arresto e la consegna di un soggetto è, per brevità, definito dalla medesima legge come "Stato membro di emissione".

⁸Lo Stato chiamato a consegnare il soggetto è definito "Stato membro di esecuzione".

⁹Come si è osservato, proprio la disposizione in esame ha costituito il «terreno di scontro, talvolta sterile, talaltra pacato e costruttivo» tra due opposte correnti di pensiero: quella che, accogliendo «una visione efficientistica» del mandato, voleva assicurare, in ossequio ai principi di cui è intrisa la decisione quadro, l'assenza di formalismi inutili; quella che, invece, voleva affermare la prevalenza «delle inalienabili garanzie individuali sulle esigenze di difesa sociale»: così A. Bellucci, *La verifica sul contenuto del mandato di arresto e sui documenti allegati ai fini dell'esame della richiesta di consegna*, cit., p. 266.

¹⁰Sotto tale aspetto è, allora, comprensibile che la giurisprudenza di legittimità abbia escluso dalla nozione indicata nell'art. 1, comma 2, legge n. 69 del 2005 il mandato emesso non per ottenere la consegna di soggetti che debbano essere catturati in esecuzione di un provvedimento cautelare, ma esclusivamente per sottoporre gli stessi ad atti di istruzione (interrogatori e confronti), con impegno di riconsegna, e cioè al fine di impiegare uno strumento coercitivo per una finalità investigativa: così Cass., sez. VI, 17 aprile 2007, n. 15970, in *C.E.D. Cass.*, n. 236378. Da rilevare, però, che la giurisprudenza ha ritenuto conforme alle finalità dell'istituto un euromandato emesso al fine di evitare la celebrazione *in absentia* di un processo: così Cass., sez. F., 28 agosto 2008, n. 34574, *ivi*, n. 240715; Cass., sez. F., 21 agosto 2008, n. 34295, *ivi*, n. 240911.

¹¹L. Picotti, *Il campo di applicazione del mandato d'arresto europeo: i reati "in lista" e "fuori lista" e la disciplina della legge italiana di attuazione*, in M. Bargis-E. Selvaggi (a cura di), *Mandato d'arresto europeo, dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 128, significativamente ravvisa il contenuto sostanziale del mandato d'arresto europeo nell'«obbligo di cooperazione gravante sullo Stato d'esecuzione, mediante la cattura e la "consegna" diretta all'autorità giudiziaria dello Stato emittente, delle persone definitivamente condannate o colpite da misure cautelari in tale secondo ordinamento, per il raggiungimento concreto degli scopi (provvisori o finali) della sua giustizia penale». Anche in relazione all'euromandato, dunque, sussiste la duplicità di funzione

Nell'ottica della presente disamina, però, al di là delle finalità dell'euromandato, è da rilevare un altro elemento contenuto nella definizione che tipizza l'istituto: la circostanza che il mandato debba avere alla base un provvedimento cautelare motivato¹² e, come ricorda il provvedimento in chiosa, sottoscritto da un giudice (ovvero, in caso di mandato esecutivo, una sentenza avente il carattere della irrevocabilità¹³, che è pur sempre un provvedimento giurisdizionale).

Sotto questo profilo – come afferma il Giudice di legittimità – si è in presenza di una garanzia dalla evidente e significativa portata, che ha per oggetto non l'atto con il quale si richiede allo Stato membro d'esecuzione la consegna, ma direttamente il provvedimento limitativo della libertà personale che gli sta alla base: una garanzia sostanziale, relativa al presupposto stesso del m.a.e.

Il prevalente orientamento giurisprudenziale che la sentenza annotata ribadisce, infatti, ha già da tempo osservato che nella procedura in esame «la vera garanzia della libertà della persona non sta nel fatto che sia un'autorità giurisdizionale ad emettere il m.a.e., ma che il mandato trovi il suo fondamento in un provvedimento di un giudice»¹⁴. Non deve dimenticarsi, d'altronde, che l'art. 6 della decisione quadro lascia liberi gli Stati membri nell'individuazione dell'autorità investita della competenza ad emettere il m.a.e., ciò che il legislatore italiano ha fatto prevedendo, ad esempio, in relazione alla procedura attiva di consegna, delle ipotesi di competenza del pubblico ministero¹⁵. Ma è fondamentale chiarire che una cosa è l'emissione del mandato, altra l'emissione del provvedimento al quale il primo intende dare esecuzione: quest'ultimo, secondo la legge e secondo la fedele interpretazione della giurisprudenza, non può che promanare da un giudice per essere validamente posto a base di una richiesta di consegna.

In realtà, l'intangibile principio nazionale, affermato quasi come un "controlimite normativo", pare cedevole in ambito europeo, se solo si considera che il legislatore dell'Unione non ha richiesto affatto che il provvedimento a base del m.a.e. provenga da un'autorità giudicante¹⁶: ciò significa, ad esempio, che il provvedimento posto a base della richiesta di consegna rigettata (nella sostanza) dalla sentenza in commento, avrebbe trovato esecuzione sulla base della decisione quadro¹⁷ e, verosimilmente, anche sulla base delle normative di attuazione di altri Paesi dell'Unione.

L'ULTERIORE "CONTROLIMITE" IN RELAZIONE AL MANDATO PROCESSUALE ...

È il caso di ricordare, peraltro, che la qualificazione della "paternità" dell'atto limitativo della libertà non è, in realtà, l'unica precisazione apportata dalla legge di recepimento in relazione al provvedimento a base della richiesta di consegna. Infatti, in presenza di un mandato d'arresto europeo processuale (ovvero emesso per l'esecuzione di un provvedimento cautelare), in fase di decisione è imposto alla Corte d'appello di verificare preliminarmente non solo che il provvedimento sia sottoscritto da un giudice, ma anche che esso sia motivato e sia stato emesso sulla base di un compendio indiziario connotato da gravità¹⁸.

che, in materia estradizionale, porta alla doppia definizione di estradizione di cognizione (o processuale) ed estradizione esecutiva: sul punto, cfr. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1065. Deve osservarsi, inoltre, che Cass., sez. VI, 20 gennaio 2010, n. 271, in *C.E.D. Cass.*, n. 245793, ha ritenuto che anche l'ordine di arresto emesso dall'autorità giudiziaria estera e finalizzato alla comparizione dell'imputato nel procedimento a suo carico sia titolo idoneo a fondare l'emissione del m.a.e., atteso che, sulla base della normativa, è tale ogni provvedimento di natura coercitiva emesso per motivi inerenti al processo.

¹² Seppure sommariamente ed al fine precipuo di cogliere l'importanza che la motivazione assume, deve rilevarsi che l'assenza di essa costituisce causa di rifiuto della consegna, ai sensi dell'art. 18, lett. f), legge n. 69 del 2005.

¹³ Durante l'iter legislativo, per vero, si era prospettata la possibilità, con il disegno di legge n. 4431, di differenziare la disciplina a seconda del provvedimento posto a base dell'euromandato; in dottrina una diversificazione della procedura era stata avanzata da M. Bargas, *Il mandato d'arresto europeo dalla decisione quadro alle prospettive di attuazione*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 94.

¹⁴ Così, Cass., sez. VI, 14 febbraio 2007, n. 8449, in *C.E.D. Cass.*, n. 235560; nello stesso senso cfr. anche Cass., sez. VI, 28 marzo 2008, n. 13463, *ivi*, n. 239425 e Cass., sez. VI, 13 febbraio 2007, n. 6901, non massimata sul punto.

¹⁵ È il caso dell'art. 28 legge n. 69 del 2005.

¹⁶ In dottrina, sul punto, cfr. G. De Amicis-G. Iuzzolino, *Al via in Italia il mandato d'arresto UE*, in *Dir. giust.*, 2005, 19, p. 68 ss.

¹⁷ La definizione fornita dalla decisione quadro, in parte già ricordata, qualifica, infatti, il mandato di arresto europeo come «una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà».

¹⁸ Secondo la Suprema Corte, infatti, per la pronuncia della sentenza di consegna è sufficiente che nel mandato siano indicati

Si tratta, come comprensibile, di profili valutativi che hanno destato problemi, ponendosi in contrasto, “per eccesso”, con la decisione quadro: in primo luogo poiché essa, come detto, fa esclusivo riferimento ad una «decisione giudiziaria», senza specificare che debba trattarsi di un’ autorità giudicante; in secondo luogo perché l’obbligo di verifica dell’apparato motivazionale e dell’esistenza di gravi indizi di colpevolezza è del tutto assente nell’atto normativo sovranazionale.

La previsione di quest’ultimo obbligo costituisce, peraltro, un *novum* rispetto al giudizio posto in essere nella procedura estradizionale convenzionale¹⁹ ed è la risultante di numerose modifiche che durante l’iter legislativo hanno interessato la portata della valutazione demandata alla Corte d’appello²⁰: prima della definitiva stesura, infatti, il testo normativo prevedeva – pur sempre in contrasto con la decisione quadro – che l’autorità giudiziaria dovesse individuare la presenza di “sufficienti indizi di colpevolezza”²¹.

La soluzione ha subito aspre critiche sia perché l’imposizione di una verifica sulla gravità indiziaria si porrebbe in contrasto con la decisione quadro²² annullando, di fatto, il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie che la ispira²³; sia perché rappresenterebbe un arretramento rispetto al progresso nella cooperazione compiuto con la Convenzione europea di estradizione²⁴. In realtà, alla luce della casistica negli anni venuta in evidenza, chi ha affermato l’indispensabilità di un tale accertamento, sull’assunto che risulterebbe inconcepibile un’ automatica esecuzione della richiesta²⁵, pare aver colto nel segno.

gli indizi ragionevolmente ritenuti gravi dall’autorità giudiziaria che lo ha emesso, dal momento che non è fatto rinvio né all’art. 273 c.p.p. (relativo al divieto di applicare le misure cautelari personali in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità o di una causa estintiva del reato o della pena), né all’art. 275, comma 2-bis, c.p.p., (che pone lo stesso divieto nell’ipotesi che il giudice ritenga che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena): così Cass., sez. VI, 12 giugno 2006, n. 20412, in *C.E.D. Cass.*, n. 234166.

¹⁹ Il requisito, pur previsto nell’art. 705, comma 1, c.p.p., non è richiesto dalla Convenzione europea di estradizione, sicché, come attenta dottrina ha osservato, «sarà più facile consegnare all’Azerbaijan che alla Francia!»: cfr. E. Selvaggi-G. De Amicis, *La legge sul mandato europeo d’arresto tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1814; sulla maggiore complessità del procedimento di consegna rispetto all’extradizione convenzionale cfr. anche C. Tracogna, *Consegna a fini processuali e accertamento dei gravi indizi di colpevolezza: una lettura della legge sul mandato d’arresto europeo nel rispetto della decisione quadro*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2006, p. 769, e E. Selvaggi, *Il mandato europeo d’arresto: la conformità con la decisione quadro quale criterio ermeneutico... e altre questioni*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3778. Secondo la giurisprudenza, infatti, nell’ambito dell’extradizione convenzionale l’unica verifica che deve essere posta in essere è quella dell’identità dell’estradando e del titolo sul quale è fondata la richiesta: così, Cass., sez. VI, 10 gennaio 1999, Shabana, in *C.E.D. Cass.*, n. 213322; Cass., sez. VI, 20 settembre 1995, Daimallah, *ivi*, n. 202723; Cass., sez. VI, 5 febbraio 1993, Bouchetof, *ivi*, n. 193830; nessuna valutazione deve essere compiuta, invece, sull’esistenza e sulla portata dei gravi indizi: così, Cass., sez. VI, 17 aprile 1996, Fekiac, *ivi*, n. 204889. *Contra* G. Frigo, *Letture riduttive della Cassazione*, in *Guida dir.*, 2005, 38, p. 76, il quale ritiene che l’interpretazione secondo la quale la Convenzione europea di estradizione non postulerebbe la verifica dei gravi indizi «non deriva già da testi normativi, ma da una loro interpretazione che, quantunque maggioritaria (almeno in giurisprudenza), è tutt’altro che pacifica».

²⁰ La lettura del verbale della seduta della Camera dei Deputati dell’11 maggio 2004 e della seduta del Senato del 7 ottobre 2004 dà dimostrazione delle perplessità sorte nell’ambito dei due rami del Parlamento circa la previsione in questione: cfr. L. Kalb, *Sintesi dei lavori parlamentari*, in L. Kalb (a cura di), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 681 e 748; in dottrina, sul punto, cfr. D. Battista-G. Frigo, *Cautele particolari se il soggetto è minore*, in *Guida dir.*, 2005, 19, p. 94.

²¹ La differenza è netta: laddove, infatti, i sufficienti indizi postulano una possibilità, i gravi indizi, invece, esprimono una concreta probabilità di commissione del reato; in tema cfr. A.A. Sammarco, *La decisione sulla richiesta di esecuzione del mandato d’arresto europeo*, in L. Kalb (a cura di), *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 389.

²² Si pensi, ad esempio, che degli altri Paesi dell’Unione solo l’Olanda ha introdotto una disposizione analoga a quella italiana, prevedendo l’esclusione della consegna nei casi in cui sia di palmare evidenza che il fatto non sussiste o che il ricercato non lo ha commesso: tale disposizione, però, è stata censurata dalla Commissione UE poiché in contrasto con i principi ispiratori della decisione quadro. Sul punto, in dottrina, cfr. E. Selvaggi, *Un’interpretazione in linea con lo spirito della decisione quadro*, in *Guida dir.*, 2005, 38, p. 75.

²³ Cfr. G. Iuzzolino, *La decisione sull’esecuzione del mandato d’arresto europeo*, in M. Bargis-E. Selvaggi (a cura di), *Mandato d’arresto europeo, dall’extradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 312; E. Selvaggi, *Mandato europeo d’arresto e gravi indizi di colpevolezza: interviene la cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3770; E. Selvaggi-G. De Amicis, *La legge sul mandato europeo d’arresto tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative*, cit., p. 1814; F. Lo Voi, *Il procedimento davanti alla corte di appello e i provvedimenti di libertate. Il consenso*, in M. Bargis-E. Selvaggi (a cura di), *Mandato d’arresto europeo, dall’extradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 264.

²⁴ Così E. Selvaggi, *Il mandato europeo d’arresto: la conformità con la decisione quadro quale criterio ermeneutico ... e altre questioni*, cit., p. 3776 ss.; M. Tiberi, *Esecuzione del mandato d’arresto europeo e standard dei controlli interni*, in *Giur. it.*, 2006, p. 130; E. Calvanese-G. De Amicis, *Mutuo riconoscimento solo nelle intenzioni*, in *Guida dir.*, 2005, 19, p. 78.

²⁵ Un positivo giudizio sulla scelta operata dal legislatore è espresso da M. Murone, *La decisione sulla consegna: contenuti, dinamiche, vicende*, in G. Pansini-A. Scafati (a cura di), *Il mandato d’arresto europeo*, Napoli, Jovene, 2005, p. 99.

La scelta del legislatore italiano, dunque, appare dettata a fini di tutela, più che giustificata, del soggetto ricercato²⁶: un suo superamento, d'altronde, potrebbe avvenire qualora l'esigenza di protezione in questione venisse meno, ovvero a seguito di un progressivo ravvicinamento – “verso l'alto” quanto a diritti e garanzie – delle legislazioni degli Stati membri, così evitando, nel contempo, il pericolo insito in una disparità di valutazione dei presupposti necessari per la limitazione della libertà personale dell'individuo.

In questo contesto, però, se è semplice verificare la natura giurisdizionale dell'autorità da cui promana il provvedimento su cui l'euromandato si fonda, rimane evidente la difficoltà, per la Corte d'appello, di porre in essere un'effettiva valutazione dei gravi indizi, dato il ristretto tempo che le è assegnato per la decisione²⁷ e considerato, soprattutto, che essa non conosce tutti gli atti processuali fino al momento assunti dall'autorità giudiziaria emittente²⁸. Ed è forse proprio per tale ragione che la giurisprudenza è intervenuta sul punto, trasformando quello che pareva essere, nell'ottica del legislatore, un controllo “della sostanza” (si pensi alla modifica del testo legislativo dalla richiesta di verifica di “sufficienti indizi” a quella di “gravi indizi”), in un controllo “dell'apparenza”²⁹. È così che la giurisprudenza ha, infatti, sostenuto che nella valutazione *de qua* la Corte d'appello deve limitarsi a «verificare che il mandato sia, per il suo contenuto intrinseco o per gli elementi raccolti in sede investigativa, fondato su un compendio indiziario che l'autorità giudiziaria emittente ha ritenuto seriamente evocativo di un fatto-reato commesso dalla persona di cui si chiede la consegna»³⁰.

In buona sostanza, secondo la giurisprudenza la Corte d'appello non ha il potere di valutare gli indizi che giustificano il provvedimento posto a base della richiesta di consegna o gli elementi di prova a discarico adottati dal ricercato, atteso che una tale valutazione compete esclusivamente all'autorità giudiziaria che ha emesso il m.a.e.³¹. In riferimento ai gravi indizi, dunque, è precluso per la Corte qualsiasi approfondimento³².

²⁶ Non deve dimenticarsi, infatti, che a base della richiesta non vi è una sentenza definitiva ma un provvedimento che applica una misura coercitiva, sicché è necessario prestare un'effettiva tutela al diritto di difesa: cfr. N. Galantini, *L'adattamento del mandato d'arresto europeo nella legge attuativa della decisione quadro*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 4092.

²⁷ Il problema pratico è sollevato da E. Selvaggi-G. De Amicis, *La legge sul mandato europeo d'arresto tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative*, cit., p. 1814.

²⁸ Cfr. E. Selvaggi, *Il mandato europeo d'arresto: la conformità con la decisione quadro quale criterio ermeneutico ... e altre questioni*, cit., p. 3778.

²⁹ La soluzione giurisprudenziale era stata vaticinata, sulla scorta dell'interpretazione dell'art. 705, comma 1, c.p.p., da A.A. Sammarco, *La decisione sulla richiesta di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, cit., p. 389.

³⁰ Così Cass., sez. un., 30 gennaio 2007, n. 4614, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1911 e in *Guida dir.*, 2007, 10, p. 43; il principio affermato dalle Sezioni Unite è rinvenibile in copiosa giurisprudenza: *ex plurimis* cfr. Cass., sez. F., 13 settembre 2005, n. 33642, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, 1, p. 49 e in *Guida dir.*, 2005, 38, p. 67; Cass., sez. VI, 23 settembre 2005, n. 34355, in *Guida dir.*, 2005, 41, p. 79; Cass., sez. VI, 13 ottobre 2005, n. 37649, in *C.E.D. Cass.*, n. 232584; Cass., sez. VI, 8 maggio 2006, n. 16542, in *Riv. pen.*, 2007, 1, p. 118, in *Dir. & Giust.*, 2006, 23, p. 77 e in *Cass. pen.*, 2006, p. 3145; Cass., sez. VI, 14 febbraio 2007, n. 8449, non massimata sul punto. Aspre critiche in argomento giungono, in dottrina, da G. Frigo, *Mandato d'arresto europeo: profili generali e primi problemi applicativi della legge interna d'attuazione*, in L. Filippi (a cura di), *Equo processo: normativa italiana ed europea a confronto*, Padova, Cedam, 2006, p. 270 ss.

³¹ Cfr. Cass., sez. VI, 16 aprile 2008, n. 16362, in *C.E.D. Cass.*, n. 239649. Per le medesime conclusioni, in dottrina, cfr. F. Lo Voi, *Il procedimento davanti alla corte di appello e i provvedimenti di libertà. Il consenso*, cit., p. 264. La Corte d'appello non può, ad esempio, valutare l'attendibilità ed il valore probatorio di una chiamata di correo (che aveva giustificato l'adozione del provvedimento posto a base dell'euromandato), poiché, secondo la giurisprudenza, l'autorità giudiziaria emittente dà soddisfazione al proprio onere motivazionale con la mera indicazione delle fonti di prova: così Cass., sez. VI, 19 dicembre 2006, n. 41758, non massimata sul punto. *Contra*, anche se espressione di un indirizzo isolato e risalente, cfr. Cass., sez. VI, 3 aprile 2006, n. 12453, in *C.E.D. Cass.*, n. 233543, la quale aveva postulato, nella valutazione dei gravi indizi, il controllo della credibilità del dichiarante sulla base dell'approccio metodologico seguito nel processo penale nazionale. Quest'ultima interpretazione è stata di seguito smentita da Cass., sez. VI, 23 giugno 2009, n. 26323, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 1107, secondo cui le regole stabilite dall'ordinamento italiano non operano, con la conseguenza che con riferimento alla chiamata in correità non devono trovare applicazione quelle disposizioni nazionali che richiedono una valutazione specifica dell'attendibilità della stessa. Secondo i giudici di legittimità, comunque, l'indicazione degli elementi di prova deve essere specifica, non generica): così Cass., sez. VI, 17 luglio 2008, n. 30439, in *C.E.D. Cass.*, n. 243591, che non ha ritenuto integrato il presupposto della presenza dei gravi indizi di colpevolezza in un caso in cui, sia nella documentazione trasmessa con il mandato sia in quella integrativa richiesta dalla Corte d'appello, era risultata assente l'indicazione delle specifiche fonti di prova, emergendo solamente che gli indizi risultavano da “vaste indagini” compiute dalla polizia giudiziaria. In senso conforme, in seguito, cfr. Cass., sez. VI, 10 giugno 2009, n. 26698, *ivi*, n. 244282, che ha ribadito il principio affermando che la mera duplicazione della narrativa del capo di imputazione non consente di dar luogo alla consegna.

³² Il divieto è stato affermato da Cass., sez. VI, 17 settembre 2008, n. 35832, in *C.E.D. Cass.*, n. 240722, in riferimento ad un ca-

... E QUELLO RELATIVO AL MANDATO "ESECUTIVO"

Ma a ben vedere, un ulteriore "controlimito normativo" è stato apposto dal legislatore anche in riferimento al mandato di arresto europeo "esecutivo". Infatti, nel caso in cui il mandato d'arresto europeo sia emesso per ottenere la consegna di un individuo da assoggettare a pena o misura di sicurezza, la legge di recepimento – come emerge sia dall'art. 1, comma 3, sia dall'art. 17, comma 4 – richiede l'esistenza di una sentenza irrevocabile di condanna, non di una mera sentenza esecutiva.

Anche sotto questo aspetto, dunque, la scelta del legislatore nazionale si pone in contrasto con le previsioni della decisione quadro; nell'occasione, però, la soluzione adottata tradisce ancora più apertamente l'intento di salvaguardare un principio costituzionale. Il riferimento va, chiaramente, all'art. 27, comma 2, Cost., che, imponendo la presunzione di non colpevolezza «fino alla condanna definitiva», impedisce la consegna di un soggetto per l'esecuzione di una pena che nel nostro ordinamento non dovrebbe ancora essere eseguita³³. La decisione quadro, invece, non individua il requisito della irrevocabilità al fine dell'emissione dell'euromandato, facendo esclusivo riferimento all'esecutività e, sembrerebbe solo in via alternativa, alla definitività³⁴, il che comporta sicuramente un problema di coordinamento con la normativa nazionale, atteso che in alcuni Paesi, a differenza del nostro, è esecutiva anche una sentenza non irrevocabile.

Ciò posto, è opportuno sottolineare che la portata della valutazione della Corte deve limitarsi alla verifica dell'esistenza del titolo definitivo, non potendo il collegio – in virtù del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie – addentrarsi nell'analisi delle modalità di acquisizione delle prove poste a base del provvedimento³⁵ o dell'effettiva esistenza di elementi idonei a fondare un giudizio di colpevolezza³⁶.

Anche una tale verifica, però, può comportare significative problematiche. Per accertare l'irrevocabilità della sentenza³⁷, infatti, l'autorità giudiziaria è tenuta a svolgere un accertamento sulle condizioni giuridiche che, in base alla normativa del Paese d'emissione del m.a.e., determinano tale effetto³⁸: po-

so in cui era stata dedotta l'omessa acquisizione della deposizione della persona offesa e di materiale fotografico; da Cass., sez. F., 13 settembre 2005, n. 33642, cit., che ha affermato, in ragione del principio di sovranità dei singoli Stati, l'impossibilità di richiedere che l'autorità giudiziaria emittente assuma una prova non acquisita o non ancora acquisita. In dottrina, peraltro, M. Murone, *La decisione sulla consegna: contenuti, dinamiche, vicende*, cit., p. 100, aveva sostenuto la possibilità che la Corte potesse effettuare degli approfondimenti per il positivo riscontro dei gravi indizi. Da segnalare che la giurisprudenza di legittimità, in un caso, ha affermato la possibilità per l'autorità giudiziaria italiana di utilizzare, come documentazione integrativa, ai fini della riconoscibilità del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza, una querela presentata dalle persone offese alle autorità italiane, prodotta nel procedimento dalla persona richiesta in consegna, qualora la stessa sia idonea a dimostrare l'inconsistenza del compendio indiziario posto a fondamento del mandato di arresto dall'autorità giudiziaria emittente: così Cass., sez. F., 17 settembre 2007, n. 34999, in C.E.D. Cass., n. 237511. È da evidenziare, comunque, che i gravi indizi non possono formare oggetto di valutazione nel caso in cui il mandato d'arresto europeo sia finalizzato all'esecuzione di sentenze contumaciali che, come quelle francesi, possono essere revocate con opposizione; in questi casi il mandato d'arresto viene considerato processuale (in riferimento precipuo a quanto previsto dall'art. 19, lett. a), della legge di recepimento), ma le sentenze, dotate d'esecutività, devono essere equiparate alle sentenze irrevocabili: Cass., sez. VI, 13 giugno 2008, n. 26026, in C.E.D. Cass., n. 240347, e da Cass., sez. VI, 15 gennaio 2008, n. 2450, non massimata sul punto.

³³ Sul tema cfr. A. Scalfati, *Mandato d'arresto europeo: un difficile equilibrio tra impegni comunitari e garanzie fondamentali*, Relazione al Convegno dal titolo "Globalizzazione del processo, crimine transnazionale e libertà personale in Europa", tenutosi il 9 maggio 2008 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma – Tor Vergata, p. 1 e s., che evidenzia, a fronte degli interventi dell'Unione nel settore della cooperazione, la necessità di non sottovalutare i principi costituzionali «che costituiscono garanzie fondamentali per chi è coinvolto nel circuito giudiziario».

³⁴ Il riferimento va all'art. 8, paragrafo 1, lett. c) ed f) della decisione quadro i quali rispettivamente recitano: «c) indicazione dell'esistenza di una sentenza esecutiva, di un mandato d'arresto o di qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva che abbia la stessa forza e che rientri nel campo d'applicazione degli articoli 1 e 2»; «f) pena inflitta, se vi è una sentenza definitiva, ovvero, negli altri casi, pena minima e massima stabilita dalla legge dello Stato di emissione». In dottrina, la soluzione adottata dalla decisione quadro è ritenuta «quantomeno ambigua o neutrale» da G. Frigo, *Uno strumento senza efficacia diretta*, in *Guida dir.*, 2005, 19, p. 73.

³⁵ Per questa conclusione cfr. Cass., sez. VI, 24 novembre 2009, n. 46223, in C.E.D. Cass., n. 245450.

³⁶ L'osservazione è ribadita anche da M. Murone, *La decisione sulla consegna: contenuti, dinamiche, vicende*, cit., p. 101.

³⁷ La più recente giurisprudenza, infatti, richiede che la Corte d'appello, per poter decidere sulla consegna relativa ad un mandato d'arresto europeo esecutivo, deve avere precisa contezza della irrevocabilità della sentenza esecutiva: così Cass., sez. VI, 29 ottobre 2008, n. 43341, in C.E.D. Cass., n. 241520.

³⁸ Sul punto cfr. A.A. Sammarco, *La decisione sulla richiesta di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, cit., p. 390; M. R. Mar-

trebbe capitare, ad esempio, che la nostra definizione di irrevocabilità, dettata dall'art. 648 c.p.p., non sia riscontrabile in altri ordinamenti; e non sfugge che la richiesta potrebbe, altresì, essere fondata su una sentenza già esecutiva ma non ancora irrevocabile³⁹. Quanto, poi, alle caratteristiche che il provvedimento straniero deve rivestire per essere qualificato come sentenza, è da ritenersi che la valutazione debba essere compiuta, anch'essa, sulla base della normativa dello Stato richiedente⁴⁰, con la conseguenza che non sarà necessario che il provvedimento in questione sia dotato dei requisiti richiesti dall'art. 546 c.p.p.

LE CONCLUSIONI

Alla luce delle osservazioni esposte, sicuro plauso va alla decisione della Corte, che nell'accogliere il ricorso annulla senza rinvio la sentenza impugnata mettendo fine alla procedura.

Emerge evidente, infatti, come la pronuncia in esame abbia colto nel segno, restituendo un'interpretazione rispettosa del testo normativo ed in linea con gli intenti garantisti del legislatore. Proprio in tema di provvedimento da porsi a base dell'euromandato questi ultimi, infatti, si mostrano palesi, essendo imposto che i provvedimenti stranieri limitativi della libertà personale abbiano le medesime caratteristiche di quelli interni e promanino da autorità giudicanti.

La scelta, forse, sarà stata in controtendenza rispetto alle finalità perseguite a livello europeo, considerato che l'Unione si è prefissa l'obiettivo di mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia attraverso l'istituto del reciproco riconoscimento delle sentenze e di altre decisioni di autorità giudiziarie. Secondo le conclusioni assunte dalla presidenza del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 il principio del reciproco riconoscimento dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione in materia penale, poiché un reciproco riconoscimento rafforzato e il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione tra le autorità competenti e la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli.

Ma la questione, come già accennato, sta tutta qui: fin quando il predetto ravvicinamento non sarà conseguito – peraltro verso "l'alto" – è bene che il nostro Paese, anche nei rapporti con gli altri Stati membri, continui ad accordare agli interessati delle varie procedure il proprio *standard* di garanzie: da un lato poiché è ingiusto riservare un trattamento diverso rispetto a quello che verrebbe riconosciuto a livello interno; d'altro lato poiché la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli deve ricomprendere in sé anche la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti nelle procedure di cooperazione giudiziaria.

chetti, sub art. 17 l. 22 aprile 2005, n. 69, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di) *Codice di procedura penale commentato*, III, Milano, Ipsoa, 2017, p. 3075.

³⁹ In giurisprudenza si è comunque sostenuto che, una volta che l'autorità di emissione abbia affermato l'esecutività della sentenza, non spetterebbe all'autorità giudiziaria italiana sindacare sulla base di quali presupposti normativi dell'ordinamento dello Stato di emissione tale esecutività sussista: cfr. Cass., sez. VI, 24 novembre 2009, n. 46223, in *C.E.D. Cass.*, n. 245449.

⁴⁰ La soluzione che impone la verifica sulla base della normativa dello Stato emittente, peraltro, non trova conforto nella pressoché assente giurisprudenza sul tema: infatti in un solo caso il Supremo Collegio è intervenuto sul punto e, facendo riferimento all'esecutività della sentenza, ha precisato che è sufficiente che l'autorità giudiziaria affermi tale requisito, non potendo la Corte d'appello intervenire in merito all'individuazione delle disposizioni che determinano o meno l'esecutività del provvedimento: così Cass., sez. VI, 18 maggio 2006, n. 17574, non massimata.

Fatto diverso oggetto di nuova contestazione dibattimentale e patteggiamento

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 17 LUGLIO 2017, N. 206 – PRES. GROSSI; REL. LATTANZI

È costituzionalmente illegittimo l'art. 516 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale, relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 24 febbraio 2016 (r.o. n. 119 del 2016), il Tribunale ordinario di Torino ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 24, secondo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 516 del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena, a norma dell'art. 444 c.p.p., relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto di nuova contestazione». Il Tribunale rimettente, premesso di essere investito del procedimento penale per il reato «di bancarotta fraudolenta per distrazione», contestato a due imputati, in concorso tra loro, e per il reato di «bancarotta fraudolenta documentale», contestato ad uno solo di essi, in relazione al fallimento di una società a responsabilità limitata, riferisce che nel corso dell'istruzione dibattimentale il pubblico ministero aveva modificato le imputazioni, ai sensi dell'art. 516 cod. proc. pen., descrivendo diversamente i fatti loro ascritti. Secondo il collegio rimettente non sarebbe «controverso, né controvertibile», che si tratti di «fatti che presentano connotati materiali difformi da quelli dell'originaria accusa», sì da richiedere la procedura di modifica dei capi di imputazione «a tutela del diritto di difesa». Aggiunge il Tribunale, che, dopo la sospensione del processo e la notificazione del verbale agli imputati assenti, le parti avevano presentato richieste congiunte di applicazione della pena per le fattispecie risultanti dalla nuova contestazione. Le richieste sarebbero inammissibili perché presentate dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 446, comma 1, cod. proc. pen. Ad avviso del Tribunale rimettente quella intervenuta sarebbe una «nuova contestazione fisiologica», perché fondata su fatti emersi per la prima volta nel corso dell'istruzione dibattimentale, rispetto alla quale perciò, diversamente da quanto avviene per le nuove contestazioni “patologiche” (cioè per le contestazioni di fatti che già risultavano dagli atti di indagine), non sarebbe consentita una rimessione in termini per una richiesta di patteggiamento. Ciò premesso il giudice rimettente ripercorre l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, richiamando le pronunce che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedono la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., relativamente al fatto diverso, al reato concorrente (sentenza n. 265 del 1994) o a una circostanza aggravante (sentenza n. 184 del 2014), o di richiedere il giudizio abbreviato, sempre con riferimento al fatto diverso, al reato concorrente (sentenza n. 333 del 2009) o a una circostanza aggravante (sentenza n. 139 del 2015), quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale. Il Tribunale evoca, quindi, la sentenza n. 237 del 2012, con cui, modificando un precedente orientamento, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale. Aggiunge il Tribunale che la Corte successivamente, con la sentenza 273 del 2014, ha adottato un'analogia pronuncia additiva relativa all'art. 516 cod. proc. pen., nel caso di contestazione “fisiologica” del fatto diverso, non

ritenendo sufficiente a differenziare il trattamento normativo «il rilievo che in questo caso (e a differenza dell'ipotesi della contestazione di reato concorrente) esisteva sin dall'inizio l'imputazione che avrebbe consentito la tempestiva richiesta del giudizio speciale». In applicazione del principio che «quando muta in itinere il tema d'accusa, l'imputato deve poter rivedere le proprie opzioni riguardo al rito da seguire», la questione di legittimità costituzionale proposta dovrebbe considerarsi non manifestamente infondata, perché sarebbe violato l'art. 24, secondo comma, Cost. Precludere il patteggiamento per il fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale si tradurrebbe in una compressione dei diritti di difesa dell'imputato. A questo infatti non potrebbe essere addebitata alcuna colpevole inerzia, né potrebbero essere attribuite le conseguenze negative di un prevedibile sviluppo dibattimentale il cui rischio sia stato liberamente assunto, considerato che «condizione primaria per l'esercizio del diritto di difesa è che l'imputato abbia ben chiari i termini dell'accusa nei suoi confronti», e che la facoltà di chiedere il patteggiamento costituisce uno degli aspetti più rilevanti di tale diritto. Si determinerebbe anche una disparità di trattamento tra l'imputato, al quale «sin dal primigenio esercizio dell'azione penale» sia correttamente contestato l'addebito con piena possibilità di optare per il rito alternativo, e l'imputato che, a causa dell'incompletezza delle indagini o per altra «casuale ragione», si veda contestata un'imputazione «incompleta e/o errata», poi modificata in seguito all'acquisizione dei relativi elementi di prova «in corso di dibattimento», senza poter più fruire dei benefici del rito premiale. Anche in relazione alla modificazione «fisiologica» dell'imputazione l'imputato che subisce una nuova contestazione verrebbe a trovarsi in una posizione diversa e deteriore, quanto alla facoltà di accesso ai riti alternativi e alla fruizione della correlata diminuzione di pena, rispetto a chi della stessa imputazione fosse stato chiamato a rispondere sin dall'inizio. Sarebbe inoltre irragionevole una disciplina processuale, che, nel caso di contestazione «fisiologica» del fatto diverso, ex art. 516 cod. proc. pen., consentisse «all'imputato di recuperare i vantaggi connessi ad alcuni riti speciali (il giudizio abbreviato e l'oblazione, sulla base della normativa quale risultante dalle citate sentenze «additive» Corte cost. nn. 273/2014 e 530/1995, normativa da utilizzarsi quale tertium comparationis), impedendo invece l'accesso al rito dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, con ulteriore, sospetta, violazione dell'art. 3 Cost.». Il Tribunale rimettente aggiunge che, come si desume dalle pronunce già intervenute, non sarebbe possibile procedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina vigente.

2. È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, e ha chiesto che la questione sia dichiarata inammissibile o, in subordine, infondata. L'Avvocatura generale rileva che nella ricostruzione del fatto il Tribunale di Torino si è limitato ad affermare che il pubblico ministero aveva modificato le imputazioni, senza indicare, né i nuovi fatti emersi, né le imputazioni iniziali, e che così ha omesso di motivare sulla rilevanza della questione nel giudizio a quo. Il Tribunale rimettente quindi non avrebbe fornito elementi utili per ricostruire la vicenda processuale, con conseguente impossibilità di valutare l'incidenza della questione sul merito del giudizio a quo. Tale carente descrizione assumerebbe rilevanza proprio in considerazione dell'accezione restrittiva di «fatto diverso», a norma dell'art. 516 cod. proc. pen., accolta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, in armonia con la giurisprudenza di legittimità. In particolare l'ordinanza di rinvio impedirebbe di verificare se la mutazione del fatto sia dipesa anche dalla linea difensiva adottata dagli imputati, circostanza che escluderebbe la violazione del principio di correlazione tra imputazione e sentenza. Inoltre in tale eventualità risulterebbe del tutto prevedibile lo sviluppo processuale che ha portato alla modificazione dell'imputazione e sarebbe pienamente giustificata la disciplina processuale attualmente in vigore.

3. Con memoria depositata in prossimità dell'udienza il Presidente del Consiglio dei ministri ha ribadito le argomentazioni già svolte per sostenere l'inammissibilità della questione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Con ordinanza del 24 febbraio 2016, il Tribunale ordinario di Torino ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 24, secondo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 516 del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena, a norma dell'art. 444 c.p.p., relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto di nuova contestazione». Secondo il collegio rimettente, anche nel caso di modificazione «fisiologica» dell'imputazione, impedire la richiesta di patteggiamento sarebbe in contrasto con l'art. 24, secondo comma, Cost., perché determi-

rebbe una compressione dei diritti di difesa dell'imputato, al quale non potrebbe «essere addebitata alcuna colpevole inerzia», né potrebbero «esser[e] attribuite le conseguenze negative di un "prevedibile" sviluppo dibattimentale il cui rischio sia stato liberamente assunto». La disposizione censurata, inoltre, violerebbe l'art. 3 Cost., sotto due profili. In primo luogo, perché, anche in relazione alla modificazione "fisiologica" della imputazione, l'imputato che subisce una nuova contestazione verrebbe a trovarsi in una posizione diversa e deteriore, quanto alla facoltà di accesso ai riti alternativi e alla fruizione della correlata diminuzione di pena, rispetto a chi della stessa imputazione fosse stato chiamato a rispondere sin dall'inizio. In secondo luogo, perché sarebbe irragionevole una disciplina processuale, che, nel caso di contestazione "fisiologica" del fatto diverso, ex art. 516 cod. proc. pen., consentisse «all'imputato di recuperare i vantaggi connessi ad alcuni riti speciali (il giudizio abbreviato e l'oblazione, sulla base della normativa quale risultante dalle citate sentenze "additive" Corte cost. nn. 273/2014 e 530/1995, normativa da utilizzarsi quale tertium comparationis), impedendo invece l'accesso al rito dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, con ulteriore, sospetta, violazione dell'art. 3 Cost.».

2. L'Avvocatura generale dello Stato ha eccepito l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per difetto di motivazione sulla rilevanza. La difesa dello Stato osserva che il Tribunale di Torino si è limitato ad affermare che il pubblico ministero aveva modificato le imputazioni nei confronti degli imputati senza indicare, né i nuovi fatti emersi, né le imputazioni iniziali, e sostiene che così ha omesso di motivare in merito alla rilevanza della questione nel giudizio a quo. Il Tribunale rimettente non avrebbe fornito elementi utili per ricostruire la vicenda processuale, con la conseguente impossibilità di valutare l'incidenza della questione sul merito del giudizio a quo. Tale carente descrizione assumerebbe rilevanza proprio in considerazione dell'accezione restrittiva di "fatto diverso", a norma dell'art. 516 cod. proc. pen., accolta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, in armonia con la giurisprudenza di legittimità. In particolare, l'ordinanza di rinvio impedirebbe di verificare se la mutazione del fatto sia dipesa anche dalla linea difensiva adottata dagli imputati, circostanza che escluderebbe la violazione del principio di correlazione tra imputazione e sentenza. Inoltre in tale eventualità risulterebbe del tutto prevedibile lo sviluppo processuale che ha portato alla modificazione dell'imputazione e sarebbe pienamente giustificata la disciplina processuale attualmente in vigore. L'eccezione d'inammissibilità è priva di fondamento. Il Tribunale di Torino, dopo avere indicato specificamente i fatti oggetto dell'imputazione, così come modificata dal pubblico ministero, ha rilevato che non era «controverso né controvertibile» che si trattasse di «fatti che presentano connotati materiali difformi da quelli dell'originaria accusa», sì da richiedere la procedura, attivata dal pubblico ministero, di modificazione dei capi di imputazione «a tutela del diritto di difesa». In tal modo il Tribunale, per quanto è necessario ai fini dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, ha descritto sufficientemente la vicenda processuale, posto che la sua qualificazione in termini di modificazione dell'imputazione non può essere censurata, perché è logicamente rimessa alle determinazioni del giudice a quo.

3. La questione è fondata.

3.1. Il dubbio di legittimità costituzionale concerne la cosiddetta contestazione fisiologica del fatto diverso ex art. 516 cod. proc. pen. La disciplina delle nuove contestazioni dibattimentali – tanto del fatto diverso (art. 516 cod. proc. pen.), quanto del reato connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lettera b), cod. proc. pen. o delle circostanze aggravanti (art. 517 cod. proc. pen.) – si presenta coerente, in linea di principio, con l'impostazione accusatoria del codice di rito. In un sistema nel quale la prova si forma ordinariamente in dibattimento la disciplina delle nuove contestazioni mira infatti a conferire un ragionevole grado di flessibilità all'imputazione, consentendone l'adattamento agli esiti dell'istruzione dibattimentale, quando alcuni elementi di fatto risultino diversi o nuovi rispetto a quelli emersi nel corso delle indagini e valutati dal pubblico ministero ai fini dell'esercizio dell'azione penale. Secondo la formulazione degli artt. 516 e 517 cod. proc. pen. la diversità del fatto, il reato concorrente e le circostanze aggravanti devono emergere «nel corso dell'istruzione dibattimentale», in connessione con la ricordata finalità dell'istituto. Risultano così evocati i soli mutamenti dell'imputazione imposti dall'evoluzione istruttoria, sì che l'istituto si caratterizza come speciale e derogatorio rispetto alle ordinarie cadenze processuali relative all'esercizio dell'azione penale e al suo controllo giudiziale (sentenza n. 184 del 2014). In seguito alla lettura estensiva fornita dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui le nuove contestazioni previste dagli artt. 516 e 517 cod. proc. pen. possono essere basate anche sui soli elementi già acquisiti nel corso delle indagini preliminari, questa Corte ha rilevato come l'istituto delle nuove contestazioni si connota «non più soltanto come uno strumento – come detto, speciale e derogatorio – di risposta ad una evenienza pur "fisiologica" al processo accusatorio (quale l'emersione di nuovi ele-

menti nel corso dell'istruzione dibattimentale), ma anche come possibile correttivo rispetto ad una evenienza "patologica": potendo essere utilizzato pure per porre rimedio, tramite una rivisitazione degli elementi acquisiti nelle indagini preliminari, ad eventuali incompletezze od errori commessi dall'organo dell'accusa nella formulazione dell'imputazione (sentenza n. 333 del 2009)"» (sentenza n. 184 del 2014). A fronte di tale interpretazione occorre però tenere conto delle contrapposte esigenze di salvaguardia del diritto di difesa. Questa Corte è inizialmente intervenuta per salvaguardare il diritto dell'imputato alla prova, in caso di nuova contestazione dibattimentale, escludendo che esso potesse incontrare «limiti diversi e più penetranti di quelli vigenti in via generale per i "nova"» (sentenza n. 241 del 1992). Nella prospettiva del codice di procedura penale «rimanevano, però, preclusi i riti alternativi a contenuto premiale (giudizio abbreviato e patteggiamento), riti che, per consolidata giurisprudenza di questa Corte, costituiscono anch'essi «"modalità, tra le più qualificanti (sentenza n. 148 del 2004), di esercizio del diritto di difesa (ex plurimis, sentenze n. 219 del 2004, n. 70 del 1996, n. 497 del 1995 e n. 76 del 1993)"» (sentenza n. 237 del 2012), tali da incidere in senso limitativo, sull'entità della pena inflitta» (sentenza n. 184 del 2014). Perciò, in seguito alle nuove contestazioni effettuate dal pubblico ministero nel corso del dibattimento, l'imputato poteva trovarsi a fronteggiare un'accusa rispetto alla quale sarebbe stato suo interesse chiedere i riti alternativi ma tale facoltà gli era preclusa, perché erano ormai decorsi i termini per le relative richieste.

3.2. Rispetto alle nuove contestazioni "fisiologiche", a quelle cioè effettivamente determinate dalle acquisizioni dibattimentali, la Corte, con una serie di pronunce emesse negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice, aveva escluso che la preclusione dei riti speciali violasse gli artt. 3 e 24 Cost. A questa conclusione la Corte era pervenuta richiamando il principio di indissolubilità del binomio premialità-deflazione. In particolare, per quanto concerne il patteggiamento, aveva ritenuto che l'interesse dell'imputato a beneficiare dei relativi vantaggi in tanto poteva rilevare, in quanto egli avesse rinunciato al dibattimento. La Corte aveva osservato che «la preclusione all'ammissione di tali giudizi in caso di contestazione dibattimentale suppletiva non è affatto irragionevole. Si tratta, infatti, di un'evenienza che non è infrequente in un sistema processuale imperniato sulla formazione della prova in dibattimento ed è – soprattutto – ben prevedibile». Di conseguenza «il relativo rischio rientra naturalmente nel calcolo in base al quale l'imputato si determina a chiederli o meno, onde egli non ha che da addebitare a sé medesimo le conseguenze della propria scelta (cfr., tra le tante, le sentenze nn. 277 e 593 del 1990 e 316 del 1992, nonché l'ordinanza n. 213 del 1992)» (sentenza n. 129 del 1993). Analoghe considerazioni erano state svolte rispetto alla preclusione relativa al giudizio abbreviato (sentenze n. 129 del 1993, n. 316 del 1992 e n. 593 del 1990; ordinanza n. 107 del 1993).

4. Con la successiva sentenza n. 265 del 1994, la Corte, però, nel caso di contestazioni dibattimentali "tardive", è pervenuta, proprio rispetto al patteggiamento, a una diversa conclusione, perché ha ritenuto che in questa ipotesi non possa parlarsi di una libera assunzione da parte dell'imputato del rischio di una nuova contestazione nel dibattimento, dato che le sue determinazioni in ordine ai riti speciali erano state sviate da una condotta processuale anomala del pubblico ministero. Come è stato osservato, le valutazioni dell'imputato circa la convenienza del rito alternativo dipendono, anzitutto, dalla concreta impostazione data al processo dal pubblico ministero, cosicché, «quando, in presenza di una evenienza patologica del procedimento, quale è quella derivante dall'errore sulla individuazione del fatto e del titolo di reato in cui è incorso il pubblico ministero, l'imputazione subisce una variazione sostanziale, risulta lesivo del diritto di difesa precludere all'imputato l'accesso ai riti speciali» (sentenze n. 265 del 1994 e n. 184 del 2014). Si è aggiunto che anche il principio di eguaglianza risulta violato perché l'imputato è irragionevolmente discriminato rispetto alla possibilità di accesso ai riti alternativi, «in dipendenza della maggiore o minore esattezza o completezza della valutazione delle risultanze delle indagini preliminari da parte del pubblico ministero e delle correlative contestazioni» (sentenza n. 184 del 2014). Sulla base di tali considerazioni, la Corte, con la sentenza n. 265 del 1994, ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., gli artt. 516 e 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non consentivano all'imputato di richiedere il patteggiamento, relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerneva un fatto che già risultava dagli atti di indagine, al momento dell'esercizio dell'azione penale. La sentenza n. 265 del 1994 ha dichiarato invece inammissibile l'analoga questione di legittimità costituzionale relativa al giudizio abbreviato, reputando che, rispetto a tale rito, la scelta tra le varie alternative ipotizzabili per porre rimedio al vulnus costituzionale, pure riscontrabile, spettasse in via esclusiva al legislatore. Il successivo radicale cambiamento della struttura del giudizio abbreviato, per effetto della legge 16 di-

cembre 1999, n. 479 (Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense), ha indotto questa Corte, con la sentenza n. 333 del 2009, a ritenere superati i precedenti ostacoli e a dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 cod. proc. pen. anche nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di chiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il fatto diverso o per il reato concorrente contestato nel dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale. Questa pronuncia additiva era risultata necessaria, oltre che per rimuovere i profili di contrasto con gli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost. già rilevati dalla sentenza n. 265 del 1994, anche per eliminare la differenza di regime, sulla facoltà di accesso ai riti alternativi di fronte ad una contestazione suppletiva tardiva, a seconda che si trattasse di patteggiamento o di giudizio abbreviato, differenza che, nel mutato panorama normativo, «si rivela[va] essa stessa fonte d'una discrasia rilevante sul piano del rispetto dell'art. 3 Cost.» (sentenze n. 184 del 2014 e n. 237 del 2012). Successivamente la Corte è ulteriormente intervenuta dichiarando l'illegittimità dell'art. 517 cod. proc. pen., prima, nella parte in cui non consentiva il patteggiamento (sentenza n. 184 del 2014) e, poi, nella parte in cui non consentiva il giudizio abbreviato (sentenza n. 139 del 2015), nel caso in cui il pubblico ministero aveva proceduto alla contestazione suppletiva "patologica" di una circostanza aggravante. In queste pronunce è stato affermato che anche la trasformazione dell'originaria imputazione in un'ipotesi circostanziata (o pluricircostanziata) determina un mutamento del quadro processuale rilevante, sì che l'esclusione della possibilità di chiedere un rito alternativo è tale da determinare la violazione degli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost. Come si è visto, con le decisioni ricordate, che si sono succedute in un arco temporale abbastanza ampio, la Corte ha accomunato le fattispecie regolate dagli artt. 516 e 517 cod. proc. pen. in «analoghe declaratorie di illegittimità costituzionale inerenti alle contestazioni dibattimentali cosiddette "tardive" o "patologiche", relative, cioè, a fatti che già risultavano dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale» (sentenza n. 273 del 2014).

5. Con riferimento specifico alle ipotesi, come quella in esame, di nuove contestazioni "fisiologiche", volte, cioè, ad adeguare l'imputazione alle risultanze dell'istruzione dibattimentale, la Corte è intervenuta con due recenti sentenze. Con la prima (sentenza n. 237 del 2012) – superando il diverso indirizzo espresso in precedenti pronunce, già ricordate, risalenti agli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo codice di rito – ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione del principio di eguaglianza e del diritto di difesa (artt. 3 e 24, secondo comma, Cost.), l'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non consente all'imputato di chiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il reato concorrente, emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, oggetto della nuova contestazione. Con la seconda (sentenza n. 273 del 2014), sulla base di argomenti analoghi, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il fatto diverso, emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, oggetto della nuova contestazione. L'odierna questione è simile a quella affrontata con quest'ultima sentenza, e molti dei passaggi argomentativi che sorreggono questa decisione possono estendersi alla vicenda in esame, che si differenzia solo perché allora, dopo la modificazione dell'imputazione, era stato chiesto il giudizio abbreviato mentre oggi è stato chiesto il patteggiamento. In seguito alla contestazione, ancorché "fisiologica", del fatto diverso «l'imputato che subisce la nuova contestazione "viene a trovarsi in posizione diversa e deteriore – quanto alla facoltà di accesso ai riti alternativi e alla fruizione della correlata diminuzione di pena – rispetto a chi, della stessa imputazione, fosse stato chiamato a rispondere sin dall'inizio". Infatti, "condizione primaria per l'esercizio del diritto di difesa è che l'imputato abbia ben chiari i termini dell'accusa mossa nei suoi confronti" [...] (sentenza n. 237 del 2012)» (sentenza n. 273 del 2014), e ciò vale non solo per il giudizio abbreviato, ma anche per il "patteggiamento". In questo procedimento infatti la valutazione dell'imputato è indissolubilmente legata, «ancor più che nel giudizio abbreviato, alla natura dell'addebito, trattandosi non solo di avviare una procedura che permette di definire il merito del processo al di fuori e prima del dibattimento, ma di determinare lo stesso contenuto della decisione, il che non può avvenire se non in riferimento a una ben individuata fattispecie penale» (sentenza n. 265 del 1994). Perciò, anche rispetto al patteggiamento, quando l'accusa è modificata nei suoi aspetti essenziali, «"non possono non essere restituiti all'imputato termini e condizioni per esprimere le proprie opzioni" (sentenza n. 237 del 2012)»

(sentenza n. 273 del 2014). Al riguardo deve rilevarsi che il dovere del pubblico ministero di modificare l'imputazione per diversità del fatto risulta strettamente collegato al principio della necessaria correlazione tra accusa e sentenza (art. 521 cod. proc. pen.), partecipando, quindi, della medesima ratio di garanzia. Dunque, come ritiene la giurisprudenza di legittimità, non qualsiasi variazione o puntualizzazione, anche meramente marginale, dell'accusa originaria comporta tale obbligo, «ma solo quella che, implicando una trasformazione dei tratti essenziali dell'addebito, incida sul diritto di difesa dell'imputato: in altre parole, la nozione strutturale di "fatto", contenuta nell'art. 516 cod. proc. pen., va coniugata con quella funzionale, fondata sull'esigenza di reprimere solo le effettive lesioni delle facoltà difensive. Correlativamente, è di fronte a simili situazioni – e solo ad esse – che emerge anche l'esigenza di riconoscere all'imputato la possibilità di rivalutare le proprie opzioni sul rito» (sentenza n. 273 del 2014). È da considerare inoltre che la modificazione dell'imputazione, oltre ad alterare in modo significativo la fisionomia fattuale del tema d'accusa, può avere riflessi di rilievo sull'entità della pena irrogabile all'imputato e, di conseguenza, sulla incidenza quantitativa dell'effetto premiale connesso al rito speciale. Non possono essere decisivi in senso contrario gli argomenti, fatti valere in passato, relativi, da un lato, alla necessaria correlazione, nei procedimenti speciali, tra premialità e deflazione processuale e, dall'altro, all'assunzione, da parte dell'imputato (che non abbia tempestivamente chiesto il patteggiamento), del rischio della modificazione dell'imputazione per effetto di sopravvenienze. Sotto il primo profilo, infatti, va osservato che l'accesso al rito alternativo dopo l'inizio del dibattimento rimane comunque idoneo a produrre un'economia processuale, anche se attenuata, sia consentendo al giudice di verificare l'esistenza delle condizioni per l'applicazione della pena, senza alcuna ulteriore attività istruttoria, sia escludendo l'appello e, almeno tendenzialmente, anche il ricorso per cassazione. In ogni caso, le ragioni della deflazione processuale debbono recedere di fronte ai principi posti dagli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., perché «l'esigenza della "corrispettività" fra riduzione di pena e deflazione processuale non può prendere il sopravvento sul principio di eguaglianza né tantomeno sul diritto di difesa» (sentenza n. 237 del 2012). Va inoltre aggiunto che il patteggiamento «è una forma di definizione pattizia del contenuto della sentenza, che non richiede particolari procedure e che pertanto, proprio per tali sue caratteristiche, si presta ad essere adottata in qualsiasi fase del procedimento, compreso il dibattimento» (sentenze n. 184 del 2014 e n. 265 del 1994; ordinanza n. 486 del 2002). Né può ritenersi che in seguito a una modificazione "fisiologica" dell'imputazione possa rimanere preclusa la facoltà di chiedere il patteggiamento perché l'imputato, non avendolo chiesto prima, si sarebbe assunto il rischio di tale evenienza. Infatti «non si può pretendere che l'imputato valuti la convenienza di un rito speciale tenendo conto anche dell'eventualità che, a seguito dei futuri sviluppi dell'istruzione dibattimentale, l'accusa a lui mossa subisca una trasformazione, la cui portata resta ancora del tutto imprecisata al momento della scadenza del termine utile per la formulazione della richiesta» (sentenza n. 273 del 2014). Inoltre, anche in rapporto alla contestazione dibattimentale "fisiologica" del fatto diverso è ravvisabile la ingiustificata disparità di trattamento – rilevata sia dalla sentenza n. 237 del 2012 che dalla sentenza n. 273 del 2014, con riguardo al giudizio abbreviato – rispetto al caso del recupero, da parte dell'imputato, della facoltà di accesso al patteggiamento per circostanze puramente "occasionalmente" che determinino la regressione del procedimento. Ciò si verifica, in particolare, allorché, in seguito alle nuove contestazioni, il reato rientra tra quelli per cui si procede con udienza preliminare, e questa non sia stata tenuta. In tale ipotesi infatti il giudice – ove la relativa eccezione sia sollevata nei prescritti termini di decadenza – deve disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero (artt. 516, comma 1-ter, e 521-bis cod. proc. pen.), con l'effetto di rimettere in termini l'imputato per la richiesta del rito alternativo. Viene infine in rilievo un ulteriore profilo di disparità di trattamento, messo in luce dallo stesso rimettente, posto che per effetto della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 516 cod. proc. pen., contenuta nella sentenza n. 273 del 2014, dopo una modificazione "fisiologica" dell'imputazione è riconosciuta all'imputato la facoltà di chiedere il giudizio abbreviato ma non anche quella di chiedere il patteggiamento.

6. In conclusione, per il contrasto con gli artt. 24, secondo comma, e 3 Cost., l'art. 516 cod. proc. pen. va dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale, relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione.

[*Omissis*]

ROSA GAIA GRASSIA

Dottoranda di ricerca – Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”

Nuove contestazioni “fisiologiche” e patteggiamento: l’ennesima declaratoria di incostituzionalità sul rapporto tra i riti alternativi e gli artt. 516-517 c.p.p.

New contestations “physiological” and plea: the umpteenth declaration of unconstitutionality on the relationship between alternative rites and arts. 516-517 c.p.p.

La Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 24, comma 2, e 3 Cost., dell’art. 516 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà dell’imputato di richiedere al giudice del dibattimento l’applicazione della pena a norma dell’art. 444 c.p.p., relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell’istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione.

The Constitutional Court declared the constitutional unlawfulness, in contrast to the arts. 24, comma 2, and 3 Cost., of art. 516 c.p.p., where it does not provide, for the defendant, to request the Trial Court to apply the sentence pursuant to art. 444 c.p.p., with regard to the different fact emerged during the hearing education, which is the subject of the new contestation.

PREMESSA: LA RECENTE PRONUNCIA DELLA CONSULTA

Con la sentenza n. 206, depositata lo scorso 17 luglio 2017, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 516 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà dell’imputato di richiedere al giudice del dibattimento l’applicazione di pena, a norma dell’art. 444 c.p.p., relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell’istruzione dibattimentale, che forma oggetto di nuova contestazione.

Nello specifico, ad avviso del giudice remittente, la norma si poneva infatti in contrasto anzitutto con l’art. 24, comma 2, Cost., determinando una compressione dei diritti di difesa dell’imputato, e, a seguire, con l’art. 3 Cost., sia per la diversità e la deteriorità della posizione in cui verrebbe a trovarsi chi subisce una nuova contestazione rispetto a chi sia stato chiamato a rispondere fin dall’inizio della stessa imputazione, sia per l’irragionevolezza della disciplina processuale laddove consentiva, in caso di contestazione “fisiologica” del fatto diverso, di beneficiare dei vantaggi di alcuni riti speciali, quali il giudizio abbreviato e l’oblazione, e non anche del patteggiamento.

Tra le argomentazioni addotte dalla Corte, si rinviene innanzitutto la constatazione che l’accesso al rito alternativo dopo l’inizio del dibattimento rimanga comunque idoneo a produrre un’economia processuale, anche se attenuata, giacché permette al giudice di verificare l’esistenza delle condizioni per l’applicazione della pena senza alcuna ulteriore attività istruttoria, e, al contempo, consente di escludere l’appello e, tendenzialmente, anche il ricorso per cassazione.

In secondo luogo, poi, si rileva che la facoltà di richiedere il patteggiamento non possa essere preclusa ritenendo che l’imputato si sarebbe assunto il rischio di tale evenienza, non avendo effettuato preventivamente la richiesta del rito alternativo. Inopportuna appare infatti la pretesa che quest’ultimo valuti la convenienza di un rito speciale prendendo in considerazione anche la possibilità che, a seguito dei futuri sviluppi dell’istruzione dibattimentale, l’accusa su di lui gravante subisca una trasformazione, la cui portata è ancora indefinita al momento della scadenza del termine utile per la formulazione della richiesta.

Pertanto, secondo quanto motivato dalla Consulta, l’esclusione del patteggiamento comporterebbe un’ingiustificata disparità di trattamento rispetto al caso del recupero, da parte dell’imputato, della fa-

coltà di accesso al medesimo rito per circostanze meramente “occasional”, che determinino la regressione del procedimento. È il caso, ad esempio, della circostanza in cui, in seguito alle nuove contestazioni, il reato rientri tra quelli per cui si procede con udienza preliminare, e la stessa non sia stata tenuta: in una simile ipotesi, infatti, il giudice deve disporre la trasmissione degli atti al P.M., ex artt. 516, comma 1-ter, e 521-bis c.p.p., con l'effetto di rimettere in termini l'imputato per la richiesta del rito alternativo.

In particolare, i giudici di legittimità hanno specificato che, in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti, «la valutazione dell'imputato è indissolubilmente legata, ancor più che nel giudizio abbreviato, alla natura dell'addebito, trattandosi non solo di avviare una procedura che permette di definire il merito del processo al di fuori e prima del dibattimento, ma di determinare lo stesso contenuto della decisione, il che non può avvenire se non in riferimento a una ben individuata fattispecie penale».

Come si legge infatti in motivazione, «va osservato che l'accesso al rito alternativo dopo l'inizio del dibattimento rimane comunque idoneo a produrre un'economia processuale, anche se attenuata, sia consentendo al giudice di verificare l'esistenza delle condizioni per l'applicazione della pena, senza alcuna ulteriore attività istruttoria, sia escludendo l'appello e, almeno tendenzialmente, anche il ricorso per cassazione. In ogni caso, le ragioni della deflazione processuale debbono recedere di fronte ai principi posti dagli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., perché l'esigenza della “corrispettività” fra riduzione di pena e deflazione processuale non può prendere il sopravvento sul principio di eguaglianza né tantomeno sul diritto di difesa. Va inoltre aggiunto che il patteggiamento «è una forma di definizione pattizia del contenuto della sentenza, che non richiede particolari procedure e che pertanto, proprio per tali sue caratteristiche, si presta ad essere adottata in qualsiasi fase del procedimento, compreso il dibattimento». Né può ritenersi che, in seguito a una modificazione “fisiologica” dell'imputazione possa rimanere preclusa la facoltà di chiedere il patteggiamento perché l'imputato, non avendolo chiesto prima, si sarebbe assunto il rischio di tale evenienza. Infatti “non si può pretendere che l'imputato valuti la convenienza di un rito speciale tenendo conto anche dell'eventualità che, a seguito dei futuri sviluppi dell'istruzione dibattimentale, l'accusa a lui mossa subisca una trasformazione, la cui portata resta ancora del tutto imprecisata al momento della scadenza del termine utile per la formulazione della richiesta”».

La pronuncia mostra profili critici che meritano un puntuale approfondimento, sebbene vada riconosciuto il merito di aver fatto il punto sulla questione attinente ai rapporti tra le modifiche dell'imputazione – perché il fatto all'esito dell'istruzione dibattimentale risulti diverso da quello descritto nel decreto che dispone il giudizio (art. 516 c.p.p.), oppure perché emerga un reato concorrente ex art. 12 lett. b), ovvero una circostanza aggravante non contemplata nel decreto in questione (art. 517 c.p.p.) – e la tutela del diritto dell'imputato all'accesso ai riti alternativi al dibattimento, ed in particolare quello dell'applicazione della pena su richiesta delle parti.

L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA: IL TRAVAGLIATO ITER PER L'AMMISSIONE IN DIBATTIMENTO AI DIVERSI RITI PREMIALI TRA CONTESTAZIONI “FISIOLOGICHE” E “PATOLOGICHE”

La complessità dei profili è messa in evidenza dall'elaborazione giurisprudenziale che ha preceduto la pronuncia in esame, la quale interviene su una disciplina più volte modificata dall'intervento di diverse sentenze additive della stessa Corte costituzionale, che non appaiono ispirate da una comune prospettiva di fondo.

Invero, il codice del 1988 nulla aveva disciplinato in merito ai rapporti intercorrenti tra le nuove contestazioni e i riti alternativi al dibattimento¹, sicché all'imputato, a seguito di nuove contestazioni, non era concesso il diritto di ricorrere ai riti alternativi a contenuto premiale per chiedere la definizione del processo (oblazione, patteggiamento e giudizio abbreviato²), essendo ormai trascorsi i rispettivi termini

¹ Lacuna evidenziata, subito dopo l'approvazione del codice, da M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, Clueb, 1989, p. 343.

² Sul decreto penale di condanna, invece, mentre inizialmente si era affermato un orientamento volto ad escludere che nel giudizio conseguente all'opposizione fosse consentita al pubblico ministero la modifica dell'imputazione (cfr. Cass., sez. III, 10 gennaio 2002, n. 15476, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1965), la più recente giurisprudenza di legittimità riconosce, al contrario, che “nel giudizio conseguente all'opposizione al decreto penale di condanna si applicano le ordinarie disposizioni dettate a disciplina

per avanzarne richiesta, ragion per cui lo stesso poteva fronteggiare solo in dibattimento l'accusa "diversa" o "integrata" di ulteriori elementi.

Tale scelta non apparve però illegittima a parere della Consulta, la quale, per escludere eventuali violazioni degli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., sottolineò, nelle prime occasioni di analisi, come la richiesta per i suddetti riti, essendo gli stessi finalizzati ad una definizione anticipata del processo in funzione deflattiva del dibattimento, dovesse essere avanzata prima dell'apertura della fase da evitare, per non comportare il venir meno della relativa finalità e del carattere premiale caratteristico³.

La stessa, inoltre, addusse che l'alea della nuova contestazione rientrasse nel rischio che l'imputato dovesse assumersi laddove optasse per il rito ordinario, anziché per i riti alternativi, essendo tanto la modifica dell'imputazione che le contestazioni fisiologiche suppletive delle evenienze naturali di un sistema processualpenalistico fondato sulla formazione della prova in dibattimento⁴.

Il ragionamento mostrava, tuttavia, di trascurare che il ricorso a forme di definizione anticipata del processo è una scelta che presuppone la precisa conoscenza sia dei motivi che della natura dell'accusa⁵, in cui non può farsi rientrare una previsione generica di eventuali future evoluzioni dell'addebito.

Peraltro, la prassi giurisprudenziale ha avanzato un'interpretazione *praeter legem* degli artt. 516 e 517 c.p.p., laddove prevedono che la diversità del fatto, il reato concorrente e le circostanze aggravanti debbano emergere "nel corso dell'istruzione dibattimentale", non solo in relazione ai suoi presupposti di operatività⁶, ma anche alla fisiologica permeabilità dell'imputazione al *novum* emerso in dibattimento.

Ebbene, riconoscendo quindi il ricorso alle nuove contestazioni anche *in limine litis*, prima dell'avvio dell'istruttoria dibattimentale, e sulla scorta dei soli elementi già acquisiti durante le indagini preliminari⁷, si è trasformato l'istituto in uno strumento di risposta ad evenienze sia fisiologiche (come l'ac-

del dibattimento ed è pertanto possibile procedere alla modifica dell'imputazione da parte del p.m." (così, Cass., sez. III, 7 maggio 2009, n. 23491, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2786).

³ Così, C. cost., 28 dicembre 1990, n. 593, in *Giur. cost.*, 1990, p. 3309, in cui si sostiene che l'interesse dell'imputato ad accedere al rito alternativo trovi "tutela solo in quanto la sua condotta consenta l'effettiva adozione di una sequenza procedimentale, che, evitando il dibattimento e contraendo le possibilità di appello, permette di raggiungere quell'obiettivo di rapida definizione del processo che il legislatore ha inteso perseguire con l'introduzione del giudizio abbreviato e più in generale dei riti speciali. Perciò, quando ormai per l'inerzia dell'imputato tale scopo non può più essere pienamente raggiunto – in quanto si è già pervenuti al dibattimento – sarebbe del tutto irrazionale consentire che, ciononostante, a quel giudizio si addivenga in base alle contingenti valutazioni dell'imputato sull'andamento del processo". In termini non dissimili, C. cost., ord. 11 maggio 1992, n. 213, ivi, 1992, p. 1743; Id., 8 luglio 1992, n. 316, ivi, 1992, p. 2623; Id., ord. 19 marzo 1993, n. 107, ivi, 1993, p. 870; Id., 1 aprile 1993, n. 129, ivi, 1993, p. 1043. Su tali sentenze, cfr., in dottrina, G. Conti, *Nuove contestazioni dibattimentali e preclusione al rito abbreviato*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2626; L. Cremonesi, *Compatibilità tra le contestazioni suppletive dopo l'apertura del dibattimento e l'adozione dei riti speciali*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 226.

⁴ Cfr. C. cost., 8 luglio 1992, n. 316, cit.

⁵ V. T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 197, ove si evidenzia che l'imputato valuta se orientarsi alla richiesta di uno dei percorsi alternativi al dibattimento sulla scorta dell'addebito rivoltogli, sicché non appariva totalmente ingiustificato dubitare che, a seguito della modifica dell'accusa o, a maggior ragione, dell'aggiunta di una ulteriore alla prima, potesse ragionevolmente valere la preclusione, per tardività, della richiesta di definizione anticipata anche rispetto all'addebito riformulato o a quello "suppletivo".

⁶ Dopo la riforma del codice, la giurisprudenza ha recuperato gli orientamenti rinsaldati nel vigore del codice Rocco, in un contesto procedimentale e normativo, quindi, decisamente diverso, avallando un'esegesi irragionevolmente restrittiva della nozione di "fatto diverso", ed estendendo, correlativamente, il potere giudiziale di riqualificazione giuridica del fatto ben oltre i confini di un'operazione logica di "sussunzione". Trattasi della c.d. "teoria funzionale del fatto", per un cui approfondimento v., in dottrina, tra gli altri, R. Angeletti, *Nuove contestazioni nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 51 ss.; T. Bene, voce *Contestazione suppletiva*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, IX, 2007, p. 1 ss.; M. Caianiello, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, Bononia University Press, 2012, p. 33 ss.; I. Calamandrei, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 638 ss.; A. Capone, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, Cedam, 2010, p. 55 ss.; A. Monteleone, *Principio del contraddittorio e nuove contestazioni: tra interpretazione funzionale e tutela del diritto di difesa*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 289 ss.; C. Papagno, *La nozione funzionale del "fatto processuale" e l'effettività del diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 80 ss.; S. Quattrococo, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, Jovene, 2011, p. 110 ss.; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni*, cit., p. 17 ss.; L. Suraci, *Nuove contestazioni*, in G. Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, II, Torino, Utet, 2009, p. 449 ss.

⁷ Conclusione avanzata da Cass., sez. un., 28 ottobre 1998, n. 4, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2074. Sul punto, si veda, in dottrina, S. Allegrezza, *Precocità delle nuove contestazioni in dibattimento: mera irregolarità o causa di invalidità?*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 331; M. Bazzani, *Nuove contestazioni e istruzione dibattimentale*, ivi, 1999, p. 3079; M. L. Di Bitonto, *La modifica dell'imputazione in dibattimento: problemi interpretativi e soluzioni possibili*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2136; P. De Geronimo, *L'efficacia normativa delle sentenze costituzio-*

quisizione di nuovi elementi nel corso dell'istruzione dibattimentale) che patologiche (come l'incompletezza o l'erronea formulazione del capo di imputazione), sicché il dubbio sulla legittimità costituzionale della preclusione ai riti alternativi è tornato nuovamente a proporsi.

L'iter logico muoveva anzitutto dalla distinzione tra le contestazioni "fisiologiche" e le modifiche "tardive" dell'addebito, essendo queste ultime finalizzate non più all'adeguamento dell'accusa alle risultanze dibattimentali, ma alla correzione di errori o omissioni del pubblico ministero. In secondo luogo, poi, si rilevava che, in caso appunto di contestazione "tardiva" o "patologica", non fosse appropriato disquisire su libera assunzione del rischio del dibattimento da parte dell'imputato, essendo l'assenza della scelta del rito premiale condizionata dall'erronea impostazione del processo, riconducibile al pubblico ministero.

In virtù di siffatte considerazioni, la preclusione dell'accesso ai riti alternativi all'imputato, vieppiù se dovuto ad una negligenza dell'organo requirente, appariva in contrasto e con il diritto di difesa e con il principio di uguaglianza.

Ebbene, la prima pronuncia di incostituzionalità in merito è contenuta nella sentenza n. 265 del 1994, che biasima la preclusione alla richiesta di patteggiamento, relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, qualora la nuova contestazione investa un fatto già risultante, al momento dell'esercizio dell'azione penale, dagli atti di indagine, o quando l'imputato abbia tempestivamente e ritualmente proposto la richiesta di applicazione di pena in ordine alle originarie imputazioni⁸.

Nello specifico, infatti, nella prima ipotesi, ossia quella di contestazione "tardiva" del fatto diverso o del reato concorrente⁹, essendo la mancata opzione dell'applicazione di pena su richiesta entro i previsti termini giustificabile con le anomalie riconducibili alla condotta processuale del pubblico ministero – che formuli un'imputazione erronea (se il fatto è diverso) o incompleta (se manca l'accusa relativa al reato connesso), non avvedendosi del fatto diverso o del reato concorrente, seppur già risultanti dagli atti di indagine –, la preclusione al rito alternativo si pone in contrasto sia con il diritto di difesa che con il principio di uguaglianza. La celebrazione della fase dibattimentale, difatti, non deriverebbe da una scelta libera e consapevole dell'imputato per l'attivazione dei riti alternativi.

Anche in caso di contestazione "fisiologica" del fatto diverso o del reato concorrente, qualora l'imputato abbia tempestivamente presentato richiesta di applicazione di pena con riferimento alle originarie imputazioni e questa non sia stata accolta, la preclusione al rito non appare collegabile alla volontà dell'imputato, che anzi avrebbe posto in essere tutto quanto dalla legge previsto per favorire la definizione del procedimento in sede predibattimentale.

Peraltro, nella medesima pronuncia, la Consulta esclude la sussistenza di qualsivoglia difficoltà procedimentale nell'ammissione al patteggiamento durante la fase del dibattimento, essendo lo stesso un mero accordo sulla pena, con effetti di immediata definizione del processo. Al contempo, però, la stessa non estende la declaratoria di incostituzionalità alla preclusione all'accesso al giudizio abbreviato, ritenendo invece la procedura di quest'ultimo inconciliabile con quella del dibattimento¹⁰.

A tale sentenza – che comunque non ha mutato il criterio della prevedibilità della variazione dibattimentale dell'imputazione e dell'assunzione del relativo rischio consecutivo alla scelta di celebrare il dibattimento, sussistente in capo all'imputato – va quindi riconosciuto il merito di aver attenuato la rigidità del binomio "premieria-deflazione", seppur con il riconoscimento al solo patteggiamento della salvaguardia delle esigenze di economia processuale sottese al rito, anche in caso di sua instaurazione a dibattimento avviato¹¹.

nali additive: un criterio risolutivo del contrasto in tema di mutamento della contestazione formulata prima dell'istruttoria dibattimentale, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4203; G. Lozzi, *Modalità cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 342; B. Nacar, *Limiti cronologici per la modifica dell'imputazione*, in *Giur. it.*, 2000, p. 589; A. Stefani, *Ampliato dalle sezioni unite il potere di contestazione suppletiva del p.m.*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 633; G. Varraso, *Le nuove contestazioni "tardive" nel dibattimento: le sezioni unite legittimano l'"arbitrio" del p.m.*, in *Giust. pen.*, 1999, p. 706.

⁸ V. Corte cost., 30 giugno 1994, n. 265, in *Giur. cost.*, 1994, 2153.

⁹ La Corte ha però specificato che dalla declaratoria di incostituzionalità debba escludersi l'ipotesi di contestazione suppletiva di circostanza aggravante, trattandosi di questione non dedotta dai giudici *a quibus*.

¹⁰ Nella pronuncia si sottolinea che, per quanto concerne il giudizio abbreviato, la declaratoria di incostituzionalità si sarebbe posta in termini alternativi rispetto ad altre possibili opzioni rientranti nella discrezionalità legislativa, tra cui, a titolo esemplificativo, l'applicabilità della riduzione di pena di un terzo da parte del giudice all'esito del dibattimento o la preclusione, nei casi considerati, della nuova contestazione, con conseguente trasmissione degli atti al pubblico ministero.

¹¹ La giurisprudenza costituzionale precedente era diversamente stata fiscale nel ritenere incompatibile con le esigenze deflative del rito consentirne l'accesso in corso di dibattimento.

La dottrina, tuttavia, condivisibilmente, ha sottolineato le incongruenze di suddetta declaratoria, domandandosi se rientri effettivamente nelle possibilità dell'imputato la previsione dell'eventualità della successiva contestazione di un reato concorrente, al momento inesistente tanto agli atti quanto in imputazione. È stata altresì evidenziata la mancata considerazione dell'ipotesi in cui, nel procedere a nuova contestazione per diversità del fatto, si passi da una descrizione che, per ragioni visibilmente legate alla pena, non consenta il ricorso al patteggiamento, ad una che, invece, renda effettuabile tale opzione¹².

Un significativo cambiamento di rotta si ha però già con la successiva sentenza, con cui la Consulta accoglie la questione di legittimità dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di proporre domanda di oblazione, *ex artt.* 162 e 162-*bis* c.p., relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, osservando che la preclusione dell'accesso al rito, nel caso in cui il reato suscettibile di estinzione per oblazione costituisca oggetto di contestazione suppletiva nel corso dell'istruzione dibattimentale, appaia «indubbiamente lesiva del diritto di difesa, nonché priva di razionale giustificazione», e che per di più non si rinvergono «ostacoli di ordine tecnico-sistematico alla ammissione dell'oblazione nel corso del dibattimento».

Come è noto, tale declaratoria è stata poi estesa anche all'art. 516 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva la medesima facoltà di proporre domanda di oblazione in ordine al fatto diverso contestato in dibattimento¹³, rinvenendovi la medesima identità di *ratio*.

Appare così sovvertita la struttura logica e concettuale della precedente decisione della Corte, abbandonando il parametro della prevedibilità della modifica "fisiologica" dell'imputazione in dibattimento, superando la distinzione tra variazioni "fisiologiche" e "tardive" dell'addebito ai fini dell'accesso al rito, e tentando di non delimitare la declaratoria alla specifica questione sottoposta, bensì estendendola, proprio con il ricorso all'illegittimità consequenziale, anche ad altre norme affette dallo stesso vizio di incostituzionalità, per porre rimedio a situazioni contrastanti con il dettato costituzionale, ma comunque fattivamente enucleabili, evitando al contempo il proliferare di ulteriori declaratorie di illegittimità.

La Corte¹⁴ ritorna dunque sul tema recuperando la distinzione tra contestazione "fisiologica" e "patologica", ma, allo stesso tempo, superando gli assunti precedentemente posti sulla preclusione dell'accesso al giudizio abbreviato nell'ipotesi di contestazione "tardiva" del fatto diverso o concorrente¹⁵, e giustificando il proprio mutato convincimento con le sostanziose modifiche normative¹⁶ intervenute sullo svincolo del rito alternativo dai presupposti della definibilità del processo allo stato degli atti e del consenso del pubblico ministero¹⁷.

¹² Sul punto, si veda T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni*, cit., 205 ss., e V. Retico, *Contestazione suppletiva e limiti cronologici per il "patteggiamento"*, in *Giur. cost.*, 1994, 2166. Si è infine stigmatizzata la soluzione adottata in merito al giudizio abbreviato, sul quale la Corte costituzionale, preferendo non intervenire, aveva rimesso al potere legislativo l'onere di riequilibrare con criteri di ragionevolezza la normativa codicistica. In tal senso, in dottrina, v. M. Caianiello, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4959.

¹³ Così C. cost., 29 dicembre 1995, n. 530, in *Gazz. giur.*, 1996, 39, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di proporre domanda di oblazione relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, e, in applicazione dell'art. 27 l. 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di proporre domanda di oblazione relativamente al fatto diverso contestato in dibattimento. Tuttavia, nonostante il dispositivo della sentenza costituzionale non ponga limiti all'accesso all'oblazione a seguito di nuova contestazione del "fatto diverso", le motivazioni hanno espressamente attribuito la facoltà solo all'ipotesi in cui il reato divenga suscettibile di oblazione per effetto della modifica dell'imputazione. Così intesa, la declaratoria è stata successivamente recepita dal legislatore che, nell'inserire il comma 4-*bis* all'art. 141 norme att. c.p.p. (con la l. n. 479 del 1999), ha esplicitamente riconosciuto all'imputato la rimessione in termini per richiedere l'oblazione "in caso di modifica dell'originaria imputazione in altra per la quale sia ammissibile l'oblazione".

¹⁴ Cfr. C. cost., 18 dicembre 2009, n. 333, in *www.giurcost.org*.

¹⁵ Questione rigettata da C. cost., n. 265 del 1994, cit. Per quanto attiene alla preclusione dell'accesso al giudizio abbreviato a seguito di "nuove contestazioni", questioni di legittimità costituzionale erano state successivamente dichiarate inammissibili da C. cost., ord. 16 giugno 2005, n. 236, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2045, e da Id., ord. 21 febbraio 2007, n. 67, in *Cass. pen.* 2007, p. 2410. In dottrina, cfr. L. Cremonesi, *Persa un'occasione per fare chiarezza sui rapporti tra le contestazioni dibattimentali e il giudizio abbreviato*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 633; C. Fiorio, *Vicende dell'imputazione e giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2053.

¹⁶ Novità introdotte dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, c.d. legge Carotti.

¹⁷ Ulteriore elemento addotto a favore del proprio convincimento era poi l'introduzione del meccanismo di integrazione

Essa, quindi, riconosce l'assenza di ostacoli alla celebrazione del giudizio abbreviato da parte dello stesso giudice del dibattimento, evidenziando altresì come l'accesso a detto rito sia comunque produttivo di effetti in termini di economia processuale, permettendo al giudice del dibattimento di decidere sulla nuova imputazione allo stato degli atti, ed evitando il possibile supplemento istruttorio previsto dall'art. 519 c.p.p.¹⁸

Tuttavia, per quanto apprezzabile sia il *révirement* della Consulta¹⁹, non si può fare a meno di constatare come, già in quest'occasione, essa avrebbe potuto, sulla scia delle conclusioni raggiunte in tema di oblazione, superare la distinzione tra modifiche dell'imputazione risultanti dagli atti di indagini e variazioni collegate all'evolvere dell'accertamento dibattimentale²⁰.

E però, la normativa sul tema, così come risultante a seguito delle menzionate declaratorie di illegittimità costituzionale, era tutt'altro che logica e coerente, laddove si consideri la diversa applicazione della medesima disciplina ai vari riti alternativi, senza peraltro avervi addotto alcuna specifica giustificazione.

Invero, a seguito delle pronunce intervenute, il patteggiamento e il giudizio abbreviato erano sempre ammissibili in caso di contestazioni tardive, ed il primo anche nell'evenienza di nuova contestazione "fisiologica", qualora l'imputato avesse tempestivamente e ritualmente proposto analoga richiesta in ordine alle originarie imputazioni.

Il ricorso all'oblazione, invece, era concesso indipendentemente dal carattere fisiologico o patologico della modifica dell'imputazione o della contestazione suppletiva.

Pertanto, con la sentenza n. 237 del 2012, la Corte, tornando sulla questione, abbandona l'orientamento che aveva escluso la fondatezza dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale, ed anzi dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 517 c.p.p., nella parte in cui non prevede che l'imputato possa formulare richiesta di giudizio abbreviato anche in caso di nuova contestazione "fisiologica" di reato concorrente²¹.

probatoria – in assenza del quale si era, in passato, ritenuto necessario, per restituire all'imputato la facoltà di accesso al rito semplificato, nel caso di perdita incolpevole della stessa, un intervento legislativo che sanasse le interferenze sussistenti tra giudizio abbreviato e giudizio dibattimentale. Al riguardo, C. cost., 1 aprile 1993, n. 129, cit., ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p., laddove non prevede né la possibilità per l'imputato di poter chiedere il rito abbreviato, né la preclusione di contestazioni suppletive – come, invece, previsto dall'art. 441, comma 1, c.p.p. – in caso di celebrazione del dibattimento, a seguito di rigetto da parte del g.i.p. del rito alternativo in questione prescelto dall'imputato stesso, e aveva evidenziato che la criticità individuata dal giudice *a quo* richiedesse un intervento normativo da parte del legislatore, che, nel rispetto dei principi sanciti nella sentenza n. 23 del 1992, resolvesse le interferenze tra giudizio abbreviato e giudizio dibattimentale, o modificasse la disciplina del primo tra tali riti secondo le indicazioni contenute nella sentenza n. 92 del 1992.

¹⁸ In dottrina, V. Maffeo, *Le contestazioni tardive e il giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 359 ss., ha sostenuto che, qualora all'imputato fosse riconosciuta la facoltà di chiedere il giudizio abbreviato nell'ambito del medesimo processo, seppur limitatamente al reato oggetto di tardiva contestazione, si dovrebbe permettere l'assunzione di ulteriori mezzi di prova, anche supponendo che questi non abbia coltivato alcune pur legittime strategie probatorie perché distolto, non per sua colpa, dall'erronea selezione dei fatti imputati. Il dubbio sulla realizzazione di un effetto di economia processuale sarebbe allora più che fondato, considerata anche la necessità di proseguire con le forme ordinarie per il fatto oggetto della originaria contestazione.

¹⁹ V. C. cost., 18 dicembre 2009, n. 333, cit., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p. e, in via consequenziale, dell'art. 516 c.p.p., nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di richiedere il giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso o al reato concorrente oggetto di contestazione dibattimentale, già risultante dagli atti di indagini al momento di esercizio dell'azione penale.

²⁰ Ma, evidentemente, uno scardinamento completo di quanto sostenuto con la citata sentenza n. 265 del 1994, che ponesse in essere una disciplina antitetica rispetto a quella scelta dal legislatore del codice Vassalli, appariva ancora azzardato. Tanto, peraltro, era stato auspicato da T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni*, cit., p. 210, a seguito della sentenza n. 530 del 1995, cit. Sulla distinzione tra modifiche dell'imputazione risultanti dagli atti di indagini e variazioni collegate all'evolvere dell'accertamento dibattimentale, cfr. M. Caianiello, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni*, cit., p. 4963; G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2532 ss. Quest'ultimo, pur non ritenendo convincente la distinzione tra modifiche "fisiologiche" e modifiche "patologiche" dell'imputazione, per quanto concerne la fruizione dei vantaggi connessi ai riti premiali, osserva che, essendo lo scrutinio di legittimità limitato ai casi di contestazioni tardive, difficilmente la Corte costituzionale sarebbe potuta andare oltre, focalizzandosi anche sulle ipotesi fisiologiche di modifica del tema d'accusa, se non mediante forzature del meccanismo dell'illegittimità consequenziale previsto dall'art. 27 l. 11 marzo 1953, n. 87.

²¹ V. C. cost., 26 ottobre 2012, n. 237, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3548. In dottrina, invece, cfr. M. Caianiello, *Modifiche all'imputazione e giudizio abbreviato. Verso un superamento della distinzione fra contestazioni fisiologiche e patologiche*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3563; F. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, in www.penalecontemporaneo.it; M. D'Agnolo,

È indubbio, quindi, che a tale sentenza vada riconosciuto il merito di aver individuato due punti fondamentali sul tema del rapporto tra nuove contestazioni e riti alternativi, attinenti uno al fatto che condizione primaria per l'esercizio del diritto di difesa sia la chiara conoscenza, da parte dell'imputato, dei termini dell'accusa mossa nei suoi confronti, sicché, al mutarne natura e motivi, non possono non essere a quest'ultimo restituiti termini e condizioni per esprimere le proprie opzioni²², e l'altro alla preminenza della piena esplicazione del diritto di difesa su qualsiasi esigenza di tipo economico-efficientista.

Nello specifico, infatti, con la pronuncia in parola, la Consulta constata che, per effetto di una contestazione suppletiva dibattimentale, l'imputato viene a trovarsi in posizione diversa e deteriore, per quanto attiene alla facoltà di accesso ai riti alternativi ed alla fruizione della correlata diminuzione di pena, rispetto a chi sia chiamato a rispondere fin dall'inizio della stessa imputazione. Pertanto, permettergli di optare liberamente per il giudizio abbreviato in tutti gli altri casi di esercizio dell'azione penale, e non quando la contestazione avviene in dibattimento, con le modalità prescritte dall'art. 517 c.p.p., genera un'ingiustificata disparità di trattamento e di compromissione delle facoltà difensive.

Peraltro, a parere della Corte, l'impossibilità di definire con giudizio abbreviato gli addebiti oggetto di contestazioni fisiologiche risulta irragionevole laddove si consideri che il sistema in realtà già prevede ipotesi in cui sia concesso all'imputato fare richiesta di rito abbreviato a seguito di emersione in dibattimento di un reato concorrente.

Ciò, in particolare, è quanto previsto nei casi di reato per cui si procede con udienza preliminare e questa non sia stata tenuta, con conseguente regressione del procedimento, ai sensi dell'art. art. 521-bis c.p.p., nonché qualora il pubblico ministero decida di non contestare il reato connesso in dibattimento, ma anzi esercitare separatamente l'azione penale.

I giudici di legittimità, inoltre, soffermandosi sul superamento del citato binomio "premieria-deflazione", affermano che, per quanto sia innegabile che, in un'ottica meramente "economica", più si posticipa il termine utile per la rinuncia al dibattimento e meno il sistema ne ricava, «resta comunque assorbente la considerazione che l'esigenza della "corrispettività" fra riduzione di pena e deflazione processuale non può prendere il sopravvento sul principio di eguaglianza né tantomeno sul diritto di difesa».

In merito, invece, al criterio della prevedibilità della variazione dibattimentale dell'imputazione, principale fattore discriminatorio sull'instaurabilità dei riti alternativi tra nuova contestazione "fisiologica" e "patologica", la Consulta sostiene la sua assoluta inidoneità a giustificare il diverso regime di accesso ai riti alternativi²³, atteso il rischio di pregiudicare il diritto di difesa mediante variazioni conseguenti a novità probatorie emerse durante la fase dibattimentale, più di quanto diversamente avvenga con quelle basate su elementi acquisiti al termine delle indagini preliminari, già conosciuti dall'imputato stesso anche in merito alla loro idoneità a determinare eventuali incrementi dell'imputazione.

Consequenziale e prevedibile è dunque stata l'estensione di tali argomentazioni anche alla fattispecie della contestazione "fisiologica" del fatto diverso, con la consecutiva declaratoria di incostituzionali-

Nuove contestazioni e giudizio abbreviato: un deciso passo avanti della Corte costituzionale, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 3, p. 69; E. Gazzaniga, *Un nuovo passo avanti in tema di ampliamento della facoltà di accesso ai riti alternativi in corso di dibattimento*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 990; S. Quattrocchio, *Contestazione suppletiva "fisiologica" e giudizio: cade con C. Cost. 237/2012 l'ultimo baluardo del rapporto "premieria/deflazione"*, in *Legislazione pen.*, 2013, p. 337; G. Todaro, *Una ulteriore declaratoria d'incostituzionalità sui rapporti tra nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: la stella polare del diritto di difesa e qualche nuovo dubbio*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3876.

²² Così è sostenuto e nella sentenza n. 237 del 2012 e, in seguito, nella n. 273 del 2014, ma già in precedenza, in dottrina, da M. Caianiello, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni*, cit., 4962 ss. Tuttavia, nella sentenza n. 273 del 2014, la Corte, se da un lato ha condivisibilmente ricompreso anche l'ipotesi del "fatto diverso" tra quelle per cui è possibile optare a dibattimento in corso per il rito abbreviato, ha, al contempo, recepito l'interpretazione restrittiva del concetto di detto "fatto diverso" elaborata dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, affermando che "la nozione strutturale di «fatto», contenuta nell'art. 516 c.p.p., va coniugata con quella funzionale, fondata sull'esigenza di reprimere solo le effettive lesioni delle facoltà difensive", sicché "è di fronte a simili situazioni – e solo ad esse – che emerge anche l'esigenza di riconoscere all'imputato la possibilità di rivalutare le proprie opzioni sul rito". In dottrina, però, F. Cassibba, *La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni*, cit., p. 4, ha affermato che tale passaggio motivazionale, per quanto non vincolante, non sia del tutto innocuo, giacché rischia di determinare "una sorta di eterogenesi dei fini", permettendo di aggirare la *ratio* della pronuncia additiva della Corte costituzionale sull'art. 516 c.p.p.

²³ Nello specifico, la Consulta sostiene che, risultando giurisprudenzialmente condiviso l'orientamento a favore della possibilità di procedere a nuove contestazioni dibattimentali anche sulla base del materiale di indagine, si potrebbe sostenere che l'imputato debba farsi carico di tale evenienza qualora rinunci a chiedere la definizione anticipata del procedimento, gravando sullo stesso l'alea di una modifica "fisiologica" dell'imputazione.

tà dell'art. 516 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere il giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione²⁴.

Ugualmente leso era infatti il diritto di difesa, in virtù anche del ripetuto accomunarsi delle due fattispecie regolate appunto dagli artt. 516 e 517 c.p.p., operato dalle precedenti declaratorie di illegittimità costituzionale.

Certamente un'occasione mancata è stata quella di non estendere già allora l'applicazione di detti principi anche al patteggiamento²⁵, essendo analoga la portata della violazione e del diritto di difesa e del principio di uguaglianza.

Ciò nonostante, la Corte, successivamente, ha passato al vaglio anche il fenomeno della contestazione patologica di circostanze aggravanti, dichiarando l'illegittimità dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena o il giudizio abbreviato relativamente al reato oggetto della nuova contestazione di una circostanza appunto aggravante, già risultante dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale²⁶.

Lo strumento dell'illegittimità consequenziale non è stato tuttavia in questo caso operato per estendere la declaratoria anche all'evenienza della contestazione "fisiologica" di circostanza aggravante, su cui non sono stati fatti accenni, seppur in presenza dei giusti presupposti.

Invero, il superamento del criterio della prevedibilità, realizzato con riferimento al fatto diverso ed al reato concorrente, non può non investire anche la restante fattispecie della contestazione di circostanza aggravante, che allo stesso modo comporta una modifica rilevante dell'imputazione, rispetto alla quale non possono ritenersi indifferenti le scelte difensive in merito ad un eventuale rito alternativo, e ciò a prescindere dalla natura patologica o fisiologica dell'iniziativa dell'organo requirente²⁷.

²⁴ V. C. cost., 1 dicembre 2014, n. 273, in *Giur. cost.*, 2014, p. 4654, e, in dottrina, A. Cabiale, *L'imputato può chiedere il giudizio abbreviato anche dopo la modifica "fisiologica" dell'imputazione: la fine del "binomio indissolubile" fra premialità e deflazione*, su www.penalecontemporaneo.it; F. Cassibba, *La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni e compie un'incursione sul diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it; M. D'Aiuto, *Fatto diverso e giudizio abbreviato: verso una nuova forma di rito premiale?*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, p. 119 ss.; G. Leo, *Ancora una sentenza additiva sull'art. 516 c.p.p.: per il fatto diverso oggetto di contestazione dibattimentale "fisiologica" l'imputato può chiedere il giudizio abbreviato*, in www.penalecontemporaneo.it; A. Tassi, *La Corte riconosce il diritto al giudizio abbreviato nel caso di contestazione "fisiologica" del fatto diverso in dibattimento*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 4662.

²⁵ Così F. Cassibba, *La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni*, cit., p. 2, secondo cui la Corte costituzionale aveva un ampio margine per dichiarare l'illegittimità, in via consequenziale, dell'art. 516, comma 1, c.p.p. nella parte in cui non ammette l'applicazione della pena a seguito della fisiologica modifica dell'imputazione, non apparendo azzardato sostenere che la stessa declaratoria fosse "a rime obbligate".

²⁶ Tanto è quanto avvenuto con due sentenze: C. cost., 25 giugno 2014, n. 184, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3216 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena in seguito alla contestazione nel dibattimento di una circostanza aggravante già risultante dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale) e C. cost., 26 maggio 2015, n. 139, in www.penalecontemporaneo.it (che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui, nel caso di contestazione di una circostanza aggravante già risultante dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere il giudizio abbreviato relativamente al reato oggetto della nuova contestazione). La Consulta si è però in realtà limitata a riproporre le considerazioni già espresse con le pronunce n. 265 del 1994 e n. 333 del 2009 in merito all'ipotesi di contestazione "tardiva" di circostanze aggravanti, parimenti idonea a determinare un significativo mutamento del quadro processuale, sostenendo che le circostanze aggravanti possono incidere in modo rilevante sull'entità della sanzione (tanto più quando si tratti di circostanze ad effetto speciale), sul regime di procedibilità del reato e sull'applicabilità di alcune sanzioni sostitutive, ragion per cui anche in relazione ad esse sono riscontrabili i pregiudizi al diritto di difesa ed al principio di eguaglianza già evidenziati con riferimento alla preclusione all'accesso ai riti alternativi in caso di nuova contestazione tardiva del fatto diverso e del reato concorrente. Al contempo, però, Corte cost., n. 139 del 2015, cit., ha ritenuto infondata la questione diretta ad ottenere che la facoltà di accesso al giudizio abbreviato fosse estesa anche alle imputazioni diverse da quella attinta dalla nuova contestazione di reato concorrente o di circostanza aggravante, reputando illogico che l'imputato possa recuperare, a dibattimento inoltrato, gli effetti premiali del rito alternativo anche in rapporto all'intera platea delle imputazioni originarie e non interessate dalla modifica, relativamente alle quali si era coscientemente astenuto dal formulare la richiesta nel termine. Ciò, peraltro, era già stato affermato in precedenza dalle citate sentenze n. 333 del 2009 e n. 237 del 2012, che, così come sostenuto con la sentenza n. 265 del 1994, in rapporto al patteggiamento, hanno dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 516 e 517 c.p.p. nella parte in cui non restituiscono all'imputato la possibilità di accedere al giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente o al fatto diverso contestato in dibattimento. In dottrina, v. G. Leo, *Contestazioni suppletive in dibattimento e richiesta di giudizio abbreviato: una nuova pronuncia di illegittimità parziale dell'art. 517 c.p.p.*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁷ Cfr. P. Troisi, *Nuove contestazioni e riti alternativi: il lento percorso di adeguamento della disciplina codicistica ai principi costituzionali*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3.

CONSIDERAZIONI CRITICHE TRA L'ANALISI DEI PASSI COMPIUTI E L'AUSPICIO DI QUANTO È NECESSARIO FARE

Appare travagliato l'*excursus* che ha ricondotto la disciplina delle nuove contestazioni dibattimentali su binari compatibili con il dettato costituzionale in tema di uguaglianza e di diritto di difesa, di cui i riti premiali costituiscono indubbiamente le più qualificanti modalità di esercizio, soprattutto per i benefici in termini di riduzione di pena e di estinzione del reato che ne scaturiscono.

Al riguardo, però, è doveroso evidenziare che l'omissione dei riti alternativi nelle vicende modificative di cui agli artt. 516 e 517 c.p.p. non può certamente ricondursi ad una negligenza del legislatore, quanto, invece, ad una precisa scelta sistematica, secondo la quale, dinanzi a vicende dibattimentali in stato ormai avanzato, l'interesse dello Stato al riconoscimento di uno sconto di pena, nella fattispecie processuale, veniva dunque a mancare.

Invero, nell'ottica di un'impostazione basata sull'espressione idiomatica del "*do ut des*", non si era rinvenuta connessione tra il diritto di accesso al rito alternativo e l'esigenza di efficienza della deflazione, tipica di un concetto di sistema accusatorio di tipo dinamico.

Non a caso, nei primi anni di vigenza del codice, in risposta alle dedotte censure di incostituzionalità della disciplina, ci si era appellati alla menzionata indissolubilità del binomio "prezialità-deflazione" e alla "prevedibilità" della contestazione, adducendo che l'interesse dell'imputato a beneficiare dei vantaggi derivanti dai riti premiali rilevasse solo laddove egli rinunciava al dibattimento, e che non potesse disquisirsi di imprevedibilità o di evenienza infrequente, atteso lo stretto rapporto intercorrente tra l'imputazione originaria e il reato connesso²⁸.

Sulla scorta di tali considerazioni, non si rinvenivano violazioni né dell'art. 3 Cost., né tantomeno dell'art. 24 Cost., non essendovi disconoscimento alcuno delle tutele dibattimentali²⁹.

La sentenza in esame rappresenta quindi senza dubbio l'ultimo cerchio di una catena che ha avuto origine nel momento in cui si è consolidato, tra i giudici della Consulta, l'impianto argomentativo secondo cui, considerato il carattere premiale di alcuni riti alternativi, l'accesso agli stessi rappresenta un'esplicazione del diritto di difesa, sicché qualsiasi disposizione che ne limiti la fruibilità, al mutare degli elementi fondanti le scelte difensive, si pone invece in contrasto con il summenzionato art. 24 Cost.

Ciò ha portato all'abbandono del paradigma della "prevedibilità" e della conseguente "accettazione del rischio", che non ha tuttavia trovato unanimi consensi, laddove ci si è invece chiesti se non fosse stato più opportuno che, in relazione alla contestazione sostitutiva "fisiologica", tali criteri fossero consolidati, essendo il fatto "diverso", oggetto della contestazione in parola, non del tutto estraneo a quello già contestato, ma anzi dalle fondamenta già note al momento dell'esercizio dell'azione penale.

Nell'ambito del medesimo ragionamento, invero, si è ritenuto che, se non il parametro della "prevedibilità"³⁰, quantomeno quello dell'accettazione del rischio poteva non essere stigmatizzato, considerato che il meccanismo delle "nuove contestazioni" rappresenta il fisiologico risvolto della medaglia del diritto alla prova dibattimentale³¹.

²⁸ V. C. cost., ord. 11 maggio 1992, n. 213, cit.

²⁹ Il timore di eventuali lesioni del diritto di difesa, che aveva come termine di riferimento il solo contraddittorio, era infatti confutato mediante le prerogative riconosciute dall'art. 519 c.p.p., e dalla possibilità di richiedere l'assunzione di nuove prove ex art. 507 c.p.p. V. G. Lozzi, *Riflessioni sul nuovo processo penale*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 114. Diversamente, I. Calamandrei, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, cit., p. 644, per il medesimo timore, auspicava un'interpretazione riduttiva dell'art. 516 c.p.p.

³⁰ La cui accezione colpevolista ne impone la rinneazione, atteso che le facoltà predittive dell'accusato discendono, inevitabilmente, dalla considerazione di quest'ultimo come depositario della verità storica. Ciò rappresenta l'*intime conviction* di colpevolezza del prevenuto, che, in virtù del privilegio conoscitivo che scaturisce dalla sua responsabilità, avrebbe potuto preventivamente valutare l'eventualità di un allineamento tra la verità storica e quella processuale. Peraltro, la prevedibilità sottintende una natura maliziosa della difesa, che potrebbe sfruttare le lacune ricostruttive dell'accusa, assumendosi tuttavia il rischio che tale malizia sia poi smascherata nel corso dell'attività dibattimentale. Sottolinea la contrarietà del criterio al principio di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost., F. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità*, cit., p. 5.

³¹ Cfr. A. Cabiale, *L'imputato può chiedere il giudizio abbreviato anche dopo la modifica 'fisiologica' dell'imputazione: la fine del "binomio indissolubile" fra prezialità e deflazione*, cit., secondo cui il giusto epilogo avrebbe dovuto avere ad oggetto la dichiarazione di incostituzionalità della norma solo nella parte in cui non consentiva l'accesso al rito alternativo allorché l'emersione nel dibattimento del fatto diverso fosse stata intimamente connessa alla lacunosità delle indagini preliminari. Di parere opposto, V. Belviso, *Modifica dell'imputazione in dibattimento e facoltà di chiedere il giudizio abbreviato*, in *Studium iuris*, 2015, p. 520 ss.

Tuttavia, tale posizione non è del tutto condivisibile, laddove si consideri che quest'ultimo criterio non appare comunque compatibile con l'inviolabilità del diritto di difesa. Invero, accollare un simile rischio in capo all'imputato introdurrebbe nel processo penale un elemento di aleatorietà, o fatalismo, contrario al basilare concetto di tutela difensiva.

Ebbene, sulla scorta di tali considerazioni, la soluzione adottata progressivamente dalla Corte costituzionale, con le summenzionate declaratorie a catena, non appare tanto radicale, se si considera che l'alternativa alla generalizzata estensione del recupero delle prerogative di scelta in merito al rito – non potendo essere, per quanto osservato, l'esclusione delle medesime – sarebbe allora potuta essere solo la restituzione degli atti al pubblico ministero.

Questa, difatti, idealmente, sarebbe stata l'unica residuale possibilità immaginabile, consecutivamente alla modifica dell'imputazione, attesa la necessità di garantire un pieno esercizio del diritto di difesa³².

E però, al contempo, dubbia appare la sua praticabilità, a voler tacere delle ragioni di sistema, giacché l'annullamento del processo avrebbe proiettato l'imputato nella situazione esistente prima dell'esercizio dell'azione penale, con il conseguente venir meno delle preclusioni maturate, e dunque in totale sconsiderazione delle esigenze di economia processuale. Situazione, questa, sicuramente attuabile, invece, nella vigenza del precedente codice Rocco, che prevedeva, appunto, il regresso degli atti al pubblico ministero e il ritorno dell'azione penale, con "moto circolare" e a garanzia dell'imputato, su se stessa³³.

Pertanto, nell'ottica di siffatte argomentazioni, l'insieme di regole e principi elaborato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto – da ultimo con la sentenza in commento – è da apprezzarsi per l'opera di tutela e bilanciamento³⁴ compiuta tra i contrapposti, ma di pari rango, valori che vengono in rilievo nell'ambito della giurisdizione penale, quali l'accertamento della verità e l'economia processuale, da un lato, e la tutela del diritto di difesa, dall'altro.

Ciò nonostante, il quadro normativo risultante dalle illustrate declaratorie di illegittimità costituzionale appare comunque incoerente e privo di una logica di base, laddove si consideri che, sulla base delle elencate modifiche apportate, l'imputato possa richiedere: il giudizio abbreviato, nei casi di nuova contestazione, "fisiologica" o "patologica", di fatto diverso o di reato concorrente e di contestazione suppletiva tardiva di circostanza aggravante; l'applicazione di pena, a seguito di nuova contestazione "fisiologica" di fatto diverso, della contestazione "tardiva" del fatto diverso, del reato connesso o di circostanza aggravante, nonché qualora, modificato il fatto o contestato il reato concorrente in dibattimento, avesse già presentato tempestivamente e ritualmente la richiesta di patteggiamento in ordine alle originarie imputazioni; domanda di oblazione, relativamente al fatto diverso ed al reato concorrente contestato in dibattimento e, comunque, in ogni caso di modifica dell'imputazione in altra per la quale sia ammissibile l'oblazione (art. 141, comma 4-bis, norme att. c.p.p.)³⁵.

³² Cfr. A. Spinelli, *La Consulta torna sul rapporto tra modifica dell'imputazione e facoltà di accesso ai riti alternativi*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 10, p. 44 ss.

³³ V. M. Nobili, *La nuova procedura penale*, cit., p. 341. Quest'architettura processuale, però, non poteva essere riesumata per due fondamentali ragioni. In primo luogo, la disciplina di cui all'art. 445 c.p.p. abr. era determinata dal "principio di necessità dell'istruttoria", venuto meno a causa del differente canone euristico adottato, caratterizzante il "nuovo" processo penale, in cui il contraddittorio individua nella fase dibattimentale la sede privilegiata per la puntuale delineazione del *thema decidendum*. In secondo luogo, la riproposizione delle passate soluzioni non appare una strada percorribile, considerato l'attuale contesto giudiziario, in cui la restituzione degli atti all'organo dell'accusa, sulla scorta dell'ispirazione nascente dall'art. 521 c.p.p., si porrebbe in diretta frizione non solo con le esigenze di economia processuale, ma anche con la stessa funzione accertativa del processo penale, atteso il diretto riflesso che l'annullamento del processo comporterebbe sul decorso del termine prescrizione.

³⁴ Cfr. A. Spinelli, *La Consulta torna sul rapporto tra modifica dell'imputazione e facoltà di accesso ai riti alternativi* cit., p. 44 ss., secondo cui sarebbe sufficiente osservare come l'esclusione della possibilità di recupero del diritto di scelta in merito al rito risulterebbe all'imputato una situazione peggiore rispetto a quella configurata dalle disposizioni del codice del 1930, per comprendere come un correttivo alla disciplina originariamente prevista dagli art. 516 ss. c.p.p. fosse necessario.

³⁵ In tutti questi casi, la richiesta del rito alternativo deve essere effettuata immediatamente dopo la nuova contestazione o, al più tardi, alla ripresa del dibattimento dopo la sospensione connessa al termine a difesa previsto dall'art. 519 c.p.p. Peraltro, qualora si tratti di processo oggettivamente cumulativo, la facoltà di accedere ai riti alternativi è limitata al reato cui si riferisce la nuova contestazione (Cass., sez. V, 29 aprile 2014, n. 26593, in *www.dirittoegiustizia.it*). Da ciò scaturiscono, però, eventuali incompatibilità del giudice del dibattimento a celebrare sia il rito alternativo, sia il dibattimento per le imputazioni cui non si riferisce la nuova contestazione. Sul punto, v. R. Angeletti, *Nuove contestazioni*, cit., p. 132.

Invero, nello specifico, resta tuttora esclusa la possibilità di accedere al giudizio abbreviato in presenza della contestazione “fisiologica” di una circostanza aggravante, al patteggiamento nei casi di nuova contestazione del reato concorrente o di circostanze aggravanti non risultanti dagli atti di indagine al momento dell’esercizio dell’azione penale, e all’oblazione qualora sia appunto contestata una circostanza aggravante.

Analoghe non trascurabili lacune sussistono poi in relazione al rito della sospensione del procedimento con messa alla prova, anch’esso configurabile come modalità di esercizio del diritto di difesa, e per i riflessi premiali, e per le finalità di rieducazione e recupero sociale.

Difatti, allorché il pubblico ministero dovesse contestare la diversità del fatto compendiato nell’originaria imputazione, le ragioni che hanno indotto la Corte a censurare la disciplina dettata dall’art. 516 c.p.p. potrebbero fondare una declaratoria di incostituzionalità della stessa disposizione nella parte in cui non consente all’imputato di chiedere la sospensione del procedimento ai sensi dell’art. 464-bis c.p.p.³⁶.

Menzione merita, inoltre, anche la tematica del mutamento *ex officio iudicis* della qualificazione giuridica del fatto, ugualmente capace di incidere sulla portata dell’accusa originariamente contestata³⁷, ma per cui la normativa vigente non contempla accesso ai riti alternativi, né prevede obbligo di preventiva contestazione o comunicazione, per quanto necessari nella medesima ottica di garanzia del diritto di difesa³⁸.

Se questi sono dunque i presupposti, il percorso della giurisprudenza costituzionale non sembra allora essere ancora volto al termine.

Sarebbe probabilmente stato pertanto opportuno che alla “quadratura del cerchio” provvedesse il legislatore, cogliendo l’occasione della recente riforma del codice di procedura penale (l. 23 giugno 2017, n. 103).

Difatti, considerando che la novella ha adattato il dispositivo codicistico ad altrettanti filoni consolidati della giurisprudenza di legittimità, tale intervento legislativo sarebbe potuto essere esteso alla qui trattata giurisprudenza della Consulta, assorbendola e applicandola, ad esempio, anche alle facoltà di accesso alla sospensione del processo per messa alla prova, o alle diverse situazioni, precedentemente palesate, rimaste prive di tutela, in modo da prevenire eventuali future eccezioni di incostituzionalità.

³⁶ L’ipotesi è statisticamente marginale, poiché si verificherebbe solo in caso di derubricazione dell’imputazione nel corso del processo. Dal dibattito dovrebbero emergere elementi idonei a riqualificare il delitto in origine contestato – in relazione al quale non sussistevano le condizioni oggettive di ammissibilità di cui all’art. 168-bis, comma 1, c.p. – in un reato per il quale la norma incriminatrice prevede una pena inferiore a quattro anni di reclusione. Tuttavia, l’eventualità, sebbene non frequente, non appare inverosimile, potendo essere ancorata alla concreta esigenza di evitare i possibili effetti restitutori conseguenti alla rilevazione in sentenza della diversità del fatto rispetto a quello contestato ai sensi dell’art. 521 cpv. c.p.p.

³⁷ *Ex multis*, S. Quattrocchio, *Riqualificazione del fatto*, cit., p. 133 ss.

³⁸ La principale prassi giurisprudenziale successiva alla sentenza “Drassich” della Corte europea (Corte e.d.u., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, in *Giur. it.*, 2008, p. 2581) ha perseverato nel negare la sussistenza, in capo al giudice, dell’obbligo di dare tempestiva e formale informazione all’accusato della riqualificazione giuridica del fatto nello stesso grado in cui si procede, ritenendo, al contrario, sufficiente che l’imputato possa contestare il diverso *nomen iuris* in sede di impugnazione (tra le tante, v. Cass., sez. VI, 15 marzo 2012, n. 10093, in *Mass. Cass. pen.*, n. 251961). Pertanto, se la riqualificazione può essere operata legittimamente in sentenza, non vi è spazio per eventuali meccanismi che consentano l’accesso ai riti alternativi a seguito della mutata definizione giuridica del fatto. Al riguardo, recentemente, le Sezioni unite – sulla scia di quanto già chiarito da Cass., sez. un., 28 febbraio 2006, n. 7645, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1710 – hanno ribadito che, nel caso in cui è contestato un reato per cui non è consentita l’oblazione, l’imputato, qualora ritenga che il fatto possa essere diversamente qualificato in un reato che ammetta l’oblazione, ha l’onere di sollecitare il giudice alla riqualificazione del fatto e, contestualmente, a formulare istanza di oblazione, con la conseguenza che, in assenza di tale espressa richiesta, il diritto a fruire dell’oblazione stessa resta precluso laddove il giudice provveda d’ufficio ex art. 521 c.p.p., con la sentenza che definisce il giudizio, ad assegnare al fatto la diversa qualificazione che consentirebbe l’applicazione del beneficio (Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 32351, in *Cass. pen.*, 2015, p. 88).

Abnormità ed atti del pubblico ministero

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE VI, SENTENZA 25 AGOSTO 2017, 39442 – PRES. CONTI; REL. VILLONI

Non è escluso che un atto del p.m. possa essere ritenuto abnorme ma ciò accade quando esso invada la sfera di competenza propria del giudice e il contenuto dell'atto abbia una portata immediatamente decisoria e incidente sulla posizione soggettiva delle parti processuali.

Tale non è l'illegittimo aggiramento di una sentenza d'incompetenza territoriale del GUP mediante la trasmissione degli atti ad altro Ufficio di procura poiché un tale itinerario non determina alcuna invasione della sfera giurisdizionale, considerato che nessuno dei provvedimenti impugnati costituisce propriamente espressione della giurisdizione che sarà, oltre tutto, nuovamente investita della questione nel prosieguo del procedimento, spiegando in pieno tutte le proprie prerogative.

[*Omissis*]

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. B.S. ricorre avverso i sopra indicati provvedimenti dei PM rispettivamente appartenenti agli uffici di Procura della Repubblica presso il Tribunale di Monza, di Treviso e di Milano deducendo quanto segue.

Nell'ambito del procedimento penale n. 2934/14 RG NR che lo vede imputato per il reato di corruzione in atti giudiziari (artt. 319-ter, 321 c.p.p.), il 29/04/2016 il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Milano si dichiarava territorialmente incompetente in relazione alle posizioni di alcune coimputate, tra cui E.A.L., T.E. e R.G.

In particolare, il giudice rilevava che il reato doveva ritenersi consumato nel luogo in cui era avvenuto l'ultimo pagamento del prezzo della corruzione, indicandolo rispettivamente in (OMISSIS) per la E. e in (OMISSIS) per la R. e disponendo di conseguenza la trasmissione dei relativi atti del procedimento alla Procura presso il Tribunale di Monza il 29/07/2016 e a quella presso il Tribunale di Treviso il 05/08/2016.

Ciò nondimeno, in data 20/01/2017 la Procura della Repubblica di Milano trasmetteva a quelle appena indicate il verbale delle sommarie informazioni testimoniali rese in data 06/12/2016 dal rag. S.G., sulla base delle cui dichiarazioni riteneva ricavarsi che tutti i pagamenti fossero stati eseguiti presso l'ufficio del dichiarante in (OMISSIS), sottoponendo il dato all'attenzione degli uffici destinatari per "essere venute meno le circostanze che avevano fondato la pronuncia d'incompetenza territoriale".

A seguito di tale comunicazione, la Procura della Repubblica di Monza provvedeva il 21/01/2017 a ritrasmettere il fascicolo relativo al ricorrente in concorso con E.A.L. ed T.E. alla Procura di Milano e nello stesso senso si determinava la Procura della Repubblica di Treviso il 15/02/2017 con riferimento alla posizione della coimputata R.G.

Seguivano le nuove iscrizioni nel registro delle notizie di reato, la riunione dei procedimenti iscritti ed infine la redazione e la spedizione all'imputato dell'avviso di conclusione indagini, costituenti gli ulteriori atti oggetto del ricorso, tutti prodotti in allegato.

Diversamente e correttamente, stando al ricorso, si era comportata la Procura della Repubblica di Pescara, anch'essa destinataria di atti del procedimento relativi alla coimputata L.M., Procura che dopo aver ricevuto il citato verbale di sommarie dichiarazioni, aveva provveduto a modificare l'imputazione, investendo della questione il giudice dell'udienza preliminare di Pescara.

2. Secondo il ricorrente, le dinamiche processuali come sopra riassunte sono a tal punto anomale da determinare l'abnormità dei provvedimenti emessi dalla Procura di Monza e dalla Procura di Treviso di ritrasmissione degli atti relativi ai provvedimenti loro pervenuti nonché dei provvedimenti consequenziali adottati dalla Procura di Milano.

In particolare, il vizio dell'abnormità riguarda tanto l'aspetto strutturale quanto quello funzionale.

Con riferimento al primo, risultano abnormi i provvedimenti con cui le Procure di Monza e Treviso, destinatarie della trasmissione di atti a seguito di sentenza di incompetenza territoriale da parte del GUP di Milano, invece d'investire della questione un giudice, hanno disposto d'iniziativa di trasmettere gli atti ad una altra Procura della Repubblica così configurando un conflitto trasversale di competenza tra un organo giudicante (il GUP di Milano) e due organi requirenti, caso non inquadrabile né nella disciplina dell'art. 28 c.p.p. che dirime i conflitti di competenza tra i giudici né nell'art. 54 c.p.p. che dirime quelli tra i Pubblici Ministeri.

Anomala risulta, inoltre, per il ricorrente l'attività processuale svolta dalla Procura della Repubblica di Milano dopo la ricezione degli atti ritrasmessi dalle altre Procure, anomalia in realtà iniziata fin dalla trasmissione del verbale delle sommarie dichiarazioni testimoniali del rag. S., acquisite nell'ambito di procedimento connesso ai sensi dell'art. 371 c.p.p., volta a distorcere la fisiologica dinamica processuale conseguente ad una sentenza d'incompetenza territoriale ex art. 22 c.p.p., comma 3 e che in ogni caso non avrebbe potuto sortire nessun tipo di effetto integrativo del fascicolo d'indagine relativo ai procedimenti trasmessi a seguito della sentenza d'incompetenza alle Procure di Monza e di Treviso, in quanto già esauriti i termini massimi per le indagini preliminari nell'ambito dell'originario procedimento n. 2934/14 RG NR. Tutto ciò premesso, deduce il ricorrente che i predetti atti non solo si pongono al di fuori del modello normativo ma risultano anche in netto contrasto con orientamenti consolidati dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. sez. 1 n. 1299 del 27 febbraio 1996 e Corte Cost. n. 216 dell'11 maggio 1992).

Con riferimento poi all'aspetto funzionale, il ricorrente deduce che per i medesimi fatti la Procura di Milano aveva già esercitato l'azione penale, dante luogo alla sentenza d'incompetenza territoriale del giudice dell'udienza preliminare.

Ebbene, mediante l'indebita ritrasmissione degli atti dalle Procure di Monza e Treviso a quella di Milano si è determinata una patologica regressione del procedimento, atteso che, una volta esercitata, l'azione penale è irretrattabile, talché una volta pervenuti gli atti a seguito di declaratoria d'incompetenza per territorio e preclusa al PM la possibilità di richiedere l'archiviazione, mentre potrà formulare al GIP richiesta di non luogo a procedere (Cass. sez. 6 del 11 marzo 2003, n. 20512) Deduce, infine, che anche gli atti del PM possono essere viziati di abnormità in quanto comportino l'arbitrario svolgimento di un'attività appartenente ad organi giurisdizionali (Cass. sez. 6 del 6 aprile 2000, Battistella).

In questo caso, infatti, le Procure di Monza e Treviso e poi quella di Milano, superando di propria iniziativa una sentenza d'incompetenza territoriale del GUP di Milano ex art. 22 c.p.p., comma 3, si sono illegittimamente arrogate le prerogative del giudice, omettendo le prime due d'investire del tema quello presso il quale esercitano le proprie funzioni ai fini dell'elevazione del conflitto (Corte Cost. n. 216/1992 cit.).

4. Nelle requisitoria scritta, il Procuratore Generale in sede espone di non condividere la prospettazione difensiva secondo cui i provvedimenti delle Procure di Monza e di Treviso integrano ipotesi di abnormità, non risultando gli stessi né strutturalmente avulsi dall'ordinamento processuale né funzionalmente anomali, poiché in ogni caso suscettibili di essere elisi da un successivo intervento del magistrato giudicante.

Il PG rileva, inoltre, che a sostegno dell'azione del PM milanese sta il mutato scenario investigativo e che comunque le relative valutazioni saranno sottoposte, a seguito dell'emissione dell'avviso di chiusura indagini di cui all'art. 415-bis c.p.p., a quelle del giudice dell'udienza preliminare, rispetto al quale le prerogative dell'organo requirente debbono ritenersi prive della finalità di volerne di condizionare l'attività.

5. Per l'odierna camera di consiglio, i difensori del ricorrente hanno anche approntato una memoria difensiva che ribadisce, peraltro, i temi del ricorso principale, segnalando che "atteso il tenore della requisitoria scritta presentata dal Procuratore Generale, non sarà necessario apportare elementi di novità che non siano mere precisazioni rispetto alla e considerazioni già spese nell'ambito del ricorso presentato" (pag. 3).

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso è infondato e come tale deve essere rigettato.

2. Oggetto dell'impugnazione sono atti del Pubblico Ministero dei quali il ricorrente deduce l'abnormità in quanto iscritti in dinamiche processuali anomale quando non propriamente illegittime.

La teoria dell'atto processuale abnorme si pone, tuttavia, in termini del tutto peculiari rispetto a quelli del Pubblico Ministero, che per definizione sono sempre sottoposti al vaglio giudiziale.

In linea astratta non è, infatti, escluso che un atto del PM possa essere ritenuto abnorme ma ciò accade quando esso invada la sfera di competenza propria del giudice e, vale aggiungere, quando il contenuto dell'atto abbia una portata immediatamente decisoria e incidente sulla posizione soggettiva delle parti processuali (a mero titolo di esempio, la confisca disposta in luogo del giudice, una misura accessoria come la demolizione dell'immobile abusivo, l'adozione di una misura di sicurezza, etc., ma v. più diffusamente infra).

La più risalente giurisprudenza di questa Corte di legittimità sul tema, invero non cospicua, riteneva che la teorica del provvedimento abnorme non riguardasse di regola gli atti del PM, stante il tassativo disposto dell'art. 568 c.p.p., atteso che tali provvedimenti non hanno normalmente contenuto decisivo e sono sempre sottoposti al controllo del giudice (per tutte v. Sez. 5 sent. n. 1069 del 04/05/1967, Donini, Rv. 105543).

Un parziale ripensamento è avvenuto solo dopo alcuni decenni, quando, pur riaffermandosi il principio che gli atti del PM non sono in genere ricorribili per cassazione, si è fatta eccezione per i casi in cui il PM emetta un provvedimento non rientrante nei suoi poteri e che invade la sfera giurisdizionale, sostituendosi illegittimamente al giudice (Sez. 6 sent. n. 1666 del 06/04/2000, Battistella e altri, Rv. 220539).

Il richiamo ai principi di tale giurisprudenza serve a mettere un primo punto fermo alla riflessione imposta dal contenuto del ricorso.

Dal punto di vista meramente strutturale, tutti quelli impugnati non possono dirsi difformi dai modelli processuali di riferimento o a maggior ragione avulsi dall'ordinamento processuale, consistendo in provvedimenti di trasmissione di atti processuali tra organi requirenti, di iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., di redazione e spedizione dello avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p.

3. Lo stesso è a dirsi della possibilità di ritenere abnormi gli atti impugnati dal punto di vista funzionale, che il ricorrente individua nell'indebita regressione del procedimento, citando a sostegno un precedente di questa Corte di Cassazione (Sez. 6 sent. n. 20512 del 11/03/2003, Chiesa, Rv. 225531) secondo cui una volta pervenuti gli atti a seguito di declaratoria d'incompetenza per territorio è preclusa al PM la possibilità di richiedere l'archiviazione, mentre può formulare al GIP richiesta di non luogo a procedere.

Altro è, tuttavia, la formulazione della richiesta di archiviazione che, una volta esercitata l'azione penale, si pone in contrasto con il principio d'irretrattabilità di cui all'art. 50 c.p.p., comma 3 ed altro è la trasmissione degli atti ad altro ufficio del PM, attività che non contrasta affatto con l'originario esercizio dell'azione penale, tanto più come nella specie in quanto confermato dalla redazione e spedizione dell'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p.

Né può dirsi che si sia verificato uno stallo del procedimento ed infatti di ciò non si duole il ricorrente, talché la nuova formulazione della richiesta di rinvio a giudizio, sulla base delle nuove acquisizioni probatorie, consentirà di verificare se vi sono ragioni per il giudice dell'udienza preliminare di Milano di ruscare la cognizione del procedimento sulla base della pregressa dichiarazione d'incompetenza territoriale o se invece riterrà di dover considerare la questione alla luce delle nuove prove acquisite dal PM, previa necessaria delibazione della relativa ammissibilità e rilevanza.

4. Considerazioni più articolate richiede, invece, il profilo della dedotta abnormità degli atti dovuta alla loro intrinseca illegittimità ovvero alla loro inserzione in una sequenza procedimentale anomala, che si collega inscindibilmente a quello dell'eventuale invasione da parte dei PM della sfera dei poteri spettanti al giudice.

Una prima distinzione va subito operata tra i provvedimenti di ritrasmissione degli atti da parte delle Procure di Monza e di Treviso a quella di Milano da un lato, a seguito della sentenza d'incompetenza per territorio del GUP di Milano e i provvedimenti adottati dalla Procura di Milano dall'altro.

Quanto ai primi, va preliminarmente ricordato che la sentenza dichiarativa dell'incompetenza territoriale è per definizione una sentenza allo stato attuale delle acquisizioni probatorie, il cui contenuto può, infatti, essere contestato, sulla base tanto delle medesime risultanze probatorie quanto di nuove, da una diversa decisione del giudice indicato come competente, ciò che può eventualmente determinare l'insorgenza di un conflitto negativo (art. 28 c.p.p., lett. b)) ma rispetto alla quale non si pone un problema di stare decisi rimovibile con lo strumento dell'impugnazione, al cui regime generale essa è, infatti, sottratta (art. 568 c.p.p., comma 2) in quanto affidata proprio alla disciplina in tema di conflitti (Sez. U, sent. n. 42030 del 17/07/2014, PM in proc. Giuliano e altri, Rv. 260242).

È tuttavia vero che in una decisione citata dallo stesso ricorrente, questa Corte di Cassazione, ha stabilito che “in caso di declaratoria di incompetenza da parte del giudice dell’udienza preliminare, ai sensi dell’art. 22 c.p.p., comma 3, con conseguente trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice ritenuto competente, il pubblico ministero così officiato non può a sua volta investire direttamente della competenza altro ufficio del pubblico ministero, costituito presso un terzo giudice, ma deve necessariamente investire della questione il proprio giudice per le indagini preliminari” (Sez. 1, sent. n. 1299 del 27/02/1996, Fenaro ed altro, Rv. 20422).

Autorevolmente sul punto, anche la Corte Costituzionale nell’ordinanza n. 216 del 1992, parimenti richiamata in ricorso, ha statuito che “la pronuncia con la quale il giudice si dichiara, con sentenza, incompetente e dispone la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice ritenuto competente è vincolante nei confronti dello stesso pubblico ministero, il quale può solo investire del tema il giudice, presso il quale esercita le proprie funzioni, ai fini della elevazione dello eventuale conflitto”.

Stando alle sopra indicate pronunce, i provvedimenti del le Procure di Monza e di Treviso debbono, dunque, essere ritenuti illegittimi, da tale valutazione restando, peraltro, escluso il dato dell’intervenuto mutamento del quadro probatorio, non verificatosi nelle fattispecie considerate da quelle decisioni.

Composita è, invece, la valutazione riguardante i provvedimenti adottati dalla Procura della Repubblica di Milano.

Quanto agli atti finali della sequenza procedimentale considerata (iscrizione nel registro delle notizie di reato, riunione dei procedimenti, redazione e trasmissione dell’avviso di chiusura indagini), non è individuabile alcun parametro normativo o giurisprudenziale di riferimento che consenta o imponga di ritenerli illegittimi.

Diverso è, invece, il caso della trasmissione del verbale delle dichiarazioni del rag. S. alle Procure di Monza, di Treviso oltre che di Pescara, che appare sicuramente anomalo in quanto spia di una non maturata accettazione degli effetti della declaratoria d’incompetenza disposta dal giudice dell’udienza preliminare di Milano.

Ciò premesso, l’illegittimità o l’anomalia degli atti non si traduce automaticamente in abnormità degli stessi, a maggior ragione quando trattasi di provvedimenti del PM per i quali il profilo dell’abnormità si atteggia, per quanto già esposto, in maniera del tutto peculiare.

A tal fine occorre, però, affrontare il tema se la complessiva sequenza procedimentale, come anticipato in parte illegittima ed anomala, abbia comportato invasione da parte del PM della sfera giurisdizionale del giudice, così da sostituirsi illegittimamente alle prerogative di quest’ultimo secondo i confini dettati dalla citata sentenza Sez. 6 n. 1666 del 06/04/2000, Battistella e altri, Rv. 220539 e così da connotare di abnormità i provvedimenti impugnati.

Orbene, pur essendo stata illegittimamente aggirata una sentenza d’incompetenza territoriale del GUP di Milano, la vicenda non ha comunque determinato alcuna “invasione della sfera giurisdizionale”, in quanto nessuno dei provvedimenti impugnati – che strutturalmente restano atti di impulso processuale finalizzati alla formulazione di una richiesta da sottoporre al giudice – costituisce propriamente espressione della giurisdizione.

Una cosa è, infatti, l’aggiramento di una pronuncia d’incompetenza territoriale connotata dalle sopra indicate peculiarità, che nella specie si è certamente verificato, un’altra è, invece, l’incidenza degli atti impugnati nella sfera della giurisdizione che in concreto non v’è stata; giurisdizione che sarà, oltre tutto, nuovamente investita della questione nel prosieguo del procedimento, spiegando in pieno tutte le proprie prerogative che in alcun modo possono dirsi limitate, vincolate o peggio pregiudicate dai provvedimenti del Pubblico Ministero, che resta una delle parti processuali.

5. Al rigetto del ricorso segue, come per legge, la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

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

Così deciso in Roma, il 14 luglio 2017.

Depositato in Cancelleria il 25 agosto 2017

[*Omissis*]

FEDERICO LUCARIELLO

Dottorando di ricerca in Diritto e istituzioni economico-sociali – Università degli Studi di Napoli “Parthenope”

I limiti alla riconducibilità dei provvedimenti del P.M. nella categoria degli atti abnormi

The limits to the accountability of the Public Prosecutor's measures in the category of abnormal acts

L'Autore, dopo aver analizzato la questione relativa alla competenza per territorio in ipotesi di corruzione in atti giudiziari, si sofferma compiutamente sulla possibilità di ritenere affetto da abnormità – funzionale o strutturale – un atto del Pubblico Ministero, con specifico riferimento alla situazione in cui, a fronte di una sentenza di incompetenza per territorio, il Pubblico Ministero così individuato si spoglia a sua volta del fascicolo senza alcun provvedimento giurisdizionale e, aggirando la sentenza emessa ex artt. 22 ss. c.p.p., disponga la trasmissione degli atti ad altro ufficio di Procura.

After having analyzed the question of territorial jurisdiction in judicial corruption cases, the Author fully addresses the possibility of considering affected by – functional or structural – abnormality an act of the Public Prosecutor, with particular reference to the situation in which, in front of a judgment of incompetence by territory, the Public Prosecutor so identified refuses the file without any judicial remedy and, by circumventing the judgment given according to articles 22 and following of the Code of Criminal Procedure, orders the file's transmission to another Public Prosecutor's Office.

PREMESSA

La Suprema Corte torna a pronunciarsi in materia di abnormità dell'atto processuale, analizzando questa volta il profilo quasi inedito dell'applicabilità della predetta sanzione ad atti del pubblico ministero.

Prima di approfondire le questioni affrontate dalla Corte, appare imprescindibile una ricostruzione della vicenda che ha originato il provvedimento.

Il procedimento concerne più ipotesi di corruzione in atti giudiziari, originariamente tutte incardinate innanzi al Tribunale di Milano. Nel corso dell'udienza preliminare il Giudice ha dichiarato la propria incompetenza per territorio e disposto la trasmissione degli atti alle tre procure presso i Tribunali territorialmente competenti.

In data di poco successiva, sempre la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, trasmetteva ai predetti uffici un verbale di sommarie informazioni alla luce del quale era possibile radicare la competenza per territorio nuovamente innanzi al tribunale di Milano.

A fronte di ciò, le procure di Monza e Treviso disponevano una nuova trasmissione degli atti al Tribunale di Milano che, a sua volta, procedeva alla iscrizione nel registro delle notizie di reato e alla riunione dei procedimenti.

Viceversa, la Procura di Pescara provvedeva semplicemente alla modifica della imputazione, investendo della questione di competenza scaturita dal verbale di sommarie informazioni il Giudice dell'Udienza preliminare.

I provvedimenti delle procure di Monza e Treviso e quelli conseguenti della procura di Milano sono oggetto di ricorso per cassazione in quanto ritenuti abnormi sotto molteplici profili.

Più nello specifico si deduce l'abnormità sia strutturale che funzionale dei provvedimenti di nuova trasmissione degli atti delle procure di Treviso e di Monza.

Sul piano strutturale, i provvedimenti appaiono al ricorrente come il frutto di «un conflitto trasversale di competenze» tra un organo giudicante e organi requirenti non riconducibile in alcuna delle ipotesi di cui agli artt. 28 e 54 c.p.p.

Altresì è considerata anomala l'attività posta in essere dalla Procura di Milano già nell'espletamento di ulteriori indagini nel procedimento connesso *ex art. 371 c.p.p.* e nella trasmissione dello stesso nei fascicoli inviati a Monza e Treviso ove nessun effetto poteva essere riconosciuto allo stesso, essendo spirato il termine delle indagini.

Il ricorrente deduce, poi, che i provvedimenti delle procure di Treviso e Monza sarebbero affetti da abnormità di tipo funzionale, sostanziandosi in una regressione del procedimento in aperta violazione del principio di irretrattabilità dell'azione penale.

Infine, ci si duole del fatto che il superamento di una sentenza di incompetenza per territorio da parte degli Uffici di procura avrebbe rappresentato un «arbitrario svolgimento di un'attività appartenente ad organi giurisdizionali» integrando anche per tale via un atto abnorme.

LA PRONUNCIA

La Suprema Corte conferma innanzitutto la astratta applicabilità della categoria dell'atto abnorme agli atti del P.M. pur nei limiti in cui lo stesso «invada la sfera di competenza propria del giudice e, vale aggiungere, quando il contenuto dell'atto abbia una portata immediatamente decisoria e incidente sulla posizione soggettiva delle parti processuali».

Tanto premesso il ricorso viene rigettato escludendo che i provvedimenti di trasmissione di atti processuali tra organi requirenti, di iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato e di emissione dell'avviso di conclusione indagini siano affetti da abnormità strutturale in quanto gli stessi non divergono dai modelli processuali di riferimento.

Analogamente i giudici escludono la possibilità di ritenere gli stessi atti affetti da abnormità di tipo funzionale, in quanto, non contrastando affatto con l'originario esercizio dell'azione penale, l'ordinanza di ritrasmissione atti alla Procura presso il Tribunale di Milano non si pone in contrasto con il principio d'irretrattabilità dell'azione penale di cui all'art. 50, comma 3, c.p.p.¹

Nondimeno, la Corte nega l'abnormità degli atti sotto il profilo della illegittimità ovvero del loro intersecarsi in una sequenza procedimentale anomala, che sfocia in una possibile invasione da parte del P.M. della sfera dei poteri del giudice.

Sul punto, alla stregua della giurisprudenza secondo cui in caso di «declaratoria di incompetenza da parte del giudice dell'udienza preliminare, ai sensi dell'art. 22, comma 3, c.p.p., con conseguente trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice ritenuto competente, il pubblico ministero così officiato non può a sua volta investire direttamente della competenza altro ufficio del pubblico ministero, costituito presso un terzo giudice, ma deve necessariamente investire della questione il proprio giudice per le indagini preliminari»², i provvedimenti delle Procure di Monza e di Treviso appaiono illegittimi. Così come appare anomala la trasmissione del verbale di sommarie informazioni testimoniali alle Procure di Monza, di Treviso oltre che di Pescara dopo la sentenza con la quale il Gup aveva dichiarato la propria incompetenza per territorio³. Viceversa, vengono giudicati legittimi: l'iscrizione nel registro delle notizie di reato, la riunione dei procedimenti, la redazione e trasmissione dell'avviso di chiusura indagini.

Malgrado queste premesse, i Giudici ritengono che «l'illegittimità o l'anomalia degli atti non si traduce automaticamente in abnormità degli stessi, a maggior ragione quando trattasi di provvedimenti del PM per i quali il profilo dell'abnormità si atteggia, per quanto già esposto, in maniera del tutto peculiare».

In altri termini la Cassazione, pur confermando che la sequenza descritta si è tradotta in un illegittimo aggiramento di una sentenza d'incompetenza territoriale, ritiene che non si sia determinata alcuna «invasione della sfera giurisdizionale» in quanto nessuno dei provvedimenti impugnati costituisce propriamente espressione della giurisdizione⁴.

¹ A maggior ragione, si sostiene nella sentenza, in casi quali quello ivi analizzato in cui alla trasmissione degli atti consegue l'emissione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari di cui all'art. 415-bis c.p.p.

² Cfr. Cass., sez. I, 27 febbraio 1996, n. 1299, in *CED Cass.*, n. 204221; C. cost., ord. 11 maggio 1992, n. 216, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2639.

³ «In quanto spia di una non maturata accettazione degli effetti della declaratoria d'incompetenza disposta dal giudice dell'udienza preliminare di Milano».

⁴ Cass., sez. VI, 6 aprile 2000, n. 1666, in *CED Cass.*, n. 220539.

LA COMPETENZA PER TERRITORIO NELLA CORRUZIONE IN ATTI GIUDIZIARI

La Corte non entra nel merito dell'attribuzione della competenza per territorio, confermando implicitamente la decisione di merito che riconosce la stessa, in materia di corruzione in atti giudiziari, al Tribunale del luogo in cui si è verificata la dazione di danaro⁵.

In termini generali, il rispetto dei principi costituzionali della naturalità e precostituzione del giudice passano attraverso le disposizioni normative che suddividono la giurisdizione fra i diversi giudici e, in seno alla giurisdizione penale, ripartiscono la competenza tra gli stessi, stabilendo in concreto "chi" debba giudicare "cosa"⁶.

Se molteplici sono i criteri attraverso cui il legislatore articola la competenza in seno alla giurisdizione penale – per materia, per territorio, per connessione – sembra cogliere nel segno quella dottrina che individua nella competenza il limite – o meglio la misura – della giurisdizione, che nasce dalla varietà degli organi che esercitano la stessa e dall'esigenza di ripartire la competenza secondo logiche diverse⁷.

Tra i tipi di competenza disciplinati dal codice di rito rientra la competenza per territorio che, come suggerisce il nome, è fondata sul rapporto tra il reato e la sede in cui lo stesso deve essere giudicato.

La disciplina della competenza per territorio, contenuta negli artt. 8-11-*bis* c.p.p., prevede quale criterio fondamentale di attribuzione quello del *locus commissi delicti*. Nonostante ciò, e stante le diversità strutturali tra i vari tipi di reato, il legislatore pone dei correttivi – o meglio prevede delle eccezioni – al suddetto criterio⁸.

Tanto premesso, per cogliere appieno il senso della pronuncia in commento, occorre prendere le mosse dal reato giudicato in concreto, per valutare se di quel criterio generale è stata fatta corretta applicazione.

L'ipotesi contestata agli imputati, come rammentato in premessa, concerne un reato di corruzione in atti giudiziari.

In termini generali, è noto che la corruzione si sostanzia in un accordo tra due soggetti, uno dei quali è un funzionario pubblico⁹, in forza del quale quest'ultimo accetta anche solo la promessa di un compenso non dovuto, elargito direttamente dal privato o dal terzo, per l'esercizio delle funzioni o dei poteri o per un atto contrario ai doveri di ufficio¹⁰. Dell'ipotesi così descritta, la corruzione in atti giudiziari rappresenta una modalità esecutiva caratterizzata dal fatto che gli atti siano commessi dal pubblico ufficiale «per favorire o danneggiare una parte in un processo (...)»¹¹.

Posto, dunque, che la fattispecie isola due condotte di due soggetti – corruttore e pubblico funzionario corrotto – la dottrina si è da sempre interrogata sulla struttura della fattispecie. Ci si è chiesti, cioè,

⁵ In dottrina, tra gli altri, N. Marvulli, voce *Competenza e incompetenza penale*, in *Enc. del dir.*, V Agg., Milano, Giuffrè, 2001.

⁶ G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965; M. Nobile, sub art. 25 Cost., in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, p. 135 ss.

⁷ Così G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 368; D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà, *Diritto Processuale penale*, I, Milano, Giuffrè, 2011, p. 85 secondo cui i criteri di competenza rispondono talvolta "a motivi di comodità della prova", talaltra a "presunzioni di maggiore o minore capacità tecnico-professionale", o ancora "all'opportunità di distribuire le varie funzioni tra una pluralità di organi nei vari momenti del processo".

⁸ Esula dalla finalità del presente lavoro una compiuta trattazione della competenza, per cui si può senz'altro rimandare a: D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà, *Diritto Processuale penale*, cit., p. 85 ss.; M. Menna, *Soggetti e Ruoli*, in *Manuale di procedura penale*, (a cura di) A. Scalfati, Torino, 2015, Giappichelli, p. 71 ss.; G. Lozzi, *Lezioni di Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 57 ss.; O. Mazza, *I soggetti*, in AA.VV., *Procedura Penale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 66 ss.; A.A. Dalia-M. Ferrioli, *Manuale di procedura penale*, Padova, Cedam, 2003, p. 77 ss.

⁹ Da intendersi sia come Pubblico ufficiale che come incaricato di pubblico servizio.

¹⁰ È appena il caso di sottolineare come la riforma attuata con la legge 190/2012 abbia profondamente inciso sulle ipotesi di corruzione. La modifica più rilevante non concerne tanto il marcato inasprimento sanzionatorio, quanto piuttosto la riformulazione dell'art. 318 c.p., per effetto della quale il fulcro del reato si è spostato dall'atto conforme ai doveri di ufficio all'"esercizio delle funzioni e dei poteri". Per i dovuti rilievi v. E. Dolcini e G. Marinucci, *Codice penale commentato*, E. Dolcini e G.L. Della Gatta (diretto da), II, Milano, Ipsoa, 2015 e la bibliografia ivi citata, nonché L. Stortoni, *I delitti contro la pubblica amministrazione* (aggiornamento a cura di M. Mantovani), in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, Monduzzi, 2016, p. 98 ss.

¹¹ La formulazione normativa dell'art. 319-*bis* c.p., costituita dall'esplicito richiamo agli artt. 318 e 319 c.p. ha dato adito a discussioni in ordine alla natura giuridica della fattispecie, se cioè si tratti di reato autonomo o di circostanza. Per i termini del dibattito cfr. L. Stortoni, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 151 ss. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale: Parte speciale*, II, C.F. Grosso (a cura di), Milano, Giuffrè, 2016, p. 349 ss.

se gli art. 318 ss. c.p. contemplino fattispecie differenti per corruttore e corrotto, o se invece si sia di fronte a un reato unico a concorso necessario.

La tesi dell'autonomia della corruzione del privato¹² rispetto a quella del pubblico ufficiale¹³ ha trovato un valido appiglio in una formulazione normativa non tra le più felici. Invero, infatti, gli artt. 318 – 320 c.p. si presentano sul piano strutturale come reati propri monosoggettivi del funzionario pubblico. Viceversa, per quanto concerne la posizione del privato, l'art. 321 c.p. estende a costui le medesime pene previste per il soggetto qualificato: da qui l'illusione tutt'altro che peregrina, che si trattasse (e si tratti) di reati autonomi.

È appena il caso di sottolineare come la soluzione nell'uno o nell'altro senso non sia scevra di conseguenze pratiche rilevanti anche sotto il profilo della consumazione del reato e, dunque, della competenza per territorio di cui ivi si discute¹⁴.

Malgrado l'autorevolezza della tesi testé ricordata, la giurisprudenza e la dottrina dominanti si sono orientate nel senso di considerare un reato unico a concorso necessario, sul presupposto che le condotte dei soggetti coinvolti altro non siano che due aspetti di uno stesso fenomeno, la cui essenza risiede proprio nell'accordo tra un soggetto pubblico e un soggetto privato¹⁵.

La soluzione così prospettata, però, lascia ancora aperto il problema del momento consumativo del reato che, ai fini che qui rilevano, appare determinante per radicare la competenza per territorio.

Sul piano squisitamente oggettivo tutte le fattispecie di corruzione – per l'esercizio della funzione, propria, in atti giudiziari – presentano la medesima struttura e cioè si sostanziano nell'alternativa che l'atto del pubblico funzionario consegua alla mera promessa di denaro o altra utilità ovvero alla loro effettiva dazione.

Tuttavia, nonostante la sostanziale equiparazione normativa tra promessa e dazione, la giurisprudenza e una parte della dottrina hanno negli anni seguito una linea interpretativa differente, diversificando il momento consumativo del reato a seconda che l'accordo corruttivo sia sorretto dalla promessa o dalla dazione.

Nella prima ipotesi nessuno dubita che il reato si consumi nel tempo e nel luogo della promessa; più controversa è, invece, l'ipotesi in cui alla promessa faccia seguito l'adempimento della stessa da parte del privato.

L'opinione dominante sostiene che in tal caso il reato si consumi con la dazione e che non solo il termine di prescrizione inizi a decorrere da tale successivo momento ma anche la competenza per territorio si radichi nel medesimo luogo¹⁶.

Tale orientamento non ha mancato di sollevare critiche in quanti ne hanno stigmatizzato la presunta reale finalità di posticipare il *dies a quo* per la decorrenza dei termini di prescrizione¹⁷. Si osserva, cioè, che se il legislatore equipara la promessa e la dazione sul piano della consumazione del reato, al momento della promessa, il reato deve ritenersi consumato e la dazione che ne faccia seguito non può che essere un postfatto non punibile¹⁸.

Proprio alla stregua di tale considerazione si era rilevato come l'innalzamento della pena massima per le fattispecie di corruzione operato dal legislatore nel 2012 avrebbe potuto spostare i termini del dibattito¹⁹.

In conclusione, nonostante la rilevanza delle considerazioni che precedono, si deve osservare che la

¹² Comunemente definita "corruzione attiva".

¹³ Comunemente definita "corruzione passiva".

¹⁴ A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Milano, Giuffrè, 2000.

¹⁵ Per G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, parte speciale, I, I delitti contro la Pubblica amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 2012, p. 219, la corruzione come reato unico a concorso necessario dunque consiste in un accordo criminoso, in un *pactum sceleris*, avente ad oggetto il mercimonio, il baratto dell'attività funzionale della pubblica amministrazione.

¹⁶ M. Romano, *I delitti contro la Pubblica amministrazione. I delitti dei Pubblici ufficiali, Artt. 314-335bis cod. pen.*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 116 ss.; A. Bondi-A. Di Martino-G. Fornasari, *Reati contro la Pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 182 ss.

¹⁷ Cfr. L. Stortoni, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 149 s. e 161.

¹⁸ Ancora L. Stortoni, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 150, secondo cui "eventuali spostamenti in avanti della decorrenza dei termini prescrizionali avrebbero dovuto essere, (...), oggetto di espressa previsione da parte del legislatore".

¹⁹ Analoghe considerazioni potrebbero svolgersi in relazione alle modifiche al regime della prescrizione attuato con la recentissima riforma Orlando, Legge 23 giugno 2017, n. 103. In merito agli effetti della riforma del 2012 cfr. ancora L. Stortoni, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 161.

giurisprudenza dominante, cui è allineata la sentenza in commento, continua a qualificare la corruzione come fattispecie a schema duplice con una forma ordinaria nella quale il reato si manifesta con due modalità – promessa e successiva dazione – e il momento consumativo coincide con l’ultima attività, ossia la dazione di denaro che segue la promessa o l’ultimo pagamento in caso di pagamento frazionato²⁰.

L’ABNORMITÀ DELL’ATTO PROCESSUALE

La pronuncia in commento, dopo aver confermato l’orientamento dominante in materia di competenza per territorio nei reati di corruzione, analizza la tematica dell’atto abnorme, sulla cui base è stato articolato il ricorso.

Il principio generale in materia di invalidità dell’atto processuale è, come noto, quello di tassatività, contenuto nell’art. 177 c.p.p., per effetto del quale gli atti non esplicitamente qualificati nulli devono ritenersi meramente irregolari²¹.

Analizzando l’impianto normativo di riferimento, appare *ictu oculi* evidente come dal catalogo predisposto dal legislatore restino fuori ipotesi implicanti una lesione ancora più grave delle situazioni che danno luogo a nullità. Si tratta di quelle situazioni così evidenti ed eccezionali da aver indotto il legislatore a ometterne la tipizzazione ma che, ove si applicasse rigidamente il principio di tassatività delle nullità, sarebbero prive di sanzione.

In altre parole, la mancata previsione di una esplicita sanzione per queste ipotesi e l’impossibilità di ricondurle nelle categorie generali delle nullità, potrebbe paradossalmente legittimare impunemente il compimento di atti affetti da vizi così gravi da farli ritenere addirittura *extra codicem*²².

Pertanto, al fine di evitare una tale distorsione e di sanzionare i macroscopici vizi dell’atto processuale non previsti dal legislatore, sulla spinta della dottrina e della giurisprudenza, sono state elaborate le categorie dell’inesistenza giuridica e dell’abnormità che rappresentano le «sanzioni processuali più gravi delle nullità, insuscettibili di tipizzazione, non codificate (...)»²³.

In particolare, l’inesistenza giuridica dell’atto è il più grave dei vizi e abbraccia quelle ipotesi talmente macroscopiche che al ricorrere delle stesse deve ritenersi che l’atto sia privo dei requisiti strutturali minimi per potere essere classificato tale e dunque non possa produrre alcun effetto definitivo. Il tipico prototipo di atto inesistente è quello di una sentenza proveniente *a non iudice*²⁴.

L’altra patologia dell’atto processuale priva di riferimenti normativi o codicistici è l’abnormità che, stante il livello di elaborazione giurisprudenziale e dottrina²⁵, ancor più ricco rispetto all’inesistenza, ben può considerarsi *“ius receptum”*²⁶.

In termini di prima approssimazione, può essere qualificato come abnorme quell’atto processuale

²⁰ V., per tutte, Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, n. 15208, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 2010, p. 995 ss. Precedentemente, proprio in materia di corruzione in atti giudiziari si era peraltro precisato come in caso di corresponsione di più importi in tempi diversi la consumazione del reato coincidesse con l’ultima dazione; v. anche Cass., sez. VI, 9 luglio 2007, n. 35118, in *CED Cass.*, n. 237288.

²¹ R. Aprati, voce *Le nullità*, in *Dig. pen.*, Agg., VII, Torino, Utet, 2013; A. Capone, *L’invalidità nel processo penale*, Padova, Cedam, 2012; N. Galantini, voce *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. pen.*, XV, Torino, Utet, 1999; C. Iasevoli, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, Cedam, 2008; T. Rafaraci, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, II Agg., Milano, Giuffrè 1998; N. Triggiani, *Atti*, in *Manuale di procedura penale*, (a cura di) A. Scalfati, cit., p. 218 s.

²² Così S. Astarita, *L’invalidità degli atti processuali penali*, in *Procedura penale*, A. Gaito (a cura di), Milano, Ipsoa, p. 288.

²³ Ancora S. Astarita, *L’invalidità*, cit. p. 288.

²⁴ Altri esempi che, come quello riportato nel testo, si riferiscono a situazioni limite, sono rappresentati dalle sentenze prive del dispositivo, dai provvedimenti emessi nei confronti di persona inesistente o defunta etc. Cfr. G. Dean, *Gli atti*, in AA.VV., *Procedura Penale*, Torino, Giappichelli, cit., p. 226 ss., Cass., sez. un., 9 luglio 1997, n. 11, in *Cass. pen.*, 1998, p. 60.

²⁵ Entrambe le categorie dell’abnormità e dell’inesistenza sono sorte per ragioni equitative, in particolare l’abnormità è stata efficacemente definita una “terapia fuori canone” così F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1106, o ancora da P.P. Paulesu, sub *Art. 177 c.p.p.*, in *commentario breve al codice di procedura penale*, G. Conso-V. Grevi (a cura di), Padova, Cedam, 2005, p. 487: un “antidoto contro gli abusi e le stravaganze processuali”. V. anche A. Bellocchi, *L’abnormità*, in *Trattato di procedura penale*, in G. Dean (a cura di), *Soggetti e atti*, I, t. 2, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, pp. 470-483 e 499-506; M. Catalano, *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1240; G. Santalucia, *L’abnormità dell’atto processuale penale*, Padova, Cedam, 2003, pp. 113-162.

²⁶ Ancora G. Dean, *Gli atti*, cit., p. 226 s.

che si presenti – o sul piano strutturale o sul piano funzionale – con caratteri del tutto estemporanei²⁷.

A tal proposito, sin dalle prime sentenze che hanno affrontato l'argomento²⁸, il dato centrale dell'abnormità è stato correttamente individuato nel fatto che, pur trattandosi di ipotesi di invalidità poste al di fuori del sistema di tassatività delle nullità, rappresentano situazioni di illegalità delle pronunce a cui necessariamente deve porsi rimedio.

In buona sostanza la tematica dell'abnormità, così come quella dell'inesistenza, è sorta e si è sviluppata soprattutto con l'intento di riportare nel recinto delle regole fondamentali dell'ordinamento processuale penale tutti quei provvedimenti viziati, i cui vizi neppure appaiano tipizzabili ma che in qualche modo alterino il regolare svolgimento procedimentale.

Dopo la ricordata pronuncia, la giurisprudenza è più volte ritornata sul tema, precisando il concetto di abnormità. L'elaborazione è giunta oggi a un livello soddisfacente, ritenendosi in definitiva che ricorra un atto abnorme allorché si sia di fronte ad un provvedimento che per la singolarità e la stranezza del suo contenuto possa considerarsi esterno dell'ordinamento processuale²⁹.

Partendo da questo principio e stante l'impossibilità di fornire un catalogo omnicomprendivo degli atti abnormi, la giurisprudenza è riuscita nella sua opera interpretativa precisando ancor meglio il concetto di abnormità, distinguendone due tipi: una di tipo strutturale e l'altra di tipo funzionale³⁰.

In particolare, l'atto processuale è affetto da abnormità strutturale quando per la sua singolarità si pone al di fuori del sistema organico della legge processuale; viceversa, si parla di abnormità di tipo funzionale quando esso, pur non essendo estraneo al sistema normativo, si configuri in maniera tale da determinare la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo³¹.

In conclusione, atteso che inesistenza giuridica e abnormità sono il frutto di elaborazioni sorte già sotto il precedente codice, occorre prendere atto che la mancata tipizzazione delle stesse sia il frutto di una esplicita scelta normativa.

Se tale scelta pone difficoltà interpretative notevoli, nondimeno si è autorevolmente osservato come la stessa appaia dettata dal fatto che l'opera di tipizzazione porterebbe con sé il rischio di escludere dal catalogo vizi talmente marchiani da indurre anche il più avveduto legislatore a pensare che gli stessi non si potrebbero mai in alcun modo verificare³².

I CONFINI TRA ABNORMITÀ E INESISTENZA

Dalle considerazioni sin qui svolte è agevole comprendere come, pur condividendo la mancanza di paternità normativo-codicistica, abnormità e inesistenza siano soggette a un differente regime di deducibilità.

Da questo punto di vista, infatti, l'atto giuridicamente inesistente e l'atto abnorme divergono profondamente. Il primo, proprio perché inesistente, è inidoneo in quanto tale a produrre conseguenze giuridiche.

²⁷ L'inesistenza, al contrario, investe l'atto che, per la forma assunta o per i suoi contenuti, è privo dei requisiti minimi di forma e di sostanza previsti dalla legge: tale, cioè, da non essere riconducibile al *genus* degli atti processuali (ad es. sentenza emessa a non iudice).

²⁸ Per la verità nel vigore del codice di rito del 1930.

²⁹ Cfr. Cass., sez. un., 28 novembre 2013, n. 4319, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 3, p. 271, ove si qualifica come abnorme quell'atto che pur essendo manifestazione di un legittimo potere, "si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite, sì da determinare una stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo, ovvero un'inammissibile regressione dello stesso ad una fase ormai esaurita".

³⁰ Cfr. Cass., sez. II, 10 dicembre 2013, n. 7320 in *CED Cass.*, n. 259158; Cass., sez. un., 24 novembre 1999, n. 26, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, p. 149. Rientrano certamente nel concetto di atto abnorme, per esempio: l'ordinanza con cui il giudice per l'udienza preliminare respinge la richiesta incondizionata di rito abbreviato (Cass., sez. I, 18 novembre 2008, n. 399, in *CED Cass.*, n. 242871); l'imputazione coatta ordinata dal G.i.p. nei confronti di soggetti non ancora iscritti nell'apposito registro (Cass., sez. I, 20 luglio 16, n. 34881, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 6, p. 802); la revoca dell'ordinanza di ammissione del giudizio abbreviato, al di fuori dei casi eccezionalmente previsti dall'art. 441-bis c.p.p. (Cass., sez. VI, 17 aprile 2014, n. 17716, in *CED Cass.*, n. 259344). Per un catalogo più esaustivo cfr. S. Astarita, *L'invalidità*, cit., p. 289 ss.

³¹ Cfr., da ultimo, Cass., sez. II, 21 ottobre 2014, n. 2484, in *CED Cass.*, n. 252275.

³² Sul punto D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà, *Diritto Processuale penale*, cit., p. 321, ove peraltro si precisa che "il silenzio, (...), è servito più di qualsiasi esplicitazione normativa a consentire alla figura dell'inesistenza di coprire vaste fasce del processo penale".

Pertanto, è gioco forza ritenere che l'atto inesistente sia soggetto al regime di deducibilità più ampio possibile e, di conseguenza, il relativo vizio è deducibile o rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del procedimento. Si tratta cioè di un atto insanabile che, per le sue caratteristiche, non consente il formarsi del giudicato che, in tal caso, è da considerarsi meramente apparente³³.

L'abnormità, viceversa, concerne qualsiasi ipotesi di esercizio astruso e imprevedibile del potere giurisdizionale e viene di solito ricondotta ai provvedimenti giurisdizionali di natura decisoria³⁴. L'atto abnorme, quindi, pur divergendo radicalmente dal modello legislativo in quanto gravemente viziato, esiste e astrattamente è idoneo a produrre effetti in quanto presenta almeno i requisiti di un modello normativo. Da tali considerazioni discende che anche l'atto abnorme è direttamente ricorribile in cassazione in ogni stato e grado del procedimento ma che l'abnormità è sanata dal formarsi del giudicato. In altri termini, il regime di deducibilità dell'atto abnorme risente dei termini delle forme e dei modi delle impugnazioni³⁵.

L'apparente chiarezza delle definizioni non deve trarre in inganno. Ciò che sembra pacifico sulla carta spesso non si rivela tale nella prassi; anzi, proprio l'esperienza pratica in materia di abnormità e inesistenza ha mostrato come la linea di demarcazione tra le due categorie non sia poi così marcata. Non stupisce come non siano mancati tentativi volti a ricondurre l'atto inesistente all'interno dei provvedimenti abnormi, distinguendo questi ultimi in provvedimenti abnormi inesistenti e provvedimenti abnormi esistenti³⁶.

Nonostante l'autorevolezza di questa posizione, sembra tuttora potersi distinguere sia giuridicamente che semanticamente tra un atto esistente ma che presenti vizi tali da poterlo considerare abnorme, cioè fuori dalla normalità, e un atto invece che esiste solo fisicamente ma che appare sostanzialmente privo dei requisiti minimi di esistenza e dunque inidoneo *tout court* a produrre qualsivoglia effetto giuridico.

ABNORMITÀ E ATTI DEL PUBBLICO MINISTERO

La dottrina e la giurisprudenza che negli anni si sono occupate dell'abnormità hanno sempre ricondotto il vizio in parola ai provvedimenti di natura giurisdizionale, talvolta ritenendo impugnabili solo quelli a carattere decisorio.

La pedissequa applicazione delle summenzionate teorie dovrebbe allora condurre ad escludere che possano essere affetti da abnormità gli atti del P.M.

In altri termini, si sarebbe *prima facie* portati ad escludere l'impugnabilità degli atti del P.M. poiché l'intero sistema ruota intorno al principio per il quale le impugnazioni servono a consentire il controllo dei soli provvedimenti giudiziari.

In tale categoria non rientrano gli atti del Pubblico Ministero che, infatti, è una parte processuale, i cui provvedimenti non hanno natura giurisdizionale. Corollario di ciò è che, qualunque sia la patologia degli atti del P.M., gli stessi non potevano ritenersi abnormi e, per tale via, immediatamente ricorribili.

Se la soluzione è senz'altro rispettosa delle prerogative del P.M. e, dunque, compatibile con gli atti che questi ordinariamente adotta, *quid iuris* per il caso in cui si registrino provvedimenti con i quali il P.M. eserciti funzioni giurisdizionali che non gli competono?

La soluzione della non impugnabilità non appariva (e non appare) del tutto soddisfacente in quanto legittimava violazioni estreme del sistema processuale, senza prevedere alcuna sanzione. Il fatto, cioè, che le situazioni prospettate fossero francamente difficili da ipotizzarsi come possibili in pratica, non appariva sufficiente a scongiurare qualsiasi pericolo.

Se le istanze erano legittime, altrettanto legittima e condivisibile appare la soluzione adottata dalla giurisprudenza di legittimità, che ha ritenuto la piena sindacabilità degli atti del pubblico ministero con cui lo stesso eserciti funzioni giurisdizionali che l'ordinamento non gli riconosce.

³³ G. Dean, *Gli atti*, cit., p. 227.

³⁴ Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 5307, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 2, p. 177; Cass., sez. un., 31 maggio 2005, n. 22909 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2005, p. 1638 ss.; Cass., sez. un., 25 febbraio 2004, n. 19289 in *Giust. pen.*, 10, 3, 2004, p. 572 ss.

³⁵ Cfr. N. Triggiani, *Atti*, cit., p. 218 ss.; G. Dean, *Gli atti*, cit., p. 226 ss.

³⁶ U. Del Pozzo, *Le impugnazioni penali, parte generale*, Padova, 1951, p. 227 ss.

In tal caso si assiste, infatti, al compimento da parte del P.M. di un atto che si pone al di fuori delle proprie attribuzioni e che, perpetrando una usurpazione di poteri o funzioni giurisdizionali, appare idoneo a compromettere valori fondamentali dell'ordinamento, costituzionalmente protetti. Ricostruita la questione nei termini che precedono, è evidente come la soluzione poggi sul presupposto che in tal caso il Pubblico Ministero si sostituisca al giudice ponendo in essere un atto illegittimo che, altrimenti, sarebbe difficilmente censurabile.

La soluzione proposta, a ben vedere, neppure è in conflitto con i principi costituzionali e in particolare con l'art. 111, comma 7, Cost. che prevede l'impugnabilità dei soli provvedimenti giurisdizionali poiché nel momento in cui usurpa le funzioni e i poteri del giudice, il P.M. di fatto pone in essere atti giurisdizionali che ben possono essere censurati in cassazione.

Proprio in materia di atti del Pubblico Ministero, si sono registrate incertezze tra gli interpreti. Una volta riconosciuta l'impugnabilità – in limitatissimi casi – degli atti del P.M., non è mancato chi abbia tentato di ricondurre siffatti atti nella categoria degli atti inesistenti piuttosto che abnormi.

Per la verità, pur se la riconducibilità degli atti in parola nella categoria degli atti inesistenti invece che abnormi, in quanto provenienti *a non iudice*, non appare destituita di fondamento, occorre prendere atto che, nei rari casi in cui ha avuto modo di occuparsene, la giurisprudenza ha sempre ritenuto che tali atti siano da classificarsi abnormi.

Resta, infine, da precisare che il regime giuridico ordinario è quello della non impugnabilità degli atti del Pubblico Ministero e che a ciò fa eccezione il caso in cui lo stesso compia un atto propriamente giurisdizionale il quale, esulando dalle sue prerogative, deve considerarsi abnorme e dunque impugnabile.

LA SENTENZA DICHIARATIVA DI INCOMPETENZA E I POTERI DEL PUBBLICO MINISTERO

L'inosservanza dei criteri di ripartizione della competenza rappresenta un fenomeno di cui opportunamente il legislatore tiene conto disciplinando negli artt. 21 ss. c.p.p., le ipotesi di incompetenza, che rappresentano – come da più parti si è osservato³⁷ – situazioni nelle quali il giudice incompetente travalica la propria sfera di attribuzioni, esercitando funzioni non sue.

Nel caso di incompetenza per territorio, quale quello oggetto della pronuncia in commento, la stessa deve essere eccepita dalle parti o rilevata dal giudice, a pena di decadenza, prima della conclusione dell'udienza preliminare. Ove si tratti di processo a citazione diretta ovvero nel caso in cui la questione sia stata rigettata in udienza preliminare, la stessa deve essere proposta o riproposta a pena di decadenza negli atti introduttivi al dibattimento, subito dopo il primo accertamento sulla regolare costituzione delle parti³⁸.

Se l'incompetenza si verifica nella fase delle indagini preliminari, il giudice per le indagini preliminari la dichiara con ordinanza disponendo la restituzione degli atti al pubblico ministero; se si verifica in udienza preliminare, il giudice dell'udienza preliminare – come nel caso di specie – pronuncia sentenza di incompetenza per territorio disponendo la trasmissione degli atti al pubblico ministero competente. Analogamente provvede il giudice del dibattimento.

Il giudice di appello potrà riconoscere l'incompetenza per territorio se sono stati rispettati i limiti che precedono e la relativa eccezione sia stata riproposta nei motivi di impugnazione. In tal caso il giudice dell'appello potrà disporre l'annullamento della sentenza impugnata e la restituzione degli atti al P.M. presso il giudice competente.

Una volta che ciò accada, come nel caso di specie, è lecito chiedersi quali siano i poteri del pubblico ministero.

Sul punto si è osservato che la pronuncia di incompetenza per territorio, malgrado la forma del provvedimento, non è impugnabile in quanto soggiace alla disciplina in materia di conflitti, atteso che il giudice riconosciuto competente può a suo volta dichiararsi incompetente determinando un conflitto negativo di competenza.

Fermo restando ciò, il caso analizzato dalla Suprema Corte impone di chiedersi quali poteri abbia il

³⁷ D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà, *Diritto Processuale penale*, cit., p. 116 ss.

³⁸ Oltre questi limiti temporali si verifica la *perpetuatio jurisdictionis*.

pubblico ministero cui un fascicolo giunga dopo una sentenza *ex art. 22*, comma 3, c.p.p. In altri termini, se ben può accadere che il giudice, investito dopo una declaratoria di incompetenza, a sua volta si dichiari incompetente generando appunto un conflitto negativo di competenza, cosa accade laddove sia il pubblico ministero a dichiararsi incompetente.

Invero, in tale evenienza senz'altro non ci si trova in alcuna delle ipotesi di conflitti disciplinati dal legislatore – che riguardano o conflitti tra pubblici ministeri (art. 54 c.p.p.) o conflitti tra Giudici (art. 28 c.p.p.) – ma ad un conflitto tra Pubblico Ministero e Giudice che non può essere ricondotto ad alcuna delle ipotesi tipizzate.

Una parte autorevole della dottrina ha osservato, a nostro avviso correttamente, che in questo caso logica vorrebbe che, trovandoci di fronte a un esercizio dell'azione penale al di fuori dei criteri di ripartizione della competenza, il processo non è stato validamente istituito e, dunque, dovrebbe essere instaurato nuovamente dall'inizio, con riespansione delle prerogative del P.M.³⁹.

Non diversamente, la giurisprudenza che ha affrontato la questione si è posta sulla stessa lunghezza d'onda, precisando che la disciplina del comma terzo dell'art. 22 c.p.p., che sin dall'origine ha previsto che all'esito di una declaratoria di incompetenza per territorio segua la trasmissione degli atti al P.M., in deroga all'art. 50 c.p.p., «risponde alla "ratio" di attribuire al P.M. ricevente piena libertà di determinazione»⁴⁰.

Corollario di tale assunto è che, secondo i più recenti orientamenti giurisprudenziali, la richiesta di rinvio a giudizio che precede la declaratoria di incompetenza, dopo la relativa sentenza, perde il suo peso vincolante per il P.M. presso il Tribunale competente⁴¹.

Sul piano pratico ciò si è tradotto nel riconoscimento della possibilità che il pubblico ministero nuovo assegnatario del fascicolo possa presentare richiesta di archiviazione dopo la sentenza di incompetenza per territorio emessa in udienza preliminare.

Di recente, peraltro, aperture in tal senso si sono riscontrate anche nell'ipotesi in cui la sentenza venga emessa in dibattimento *ex art. 23* c.p.p., precisandosi che, dopo gli interventi della Corte costituzionale⁴², anche in tal caso il processo regredisce alla fase delle indagini preliminari, di guisa che, laddove decida di agire, il P.M. dovrà emettere un nuovo decreto che dispone il giudizio (o un nuovo decreto di citazione a giudizio), giacché quello precedente ha già perduto ogni efficacia, e il giudice dichiarato competente avrà certamente l'obbligo di iniziare *ex novo* la fase dibattimentale.

Ciò non di meno, il pubblico ministero presso il giudice competente, cui sono stati trasmessi gli atti a seguito della dichiarata incompetenza, può senza dubbio compiere nuovi accertamenti, modificare il capo di imputazione esercitare l'azione penale ovvero chiedere l'archiviazione anche solo per alcune delle ipotesi di reato già contestate⁴³.

Le considerazioni che precedono potrebbero condurre a ritenere che all'esito di una declaratoria di incompetenza per territorio il P.M. possa anche a suo volta rimettere gli atti al P.M. presso altro tribunale.

Tuttavia qualche differenza c'è. È senz'altro vero che la sentenza di incompetenza per territorio non è destinata a fare stato e che una sua pronuncia in udienza preliminare determina una nuova espansione dei poteri del pubblico ministero. È altrettanto vero che la stessa è un fatto di cui occorre tenere conto.

In altre parole, pur non apparendo vincolante sul piano della irretrattabilità dell'azione penale, essa rappresenta un ostacolo per il pubblico ministero, la cui competenza è individuata nella sentenza *ex art. 22* ss. c.p.p. Questi, infatti, potrà svolgere nuove indagini, determinarsi per l'archiviazione della notizia di reato ovvero chiedere sentenza di non luogo a procedere ovvero il rinvio a giudizio. Tuttavia, nel ca-

³⁹ D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà, *Diritto Processuale penale*, cit., p. 114.

⁴⁰ Cfr. Cass., sez. I, 9 ottobre 1992, n. 3961, in *CED Cass.*, n. 193992.

⁴¹ Cass. pen., sez. VI, 14 gennaio 2004, n. 7681, in *CED Cass.*, n. 229830.

⁴² Il riferimento è alle note sentenze della C. cost., 11 marzo 1993, n. 76 e 15 marzo 1996, n.70 entrambe disponibili online su www.giurcost.org.

⁴³ Recentemente Cass., sez. II, 6 luglio 2017, n. 36186, in *CED Cass.*, n. 270649 ove si è precisato che "In ogni caso, non v'è dubbio che l'esito dell'eventuale nuova udienza preliminare (quando esista) non sia affatto predeterminato, nel senso del rinvio a giudizio, e potrà sfociare, oltre che nell'adozione dei riti alternativi, nella sentenza di non luogo a procedere". In altri termini, il regresso alla fase delle indagini preliminari pone nel nulla la precedente fase del giudizio; le "nuove" indagini preliminari non vengono affatto influenzate da quanto avvenuto nel primo giudizio; il pubblico ministero non è vincolato al principio dell'irretrattabilità dell'azione penale, posto che l'intervento della Corte costituzionale sull'art. 23 ha comportato una deroga del principio dell'irretrattabilità dell'azione penale.

so in cui si ritenga a sua volta incompetente per territorio non potrà fare altro che sollecitare una pronuncia del giudice in tal senso.

Ove ciò non accada, ove cioè il pubblico ministero investito della competenza a sua volta disponga la trasmissione degli atti ad altro P.M. superando la precedente pronuncia del Gup, compie un atto senz'altro illegittimo.

Questo è l'approdo cui condivisibilmente giunge anche la pronuncia in commento richiamandosi a due precedenti risalenti ma mai superati, rispettivamente della Corte costituzionale⁴⁴ e della Cassazione stessa⁴⁵, ove si è stabilito che il pubblico ministero che riceve il fascicolo dopo la declaratoria di incompetenza per territorio non può a suo volta investire un altro ufficio di Procura ma, eventualmente, investire della questione il proprio giudice delle indagini preliminari⁴⁶.

Appurato che anche nel caso di specie l'operato delle procure investite presenti dei profili di illegittimità, resta da comprendere se i provvedimenti posti in essere rientrino nel perimetro dell'abnormità che si è tracciato.

Innanzitutto, è facile escludere che la nuova trasmissione degli atti – e per restare al caso di specie anche i successivi atti di nuova iscrizione e l'emissione del nuovo avviso *ex art. 415-bis c.p.p.* – integri una ipotesi di abnormità di tipo strutturale. Si tratta, infatti, di atti conformi ai modelli processuali di riferimento che in alcun modo possono dirsi avulsi dal sistema.

Sul piano di una possibile abnormità di tipo funzionale, condivisibile sembra essere l'esito cui giunge la Corte. Ciò, sia nel caso in cui si ritenga, con la giurisprudenza dominante⁴⁷, che il P.M. cui il fascicolo giunga dopo una sentenza di incompetenza abbia piena libertà di determinazione e che la richiesta di rinvio a giudizio che precede la stessa perda il suo peso vincolante per il P.M. presso il Tribunale competente; sia nel caso in cui si ritenga al contrario che una eventuale richiesta di archiviazione in questa fase violerebbe il principio di irretrattabilità dell'azione penale⁴⁸.

In ordine a questo secondo rilievo, vale la considerazione che ontologicamente la trasmissione degli atti ad altro ufficio di procura è comunque cosa diversa rispetto alla richiesta di archiviazione che in alcun modo potrebbe rappresentare una regressione del procedimento.

Desta qualche perplessità in più la considerazione attraverso cui la Corte salva l'intero *iter* procedurale seguito dalle procure coinvolte nella gestione del fascicolo.

In particolare, i Giudici correttamente individuano due criticità: la prima, riguardante i provvedimenti di ritrasmissione delle procure investite dei procedimenti dopo la dichiarazione di incompetenza per territorio; la seconda concernente la trasmissione degli atti da parte della procura originariamente investita della competenza a quelle individuate successivamente.

La sequenza realizzatasi nel procedimento che giunge alla Corte e che la stessa definisce "anomala" e "illegittima", viene però salvata sull'assunto che nella stessa non è dato ravvisare quella usurpazione delle prerogative giurisdizionali che da sola consentirebbe di qualificare come abnormi i provvedimenti delle Procure.

Alla luce delle considerazioni che si sono svolte sinora, sembra chiaro che formalmente le procure abbiano adottato provvedimenti che rientrano effettivamente nelle loro sfere di attribuzione e che si sia effettivamente al di fuori del perimetro – assai ristretto – della abnormità degli atti del Pubblico ministero non ravvisandosi alcuna attività giurisdizionale.

Ciò non di meno, di fronte ad un "aggiramento di una pronuncia d'incompetenza territoriale" non sembra che si tratti di una violazione del sistema codicistico che possa restare del tutto priva di sanzioni. Escluso dunque che ricorra un atto abnorme, neppure appare accettabile la conclusione che non vi sia alcun rimedio esperibile dalle parti cui anche solo il fattore tempo potrebbe giovare.⁴⁹

⁴⁴ C. cost., ord. 11 maggio 1992, n. 216, cit.

⁴⁵ Cass., sez. I, 27 febbraio 1996, n. 1299, cit.

⁴⁶ Cfr. Cass., sez. VI, 25 agosto 2017, n. 39442.

⁴⁷ Cass., sez. VI, 6 luglio 2017, n. 36186, cit.; Cass., sez. VI, 14 gennaio 2004, n. 7681, cit.; Cass., sez. III, 28 maggio 1998, n. 1700, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3457.

⁴⁸ Sul punto consta in questo senso un unico precedente della Suprema Corte, Cass., sez. VI, 11 marzo 2003, n. 20512, in *CED Cass.*, n. 225531 prontamente citato dal ricorrente.

⁴⁹ È infatti evidente che, laddove si consentisse di esperire un qualche rimedio alla parte prescindendo dal controllo successivo del Gup, la stessa ne trarrebbe in ogni caso vantaggio anche solo sul piano temporale.

Ed allora, in questa ottica, sembra potersi e doversi valorizzare quella giurisprudenza che, individuando nell'aggiramento di una sentenza di incompetenza un uso non corretto del potere ordinatorio di cui all'art 54 c.p.p., ritiene che lo stesso vizio sia emendabile attraverso l'uso tempestivo e corretto delle facoltà di eccezione ed impugnazione

In altri termini, sembra condivisibile la conclusione che nel caso in esame l'atto del pubblico ministero non sia privo di sanzione ma rientri in un'ipotesi di nullità relativa *ex art. 181 c.p.p.* e soggiaccia al relativo regime giuridico⁵⁰.

⁵⁰ Cass., sez. III, 11 gennaio 2001, n. 5472, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, 150.

Assoluzione in appello ed obbligo di rinnovazione istruttoria

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE II, SENTENZA 12 SETTEMBRE 2017, N. 41571 – PRES. EST. – FIANDANESE

L'art. 603, comma 3, c.p.p. in applicazione dell'art. 6 della CEDU, deve essere interpretato nel senso che il giudice di appello per pronunciare sentenza di assoluzione in riforma della condanna del giudice di primo grado, deve preventivamente rinnovare la prova testimoniale della persona offesa, quando, costituendo prova decisiva, intenda valutarne diversamente l'attendibilità, salvo il caso in cui tale prova risulti travisata per omissione, invenzione o falsificazione. La Corte ribadisce, inoltre, che la motivazione rafforzata da parte del giudice di appello è doverosa, non solo nel caso di pronuncia di condanna in seguito ad assoluzione pronunciata in primo grado, ma anche nel caso di pronuncia di assoluzione a seguito di precedente sentenza di condanna.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

Il Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto, con sentenza in data 27 marzo 2014, dichiarava M.A. colpevole del delitto di estorsione, commesso in concorso con S.F. e An.Ro., separatamente giudicati con rito abbreviato, e lo condannava alla pena di anni cinque di reclusione ed Euro 600 di multa, nonché, in solido con la Chiesa Cristiana Evangelica Missionaria Pentecostale, al risarcimento dei danni subiti dalle parti civili I.F. e V.A., da liquidarsi in separata sede, con il pagamento di una provvisoria, per ciascuna delle parti civili, di Euro 20.000,00.

Secondo l'accusa, il M., operando in concorso con i suddetti coimputati, aveva costretto I.F. e V.A., ai quali un'anziana signora, L.S.G., aveva in precedenza donato un immobile, a risolvere questa donazione per donare nello stesso contesto l'immobile medesimo alla Chiesa Cristiana Evangelica Missionaria Pentecostale di cui il M. era ministro del culto.

Risoluzione della donazione e successiva donazione verificatesi in (OMISSIS).

Il giudice di primo grado chiarisce che la vicenda processuale trae origine dalle sommarie informazioni testimoniali rese, in data 27 febbraio 2008, da I.N., figlia delle persone offese, davanti al sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto, la quale aveva narrato di aver subito, nel (OMISSIS), atti di violenza sessuale da parte del M. In tale circostanza, riferiva, tra l'altro, la vicenda di cui al presente procedimento. Il tribunale esprimeva il contenuto delle dichiarazioni testimoniali assunte in dibattimento, non solo delle persone offese, ma anche di altri testi, sulla cui credibilità esprimeva motivata valutazione positiva; concludeva nel senso che il M. era ben consapevole delle minacce che S.F. e An.Ro., parenti di L.S.G., rivolgevano alle persone offese e si era inserito nella vicenda estorsiva come "autore non di una singola ed esplicita minaccia, ma di una serie di pressioni velate, di intensità progressivamente crescente, tali da determinare la coartazione della volontà delle persone offese, anche avvalendosi, in modo incisivo, della forza intimidatrice e di persuasione derivante dal ruolo apicale da egli ricoperto nell'ambito dell'organizzazione religiosa della quale l'I. e la sua famiglia erano adepti", ricevendo, infine, il profitto della contestata estorsione, alla quale contribuiva in modo decisivo.

In esito ad impugnazione dell'imputato, la Corte di Appello di Messina, con sentenza in data 11 marzo 2016, assolveva il M. dal delitto ascritto con la formula "perché il fatto non costituisce reato", ritenendo contraddittoria la prova in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo. La Corte territoriale rilevava che le parti offese avevano descritto la vicenda soltanto sette anni dopo e che sia la moglie di I.F., V.A., sia la figlia N., avevano continuato a praticare il culto presso la chiesa di cui il M. era il pastore fino al (OMISSIS), quando N. avrebbe subito gli atti di violenza sessuale da parte del M., deducendo che "la condotta tenuta dal M. in occasione della vicenda della donazione sia stata letta dagli I. in

quegli anni (fino alle rivelazioni di N.) in modo diverso da come poi dichiarato da loro nel 2008, altrimenti non si spiegherebbe come possano aver tollerato la sua presenza accanto a loro nella chiesa da loro frequentata". La Corte, pertanto, ritenendo le dichiarazioni della costituite parti civili prive di specifici riscontri, affermava che non esisteva prova certa che il M. intendesse coartare la volontà degli I., che "è possibile" che l'imputato fosse semplicemente intervenuto in una questione che aveva interessato i membri della comunità religiosa e che "nulla esclude" che l'imputato stesso si fosse convinto che gli I. stessero veramente approfittandosi dell'anziana signora. Il giudice di appello sottolineava, in particolare, l'irrelevanza della anomalia individuata dal Tribunale nella risoluzione della prima donazione modale sostituita con una seconda donazione meno conveniente per la donante, perché il notaio rogante aveva confermato che gli atti corrispondevano alla reale volontà delle parti.

Propongono ricorso per cassazione il Procuratore generale presso la Corte di Appello di Messina e il difensore delle parti civili I.F. e V.A.

Il procuratore generale deduce i seguenti motivi:

1) violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b) e c) in relazione all'art. 192 c.p.p. e art. 6 della Convenzione EDU, nonché violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. e) per motivazione inesistente o manifestamente illogica.

Il P.G. ricorrente censura il giudizio di inaffidabilità pronunciato dalla Corte territoriale delle dichiarazioni delle parti civili e della figlia di costoro solo perché la frequentazione con il M. era continuata negli anni, osservando che l'I., fin dalla patita estorsione, si era allontanato dall'imputato e dalla Chiesa e che, in ogni caso, essendo stata l'estorsione commessa dall'imputato con una costante azione di violenza morale, ben può comprendersi che, solo con il trascorrere del tempo e con il verificarsi di atti di violenza sessuale in danno di I.N. (fatti definiti per intempestività della querela), si sia verificata l'emancipazione di madre e figlia dalla condizione di sottomissione nei confronti del M.

Comunque, la Corte di appello, avendo espresso un giudizio di inattendibilità delle prove dichiarative diverso rispetto a quanto ritenuto in primo grado, aveva l'obbligo di rinnovare l'istruzione ed escutere nuovamente i dichiaranti.

2) violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b) e c) in relazione agli artt. 110 e 629 c.p. e all'art. 192 c.p.p. per erronea applicazione della legge penale in relazione al delitto di estorsione ed al concorso nello stesso, per erronea applicazione delle regole in materia di valutazione della prova e travisamento del fatto, nonché violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. e) per motivazione inesistente o manifestamente illogica e per omessa motivazione rafforzata.

Il P.G. ricorrente osserva che le dichiarazioni di I.F. sono riscontrate da quelle della figlia e da quelle degli altri testimoni e che particolarmente significativa è proprio la testimonianza del notaio D.B., travisata dal giudice di appello, avendo costui ammesso l'assoluta anomalia di quanto accaduto.

Propone ricorso per cassazione il difensore delle parti civili, deducendo i seguenti motivi:

1) violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b) e c) in relazione all'art. 192 c.p.p. e art. 6 della Convenzione EDU, nonché violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. e) per motivazione inesistente o manifestamente illogica.

Il difensore ricorrente osserva come la sentenza di primo grado aveva ripercorso dettagliatamente il contenuto di tutte le dichiarazioni testimoniali, non solo di quelle delle persone offese, mentre la sentenza di appello si limita a censurare come lacunose alcune prove dichiarative, senza doverosamente farne oggetto di approfondimento in sede di rinnovazione istruttoria.

2) violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. b) e c) in relazione agli artt. 110 e 629 c.p. e all'art. 192 c.p.p. per erronea applicazione della legge penale in relazione al delitto di estorsione ed al concorso nello stesso, per erronea applicazione delle regole in materia di valutazione della prova e travisamento del fatto, nonché violazione dell'art. 606 c.p.p., lett. e) per motivazione inesistente o manifestamente illogica e per omessa motivazione rafforzata.

Il difensore ricorrente, premesso che i concorrenti nel reato contestato all'imputato, giudicati separatamente con le forme del rito abbreviato, sono già stati condannati in primo e in secondo grado, afferma che la sentenza impugnata è viziata in punto di valutazione del ruolo dell'imputato come concorrente nell'estorsione in danno delle parti civili, avendo trascurato di valutare i molteplici elementi – specificamente elencati nel ricorso – posti dal giudice di primo grado a base dell'affermazione di responsabilità.

Inoltre, la stessa sentenza erroneamente afferma che le dichiarazioni di I.F. non siano riscontrate, mentre esse trovano conferma in altre dichiarazioni testimoniali anche di testi imparentati con i correi dell'imputato e quindi non sospetti di favoritismo per le parti civili. La testimonianza del notaio D.B., poi, sarebbe stata travisata dal giudice di appello, avendo costui dovuto ammettere l'anomalia inspiegabile della vicenda.

La sentenza impugnata, in definitiva, sarebbe meramente apparente e totalmente priva di quella motivazione “rafforzata” richiesta dalla giurisprudenza della Corte di cassazione per ribaltare il giudizio espresso dal primo giudice.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. I ricorsi sono fondati nei termini di cui alla presente motivazione.

2. Occorre preliminarmente ribadire il principio enunciato da lungo tempo dalla giurisprudenza della Corte di cassazione secondo il quale la decisione del giudice di appello, che comporti totale riforma della sentenza di primo grado, impone la dimostrazione dell’incompletezza o della non correttezza ovvero dell’incoerenza delle relative argomentazioni con rigorosa e penetrante analisi critica seguita da completa e convincente dimostrazione che, sovrapponendosi in toto a quella del primo giudice, dia ragione delle scelte operate e del privilegio accordato ad elementi di prova diversi o diversamente valutati. Inoltre, il giudice di appello, allorché prospetti ipotesi ricostruttive del fatto alternative a quelle ritenute dal giudice di prima istanza, non può limitarsi a formulare una mera possibilità, come esercitazione astratta del ragionamento disancorata dalla realtà processuale, ma deve riferirsi a concreti elementi processualmente acquisiti, posti a fondamento di un iter logico che conduca, senza affermazioni apodittiche, a soluzioni divergenti da quelle prospettate da altro giudice di merito.

Quando la sentenza appellata e quella di appello, non divergono sui punti denunciati, si integrano vicendevolmente, formando un tutto organico ed inscindibile, una sola entità logico-giuridica, alla quale occorre fare riferimento per giudicare della congruità della motivazione, integrando e completando con quella adottata dal primo giudice le eventuali carenze di quella di appello (da ultimo: Sez. 5, n. 14022 del 12/01/2016, *Genitore e altro*, Rv. 26661701), dovendo il giudice di appello soltanto rispondere in modo congruo alle singole doglianze prospettate dall’appellante (da ultimo: Sez. 6, n. 28411 del 13/11/2012 – dep. 01/07/2013, *Santapaola e altri*, Rv. 25643501).

In questo caso, dunque, il controllo del giudice di legittimità si limiterà alla verifica della congruità e logicità delle risposte fornite alle predette doglianze.

Per converso, la totale riforma della sentenza di primo grado impone al giudice di appello di raffrontare il proprio decisum, non solo con le censure dell’appellante, ma anche con il giudizio espresso dal primo giudice, che si compone sia della ricostruzione del fatto che della valutazione complessiva degli elementi probatori, nel loro valore intrinseco e nelle connessioni tra essi esistenti.

In molte pronunce in argomento, è ricorrente la locuzione “motivazione rafforzata” per esprimere, con la forza semantica del lemma, il più intenso obbligo di diligenza richiesto al giudice di secondo grado.

Occorre tenere presente che la motivazione rafforzata da parte del giudice di appello è richiesta non solo in caso di pronuncia di condanna in seguito ad assoluzione pronunciata dal primo giudice, ma anche nel caso di pronuncia di assoluzione a seguito di precedente sentenza di condanna. Deve, infatti, rilevarsi che la prima compiuta enunciazione del principio della motivazione rafforzata (ma, prima ancora, si veda Sez. U, n. 6682 del 04/02/1992, P.M., p.c., *Musumeci ed altri*, Rv. 19122901, sempre in fattispecie di assoluzione in secondo grado, che ha censurato la sentenza del giudice di appello che “non ha sostituito una sua analisi, pago della enunciazione del suo dissenso”) è contenuta in una pronuncia di annullamento con rinvio di una sentenza di assoluzione del giudice di appello in riforma della condanna pronunciata dal primo giudice (Sez. 1, n. 1381 del 16/12/1994 – dep. 10/02/1995, *Felice ed altro*, Rv. 20148701: la decisione del giudice di appello, che comporti totale riforma della sentenza di primo grado, impone la dimostrazione dell’incompletezza o della non correttezza ovvero dell’incoerenza delle relative argomentazioni con rigorosa e penetrante analisi critica seguita da corretta, completa e convincente motivazione che, sovrapponendosi a tutto campo a quella del primo giudice, senza lasciare spazio alcuno, dia ragione delle scelte operate e del privilegio accordato ad elementi di prova diversi o diversamente valutati. L’alternatività della spiegazione di un fatto non attiene al mero possibilismo, come tale esercitazione astratta del ragionamento disancorata dalla realtà processuale, ma a specifici dati fattuali che rendano verosimile la conclusione di un “iter” logico cui si perviene senza affermazioni apodittiche. Il supporto motivazionale di una decisione giurisdizionale per essere logico deve essere conforme ai canoni che presiedono alle forme corrette del ragionamento in direzione della dimostrazione della verità); lo stesso principio è stato successivamente ripreso e ulteriormente argomentato sempre in un caso di annullamento con rinvio di sentenza di appello di totale riforma in senso assolutorio (Sez. 2,

n. 15756 del 12/12/2002 – dep. 03/04/2003, PG in proc. Contrada, Rv. 22556401) e, infine, definitivamente consacrato in una pronuncia delle Sezioni Unite, che quel principio applica in un caso di pronuncia di secondo grado di condanna in riforma di quella di assoluzione del primo giudice, ma senza porre alcuna distinzione con riferimento agli esiti decisori della sentenza del secondo giudice (Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005 – dep. 20/09/2005, Mannino, Rv. 23167901: il giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato).

Questa giurisprudenza è andata successivamente sviluppandosi alla luce della lettura della innovazione introdotta nel 2006 (L. 20 febbraio 2006, n. 46, art. 5) con la modifica dell'art. 533 c.p.p. e l'introduzione del canone dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio". È affermazione diffusa nella giurisprudenza che esso implichi che, in mancanza di elementi sopravvenuti, la valutazione peggiorativa compiuta nel processo d'appello sullo stesso materiale probatorio acquisito in primo grado, debba essere sorretta da argomenti dirimenti, tali da rendere evidente l'errore della sentenza assolutoria, la quale deve rivelarsi, rispetto a quella d'appello, non più razionalmente sostenibile, per essere stato del tutto fugato ogni ragionevole dubbio sull'affermazione di colpevolezza. Perché possa dirsi rispettato il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio non è, dunque, più sufficiente una mera diversa valutazione caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice, occorrendo invece una forza persuasiva superiore, tale da far cadere "ogni ragionevole dubbio", in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto.

In verità, se può accettarsi il principio secondo cui la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza, ma la mera non certezza della colpevolezza (Sez. 6, n. 40159 del 03/11/2011), deve essere evidenziato che il "dubbio" posto a fondamento di una sentenza di assoluzione non è una situazione psicologica del giudice, ma l'esito di un percorso argomentativo che rispetti rigorosamente le regole della logica e si basi su elementi processualmente emersi e correttamente valutati singolarmente e nella loro connessione. Non potrebbe, perciò, accettarsi che una sentenza di appello di riforma in senso assolutorio sfugga ai rigori della motivazione rafforzata, alla quale rimarrebbe soggetta solo la sentenza di condanna.

È evidente, in altri termini, che il ragionevole dubbio non assorbe il principio della motivazione rafforzata, ma di esso entra a far parte, costituendo specificazione del già consolidato principio che la sentenza di secondo grado di totale riforma di quella del primo giudice deve caratterizzarsi per una nuova e compiuta struttura motivazionale, che, non solo sia autosufficiente, ma contenga anche la specifica confutazione degli argomenti posti dal primo giudice a fondamento della diversa decisione. È stato, perciò, condivisibilmente affermato che il principio della motivazione rafforzata "ha carattere generale e, mutatis mutandis, non può non trovare applicazione anche nella ipotesi in cui, in secondo grado, intervenga assoluzione, in radicale riforma della sentenza di condanna pronunciata dal primo giudice. Invero, non è certo l'epilogo decisorio in malam partem ciò che obbliga il secondo giudicante a una motivazione "rafforzata", ma il fatto che appare necessario scardinare l'impianto argomentativo-dimostrativo di una decisione assunta da chi ha avuto contatto diretto con le fonti di prova" (Sez. 5, n. 21008 del 06/05/2014, P.G. e P.C. in proc. Barzaghi e altri, Rv. 26058201. Per le molteplici applicazioni del principio in caso di integrale riforma in senso assolutorio della sentenza di primo grado v. Sez. 6, n. 46742 del 08/10/2013 – dep. 22/11/2013, P.G. in proc. Hamdi Ridha, Rv. 25733201; Sez. 6, n. 1253 del 28/11/2013 – dep. 14/01/2014, Pg in proc. Ricotta, Rv. 25800501; Sez. 2, n. 50643 del 18/11/2014 – dep. 03/12/2014, P.C. in proc. Fu e altri, Rv. 26132701; Sez. 3, n. 6880 del 26/10/2016 – dep. 14/02/2017, P.G. in proc. D L, Rv. 26952301; Sez. 4, n. 4222 del 20/12/2016 – dep. 30/01/2017, P.C. in proc. Mangano e altro, Rv. 26894801).

3. Alla luce dei suddetti principi deve rilevarsi, in generale, che la sentenza impugnata formula una ipotesi alternativa a quella accusatoria, affermando che il fatto che la frequentazione, tra una parte della famiglia I. e il pastore sia continuata negli anni seguenti la pretesa vicenda estorsiva "fa ritenere che la condotta tenuta dal M. in occasione della vicenda della donazione sia stata letta dagli I. in quegli anni (fino alle rivelazioni di N.) in modo diverso da come poi dichiarato da loro nel 2008, altrimenti non si spiegherebbe come possano aver tollerato la sua presenza accanto a loro nella chiesa da loro frequentata", con la conseguenza di ritenere "possibile" che gli I. "si siano persuasi a risolvere la donazione perché si sentivano additati come approfittatori della comunità religiosa cui appartenevano" e che "nulla

esclude” che il M. si fosse convinto che gli I. stessero veramente approfittandosi dell’anziana signora.

La corte territoriale aggiunge, poi, che le “ricostruzioni alternative possibili” contenute nella sentenza del primo giudice non consentono di giungere ad una sentenza di condanna, poiché le dichiarazioni delle costituite parti civili “non hanno trovato specifici riscontri, almeno con riferimento al dolo richiesto per il reato contestato”.

Tale sviluppo motivazionale incorre proprio in quei molteplici vizi che la giurisprudenza in tema di motivazione rafforzata ha più volte denunciato.

Innanzitutto, l’affermazione che gli I. avessero letto all’epoca la vicenda della donazione in modo diverso da come poi dichiarato nel 2008 rimane a livello di pura astrazione svincolata dalla indicazione specifica di concreti elementi probatori che la avvalorino e che nel successivo sviluppo motivazionale non emergono; in secondo luogo, la mancanza di riscontri alle dichiarazioni della costituite parti civili è affermazione apodittica, che non si confronta con le specifiche risultanze processuali evidenziate dal primo giudice. Deve, inoltre, rilevarsi che la convinzione del giudice di appello che ritiene “possibile” che gli I. “si siano persuasi a risolvere la donazione perché si sentivano additati come approfittatori della comunità religiosa cui appartenevano”, da un lato, è esplicitamente formulata come mera possibilità in violazione dei principi in materia che impongono la formulazione di ipotesi alternative basate su una rigorosa e completa valutazione del compendio probatorio, da un altro lato, non si confronta con il fatto accertato con sentenza successivamente passata in giudicato (cfr. Cass. Sez. 2, n. 1885 del 15/12/2016, dep. 16/01/2017) della effettiva configurabilità di una vicenda estorsiva in relazione alla quale sono stati condannati in separato giudizio S.F. e An.Ro.Al.Ma, concorrenti con il M. nel reato di estorsione in danno di I.F. e V.A. Del resto, la stessa sentenza impugnata nel successivo sviluppo motivazionale riconosce – in evidente contraddizione logica con la precedente affermazione secondo la quale gli I. si sarebbero “persuasi” a risolvere la donazione – “l’intento predatorio dei coniugi S.”, ma esclude che il M. si fosse reso conto di tale intento poiché di ciò “non esiste prova certa”; ancora una volta, in tal modo, evitando di confrontarsi con gli elementi probatori valutati dal primo giudice e limitandosi a svilire il significato della “anomalia” individuata dal Tribunale nella risoluzione della prima donazione modale e nella stipula di una seconda donazione, senza, peraltro, tenere conto del complesso delle dichiarazioni testimoniali del notaio rogante, come evidenziate nei motivi di ricorso, e, soprattutto, operando una valutazione atomistica del singolo elemento probatorio in violazione del principio della valutazione unitaria della prova, che è principio cardine del processo penale, sintesi di tutti i canoni interpretativi dettati dalla norma dell’art. 192 c.p.p., perché nella valutazione complessiva ciascun indizio si somma e si integra con gli altri, di tal che l’insieme può assumere quel pregnante ed univoco significato dimostrativo che consente di ritenere conseguita la prova logica del fatto (Sez. U, n. 6682 del 04/02/1992, P.M., p.c., Musumeci ed altri, Rv. 19123001; da ultimo Sez. 2, n. 33578 del 20/05/2010, Isoa, Rv. 24812801: la valutazione della prova impone di considerare ogni singolo fatto e il loro insieme non in modo parcellizzato e avulso dal generale contesto probatorio, e di verificare se essi, ricostruiti in sé e posti vicendevolmente in rapporto, possano essere ordinati in una costruzione logica, armonica e consonante che consenta, attraverso la valutazione unitaria del contesto, di attingere la verità processuale).

4. Molteplici sono gli elementi probatori evidenziati dal primo giudice e neppure esaminati nel loro contenuto e nelle loro connessioni dal giudice di appello.

Il Tribunale, infatti, evidenziava: 1) che le dichiarazioni di I.F., “nelle tre distinte occasioni in cui è stato compiuto il suo esame”, si sono caratterizzate per una “apprezzabile precisione e coerenza del narrato”; 2) che tali dichiarazioni trovano riscontro non solo in quelle dei suoi prossimi congiunti, la moglie V.A. e la figlia I. N., ma anche in quanto dichiarato da L.S.M. e da Sc.Gi., parenti di S. e An.; 3) che, al fine di valutare la credibilità delle suddette dichiarazioni, è rilevante il particolare modo nel quale è venuta fuori la vicenda, dopo molti anni dall’accaduto ed in occasione di una denuncia per un distinto episodio di violenza sessuale “senza potersi ravvisare una pregiudiziale strumentalizzazione finalizzata a pregiudicare la posizione dell’odierno imputato”; 4) che da tali dichiarazioni emergeva che il M. era a conoscenza dei comportamenti invasivi posti in essere dai suoi originari coimputati ed aventi la specifica finalità di togliere l’immobile dalla disponibilità del soggetto minacciato; 5) che il profitto del reato è stato conseguito dall’organizzazione religiosa rappresentata dal M.; 6) che la seconda donazione, alla quale era presente anche il M., era all’evidenza “anomala”, come ammesso dallo stesso notaio nella sua testimonianza, in quanto veniva revocata un’originaria donazione modale per sostituirla con una donazione “pura” certamente meno conveniente per la posizione di L.S.G. In definitiva, dal complesso convergente delle risultanze probatorie emergeva, a giudizio del Tribunale, che il M. era

“autore non di una singola ed esplicita minaccia, ma di una serie di pressioni velate, di intensità progressivamente crescente, tali da determinare la coartazione della volontà delle persone offese, anche avvalendosi, in modo incisivo, della forza intimidatrice e di persuasione derivante dal ruolo apicale da egli ricoperto nell’ambito dell’organizzazione religiosa della quale l’I. e la sua famiglia erano adepti”.

Ebbene, il semplice confronto testuale delle motivazioni dei due giudici evidenzia non solo la assoluta mancanza da parte del secondo giudice di autonoma rivalutazione del compendio probatorio nei suoi singoli elementi e nel complesso, ma anche la totale assenza di specifico confronto con le argomentazioni sviluppate dal primo giudice e ciò è quanto basta per condurre all’annullamento con rinvio della sentenza impugnata, in applicazione dei principi sopra esplicitati.

5. A questo punto, però, occorre esaminare lo specifico motivo di ricorso con il quale i ricorrenti deducono la violazione dell’art. 6 CEDU, perché il secondo giudice, avendo espresso un giudizio di attendibilità delle prove dichiarative diverso rispetto a quanto ritenuto in primo grado, avrebbe avuto l’obbligo di rinnovare l’istruzione ed escutere nuovamente i dichiaranti.

6. L’obbligo di rinnovare l’istruzione e di escutere nuovamente i dichiaranti, gravante sul giudice dell’impugnazione qualora valuti diversamente la loro attendibilità rispetto a quanto ritenuto in primo grado è sancito dall’art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo, che con sentenza del 5 luglio 2011 nel caso *Dan c/Moldavia*, intervenuta in un caso in cui il giudice di primo grado non aveva ritenuto intrinsecamente attendibile il testimone principale, che riferiva su tutte le circostanze fondanti l’accusa, mentre il giudice di secondo grado, senza una nuova raccolta delle prove ma sulla sola base della lettura delle dichiarazioni rese in primo grado, ne aveva affermato la piena attendibilità, ha ritenuto un tale sistema non conforme alla Convenzione EDU perché un equo processo comporta che il giudice che deve utilizzare la dichiarazione di un testimone (in modo difforme da altro giudice) deve poterlo ascoltare personalmente e così valutarne la attendibilità intrinseca; la pronuncia è espressione del principio di immediatezza, che si ritiene attuato quando vi è un rapporto privo di intermediazioni tra l’assunzione della prova e la decisione: al fine di permettere una valutazione sull’attendibilità delle dichiarazioni si vuole che il giudice prenda direttamente contatto con la fonte di prova (nello stesso senso: *Manolachi c. Romania*, 5 marzo 2013; *Flueras c. Romania*, 9 aprile 2013; *Hanu c. Romania*, 4 giugno 2013; *Moinescu c. Romania*, 15 settembre 2015; *Nitulescu c. Romania*, 22 settembre 2015; da ultimo: *Lorefice c. Italia*, 29 giugno 2017).

La giurisprudenza della Corte di cassazione ha avviato un immediato processo conformativo dello statuto della prova dichiarativa nel giudizio di secondo grado alla ratio decidendi emergente dalla giurisprudenza della Corte Edu sopra richiamata, ritenendo che l’art. 603 c.p.p. debba essere interpretato in modo convenzionalmente orientato, nel senso di prevedere la preventiva necessaria obbligatorietà della rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale per una nuova audizione dei testimoni già escussi in primo grado, nel caso in cui la Corte di Appello intenda riformare in peius una sentenza di assoluzione dell’imputato.

Il tema ha costituito oggetto di una complessiva rivisitazione da parte delle Sezioni Unite, dapprima chiamate a pronunciarsi sulla rilevanza d’ufficio della violazione dell’art. 6 della CEDU (Sez. U, n. 27620 del 28/04/2016, *Dasgupta*) e, successivamente, sulla applicabilità del principio della necessaria rinnovazione in appello delle prove dichiarative, in caso di reformatio in peius, anche con riferimento al giudizio abbreviato (Sez. U, n. 18620 del 19/01/2017, *Patalano*). In tali pronunce si rileva che “la percezione diretta è il presupposto tendenzialmente indefettibile di una valutazione logica, razionale e completa. L’apporto informativo che deriva dalla diretta percezione della prova orale è condizione essenziale della correttezza e completezza del ragionamento sull’apprezzamento degli elementi di prova, tanto più in relazione all’accresciuto standard argomentativo imposto per la riforma di una sentenza assolutoria dalla regola del “ragionevole dubbio”, che, come già osservato, si collega direttamente al principio della presunzione di innocenza”, con la conseguenza che “dovere di motivazione rafforzata da parte del giudice della impugnazione in caso di dissenso rispetto alla decisione di primo grado, canone “al di là di ogni ragionevole dubbio”, dovere di rinnovazione della istruzione dibattimentale e limiti alla reformatio in peius si saldano sul medesimo asse cognitivo e decisionale”, di modo che il giudice di appello “non può riformare la sentenza impugnata nel senso dell’affermazione della responsabilità penale dell’imputato senza avere proceduto, anche d’ufficio, a norma dell’art. 603 c.p.p., comma 3, a rinnovare l’istruzione dibattimentale attraverso l’esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo, ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado”. Tale ricostruzione sistematica è portata alle ulteriori conseguenze con l’applicazione del medesimo principio di obbligato-

rietà di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale da parte del giudice di appello che, su impugnazione del pubblico ministero, affermi la responsabilità dell'imputato, in riforma di una sentenza assolutoria emessa all'esito di un giudizio abbreviato non condizionato, operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, poiché, argomentano le Sezioni Unite Patalano, il canone "oltre ogni ragionevole dubbio" assume veste di "criterio generalissimo" nel processo penale, direttamente collegato al principio costituzionale della presunzione di innocenza" e "pretende che, in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello sia sorretta da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze od insufficienze della decisione assolutoria" e "pretende dunque (ben al di là della stereotipa affermazione del principio del libero convincimento del giudice) percorsi epistemologicamente corretti, argomentazioni motivate circa le opzioni valutative della prova, giustificazione razionale della decisione, standards conclusivi di alta probabilità logica" e che, dunque, "si faccia ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile", "perché, insomma, l'overturning si concretizzi davvero in una motivazione rafforzata, che raggiunga lo scopo del convincimento "oltre ogni ragionevole dubbio", non si può fare a meno dell'oralità nella riassunzione delle prove rivelatesi decisive".

7. In tal modo riassunti gli orientamenti della più recente giurisprudenza sul contenuto e sui limiti della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in caso di overturning in appello, deve rilevarsi che la soluzione in merito alla fondatezza o meno del motivo di ricorso di cui al punto 5 deve affrontare il peso della affermazione contenuta nella sentenza Dasgupta secondo cui "è il caso di notare che, proprio in quanto non viene in questione il principio del ragionevole dubbio, non può condividersi l'orientamento secondo cui anche in caso di riforma della sentenza di condanna in senso assolutorio il giudice di appello, al di là di un dovere di motivazione rafforzata, deve previamente procedere a una rinnovazione della prova dichiarativa (in questo senso, ma isolatamente, Sez. 2, n. 32619 del 24/04/2014, Pipino, Rv. 260071)".

Sebbene tale affermazione assuma il carattere della enunciazione e non si sia tradotta in un principio di diritto oggetto di massimazione ufficiale, di essa deve tenersi conto in ragione proporzionata al prestigio della Corte che la esprime. La successiva giurisprudenza, infatti, senza specifiche motivazioni, ha ritenuto di conformarsi alla suddetta enunciazione, evidentemente ritenendo che fosse conseguenza logico – sistematica della ratio decidendi della pronuncia delle Sezioni Unite affermare che l'obbligo di rinnovare l'istruzione e di escutere nuovamente i dichiaranti, gravante sul giudice di appello qualora apprezzasse diversamente la loro attendibilità rispetto a quanto ritenuto in primo grado (obbligo sancito dall'art. 6 CEDU, come interpretato dalla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo), non trovi applicazione nell'ipotesi di riforma, in senso assolutorio, di sentenza di condanna, non venendo in rilievo – in tal caso – il principio del superamento del "ragionevole dubbio", pur essendo il giudice di appello tenuto a strutturare la motivazione della propria decisione in maniera rafforzata, dando puntuale ragione delle difformi conclusioni assunte (Sez. 4, n. 4222 del 20/12/2016 – dep. 30/01/2017, P.C. in proc. Mangano e altro, Rv. 26894801; Sez. 3, n. 42443 del 07/06/2016, P.G. e altri in proc. G, Rv. 26793101).

Si tratta, peraltro, di affermazioni che non tengono conto, in primo luogo, del nostro complessivo sistema ordinamentale, e, in secondo luogo, dell'effettivo contenuto della giurisprudenza della CEDU, anche alla luce dei più recenti interventi legislativi in materia di vittime del reato.

8. Deve preliminarmente osservarsi che la sentenza Sez. 2, n. 32619 del 24/04/2014, Pipino, Rv. 260071, citata dalle Sezioni Unite Dasgupta come "isolata", non può dirsi tale, in quanto essa risulta richiamata e ulteriormente argomentata, da molteplici sentenze non massimate, tra le quali: Sez. 2, n. 50643 del 18/11/2014, P.C. in proc. Fu e altri, Sez. 3, n. 42982 del 26/10/2015, Sez. 2, n. 36434 del 21/07/2015, Sez. 5, n. 36208 del 13/02/2015, Sez. 5, n. 42389 dell'11/05/2015. La tesi di fondo di tale orientamento giurisprudenziale è stata così espressa: "Se è vero che il principio tratto dalla richiamata sentenza Cedu è quello che laddove la prova essenziale consista in una o più prove orali che il primo giudice abbia ritenuto, dopo averle personalmente raccolte, non attendibili, il giudice di appello per disporre condanna non può procedere ad un diverso apprezzamento della medesima prova sulla sola base della lettura dei verbali ma è tenuto, salvo possibili casi particolari, a raccogliere nuovamente la prova innanzi a sé per poter operare una adeguata valutazione di attendibilità, è pur vero che tale principio, espressione dell'immediatezza del processo, deve trovare applicazione anche in casi in cui il diverso giudizio di attendibilità ha portato ad un giudizio di assoluzione in secondo grado, a maggior ragione a fronte della presenza di una parte privata, costituita parte civile, rispetto alla quale si assiste ad una sempre maggior tutela nell'ambito delle decisioni della Corte Europea".

9. Se si esamina il nostro complessivo sistema ordinamentale, vengono in rilievo alcuni fondamentali principi.

In primo luogo deve osservarsi che mentre la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo all'art. 6, con riferimento all'"equo processo" afferma un "diritto" che ogni persona ha "a che la sua causa sia esaminata, equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale" (p. 1) in particolare specificando questo diritto in quello di "esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico" (p. 3 lett. d) e fissando, altresì, il canone della presunzione di innocenza fino a quando la colpevolezza non sia stata legalmente accertata (p. 2), la nostra Costituzione, a seguito delle modifiche apportate dalla L. Cost. 23 novembre 1999, n. 2, all'art. 111 Cost. stabilisce che "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge" (comma 1) e che "il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova" (comma 4).

Già la Corte costituzionale aveva osservato che il "giusto processo" è una "formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio" (Corte cost. n. 131 del 1996). Ebbene, l'intervento legislativo di modifica costituzionale ha certamente privilegiato l'aspetto oggettivo del giusto processo, poiché la collocazione nella Sezione 2^a relativa alle "Norme sulla giurisdizione" del Titolo 4^a della Parte 2^a "Ordinamento della Repubblica" e non nella Parte 1^a "Diritti e doveri dei cittadini" individua il principio stesso, prima ancora che come una pretesa di parte, come un'esigenza obiettiva ed irrinunciabile dell'ordinamento costituzionale.

Al fine di ricostruire il nostro sistema costituzionale in materia di giurisdizione è poi importante ricordare quanto detto dalla Corte costituzionale successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale: "il principio di legalità (art. 25, comma 2), che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale. Realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero. Questi è infatti, al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost., comma 2) e si qualifica come un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere, che non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge (sentenze nn. 190 del 1970 e 96 del 1975). Il principio di obbligatorietà è, dunque, punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo. Di conseguenza, l'introduzione del nuovo modello processuale non lo ha scalfito, né avrebbe potuto scalfirlo. Qui, anzi, l'esigenza di garantire l'indipendenza del P.M. è accentuata dalla concentrazione in capo a lui della potestà investigativa, radicalmente sottratta al giudice.

Per altro verso, l'eliminazione di ogni contaminazione funzionale tra giudice e organo dell'accusa – specie in tema di formazione della prova e di libertà personale – non comporta che, sul piano strutturale ed organico, il P.M. sia separato dalla Magistratura costituita in ordine autonomo ed indipendente. Nell'architettura della delega, infatti, il ruolo del P.M. non è quello di mero accusatore, ma pur sempre di organo di giustizia obbligato a ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato" (Corte cost. n. 88 del 1991). In un ordinamento basato sul principio di legalità e su quello dell'obbligatorietà dell'azione penale "il fine primario e ineludibile del processo penale rimane la ricerca della verità" (Corte cost. n. 111 del 1993).

Il potere di impugnazione del pubblico ministero, anche se non può essere configurato come proiezione necessaria del principio di obbligatorietà dell'azione penale (Corte cost. sent. n. 280 del 1995 e ord. n. 165 del 2003), ha "come scopo istituzionale quello di assicurare la corretta applicazione della legge penale nel caso concreto e – tramite quest'ultima – l'effettiva attuazione dei principi di legalità e di eguaglianza, nella prospettiva della tutela dei molteplici interessi, connessi anche a diritti fondamentali, a cui presidio sono poste le norme incriminatrici" (Corte cost. n. 26 del 2007).

Del resto, il principio costituzionale secondo il quale "i magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni" (art. 107 Cost., comma 3) postula una differenziazione che si riconnette ai tre gradi della giurisdizione previsti dall'ordinamento processuale, preordinata ai fini di giustizia ed alla esi-

genza di esattezza delle decisioni (Corte cost. n. 168 del 1963). In tale ottica, deve ritenersi che “la sussistenza o meno della colpevolezza dell’imputato “al di là di ogni ragionevole dubbio” rappresenti la risultante di una valutazione: e la previsione di un secondo grado di giurisdizione di merito trova la sua giustificazione proprio nell’opportunità di una verifica piena della correttezza delle valutazioni del giudice di primo grado, che non avrebbe senso dunque presupporre esatte, equivalendo ciò a negare la ragione stessa dell’istituto dell’appello”; pertanto, il canone “al di là di ogni ragionevole dubbio”, rappresentando la risultante di una valutazione, non incide sul giudizio di “certezza” che i diversi gradi di giurisdizione mirano a rafforzare, indipendentemente dai diversi approdi decisorii, di colpevolezza o di innocenza, dei distinti giudizi (così Corte cost. n. 26 del 2007).

Se, dunque, questi sono i principi fondamentali di rilievo costituzionale che caratterizzano il nostro sistema processuale, cioè il pubblico ministero quale portatore di una prospettiva di legalità (anche in favore dello stesso imputato) e la pluralità dei gradi di giurisdizione quale esigenza di giustizia che tende alla “certezza” della decisione in vista del raggiungimento della verità processuale e per l’attuazione del principio di legalità, non si vede perché la regola di rinnovazione delle prove dichiarative debba applicarsi nell’ipotesi di ribaltamento in appello della assoluzione in primo grado e non nel caso inverso, visto che le esigenze di “percezione” del giudice di appello dovrebbero valere non a senso unico, ma anche nell’ipotesi in cui non condivida la decisione del giudice di primo grado di avere ritenuto attendibile il teste utilizzato in chiave di accusa; in altre parole, affermare che il giudice di appello, riformando la decisione di primo grado, può assolvere ex actis, ma non può condannare ex actis, significherebbe adottare uno statuto probatorio del tutto privo di base logico – sistematica. Del resto, se si ritiene che il “metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile” sia quello dell’oralità, come afferma la sentenza Patalano, non si vede perché questo metodo non debba essere adottato sempre dal giudice dell’impugnazione a fini di giustizia e di certezza della decisione e a presidio delle esigenze di “legalità” a prescindere dagli esiti decisorii. Se, poi, si ritiene, come affermato dalla dottrina che si è espressa in senso adesivo alla pronuncia delle Sezioni Unite, che soltanto “il ribaltamento della pronuncia assolutoria operata sulla scorta una identica valutazione cartolare del costruito probatorio già a disposizione del giudice di prime cure rischia di contenere in sé un implicito dubbio ragionevole: quello determinato dalla avvenuta adozione di decisioni contrastanti a geometria probatoria invariata”, rimane inspiegato perché se il ragionevole dubbio non è, come non può essere, uno stato psicologico del giudice, ma il risultato di una valutazione (come anche evidenziato dalla Corte costituzionale), che si fonda sul ragionamento critico e non su sensazioni o intuizioni o congetture del giudice e che impone l’adozione del metodo dell’oralità/immediatezza, tale metodo non debba essere utilizzato in qualsiasi ipotesi di decisioni contrastanti nei due gradi di giudizio; per ritenere diversamente occorrerebbe dimostrare che l’assoluzione in primo grado rappresenti di per sé una decisione di forza superiore rispetto all’esito opposto e che solo essa, per questo esclusivo motivo, meriti un più affidabile standard probatorio in caso di integrale riforma in appello; né vale a spiegare una diversità di metodo in relazione all’esito decisorio del primo giudice la riconduzione del canone del ragionevole dubbio alla presunzione di innocenza, perché questa vale “sino alla condanna definitiva”, cioè fino a quando non è completo il percorso che consente di raggiungere la verità processuale e fino a quando il sistema processuale non ha esaurito tutti i sistemi di controllo della legalità della decisione.

10. Se si esamina il tema sotto il profilo dei principi desumibili dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo come interpretata dalla giurisprudenza della Corte EDU le conclusioni a cui si giunge non sono diverse.

Prima della pronuncia da parte della Corte costituzionale delle sentenze n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, che hanno riconosciuto alla norme della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, tramite il disposto dell’art. 117 Cost., comma 1, il valore di “norme interposte” del giudizio di costituzionalità, nel significato ad esse attribuito dalla Corte di Strasburgo, per lungo tempo la giurisprudenza sia civile che penale della Corte di cassazione aveva escluso una loro immediata rilevanza nell’ordinamento interno, attribuendo alla giurisprudenza della Corte EDU l’efficacia di un semplice precedente autorevole. Quelle sentenze hanno aperto un varco attraverso il quale, in pochi anni, le norme convenzionali sono penetrate all’interno dell’ordinamento italiano, portate dalla giurisprudenza della Corte EDU, con effetti positivi in termini di accrescimento dei diritti nel processo penale, che si sono prodotti seguendo diversi percorsi: quello di sollecitare gli interventi di un legislatore spesso inerte, quello di imporre l’esecuzione delle sentenze di condanna per violazione delle norme convenzionali mediante adattamento e applicazione analogica delle norme processuali, quello di obbligare la Corte costituzionale a

interventi demolitori o ricostruttivi della normativa contrastante con la CEDU, quello di stimolare i giudici ad interpretazioni adeguate alla normativa convenzionale.

L'interpretazione adeguatrice è stata individuata dalla Corte costituzionale, a cominciare dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007, come passaggio obbligato prima di pervenire a sollevare questione di costituzionalità, così da evitare nella misura più ampia possibile una decisione sfavorevole da parte dei giudici di Strasburgo, con le conseguenze ricadute in punto di esecuzione della sentenza Europea e di travolgimento del giudicato. La giurisprudenza della Corte di cassazione fin dalla sentenza Sez. 2, n. 43331 del 18 ottobre 2007, Poltronieri, aveva ritenuto che l'interprete non dovesse isolarsi in un contesto nazionale, ma dovesse cercare una "osmosi" tra le diverse formulazioni della normativa convenzionale e di quella nazionale, ordinaria e costituzionale (indicazione successivamente ripresa da Sez. Un., n. 27918 del 25 novembre 2010, dep. 14 luglio 2011, D.F.) e il risultato di tale osmosi non potrà essere che quello di una crescita globale, nel senso dell'ampliamento della tutela dei diritti fondamentali, non potendo essere, come ha chiarito la Corte costituzionale (sent. n. 317 del 2009), una causa di diminuzione di tale tutela.

Da ciò discende anche la necessità di riscrivere la funzione della Corte di cassazione in una visione plurisistemica: dal combinato disposto dell'art. 65 ord. giud., e art. 111 Cost., comma 7, e art. 117 Cost., comma 1, deriva alla Cassazione l'obbligo di salvaguardia dell'uniforme e conforme applicazione della legge nazionale e sovranazionale: l'esigenza di uniformità si estende, quindi, dal piano nazionale a quello internazionale tanto da imporre all'interprete di piegare, talora, il dato normativo interno verso significati diversi da quelli originariamente prefigurati dal legislatore.

Occorre a questo punto rilevare che le citate sentenze delle Sezioni Unite Dasgupta e Patalano hanno offerto un'interpretazione del nostro sistema processuale, che in dottrina è stata definita "di scopo", esclusivamente finalizzata al convincimento oltre ogni ragionevole dubbio ritenuto "criterio generalissimo" ogniqualvolta "una diversa valutazione della prova dichiarativa conduca ad un risultato peggiorativo nei confronti dell'imputato"; per ammissione esplicita delle stesse Sezioni Unite tale interpretazione discende proprio dal quel criterio generalissimo e "non tanto e non solo dalla necessità di un'interpretazione adeguatrice rispetto ai principi della CEDU" (così la sentenza Patalano). Ebbene, se le Sezioni Unite utilizzando una norma codicistica, quindi di legge ordinaria, quale è quella del ragionevole dubbio, sia pure ritenuta riconducibile al principio costituzionale della presunzione di innocenza, sono pervenute ad un risultato interpretativo che ha destrutturato anche il rito abbreviato, è necessario approfondire la fonte convenzionale che ha un valore sub-costituzionale ma sovra-legislativo, come ha insegnato la Corte costituzionale, e che quindi è l'unica che consente di piegare il dato normativo interno verso significati diversi da quelli originariamente prefigurati dal legislatore nazionale, per verificare se essa imponga una soluzione interpretativa delle norme del nostro codice che tenga conto della necessità di tutela della persona offesa.

A tal fine è necessario esaminare testualmente il principio che la Corte di Strasburgo ha affermato con una serie di pronunce omogenee sopra richiamate: "Se una Corte d'Appello è chiamata esaminare un caso in fatto e in diritto e a compiere una valutazione completa della questione della colpevolezza o dell'innocenza del ricorrente, essa non può, per una questione di equo processo, determinare correttamente tali questioni senza una valutazione diretta delle prove ... La Corte ritiene che coloro che hanno la responsabilità di decidere la colpevolezza o l'innocenza di un imputato dovrebbero, in linea di massima, poter udire i testimoni personalmente e valutare la loro attendibilità. La valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate". Si tratta di un principio che, nella sua semplicità e linearità, si adatta a qualsiasi processo indipendentemente dal suo esito decisorio.

Da subito nella giurisprudenza di legittimità era stata individuata una significativa intersezione fra l'obbligo di motivazione rafforzata e quello di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale secondo i canoni dettati dalla Corte EDU. Il principio della motivazione rafforzata deve essere ricordato con quello di immediatezza, che si può anche esprimere, nel rapporto tra giudici dei diversi gradi di giudizio, nel senso che il secondo giudice non può giudicare sulla base di un compendio probatorio non equiparabile a quello del primo giudice. La fonte dell'iniquità nel caso dell'overturning deve essere rinvenuto nella inaffidabilità delle decisioni di riforma che si fondi sull'analisi di un compendio probatorio deprivato rispetto a quello disponibile in primo grado, cioè caratterizzato dalla mancata percezione diretta della testimonianza.

Va ricordato, poi, che il diritto "all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere" è

ritenuto – dalla stessa Corte costituzionale – “uno degli aspetti essenziali del modello processuale accusatorio, espresso dal vigente codice di procedura penale”: “La ratio della rinnovazione della prova dichiarativa – garantita all’imputato dall’art. 111 Cost., comma 3, – si fonda sull’opportunità di mantenere un rapporto diretto tra giudice e prova, non assicurato dalla mera lettura dei verbali: vale a dire la diretta percezione, da parte del giudice deliberante, della prova nel momento della sua formazione, così da poterne cogliere tutti i connotati espressivi, anche non verbali, prodotti dal metodo dialettico dell’esame e del controesame, che possono rivelarsi utili nel giudizio di attendibilità del risultato probatorio” (Corte cost. ord. n. 205 del 2010).

Come sopra è già stato posto in rilievo, non si può ritenere che il principio dell’oltre ogni ragionevole dubbio assorba quello della motivazione rafforzata, ma al contrario sia quest’ultimo, alimentato dal principio di immediatezza, che assorbe quel principio. La stessa Corte di Strasburgo conosce e utilizza la regola della prova al di là di ogni ragionevole dubbio proprio al fine di stabilire i requisiti minimi dell’obbligo di motivazione delle sentenze che l’equo processo pone in capo ai giudici, in assonanza con il concetto di motivazione rafforzata elaborato dalla giurisprudenza italiana: la portata dell’obbligo dipende dalla natura della decisione e dalle circostanze di ogni singolo caso (v. caso *Ajdaric c. Crozia* del 13/12/2011). D’altro canto, lo statuto convenzionale della rinnovazione istruttoria in appello non è rigido, ma va valutato, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, nel complesso del singolo procedimento: la violazione dell’art. 6 CEDU non sussiste – come ha riconosciuto la Corte nel recente caso *Kashlev c. Estonia*, 26 aprile 2016 – quando la rinnovazione non si è tenuta ma l’ordinamento comunque assicura adeguate garanzie contro arbitrarie o irragionevoli valutazioni della prova o ricostruzioni dei fatti (p. 50), come l’obbligo per il giudice di appello di esporre una motivazione particolarmente approfondita sulle ragioni del mutato apprezzamento delle risultanze processuali, con l’evidenza degli errori compiuti dal giudice di primo grado, e la previsione di un controllo sul rispetto di quell’obbligo (p. 51) (Sulla necessità di valutazione della “complessiva equità del processo” si è espressa anche la Grande Camera: *Schtschaschwili c. Germania* del 15 dicembre 2015).

Del resto, a conferma dell’assorbimento della regola “oltre ogni ragionevole dubbio” nell’ambito della motivazione rafforzata raccordata con il principio di immediatezza, deve essere evidenziato che il rispetto del principio della motivazione rafforzata può condurre anche a conseguenze più favorevoli per l’imputato rispetto all’applicazione del principio di rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale basato soltanto sul ragionevole dubbio.

Infatti, l’adempimento dell’obbligo da parte del giudice di appello di rinnovare l’istruttoria dibattimentale per assumere nuovamente un prova dichiarativa ritenuta decisiva, non deve indurre alla convinzione che in tal modo lo stesso giudice possa ritenere che la sua sentenza sarà immune da censure sotto il profilo della necessità di motivazione rafforzata. Il controllo della Corte di cassazione rimarrà comunque fermo, non solo sulla effettiva decisività della prova in tal modo assunta nell’ambito della struttura motivazionale del giudice di appello, ma anche sulla tenuta motivazionale complessiva della sentenza dello stesso giudice rispetto alla motivazione del giudice di primo grado, rimanendo immutato il dovere del secondo giudice “di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato”. Quanto ora chiarito ha rilevanza in ordine all’esito decisorio del ricorso per cassazione, nel caso di accoglimento del motivo concernente proprio la violazione dell’obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva. Infatti la violazione di quell’obbligo dovrebbe condurre all’annullamento con rinvio della sentenza impugnata al fine di procedere alla rinnovazione imposta dai principi di legalità convenzionale, ma la decisione della Corte di cassazione potrebbe essere anche di annullamento senza rinvio, nel caso in cui lo stesso giudice non abbia argomentato su tutti i passaggi motivazionali del primo giudice e su tutti i risultati probatori dallo stesso utilizzati, in modo da rendere inutile un rinvio, non potendo la semplice rinnovazione della prova testimoniale, pur ritenuta decisiva dal secondo giudice, condurre ad un risultato decisorio diverso da quello già adottato dal primo giudice il cui percorso argomentativo non risulterebbe comunque scalfito in maniera determinante (v. in tal senso: Sez. 2, n. 1673 del 18/10/2016 – dep. 13/01/2017, P.G. in proc. *Chan Mei Yu* e altro, Berlusconi e altri).

11. In definitiva, è iniquo l’*overtturnig* che sia basato su compendi probatori “deprivati” rispetto a quelli utilizzati dal primo giudice e tale iniquità non ha ragione di escludersi in rapporto ai differenti esiti decisorii. Questa interpretazione è conforme a quella che la Corte EDU dà dell’art. 6 della Convenzione sul giusto processo. Infatti, da ultimo (*Ben Moumen c. Italia* del 23/06/2016) la stessa Corte ha

ricordato che “nell’esaminare un motivo di ricorso relativo all’articolo 6, la Corte deve in sostanza determinare se il procedimento penale abbia rivestito un carattere equo (si veda, tra molte altre, Taxquet c. Belgio (GC), n. 926/05, p. 84, CEDU 2010).

Per farlo, essa considera il procedimento nell’insieme e verifica se siano stati rispettati non soltanto i diritti della difesa ma anche l’interesse del pubblico e delle vittime a che gli autori del reato siano debitamente perseguiti (Gafgen c. Germania (GC), n. 22978/05, p. 175, CEDU 2010) e, se necessario, dei diritti dei testimoni (si vedano, tra moltissime altre sentenze, Doorson c. Paesi Bassi, 26 marzo 1996, p. 70, Recueil des arrêts et décisions 1996-11, e Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito (GC), nn. 26766/05 e 22228/06, p. 118, CEDU 2011). La Corte rammenta anche in questo contesto che la ricevibilità delle prove è regolata dalle norme di diritto interno ed è di competenza dei giudici nazionali, e che il suo unico compito consiste nel determinare se il procedimento sia stato equo (GMgen, sopra citata, p. 162, con i riferimenti ivi citati)”.

Del resto, nell’ambito delle decisioni della Corte Europea si assiste ad una sempre maggior tutela della parte civile: si veda in particolare la sentenza Alikaj e altri contro Italia del 29/03/2011, relativa ad un caso di dichiarata prescrizione del reato contestato a un membro della polizia che aveva ucciso una persona nel corso di un inseguimento dopo la fuga a seguito di un controllo stradale, la quale ha ritenuto che il sistema penale, così come era stato applicato nella fattispecie, non poteva generare alcuna forza dissuasiva idonea ad assicurare la prevenzione efficace di atti illeciti come quelli denunciati dai ricorrenti, parti civili nel processo penale, e che l’esito della procedura penale controversa non aveva offerto una adeguata riparazione della offesa arrecata al valore sancito dall’art. 2 della Convenzione; si vedano ancora le sentenze nei caso Beganovic c. Croazia del 25/06/2009 e Kosteckas c. Lituania del 13/06/2017, che hanno ritenuto equiparabile ad un trattamento disumano e degradante, con conseguente violazione dell’art. 3 della Convenzione EDU, il fatto che il sistema giudiziario, pur quando la vittima sia stata risarcita in sede civile, non aveva portato, per prescrizione dell’azione penale, alla punizione in sede penale dei colpevoli dell’atto criminoso. In tal modo, la corte EDU mostra di concepire la costituzione di parte civile non soltanto nell’interesse della parte lesa, ma anche nell’interesse pubblico della difesa sociale preventiva e repressiva contro il delitto e strumento per attenuare l’allarme sociale e soddisfare il desiderio di giustizia delle vittime. È stato esattamente osservato in dottrina che non avrebbe senso dar vita ad un “giusto” mezzo per raggiungere un “ingiusto” fine e, quindi, è evidente che l’attributo costituzionalmente e convenzionalmente imposto trova una sua chiave di lettura persuasiva solo ove ricordato alla “equità” della decisione.

12. Deve essere a questo punto evidenziata, a ulteriore conforto delle conclusioni interpretative alle quali si perviene, la sempre maggiore importanza che assume la persona offesa nel nostro sistema processuale.

Già nella impostazione originaria del codice di procedura penale la persona offesa era disciplinata nel Titolo VI del Libro I quale autonomo soggetto processuale. La collocazione della persona offesa tra i soggetti costituisce una significativa novità del nuovo codice di rito, che supera in tal modo l’impostazione del codice del 1930, nel quale la persona offesa non aveva alcun diritto nel procedimento.

Sebbene alla persona offesa non possa essere attribuita la qualifica di parte processuale (come si argomenta dagli artt. 100 e 101), le veniva riconosciuta una posizione processuale caratterizzata da una serie di diritti e di facoltà, particolarmente incisivi nella fase delle indagini preliminari (artt. 360, 366, 369, 398, 401, 406, 410 e 413 c.p.p.) e che si completava e si sviluppava nei momenti processuali successivi (artt. 419, 429, 451, 456, 458, 465, 519 e 560 c.p.p.) nella prospettiva della costituzione di parte civile, fino a risultare quasi riassorbita nell’attività esperibile da quest’ultima, ma conservando comunque una sia pur limitata autonomia (art. 572 c.p.p.), con ciò confermandosi il suo ruolo non caratterizzato in modo esclusivo dalla tutela dell’interesse al risarcimento del danno. Nell’ambito di tale quadro normativo era stata letta la disposizione dell’art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c), che prevede a pena di nullità la citazione a giudizio della persona offesa: essa è finalizzata a consentire alla stessa persona offesa quei diritti e quelle facoltà che sono previsti dal codice di rito.

In considerazione di tale finalità, si tratta di nullità che non può essere eccepita da chi non ha interesse all’osservanza della disposizione violata (art. 182 c.p.p.), diverso essendo l’interesse, facente capo ad altri soggetti processuali, all’esame della persona offesa come teste, interesse tutelato da altre norme (art. 468 c.p.p.) che è onere di quei soggetti utilizzare (Sez. 2, n. 5259 del 13 dicembre 2005, dep. 10 febbraio 2006).

Con riferimento ai successivi interventi normativi in attuazione della direttiva 2012/29/UE (D.Lgs.

15 dicembre 2015, n. 212, cui ha fatto seguito la sopraggiunta L. 23 giugno 2017, n. 103) è stato significativamente osservato che essi hanno contribuito a ridefinire il volto del processo, che presenta, ora, una inedita dimensione triadica, che riconosce alla vittima del reato la figura di soggetto processuale con ampi diritti di partecipazione, di conoscenza dello sviluppo della progressione processuale e di tutela in sede penale dei propri diritti fondamentali; in tal modo si realizza, nell'ambito del processo penale, una significativa convergenza tra l'interesse collettivo al perseguimento degli autori di reato e l'interesse individuale della vittima all'accertamento della responsabilità.

La testimonianza è indubbiamente una forma di partecipazione della persona offesa al processo penale, che si connota, peraltro, di una duplice finalità, in quanto non solo con essa la persona offesa si serve del processo penale per ottenere giustizia, ma essa serve anche al processo penale per realizzare l'interesse pubblico generale all'accertamento della verità. Al tempo della riforma del codice di procedura penale si era posto il problema della incompatibilità della persona offesa costituita parte civile ad assumere l'ufficio di testimone, in quanto portatore nel processo di un interesse personale, ma tale incompatibilità venne esclusa, poiché la rinuncia al contributo probatorio della parte civile fu ritenuta "un sacrificio troppo grande nella ricerca della verità processuale" (Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale). In tal senso, la Corte costituzionale ha ribadito "la preminenza dell'interesse pubblico all'accertamento dei reati", pur affermando – affermazione condivisa dalla costante giurisprudenza della Corte di cassazione – che "la deposizione della persona offesa dal reato, costituita parte civile, deve essere valutata dal giudice con prudente apprezzamento e spirito critico" (Corte cost. n. 115 del 1992).

13. È necessario, peraltro, precisare, analogamente a ciò che ha ritenuto la sentenza Patalano, che quanto esposto vale tuttavia nei casi in cui si possa effettivamente parlare di differente "valutazione" del significato della prova dichiarativa: non perciò quando emerga che la lettura della prova sia affetta da errore "revocatorio", per omissione, invenzione o falsificazione.

14. In conclusione, la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio alla Corte di Appello di Reggio Calabria, che dovrà rivalutare totalmente il compendio probatorio facendo applicazione corretta delle regole della logica e, in caso di decisione difforme da quella del primo giudice, facendo applicazione, altresì, dei principi di diritto sopra esposti in tema di motivazione rafforzata, nonché del seguente principio di diritto: l'art. 603 c.p.p., comma 3, in applicazione dell'art. 6 CEDU deve essere interpretato nel senso che il giudice di appello per pronunciare sentenza di assoluzione in riforma della condanna del primo giudice deve previamente rinnovare la prova testimoniale della persona offesa, allorché, costituendo prova decisiva, intenda valutarne diversamente la attendibilità, a meno che tale prova risulti travisata per omissione, invenzione o falsificazione.

15. Alla regolamentazione delle spese tra le parti private provvederà il giudice di rinvio anche per quanto riguarda il presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata e rinvia per nuovo giudizio alla Corte di appello di Reggio Calabria, che provvederà al regolamento delle spese tra le parti anche con riferimento al presente grado di giudizio.

[*Omissis*]

NATALIA ROMBI

Ricercatrice confermata di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Udine

La riforma di una sentenza di condanna esige la rinnovazione della prova dichiarativa in appello?

Reforming a sentence of conviction requires the renewal of the trial evidentiary hearing in appeal?

A pochi mesi dall'intervento normativo con cui il legislatore ha chiarito che l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione probatoria sussiste solo nei casi in cui il giudice d'appello riformi una sentenza di proscioglimento, la Cassazione estende tale obbligo anche all'ipotesi inversa.

La pronuncia fornisce l'occasione per soffermarsi sulla *ratio* dell'istituto e per verificare se la necessità di adeguarsi ai principi sovranazionali giustifichi o meno una tale soluzione.

Just a few months after the law clarifying that the renewal of the trial evidence in appeal is required only when the judge of appeal is reforming a sentence of acquittal, the Supreme Court of Cassation extends this obligation to the reverse hypothesis.

The sentence provides an opportunity to focus on the purpose of the institution and to check whether the need to adapt to supranational principles justifies or not such a solution.

PREMESSA

A pochi mesi di distanza dall'intervento normativo con il quale il legislatore ha definitivamente sancito l'obbligo per il giudice di *seconde cure* di rinnovare l'istruzione probatoria nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa¹, il tema della prova in appello torna all'attenzione della giurisprudenza.

Questa volta la Cassazione è chiamata a stabilire se l'obbligo di rinnovazione, al fine di procedere alla riassunzione della prova dichiarativa, sussista anche nel caso di riforma, in senso assolutorio, di una sentenza di condanna².

Il caso prende le mosse da una decisione che, in riforma di una sentenza di condanna, ha assolto

¹ Ci si riferisce all'inserimento nell'art. 603 c.p.p. di un nuovo comma 3-bis (art. 1, comma 58, l. 23 giugno 2017, n. 103) in forza del quale «Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale». (v. M. Ceresa Gastaldo, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 maggio 2017, p. 5, il quale, peraltro, dubita della utilità di un congegno di rinnovazione generale e automatica, ritenendo sufficiente lo strumento offerto dall'attuale istituto disciplinato dall'art. 603 c.p.p., eventualmente interpretato alla luce dei principi convenzionali; di diverso avviso M. Daniele, *Norme procedurali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass., pen.*, 2015, p. 1702 secondo cui la rinnovazione deve abbracciare ogni prova utile per decidere, non solo quella decisiva). Per un'analisi delle tappe della riforma si veda M. Bargis, *Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazione nel recente d.d.l. Governativo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24 febbraio 2015 nonché Ead., *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei Deputati*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 19 ottobre 2015.

² Si segnala che con provvedimento n. 41219 del 10 ottobre 2017, la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite, le quali all'esito dell'udienza di trattazione, svoltasi il 21 dicembre 2017, hanno affermato che nell'ipotesi di riforma in senso assolutorio di una sentenza di condanna, il giudice non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive, salvo naturalmente il dovere di fornire una motivazione adeguata e puntuale della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado. Sul punto v. H. Belluta, *Oltre Dasgupta o contro Dasgupta? Alle Sezioni Unite decidere se la rinnovazione è obbligatoria anche in caso di overturning da condanna a proscioglimento*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 19 ottobre 2017.

l'imputato, ritenendo che il fatto non costituisse reato, contraddittoria essendo la prova della sussistenza dell'elemento soggettivo.

Nello specifico, il giudice d'appello è pervenuto a tale conclusione, muovendo da una rivalutazione 'cartolare' delle dichiarazioni delle persone offese, ritenute intrinsecamente non attendibili in ragione delle 'ricostruzioni alternative possibili' contenute nella sentenza del giudice di primo grado e dell'assenza di 'specifici riscontri' quanto al dolo richiesto per il reato contestato.

La Corte di cassazione, nell'accogliere il ricorso presentato dal procuratore generale ha, in primo luogo, ricordato che in caso di totale riforma della sentenza di primo grado la motivazione del secondo provvedimento deve essere particolarmente accurata.

Il giudice non può, dunque, limitarsi alla 'critica' della prima decisione, ma deve dimostrare l'incompletezza o la non correttezza ovvero l'incongruenza delle relative argomentazioni «con rigorosa e penetrante analisi critica, seguita da corretta completa e convincente motivazione, che sovrapponendosi a tutto campo a quella del primo giudice, senza lasciare spazio alcuno, dia ragione delle scelte operate e del privilegio accordato ad elementi di prova diversi o diversamente valutati»³.

Inoltre, al fine di poter fornire un adeguato riscontro del diverso convincimento raggiunto, il giudice deve procedere ad una «valutazione unitaria della prova», prendendo in considerazione tutti gli elementi processualmente emersi, da porre vicendevolmente in rapporto, non potendo gli stessi essere considerati in modo atomistico⁴.

Si tratta di principi acquisiti in giurisprudenza, la cui violazione giustificava di per sé l'annullamento della sentenza impugnata.

Ma per la Cassazione a rendere viziata la motivazione è soprattutto la mancata riassunzione della prova dichiarativa.

La seconda Sezione aderisce dunque a quell'orientamento minoritario⁵, secondo il quale il giudice dell'appello deve sempre procedere alla riescussione delle fonti dichiarative qualora la diversa valutazione di tali prove giustifichi l'integrale riforma della decisione di primo grado, ciò indipendentemente dall'esito del giudizio e, dunque, anche quando la sentenza sia riformata in senso più favorevole per l'imputato.

Diversamente, si legge nel testo della sentenza, «occorrerebbe dimostrare che l'assoluzione in primo grado è una decisione dotata di forza superiore e che solo essa, per questo esclusivo motivo, merita un più affidabile *standard* probatorio in caso di integrale riforma in appello».

In ogni caso, secondo la Cassazione, l'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa decisiva ai fini dell'*overturning* discenderebbe e dalla necessità di adeguarsi agli insegnamenti della Corte di Strasburgo e dalla necessità di assecondare quella progressiva valorizzazione del ruolo della vittima nel processo tanto perseguita dal legislatore dell'Unione, oltre che dal giudice convenzionale.

La decisione non è condivisibile e le ragioni addotte a sostegno della stessa non paiono convincenti.

L'OBBLIGO DI RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA IN APPELLO

Nel nostro sistema, l'appello è stato modulato come un giudizio cartolare, coerentemente con la sua natura di mezzo di controllo della decisione emessa in primo grado⁶.

³Così Cass., sez. III, 13 luglio 2016, n. 7369, in *CED Cass.*, n. 269321; conformi: Cass., sez. un., 20 settembre 2005, n. 33748, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3732; Cass., sez. II, 3 aprile 2003, n. 15756, in *CED Cass.*, n. 225564; Cass., sez. II, 12 dicembre 2002, n. 15756, in *CED Cass.*, n. 225564; Cass., sez. I, 16 dicembre 1994, n. 1381, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 156.

⁴Sul punto v. Cass., sez. II, 20 maggio 2010, n. 33578, in *CED Cass.*, n. 248128 nonché Cass., sez. un., 4 febbraio 1992, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2662.

⁵Vedi Cass., sez. II, 18 novembre 2014, in *CED Cass.*, n. 261327; Cass., sez. III, 23 luglio 2014, Bari, con nota di C. Scaccianoce, *Ancora in tema di rinnovazione della prova orale in appello*, in *www.archiviopenale.it* (3/2014 rivista web); Cass., sez. II, 24 aprile 2014, n. 32691, Pipino, in *Giur. it.*, 2014, p. 2590 con nota di G. Spangher, *Riforma in appello (proscioglimento vs. condanna) e principio di immediatezza*.

⁶Sul punto v., tra i tanti, M. Bargis, *Impugnazioni*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, 2016, p. 841; M. Menna, *Il giudizio d'appello*, Napoli, ESI, 1995, p. 112; F. Peroni, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio di appello*, Padova, Cedam, 1995, p. 182. Propendono per una diversa configurazione dell'appello, quale nuovo giudizio nel merito: G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 667; G. Spangher, *Appunti per un ripensamento del giudizio di appello*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 623. Per una disamina complessiva dell'istituto e per ulteriori riferimenti bibliografici v., D. Chinnici, *Appello (evoluzione)*, in *Dig. pen.*, VII Agg., Torino, Utet, 2014.

Il giudice d'appello può, però, riformare in modo integrale la decisione emessa all'esito del processo di primo grado e, in tale caso, egli dismette le vesti di controllore per assumere quelle di nuovo giudice⁷.

Si è cominciato a dubitare della bontà di un modello di giudizio che consenta l'*overturning* senza che sia necessario riassumere alcuna prova, soprattutto nei casi in cui, all'esito del giudizio d'appello, il proscioglimento sia sostituito da una condanna.

In questa ipotesi l'imputato si vede, infatti, preclusa la possibilità di una rivalutazione nel merito del giudizio di condanna, e ciò di per sé esigerebbe un maggior rigore nell'acquisizione e nella valutazione delle prove.

In considerazione di ciò la giurisprudenza⁸, anche alla luce degli orientamenti della Corte di Strasburgo in tema di condanne cartolari⁹, ha cominciato a ritenere che il giudice d'appello non possa, in questi casi, limitarsi a una mera rivalutazione *ex actis* delle prove dichiarative assunte da altri, ma debba procedere alla riassunzione di tali elementi probatori, onde garantire una maggiore ponderazione della decisione¹⁰.

Evidente la *ratio* sottesa all'onere di rinnovazione: garantire l'imputato da qualsiasi effetto pregiudizievole che possa provenirgli da una diversa valutazione di una prova dichiarativa non nuovamente assunta nel giudizio di impugnazione¹¹.

Ma il fondamento di tale obbligo va ricercato soprattutto nella peculiare situazione processuale, in cui viene a trovarsi il giudice d'appello investito della cognizione di una sentenza di assoluzione, non assimilabile a quella in cui lo stesso versa quando l'impugnazione ha ad oggetto una sentenza di condanna.

Esiste, infatti, un'intima connessione tra riforma della sentenza di proscioglimento e rinnovazione della prova in appello¹².

E non perché la sentenza di assoluzione sia dotata di una forza superiore rispetto a quella di condanna, piuttosto perché le regole che governano l'attività di giudizio, quando oggetto di riforma sia una sentenza di proscioglimento, sono diverse da quelle che operano nel caso di riforma di una sentenza di condanna.

È sufficiente ricordare, con la più attenta dottrina, che «mentre la conversione di una condanna in

⁷ V. E. Fassone, *L'appello: un'ambiguità da sciogliere*, in *Questioni Giustizia*, 1991, p. 623; A. Nappi, *Il nuovo processo penale: un'ipotesi di aggiornamento del giudizio di primo grado*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 974.

⁸ Sul punto vedi *Cass.*, sez. un., 30 ottobre 2003, n. 45276, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, p. 59 che si sofferma sulla necessità di «ristrutturare sapientemente il giudizio secondo cadenze e modalità che precludano [al giudice d'appello] (che di regola rimane estraneo alla formazione dialettica della prova), di ribaltare il costruito logico della decisione di proscioglimento dell'imputato, all'esito di una mera rilettura delle carte del processo e di un contraddittorio dibattimentale *ex actis*». Si deve segnalare che anche in precedenza la Cassazione aveva manifestato il suo sfavore per la possibilità di ribaltare la sentenza di primo grado, imponendo al giudice d'appello un obbligo di motivazione rafforzata, non potendo il giudice limitarsi ad indicare una alternativa ricostruzione del fatto ed essendo invece tenuto a confrontarsi con gli argomenti addotti a sostegno della prima decisione, al fine di evidenziarne l'eventuale incongruenza e fornire una lettura del materiale probatorio scevra da ogni possibilità di dubbio (così *Cass.*, sez. I, 16 dicembre 1994, n. 1381, cit.; *Cass.*, sez. I, 27 giugno 1995, n. 8009, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 281). L'orientamento è ribadito da *Cass.*, sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, cit., nonché da *Cass.*, sez. VI, 20 aprile 2005, n. 6221, in *CED Cass.*, n. 233083.

⁹ L'orientamento è stato inaugurato da Corte e.d.u., 18 agosto 2004, *Destrehem c. Francia* (che però si è occupata del caso in cui era stato l'imputato a richiedere la rinnovazione della prova testimoniale); successivamente v. Corte e.d.u., 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*, con nota di A. Gaito, *Verso una crisi evolutiva del giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *www.archiviopenale.it* (1/2012 rivista web); v. anche V. Aiuti, *L'art. 603 c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un casebook*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1002; Corte e.d.u., 8 luglio 2013, *Manolachi c. Romania*; Corte e.d.u., 4 settembre 2013, *Hanu c. Romania*. Per un'analisi del panorama giurisprudenziale europeo si rinvia a S. Tesoriero, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, p. 239; S. Recchione, *La rivalutazione in appello della testimonianza "cartolare": la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

¹⁰ V., tra le altre *Cass.*, sez. VI, 26 ottobre 2011, n. 4996, in *CED Cass.*, n. 251782; *Cass.*, sez. un., 30 ottobre 2003, n. 45276, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, p. 59. In dottrina C. Scaccianoce, *Una ventata di «legalità probatoria» nel giudizio di seconda istanza*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, p. 1.

¹¹ Non a caso recentemente la Cassazione ha ritenuto che l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria operi anche nei casi di *reformatio in peius* parziale (*Cass.*, sez. II, 17 maggio 2017, *Salute e altri*, in *www.archiviopenale.it* (3/2017 rivista web) con nota di G. Caneschi, *Rinnovazione istruttoria anche in caso di reformatio in peius parziale: l'inarrestabile metamorfosi del giudizio di appello*.

¹² L. Parlato, *Ribaltamento della sentenza in appello: occorre rinnovare la prova anche per la riforma di una condanna?*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, p. 331 parla di naturale vocazione del principio a valere «elettivamente nei casi di modifica *in peius* dell'esito assolutorio»; mentre S. Tesoriero, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, cit., p. 246 afferma che il diritto all'immediatezza «sembra "sorgere" dalla emanazione di una sentenza di assoluzione e si giustificerebbe nella prospettiva del ribaltamento della decisione sulla responsabilità dell'imputato».

assoluzione può realizzarsi con un'attività essenzialmente demolitiva, la conversione di un'assoluzione in condanna implica un'attività costruttiva per la quale è più che mai importante il rapporto diretto con le fonti di prova»¹³.

Più in generale, i percorsi logici che conducono il giudice alla condanna e al proscioglimento, in primo come in secondo grado, non sono esattamente speculari e non esigono il medesimo *standard* probatorio.

È quasi banale osservare che, in astratto, per assolvere non occorrono neppure prove, mentre per condannare sono necessari elementi probatori i quali, in ossequio al principio sancito nell'art. 533 comma 1 c.p.p., corollario della presunzione di non colpevolezza, devono possedere una tale consistenza da consentire al giudice di superare ogni ragionevole dubbio.

Quando poi la prima condanna interviene in secondo grado, il giudice dell'appello deve fare i conti anche con la sentenza liberatoria pronunciata dal primo giudice, la quale non è di per sé una decisione di forza superiore rispetto a quella di condanna, ma confermando ciò che l'ordinamento presume, ossia la non colpevolezza dell'imputato, impone al giudice maggiori cautele valutative.

Una vicenda processuale che, in primo grado, si è conclusa con l'assoluzione, infatti, «ha in sé un nocciolo di "incertezza" che mal configura una futura eventuale condanna»¹⁴.

In questo caso il giudice non può limitarsi ad un riesame e controllo del valore degli elementi probatori; non è, infatti, sufficiente, per pervenire ad una corretta statuizione, un'attività di matrice cognitivo-confutatoria.

Egli deve procedere ad una ricostruzione integrale del fatto e, se il nuovo accertamento ha ad oggetto ogni profilo concernente la responsabilità, al giudizio d'appello va esteso lo statuto cognitivo tipico del primo grado e, dunque, i principi del contraddittorio-immediatezza nell'assunzione della prova¹⁵.

Dunque, fermo restando l'obbligo di motivazione rafforzata che sempre grava sul giudice in caso di riforma integrale della sentenza di primo grado¹⁶, quando questi intende ribaltare un esito assolutorio deve anche riassumere la prova dichiarativa, ove l'attendibilità della stessa risulti determinante per l'esito del giudizio.

Tale principio è stato recepito anche dalle Sezioni Unite¹⁷, le quali hanno successivamente ritenuto che esso debba trovare applicazione anche nei casi di riforma di una sentenza di assoluzione emessa all'esito di un rito a prova contratta¹⁸.

In effetti, questa garanzia interviene anche a controbilanciare il rischio della prima condanna in appello, e tale rischio esiste qualunque sia la natura del procedimento.

Il supremo Collegio ha, invece, escluso la sussistenza di un obbligo di rinnovazione in caso di riforma della sentenza di condanna in senso assolutorio, in quanto non viene in questione il principio del ragionevole dubbio, ferma naturalmente l'esigenza, anche nei casi di riforma *in melius*, di strutturare la

¹³ Così P. Ferrua, *Carenze ed eccessi di garanzia nel diritto di difesa dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 549; v. anche G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2007, p. 660; v., anche G. Ciani, *Il doppio grado di giudizio: ambiti e limiti*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1338 nonché A. Nappi, *Adeguamenti necessari per il sistema delle impugnazioni*, in C. Nunziata (a cura di), *Principio, accusatorio, impugnazioni, ragionevole durata del processo*, in *Dir. giust.*, 2004, suppl. fasc. 29, p. 151 il quale rileva che «mentre per giustificare la trasformazione di una condanna in assoluzione è sufficiente inficiare anche una soltanto delle prove che sorreggono la costruzione dell'accusa, per poter trasformare una sentenza di assoluzione in una sentenza di condanna occorre che si ricostruisca *ex novo* l'impianto accusatorio. E quindi la trasformazione di una condanna in assoluzione può conseguire anche al mero controllo della correttezza della decisione impugnata, mentre la trasformazione di una assoluzione in condanna richiede un nuovo accertamento del fatto».

¹⁴ Così A. De Caro, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, in A. Gaito (a cura di) *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, Torino, Utet, 2006, p. 24.

¹⁵ Sul punto v. S. Tesoriero, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, cit., p. 263.

¹⁶ Così Cass., sez. IV, 30 gennaio 2017, n. 4222, in *CED Cass.*, n. 268948; Cass., sez. III, 14 febbraio 2017, n. 6880, in *CED Cass.*, n. 269523; Cass., sez. II, 3 dicembre 2014, n. 50643, in *Arch. n. proc. pen.*, 2015, 2, p. 137; Cass., sez. VI, 14 gennaio 2014, n. 1253, in *CED Cass.*, n. 258005; Cass., sez. VI, 22 novembre 2013, n. 46742, in *CED Cass.*, n. 257332.

¹⁷ Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 2259, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3203. Per un commento alla sentenza v. E. Lorenzetto, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 Cedu): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 5 ottobre 2016; v., altresì, Cisterna, *Le Sezioni unite sul principio di oralità ed overturning dell'assoluzione in grado d'appello fondato sulla rivalutazione della prova dichiarativa*, in *www.archiviopenale.it* (n. 2/2016 rivista web) p. 4; nonché R. Aprati, *L'effettività della tutela dei diritti dell'uomo: le Sezioni unite aggiungono un tassello*, in *www.archiviopenale.it* (2/2016 rivista web).

¹⁸ Cass., sez. un., 14 aprile 2017, n. 18620, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 5, p. 799.

motivazione della decisione in maniera rafforzata, in modo da fornire puntuale giustificazione delle difformi conclusioni raggiunte.

Tale impostazione è stata, da ultimo, fatta propria dal legislatore che ha modificato l'art. 603 c.p.p. in modo da sottrarre al giudice ogni vaglio sulla "assoluta necessità" di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel solo caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa.

Continua, dunque, a prevalere, anche nelle intenzioni del legislatore, una logica di eccezionalità in tema di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello. Il che conferma che la soluzione che privilegia l'immediatezza non può essere estesa *hic et nunc* ai casi di riforma *in melius*.

Alla luce di quanto esposto pare difficile condividere l'impostazione della Cassazione anche perché, ove sussista la necessità irrobustire il dovere motivazionale, il giudice può sempre ricorrere ai suoi poteri ufficiosi.

Gli snodi decisionali previsti dall'art. 603 c.p.p., dai quali dipendono le diverse ipotesi di rinnovazione istruttoria, consentono già di adattare la sfera applicativa dell'istituto, fornendo al giudice gli strumenti per onorare, ove necessario, l'obbligo di motivazione rafforzata senza che sia necessario irrigidire il sistema, individuando una ulteriore ipotesi in cui la rinnovazione dell'istruzione è obbligatoria.

Tra l'altro, a seguire l'impostazione della Cassazione, vi è il rischio di assecondare una vera e propria metamorfosi dell'appello che, da giudizio critico sulla decisione impugnata, finirebbe per assumere sempre più le forme di una riedizione del primo grado¹⁹.

L'ADEGUAMENTO AI PRINCIPI SOVRANAZIONALI E L'ESTENSIONE DELL'OBBLIGO DI RINNOVAZIONE AI CASI DI RIFORMA DELLA SENTENZA DI CONDANNA

Resta da chiarire, però, se questa metamorfosi non sia ineludibile per adeguarsi ai principi espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Si è detto del filone giurisprudenziale di matrice europea che, a tutela del principio di immediatezza e più in generale dei canoni di equità processuale di cui all'art. 6 § 3 C.e.d.u., ha affermato l'obbligo, per il giudice dell'impugnazione che dissenta dalla valutazione di una prova dichiarativa operata nel giudizio di primo grado, di riascoltare la fonte per riformare la sentenza.

Tuttavia occorre intendersi sulla portata del principio espresso dal giudice sovranazionale: esso, infatti, non pare destinato a valere in modo assoluto²⁰.

Intanto, si tratta, di un canone che la Corte di Strasburgo ha elaborato per i casi di ribaltamento della decisione di proscioglimento²¹, il quale si applica esclusivamente alla prova dichiarativa che rappresenti l'unico elemento a carico o, comunque, la prova determinante²².

¹⁹Anziché proseguire nella strada della generalizzazione della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, più convincente pare l'idea di ripensare sul piano funzionale il secondo grado di giudizio in modo da assegnare all'appello una funzione solo rescindente. Ad aderire a questa impostazione, l'accoglimento dell'impugnazione comporterebbe, non la riforma, ma l'annullamento della sentenza e il successivo svolgimento di un giudizio rescissorio (v. M. Bargis-H. Belluta, *Linee guida per una riforma dell'appello*, in M. Bargis-H. Belluta, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 283; F. Cordero, *Un'arma contro due*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 812; G. Illuminati, *Appello e processo accusatorio*, in A. Nuziata (a cura di) *Principio accusatorio, impugnazioni e ragionevole durata*, cit., p. 115; F. Peroni, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2001, p. 722).

²⁰In questo senso v. L. Parlato, *Ribaltamento della sentenza in appello: occorre rinnovare la prova anche per la riforma di una condanna?*, cit., p. 330.

²¹Sul punto vedi la dettagliata analisi di S. Tesoriero, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, cit., p. 242 ss., secondo il quale il cumulo dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo ritaglia «la sagoma dell'obbligo di rinnovazione della prova sul riesame dell'enunciato fattuale decisivo per la pronuncia sulla responsabilità, circoscrivendola alle ipotesi di ribaltamento della decisione ai danni dell'imputato» (p. 244), il che appare coerente considerato che «il ribaltamento di una decisione di condanna in assoluzione all'esito di un riesame "ai danni" della parte pubblica non potrebbe formare oggetto di un ricorso individuale alla Corte EDU» (nt. 19).

²²Il concetto di prova determinante, come è noto, matura in seno alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in relazione al valore delle dichiarazioni dei testimoni assenti al dibattimento (v. in particolare Corte e.d.u., 20 novembre 1989, *Kostovski c. Olanda*). Nel caso *Dan c. Moldavia*, la Corte si sofferma sul 'peso specifico' della prova nella piattaforma degli elementi della decisione, rilevando che il contributo dichiarativo non rinnovato costituiva la *main evidence* sulla quale si era determinato il giudizio nel caso concreto, mentre le altre prove avevano il carattere di *indirect evidence*. Si tratta di una categoria connotata da una vaghezza

Inoltre, per il giudice europeo, le valutazioni circa la necessità di acquisire prove dichiarative competono discrezionalmente ai giudici interni²³, sicché la mancata escussione di un teste può essere ritenuta iniqua solo in ipotesi eccezionali, e sempre che non sia stata compensata da altre garanzie²⁴ o tutele per l'accusato.

Anche nella prospettiva convenzionale, dunque, il principio, nonostante la sua portata generale, non ha valore incondizionato²⁵.

Ove il giudice di appello riesca comunque a dar conto nella motivazione degli errori del giudice di primo grado, e delle ragioni per cui la rivalutazione dei dati disponibili impone di giungere a considerazioni diverse, è esclusa una violazione della Convenzione.

In altri termini, la limitazione dell'immediatezza è considerata ammissibile dalla Corte europea, purché il giudice d'appello giustifichi il proprio alternativo ragionamento e argomenti la riforma della sentenza impugnata: in sostanza a condizione che il diverso apprezzamento delle prove dichiarative in appello sia supportato da una motivazione rafforzata²⁶.

Il sistema, all'occorrenza, dispone degli strumenti per adattarsi alla situazione concreta, senza che vi sia la necessità, per adeguarsi agli orientamenti del giudice sovranazionale, di prevedere un ulteriore caso in cui il giudice dell'appello abbia l'obbligo di rinnovare l'istruzione probatoria²⁷.

L'estensione dell'obbligo di rinnovazione, al fine di riassumere la prova dichiarativa, non pare trovare fondamento – come invece afferma la sentenza in esame – neppure nella necessità di assicurare una maggiore tutela alla parte privata, costituita parte civile, conformemente alla giurisprudenza della Corte europea.

Innanzitutto, non valgono a fondare tale obbligo, nella prospettiva della vittima, le fondamentali ragioni basate sulla presunzione di non colpevolezza come regola di giudizio²⁸, ma neppure i principi di oralità e immediatezza che rilevano per la Corte europea come presupposti di equità processuale e, quindi, in ultima analisi, come garanzie per l'imputato²⁹.

Del resto, anche ad invocare l'art. 2 della C.e.d.u. e, quindi, a far leva sul diritto ad una risposta giudiziaria appagante³⁰, non si riesce a trovare un solido fondamento all'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa anche nei casi di riforma *in melius*; tale disposizione ha, infatti, una limitata portata applicativa, riferendosi solo a precise situazioni e a reati gravi per i quali entri in gioco la tutela del bene della vita³¹.

La conclusione non muta se si guarda alle fonti dell'Unione europea che hanno progressivamente irrobustito la tutela della vittima nel processo, emancipandola dal ruolo marginale in cui era confinata³².

irriducibile, che va letta nella logica *fuzzy* tipica del giudizio della Corte di Strasburgo (P. Ferrua, *La prova nel processo penale: profili generali*, in P. Ferrua-E. Marzaduri-G. Spangher (a cura di), *La prova penale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 45).

²³ Tra le altre, Corte e.d.u., 9 aprile 2013, *Flueras c. Romania*; Corte e.d.u., 26 giugno 2012, *Gaitanaru c. Romania*. Sul punto v. A. Cabiale, *Verso un appello "convenzionalmente orientato": necessità di un nuovo esame testimoniale per condannare in seconde cure*, in *Dir. pen. proc., Speciale CEDU e ordinamento interno*, M. Gialuz-A. Marandola (a cura di), 2014, p. 48.

²⁴ Si tratta di orientamento (Corte e.d.u., 26 aprile 2016, *Kashlev c. Estonia*; nonché Corte e.d.u., 27 giugno 2017, *Chiper c. Romania*; Corte e.d.u., GC, 15 dicembre 2015, *Schatschatschwili c. Germania*; Corte e.d.u., 22 novembre 2012, *Tseber c. Repubblica Ceca*) noto anche alla Cassazione che, nella motivazione della sentenza in esame, afferma «lo statuto convenzionale della rinnovazione istruttoria in appello non è rigido, ma va valutato, secondo la giurisprudenza della Corte edu, nel complesso del singolo procedimento».

²⁵ V. P. Ferrua, *Le dichiarazioni dei testi assenti: criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 4, p. 395, il quale, sia pure in riferimento al momento della valutazione della prova, evidenzia l'impossibilità di ridurre le motivazioni della Corte di Strasburgo a «formule categoriche».

²⁶ Sul punto v. G. Caneschi, *Rinnovazione istruttoria anche in caso di reformatio in peius parziale: l'inarrestabile metamorfosi del giudizio d'appello*, cit., p. 8.

²⁷ Una indiretta conferma a tale impostazione proviene proprio dalla Corte di Strasburgo la quale in una recente sentenza (Corte e.d.u., 29 giugno 2017, *Lorefice c. Italia*) ha ritenuto l'Italia responsabile della violazione dell'art. 6 § 1 C.e.d.u., non in ragione di una carenza dell'ordinamento interno, ma per la mancata applicazione dello strumento che il codice di rito appresta, ossia per il mancato esercizio da parte del giudice dei poteri officiosi ex art. art. 603, comma 3, c.p.p.

²⁸ Così L. Parlato, *Ribaltamento della sentenza in appello: occorre rinnovare la prova anche per la riforma di una condanna*, cit., p. 339.

²⁹ Così A. Cabiale, *Verso un appello "convenzionalmente orientato"*, cit., p. 49.

³⁰ Sul punto v. Corte e.d.u., 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*; Corte e.d.u., GC, 20 novembre 2014, *Jaloud c. Paesi Bassi*.

³¹ Così L. Parlato, *Ribaltamento della sentenza in appello: occorre rinnovare la prova anche per la riforma di una condanna*, cit., p. 339.

³² Sul tema v. M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, Giappichelli, 2017.

Il legislatore europeo, dapprima con una decisione quadro³³ e, più recentemente, con una Direttiva³⁴ ha riconosciuto a tale figura processuale una serie di garanzie volte a rendere la sua partecipazione al processo più consapevole e proficua.

Nello specifico, tale Direttiva riconosce alla vittima, per ciò che qui interessa, il diritto a ottenere informazioni sul procedimento penale avviato a seguito della denuncia relativa a un reato da essa subito e sui relativi sviluppi³⁵. Tali informazioni devono essere sufficientemente dettagliate e costantemente aggiornate al fine di consentire alla stessa di prendere decisioni consapevoli in merito alla sua partecipazione.

La vittima, infatti, adeguatamente edotta degli sviluppi del procedimento, e del suo diritto di parteciparvi, può chiedere di essere sentita e la sua audizione, che non è solo un diritto delle parti che possono chiamarla a testimoniare, in tal caso deve essere disposta dal giudice.

Più nello specifico, in base all'art. 10 della Direttiva, gli Stati membri garantiscono che la vittima possa essere sentita nel corso del procedimento penale e possa fornire elementi di prova³⁶, perché – come si legge nel *considerando* n. 34 – «*non si può ottenere realmente giustizia se le vittime non riescono a spiegare adeguatamente le circostanze del reato e a fornire prove in modo comprensibile alle autorità competenti*».

Il legislatore europeo pare, dunque, imporre agli Stati membri l'obbligo di assicurare che la vittima sia sentita ove ne faccia richiesta, ma non un obbligo generico di escussione della stessa, operante anche in difetto di una specifica istanza.

È pur vero che una nuova audizione può servire a dirimere i dubbi sull'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni, consentendo al giudice di *seconde cure* di esaudire compiutamente il dovere motivazionale, ma ciò rientra nella discrezionalità dell'organo giudicante il quale, ove lo ritenga 'assolutamente necessario', in relazione al caso concreto, può sempre attivare i suoi poteri officiosi (art. 603 comma 3 c.p.p.).

Insomma, il quadro di garanzie delineato dal legislatore dell'Unione per la vittima non pare imporre agli Stati la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, nei casi in cui dalla rivalutazione dell'attendibilità delle sue dichiarazioni possa derivare una riforma *in melius* della sentenza.

Piuttosto, in questi casi e in generale, si esige per la vittima una risposta giudiziaria effettiva, e questa è un'aspettativa il cui soddisfacimento implica, senz'altro, uno scrupoloso adempimento del dovere motivazionale da parte del giudice.

Ma, ove il giudice riesca a fornire una razionale giustificazione della sua decisione, senza rinnovare l'istruttoria, non pare possa, almeno alla luce dell'attuale disciplina, ravvisarsi alcuna lesione dei diritti della vittima.

³³ Decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale.

³⁴ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce le norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

³⁵ Direttiva 2012/29/UE, cit., 'considerando' n. 26.

³⁶ In questo senso si è espressa anche C. giust. CE, 9 ottobre 2008, Katz.



Processo penale e giustizia n. 1 | 2018

Dibattiti tra norme e prassi

Debates: Law and Praxis

FRANCESCO TRAPPELLA

Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale – Università degli Studi di Ferrara

Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000: una lunga gestazione e un destino incerto

The implementation of Bruxelles Convention (2000): a long gestation, an uncertain fate

L'Autore esamina i contenuti del d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, attuativo della Convenzione di Bruxelles sull'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati dell'Unione (29 maggio 2000), collocandolo nel percorso di integrazione europea, alla luce della cd. "comunitarizzazione del terzo pilastro", e ponendolo a confronto con i più recenti atti unionisti in punto di cooperazione penale, *in primis* la direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo d'indagine, recepita in Italia dal d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108.

The Author conducts a review of the legislative decree 5 April 2017, n. 52, which enforces the Bruxelles Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union (29 May 2000). The Italian act is placed in the European integration and is compared with the most recent acts, directive 2014/41/UE on the European Investigation Order (transposed by Italian legislative decree 21 June 2017, n. 108) in the first place.

UN PROVVEDIMENTO TARDIVO E UN PROBLEMA DI COORDINAMENTO

Il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, su delega della l. 21 luglio 2016, n. 149, ha attuato la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati dell'Unione europea, siglata a Bruxelles il 29 maggio 2000¹.

Lo studio del provvedimento impone anzitutto di collocarlo tra le vigenti norme sui rapporti giurisdizionali con autorità straniere: è preliminare, allora, riferirlo all'art. 696 c.p.p.

Tale ultimo disposto impone, per le materie del libro XI, la prevalenza del diritto internazionale generale² e delle convenzioni: fino all'entrata in vigore del d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, tra esse era nominata quella europea di assistenza giudiziaria, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959.

Non v'era motivo di ritenerla un'indicazione restrittiva³, insuscettibile, cioè, di applicarsi ad altri ac-

¹ I primi commenti "a caldo": E. Selvaggi, *Un ammodernamento diventato necessario per tutti gli Stati UE*, in *Guida dir.*, 2017, 25, p. 45; L. Camaldo, *L'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione "a geografia variabile"*, in *Dir. pen. contemp.*, rivista online, 19 luglio 2017. Specifici, sulla l. n. 149 del 2016, N. Triggiani, *In divenire la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Dir. pen. contemp.*, rivista online, 5 ottobre 2016; F. Ruggieri, *La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito un topolino?*, in *questa Rivista*, 2017, p. 310. Per una panoramica delle norme *de quibus*, v. anche E.N. La Rocca, *La legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri UE*, in *Arch. pen.*, 2016, 3 (fascicolo web), p. 1; S. Monici, *Emanate le norme di attuazione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 maggio 2000: quali margini operativi in vista dell'(imminente) trasposizione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale?*, in *Eurojus*, 3 maggio 2017.

² Ciò delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, alle quali lo Stato è impegnato a conformarsi *ex art.* 10, comma 1, Cost.: così, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 947.

³ E il nuovo testo lo conferma, parlando genericamente – sia al primo che al secondo comma – di «convenzioni internazionali in vigore per lo Stato» e, per i rapporti interni all'Unione, di «atti normativi adottati in attuazione» dei Trattati: tra essi – lo si vedrà a breve – v'è anche la Convenzione di Bruxelles del 2000.

cordi in materia, come, appunto, la Convenzione di Bruxelles del 2000; tanto derivava dalla formula aperta impiegata dal legislatore – «... e dalle altre norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato»⁴ – e dalla finalità espressa dall'art. 1, lett. a) della Convenzione del 2000, che «complet[a] le disposizioni e facilit[a] l'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea della convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959».

I due accordi, a più di quarant'anni di distanza, valgono l'uno come la prosecuzione dell'altro⁵. Più precisamente, quello di Bruxelles si prefigge l'obiettivo di implementare l'*acquis* sull'assistenza giudiziaria tra Paesi europei quale risulta, oltre che dalla Convenzione del 1959 e dal suo protocollo aggiuntivo del 17 marzo 1978, dall'altra, del 19 giugno 1990, che applica gli accordi di Schengen del 14 giugno 1985, e dal Capo II del Trattato di estradizione tra Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo come modificato l'11 maggio 1974⁶.

Queste fonti sono in elenco all'art. 1 della Convenzione di Bruxelles. Risalendo al 2000, essa non può certo richiamare le decisioni-quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo, 2008/978/GAI sul mandato di ricerca della prova o – sempre a titolo di esempio – 2009/829/GAI sul reciproco riconoscimento delle decisioni alternative alla detenzione cautelare. Ancor meno, possono essere menzionati atti successivi alla cd. “comunitarizzazione del terzo pilastro”⁷, quali le direttive 2011/99/UE sull'ordine di protezione europeo o 2014/41/UE sull'ordine europeo d'indagine.

Da quanto sin qui considerato deriva un duplice dato:

– l'Italia ha attuato dopo diciassette anni un provvedimento che governa materie sulle quali incidono pure più recenti atti eurounitari;

– l'art. 696 c.p.p. intende uniformare i rapporti tra autorità penali di Stati diversi, costringendo la normativa interna a fonte subordinata⁸ al diritto internazionale generale e pattizio, in esso comprendendo, secondo la *littera legis* (v. comma 1 come riscritto dal d.lgs. n. 149 del 2017), anche il diritto eurounitario *in subiecta materia*⁹.

Si pone, insomma, un problema di coordinamento tra la Convenzione di Bruxelles e le successive regole unioniste sulla collaborazione penale tra Stati europei, tutte essendo fonti destinate a prevalere sul diritto interno.

⁴Si tratta dell'opzione più aderente al dettato costituzionale, che impone allo Stato il rispetto degli obblighi internazionali (art. 117, comma 1, Cost.) e che consente limitazioni alla sovranità, laddove necessarie «*ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni*» (art. 11 Cost.). Questa è, in estrema sintesi, l'idea espressa dalla Consulta a sostegno del rango immediatamente sub-costituzionale del diritto internazionale pattizio cui il nostro Paese si vincola: così, C. cost., sentt. 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *www.giurcost.org*. In tema, P. Tonini, *Processo penale e norme internazionali: la Consulta delinea il quadro d'insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 431; B. Piattoli, *Diritto giurisprudenziale CEDU, garanzie europee e prospettive costituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 262; S. Negri, *L'incidenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sulla cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea*, in L. Kalb (a cura di), *Spazio europeo di giustizia e processo penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 63.

⁵Viene, così, sancito il passaggio da un'idea di cooperazione penale di tipo “intergovernativo”, propria dell'accordo del 1959, ad altra, di collaborazione tra autorità giudiziarie. Ad essa si ispira la Convenzione di Bruxelles, evidentemente influenzata dall'obiettivo di creare uno spazio europeo di giustizia comune, già enunciato dal Trattato di Amsterdam (1997) e ribadito dal Consiglio di Tampere (1999). Sul punto, G. Daraio, *La circolazione della prova nello spazio giuridico europeo*, in L. Kalb-S. Negri (a cura di), *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 148.

⁶Sguardi critici sulla Convenzione di Bruxelles, in L. Salazar, *Rogatorie a misura di tecnologie*, in *Dir. e giustizia*, 2000, 22, p. 61; E. Selvaggi, *Una ratifica in tempi rapidi dell'accordo per assicurare l'operatività dello strumento*, in *Dir. e giustizia*, 2000, 22, p. 108; Z. Secchi, *Le novità introdotte dalla Convenzione 29 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale*, in *Doc. giustizia*, 2000, p. 1107; E. Calvanese-G. De Amicis, *Appunti sulla nuova Convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Giur. di Merito*, 2000, p. 1052.

⁷Senza indugiare in approfondimenti sul tema, per un'analisi degli scenari subito prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, v. A. Bernardi, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2007, p. 1157.

⁸Parla all'uopo di sussidiarietà della norma interna rispetto a quella internazionale G. Daraio, *La circolazione della prova*, cit., p. 144.

⁹Sempre rammentando come le odierne direttive UE, al pari delle decisioni-quadro del terzo pilastro, descrivano obiettivi che le istituzioni statali sono chiamate a realizzare a livello di legislazione interna. In siffatta prospettiva, il diritto nazionale non è certo subordinato e residuale a quello europeo, costituendone, invece, «*il dato normativo da applicare*». Così, M.R. Marchetti, sub art. 696 c.p.p., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, III, Milano, Ipsoa, 2007, p. 6038.

Prima di affrontare *funditus* il d.lgs. n. 52 del 2017, preme, allora, sciogliere il nodo dei rapporti tra la Convenzione del 2000 e l'evolversi successivo della cooperazione, investigativa e giudiziaria, a livello europeo¹⁰.

LA CONVENZIONE DI BRUXELLES NEL PERCORSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA

La Convenzione di Bruxelles è stata siglata in un momento storico diverso dall'attuale. Ci si riferisce non tanto al susseguirsi di eventi politici capaci di mutare l'assetto dei rapporti tra Stati, quanto piuttosto alle dinamiche dell'integrazione europea, sul piano delle competenze unioniste in materia penale.

L'accordo in parola, infatti, risente dei tre principali eventi che negli anni Novanta del secolo scorso hanno avviato il passaggio dalla Comunità economica europea all'Unione nella sua odierna fisionomia: i Trattati di Maastricht (1992) e di Amsterdam (1997)¹¹, e il Consiglio europeo di Tampere (1999)¹².

Atto del terzo pilastro, la Convenzione di Bruxelles mira a realizzare l'obiettivo della «*facilitazione e accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni*», previsto dall'art. K.3, lett. a), TUE come modificato dal Trattato di Amsterdam, ed espresso nelle Conclusioni della Presidenza del Consiglio di Tampere (§§ 28 ss.).

Il provvedimento poggia sulla mutua «*fiducia nella struttura e nel funzionamento dei rispettivi ordinamenti giuridici e nella capacità di tutti gli Stati di garantire processi equi*» (quarto considerando)¹³. Su questa base è possibile declinare la cooperazione penale nelle forme dell'assistenza giudiziaria, cogliendo il dato per cui gli Stati firmatari condividono i medesimi valori e, quindi, dinanzi all'autorità di uno di essi si celebrano processi – e, prim'ancora, si svolgono indagini – nel segno degli stessi principi che governano l'accertamento dei reati nelle altre Nazioni dell'Unione¹⁴.

Con altre parole, la Convenzione di Bruxelles afferma l'esistenza di un ordine pubblico europeo inteso in ambito penale¹⁵. Già il Consiglio di Tampere aveva enucleato un'accezione siffatta, auspicando l'agire comune delle polizie nazionali contro il crimine transfrontaliero (§ 6, §§ 44-47, Conclu-

¹⁰ Per una descrizione del quale, M.R. Marchetti, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale nell'Unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale*, in T. Rafaraci (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 135.

¹¹ E. Anodina, *Cooperazione-integrazione penale nell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2898 ricostruisce questo percorso, dal Trattato di Maastricht – che propugnava l'idea di un'Unione a vocazione politica – a quello di Amsterdam, orientato a definire uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia.

¹² Le cui conclusioni sono disponibili in *Cass. pen.*, 2000, p. 302 ss.

¹³ Corollario di questo sentimento di fiducia – si auspicava – sarebbe stato l'interesse degli Stati per quel che accade *ultra fines*, con ciò uscendo dai rigidi confini dettati da un'esperata applicazione del principio di sovranità: sul punto, guardando alla Costituzione europea – ma il discorso prende abbrivio, come s'è visto, nel decennio precedente – J. Ziller, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 173.

¹⁴ Si riprende, in altre parole, l'idea del mutuo riconoscimento, già elaborata nel 1998 dal Consiglio europeo di Cardiff, ma posta a fondamento di ogni forma di collaborazione giudiziaria, sia civile che penale, l'anno successivo a Tampere. Sul punto, N. Canestrini, *La direttiva sull'ammissione al patrocinio a spese dello stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 839, in particolare nota 3. Per un'ulteriore ricostruzione del principio, v. anche E. Bruti Liberati, *Les difficultés de la coopération*, in P.J. Cullen-S. Jund (a cura di), *Criminal Justice Cooperation in the European Union after Tampere*, Colonia, Bundesanzeiger, 2002, p. 115.

Con uno sguardo rivolto al Progetto per una Costituzione europea, M. Bargis, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 144 ss.: l'Autore, nel definire il principio, ricorda come il mutuo riconoscimento era una delle tre direttrici alle quali l'art. I-42 del Trattato costituzionale orientava lo spazio di libertà, giustizia e sicurezza comune (p. 157).

¹⁵ Occorre qui richiamare la comunicazione COM/98/045, intitolata *Verso uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia*, ladove si manifesta l'esigenza di «*delineare progressivamente i contenuti di un ordine pubblico europeo fondato su una valutazione degli interessi fondamentali che sono comuni agli Stati*». Con il Trattato di Amsterdam, infatti, «*nel quadro del consolidamento di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, la nozione di ordine pubblico appare come un denominatore comune all'interno di una società democratica e di uno Stato di diritto [e] dovrà essere anche valutato alla luce del nuovo spazio europeo*». Sul punto, S. Poillot Peruzzetto, *L'ordre public international en droit communautaire. À propos de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés du 1^{er} juin 1999 (Affaire Eco Swiss China Time Ltd)*, in *Journal du droit international*, 2000, p. 307, e F. Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, Cedam, 2007, p. 209.

sioni della Presidenza) od esprimendo il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie (§§ 33-37)¹⁶.

In sintesi estrema può, quindi, affermarsi che è possibile una collaborazione a livello di indagini e processo, in quanto inquirenti e giudici di Stati diversi nell'Unione agiscono tutti secondo il «rispetto dei principi individuali nonché dei principi della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950» (terzo considerando della Convenzione di Bruxelles), abbracciando la medesima idea di equità – e, così, di giustizia – processuale¹⁷.

Di qui, è posta una regola generale di contatto diretto tra autorità giudiziarie di Paesi diversi, delle quali l'una formula all'altra la richiesta di assistenza (art. 6, par. 1, Convenzione di Bruxelles).

Si apprezza in ciò una novità rispetto alle precedenti esperienze che, come la Convenzione di Strasburgo, prevedevano la trasmissione diretta tra l'autorità richiedente e quella richiesta *solo* in casi particolari, di urgenza (art. 15, par. 2) o di speciale agilità procedurale (art. 13 sull'invio, da uno Stato all'altro, del casellario giudiziale, come richiamato dall'art. 15, par. 3)¹⁸.

Nell'ordinario era imposto il tramite delle autorità ministeriali, quali titolari del controllo politico-amministrativo, di conformità, cioè, della cooperazione rispetto ai principi fondamentali degli Stati richiedente e richiesto (artt. 3-5 e 13, par. 1).

Con la Convenzione di Bruxelles v'è, allora, un'inversione di tendenza¹⁹: la mediazione del potere esecutivo non è più necessaria e giudici di Paesi europei possono dialogare tra loro in virtù del principio di reciproca fiducia, propedeutico alla creazione di quello spazio comune di giustizia introdotto dal Trattato di Amsterdam ed approfondito dal Consiglio di Tampere; d'altro canto, a questo era finalizzata l'attribuzione di competenze penali all'organismo eurounitario, impostata già con il Trattato di Maastricht.

La lunga premessa spiega come la Convenzione di Bruxelles rompa con la precedente esperienza, rispetto alla quale, tuttavia, non mancano punti di contatto, poi superati con la cd. "comunitarizzazione del terzo pilastro", ossia delle competenze unioniste in materia penale.

Ed, infatti, tanto l'accordo del 1959 quanto quello del 2000 appartengono al *genus* delle convenzioni internazionali, di atti, cioè, che sintetizzano una prospettiva di agire comune tra due o più Stati, ma che necessitano di uno specifico provvedimento interno per tradursi in disposizione vigente negli ordinamenti nazionali.

Ancora, si tratta di provvedimenti adottati in base al metodo *intergovernativo*, ossia secondo le regole di una struttura a sé stante, in cui gli Stati cooperano, ognuno salvaguardando la propria sovranità²⁰.

L'idea per cui la gestione della materia criminale costituisca un esclusivo appannaggio degli Stati, ciascuno regolandola in modo diverso rispetto al proprio indirizzo politico, ha fatto sì che a lungo la cooperazione penale europea seguisse il metodo intergovernativo²¹, e in questo si coglie l'analogia tra le Convenzioni di Strasburgo e di Bruxelles.

¹⁶ Per una ricognizione sui contenuti del Consiglio e sulla speranza che allora si poneva circa l'avvio di una «vera politica comune in materia penale» in ambito eurounitario, L. Salazar, *La costruzione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1114.

¹⁷ In ciò confermandosi l'idea per cui la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è «un instrument de l'ordre public européen» (Corte e.d.u., 23 marzo 1995, Loizidou c. Turchia, in *www.echr.coe.int*), in quanto tutrice di «une catégorie juridique fonctionnelle, en charge des valeurs démocratiques et des valeurs économiques libérales nécessaires à l'intégration européenne», secondo la definizione di C. Picheral, *L'ordre public européen: droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Parigi, La Documentation Française, 2001, p. 4. Per altre, similari, considerazioni, N. Alix-C. Agostini-C. Gamet, *L'existence d'un ordre public corporel*, in *La Revue des Droits de l'Homme*, 2015, 8, p. 1 ss. (versione online).

¹⁸ Il passaggio tra i due modelli è sintetizzato in queste parole: «limiter les effets des jugements rendus en matière pénale au territoire où ils ont été prononcés est incompatible avec l'idée même de justice, d'autant que l'internationalisation s'accroît et que les nouvelles techniques de communication se développent». Così, G. Kerchove-A. Weyembergh, *Introduction*, in AA.VV., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, ULB, 2001. Considerazioni analoghe, in E. Barbe, *Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne. Mandat d'arrêt européen, terrorisme et Eurojust*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2002, p. 454.

¹⁹ Diretta conseguenza di ciò è che i ministri della giustizia vengono relegati ad un ruolo meramente amministrativo; non v'è, in altre parole, il bisogno di un vaglio politico sulla richiesta di cooperazione, poiché proveniente da uno Stato del quale la Nazione richiama "si fida", condividendone i medesimi principi e le stesse modalità di condurre l'accertamento, in questo caso penale. In tema, A. Pagliano, *Limiti e garanzie del principio del "mutuo riconoscimento"*. *Riflessioni in tema di mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 345.

²⁰ Un metodo nel quale l'approccio politico prevale, come ricorda H. Labayle, *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1997, p. 168.

²¹ Su questi temi, per approfondimenti, R. Adam, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e*

Con il Trattato di Lisbona muta il metodo di funzionamento²² nella normazione penale per parte unionista.

Gli Stati europei riconoscono all'Unione competenze *in subiecta materia*, che viene, perciò, regolata nell'interlocuzione tra Parlamento e Consiglio: compaiono, allora, atti con forma di direttiva, capaci di incidere su taluni aspetti del diritto sostanziale o di armonizzare certi settori dell'indagine o del giudizio penale²³.

La novità si apprezza rammentando la natura della direttiva: descrivendo degli obiettivi che lo Stato è tenuto ad attuare entro un certo termine, quando esso spiri invano²⁴ e sia riconosciuta ai destinatari del provvedimento europeo una posizione giuridica favorevole, costoro possono rivolgersi al giudice nazionale per il riconoscimento dei propri diritti e per l'eventuale disapplicazione della norma interna in contrasto con l'*acquis communautaire* (cd. *efficacia diretta verticale*).

Tale connotato strutturale è stato, poi, esteso alle decisioni quadro che, a cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non siano state sostituite da nuove norme (art. 10 del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie)²⁵.

Così, ad oggi, è sancita la piena competenza delle istituzioni europee a regolare la materia penale in funzione dei diritti e dei valori protetti a livello eurounitario, esprimendo garanzie processuali essenziali e di tutela penale minima su cui gli Stati potranno, volendolo, costruire norme interne più specifiche, volte, cioè, ad innalzare i livelli di salvaguardia già imposti dalle direttive²⁶.

La digressione sul diritto penale *post* Lisbona è servita a mettere in luce la diversità dei contesti cui appartengono la Convenzione di Bruxelles e i provvedimenti "comunitarizzati" sull'assistenza, investigativa e giudiziaria, in territorio europeo.

Ne deriva che l'Italia, con la l. n. 149 del 2016, ha ratificato la Convenzione di Bruxelles in un momento storico nel quale la materia dell'assistenza giudiziaria è regolata, a livello europeo, anche da direttive.

Appare corretto, allora, ipotizzare la concorrenza tra norme europee dalla diversa natura, che recen-

metodo intergovernativo, in *Dir. un. eur.*, 1998, p. 509; A. Bernardi, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 115, nota 155; N. Parisi-D. Rinoldi (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il «terzo pilastro» del Trattato di Maastricht*, Torino, Giappichelli, 1996.

²² Usando un'espressione di R. Adam-A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 35.

²³ Rinviando per elencazioni ed esempi a C. Grandi, *Il ruolo del parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 678; A. Pisapia, *La protezione europea garantita alle vittime della violenza domestica*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1866; G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2011; C.E. Paliero-F. Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2013; M. Alcalá Sanchez, *Derecho Penal y Tratado de Lisboa*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008, p. 349 ss.; A. Bernardi, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. contemp. (Rivista trimestrale)*, 1/2012, p. 43 ss.; G. Grasso, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in M. Bertolino-L. Eusebi-G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, IV, p. 2307 ss.; E. Herlin Karnell, *The Lisbon Treaty. A Critical Analysis of its Impact on EU Criminal Law*, in *EuCrim.*, 2010, 2, p. 59ss.; C. Mapelli Marchena, *El modelo penal de la Unión europea*, Pamplona, Aranzadi, 2014; C. Paonessa, *L'avanzamento del "diritto penale europeo" dopo il Trattato di Lisbona*, in *Giust. pen.*, 2010, I, c. 307ss.; S. Peers, *EU Criminal law and the Treaty of Lisbon*, in *European Law Review*, 2008, p. 507 ss.; C. Sotis, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1146 ss.; F. Viganò, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Europa e giustizia penale*, in *Dir. pen. e proc. (Speciale)*, 2011, p. 4 ss.; A. Weyembergh, *Les développements de l'espace européen de justice pénale depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne*, in F. Roggen (a cura di), *Actualités en droit pénal*, Bruxelles, ULB, 2012, p. 36 ss.

²⁴ Per vero, «ci si potrebbe domandare se un tale obbligo sorga solo una volta scaduto il termine di attuazione, o già prima, con l'adozione stessa della direttiva: l'obbligo di standstill, a cui si è fatto precedentemente riferimento, il quale coinvolge anche gli organi giudiziari e, in genere, il principio di leale collaborazione, orienterebbero verso la seconda alternativa». Così, R.E. Kostoris, *Diritto europeo e giustizia penale*, in Id. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 25.

²⁵ Peraltro assecondando una tendenza avviata, pur nel formante giurisprudenziale, qualche anno prima del Trattato di Lisbona, con la nota sentenza Pupino. Per qualche commento che, già all'epoca, sottolineava questo aspetto, B. Cotte, *L'encadrement par la norme internationale*, in http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2006/06-04-2006/06-04-06_intervention_cotte.pdf; G. J. M., Corstens, *Eerste Straf Arrest van het Hof van Justitie over eenkaderbesluit*, in *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2006, 1/2, p. 24; H. Hijmans, *Le troisième pilier dans la pratique: composer avec les faiblesses. L'échange d'informations entre les États membres*, in http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2007/07-02-07_preadvies_NVER_FR.pdf.

²⁶ Su questo aspetto e sull'esistenza, comunque prevista dal Trattato di Lisbona, di correttivi finalizzati alla tutela dell'interesse statale (cd. *emergency brakes*), v. L.S. Rossi, *From EU pillar to area: the impact of the Lisbon Treaty on the external dimension of freedom security and justice*, in AA.VV., *La dimension extérieure de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 5 ss.

temente sono state tradotte in regola interna, disciplinando materie affini, se non sovrapponibili: si pensi da ultimo al d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 che, praticamente coevo al d.lgs. n. 52 del 2017, introduce nell'ordinamento italiano l'ordine europeo d'indagine, quale atto finalizzato a «*compiere atti di indagine o di assunzione probatoria che hanno ad oggetto persone o cose che si trovano nel territorio dello Stato o di un altro Stato membro dell'Unione ovvero per acquisire informazioni o prove che sono già disponibili*» (art. 2, lett. a), d.lgs. n. 108 del 2017).

Approfondite le differenze tra i metodi *ante* e *post* Lisbona, l'analisi prosegue con l'intento di inquadrare il rapporto – e di proporre soluzioni all'eventuale conflitto – tra la Convenzione di Bruxelles e i più recenti atti “comunitarizzati”, alla luce delle normative interne di recepimento.

POSSIBILI SOLUZIONI AL CONFLITTO TRA FONTI ANTE E POST LISBONA

Dal 1° dicembre 2014, in forza del Protocollo n. 36, sono pienamente operanti i meccanismi di controllo delle istituzioni eurounitarie sulla produzione normativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia²⁷.

La regola è inequivoca nella sua formula: per il primo lustro dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, gli «*atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale*» adottati prima del 2009 sfuggivano all'esame della Commissione e della Corte di giustizia, salvo, per quest'ultima, l'espletamento della funzione nomofilattica, ammesso anche nel(l'ex) terzo pilastro dal “vecchio” art. 35 TUE (art. 10, par. 1 del Protocollo n. 36).

Insomma, per cinque anni si applicavano le regole del paradigma intergovernativo, per passare, poi, definitivamente al metodo comunitario.

A monte si poneva una delle *Dichiarazioni allegata all'atto finale della Conferenza Intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007*, la n. 50, che invitava Parlamento, Consiglio e Commissione, «*nell'ambito delle rispettive attribuzioni, ad adoperarsi per adottare, nei casi opportuni e per quanto possibile entro il termine di cinque anni, atti giuridici che modificassero o sostituissero gli atti dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria e in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*»²⁸.

L'invito è stato in parte disatteso. A tre anni dalla fine del periodo transitorio convivono atti del(l'ex) terzo pilastro con direttive *post* Lisbona, e il quadro si complica, guardando ai ritardi con cui gli Stati si adeguano e recepiscono l'*acquis* in materia penale.

Posta la premessa, è necessario tornare all'Italia ed, in particolare, al settore dell'assistenza giudiziaria e investigativa su cui insistono i d.lgs. nn. 52 e 108 del 2017, attuativi – s'è visto – rispettivamente della Convenzione di Bruxelles e della direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo d'indagine.

Fa da sfondo il problema, già accennato, dei rapporti e del (possibile) conflitto tra le due fonti unioniste, distanti quattordici anni ed espressione di momenti diversi dell'*iter* di integrazione europea.

Anzitutto, non v'è dubbio che il Protocollo n. 36 si riferisca anche alla Convenzione di Bruxelles. E questo, per una duplice ragione:

– l'art. 9, nell'assicurare il mantenimento degli effetti giuridici «*degli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione adottati in base al trattato sull'Unione europea prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona*», richiama espressamente «*le convenzioni concluse tra Stati membri in base al trattato sull'Unione europea*»;

– l'art. 10, paragrafi 1 e 3, fissava al 1° dicembre 2014 la fine del periodo transitorio per gli «*atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona*», tra cui è inserita la Convenzione di Bruxelles.

Ad oggi, allora, in capo alle istituzioni europee si configura un potere di controllo sul modo in cui gli Stati hanno recepito la Convenzione di Bruxelles *de facto* identico a quello esplicabile per gli atti “comunitarizzati”.

²⁷ In tema, R.E. Kostoris, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1177.

²⁸ Come ricorda N. Canestrini, *Il tormentato cammino del diritto penale comunitario italiano tra procedure di infrazione, pre-alerts della commissione e leggi delega*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4201.

Sotto altro profilo, può rivolgersi al giudice nazionale, con possibilità di esito vittorioso, chiunque sia titolare di posizioni giuridiche favorevoli, derivanti da norme della Convenzione di Bruxelles rimaste inattuata o ricevute in modo inadeguato dall'ordinamento interno, esattamente come accade per le direttive *post* Lisbona e, tra di esse, per quella sull'ordine europeo d'indagine.

Tutto questo induce a collocare su un piano paritario le fonti ora in esame e, per converso, all'impossibilità di sancire la superiorità gerarchica dell'una sulle altre.

Per gli ambiti di interferenza tra la Convenzione di Bruxelles e la direttiva 2014/41/UE derivano due scenari possibili, a seconda che i provvedimenti dettino regole assimilabili o, invece, optino per soluzioni contrastanti²⁹.

Nel primo caso, *nulla quaestio*; nel secondo, l'interprete dovrà considerare un duplice dato:

– l'Irlanda non ha ancora ratificato la Convenzione di Bruxelles e ha espresso un *opt-out* rispetto alla direttiva 2014/41/UE: se ne legga il considerando 44; su di essa la Danimarca ha assunto la medesima posizione (considerando 45). La Gran Bretagna ha, invece, aderito al provvedimento sull'ordine europeo d'indagine, ma senz'altro la *Brexit* inciderà su questo aspetto. Si pone, quindi, una prima questione, di «*geografia variabile*»³⁰, dovendosi ovviamente considerare, a seconda degli Stati, quali dei due atti sono stati recepiti;

– la direttiva 2014/41/UE rappresenta la risposta istituzionale all'evolversi delle esigenze avvertibili in territorio eurolunitario circa la formazione di un quadro coeso di regole sulla cooperazione penale. In ragione di ciò, è auspicabile il ricorso al criterio cronologico per quelle situazioni in cui la fonte in parola si applichi contestualmente alla Convenzione di Bruxelles, però dettando rispetto ad essa regole contrastanti. Così, la direttiva 2014/41/UE finirebbe per prevalere sull'accordo del 2000, giacché provvedimento più recente.

È ora necessario guardare all'Italia, esaminando il d.lgs. n. 52 del 2017 per ipotizzarne una lettura compatibile con l'attuazione dell'ordine europeo d'indagine e tenendo presente come, in base al criterio da ultimo delineato, l'impossibilità di un'esegesi capace di conciliare i due provvedimenti unionisti finirebbe per ridurre a lettera morta il più risalente, con le relative ricadute sulla normativa di attuazione.

STRUTTURA E CONTENUTI DEL D.LGS. N. 52 DEL 2017

Si parta dal d.lgs. n. 52 del 2017 per poi valutare, nel concreto dell'articolato, l'applicazione dei criteri individuati nel paragrafo precedente.

Il provvedimento consta di quattro titoli: *disposizioni generali* (artt. 1-9), *forme specifiche di assistenza giudiziaria* (artt. 10-18), *intercettazioni di conversazioni e comunicazioni* (artt. 19-23) e *disposizioni finali* (artt. 24-26).

A) DISPOSIZIONI GENERALI. Obiettivo del decreto è attuare in modo compiuto la Convenzione di Bruxelles (art. 1). A tale fine si intende: *a*) per *convenzione*, quella del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria tra Stati membri dell'Unione; *b*) per *autorità competente di altro Stato parte*, quella che, secondo l'ordinamento dello Stato nei cui confronti sia in vigore la convenzione, è competente a dare assistenza ad una richiesta proveniente dall'autorità giudiziaria nostrana o dal ministro della giustizia; *c*) per *autorità richiedente*, quella competente, secondo l'ordinamento dello Stato parte, a domandare assistenza all'autorità giudiziaria nostrana o al ministro della giustizia (art. 2).

Il decreto passa, poi, all'esame di quattro ambiti specifici.

Il primo è l'*assistenza nei procedimenti per l'applicazione di sanzioni amministrative* (artt. 3-4).

Si distingue una procedura attiva (art. 3) da una passiva (art. 4).

Nel primo caso, gli organi italiani chiamati all'osservanza delle regole poste a pena di una sanzione amministrativa possono chiedere all'autorità competente di altro Stato di compiere uno degli atti previsti dall'art. 13 l. 24 novembre 1981, n. 689 (acquisizione di informazioni, ispezioni, rilievi segnaletici, sequestri, ecc.); l'istanza è formulata per il tramite del ministro della giustizia, che vi darà seguito se non compromette la sovranità, la sicurezza od altri interessi essenziali dello Stato.

²⁹ Per un'analisi del retroterra culturale che portò alla direttiva 2014/41/UE, L. Camaldo-F. Cerqua, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3511.

³⁰ Espressione di L. Camaldo, *L'attuazione della Convenzione*, cit.: se ne vedano in particolare il titolo e la nota 15.

Nella seconda ipotesi, ricevuta dall'autorità straniera la richiesta di compiere un atto di accertamento nell'ambito di un procedimento amministrativo, il ministro della giustizia trasmette la domanda al prefetto del luogo ove si compirà l'atto, salve le ipotesi in cui, contro la decisione dell'autorità amministrativa, non sia ammesso ricorso in sede giudiziaria e/o il provvedimento domandato violi la sovranità, la sicurezza od altri interessi essenziali dello Stato.

L'articolato passa, poi, ad esaminare l'*assistenza per le notificazioni* (artt. 5-6).

Posta la regola generale per cui la notificazione si compie a mezzo del servizio postale o tramite *pec* (art. 5, comma 1), l'autorità nostrana procedente può chiedere a quella dello Stato richiesto assistenza per la ricerca del destinatario o per effettuare la notifica in modi diversi dagli ordinari (art. 5, comma 2); l'atto da comunicare è tradotto nella lingua nota all'interessato, quando si abbia motivo di ritenere che non comprenda l'italiano (art. 5, commi 3 e 4).

Qualora la domanda di assistenza per le notificazioni provenga da uno Stato estero, essa viene ricevuta dal procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove va effettuata la comunicazione (art. 6, comma 1); costui cura, a mente dell'art. 143 c.p.p., ogni adempimento necessario alla traduzione dell'atto (art. 6, comma 2).

Terzo punto è la *trasmissione per la richiesta di assistenza* (artt. 7-8).

Nella procedura attiva, la regola è la trasmissione diretta tra l'autorità giudiziaria italiana e l'omologa straniera (art. 7, comma 1), con il mezzo più idoneo ad assicurare l'autenticità della documentazione e della provenienza (art. 7, comma 2); copia della domanda di assistenza è inviata al ministro della giustizia (sempre art. 7, comma 1).

Se l'istanza proviene da uno Stato estero, essa giunge al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove gli atti vanno compiuti, che vi provvede (art. 8, comma 1), salvo il caso in cui il richiedente domandi che a procedere sia un'autorità giudiziaria: in questo caso, il procuratore della Repubblica interpella il giudice per le indagini preliminari, che si attiva senza ritardo (art. 8, comma 2). L'atto si compie secondo le indicazioni comunicate dallo Stato richiedente, salvo che possano pregiudicare interessi essenziali dello Stato italiano (art. 8, comma 4); in tal caso, il procuratore della Repubblica indica alla propria controparte le condizioni alle quali l'istanza potrà essere accolta (art. 8, comma 5).

Le disposizioni generali si chiudono trattando lo *scambio diretto e spontaneo di informazioni* (art. 9), ammesso nel rispetto dei limiti di utilizzabilità individuati dagli Stati interessati.

B) FORME SPECIFICHE DI ASSISTENZA GIUDIZIARIA. Al secondo titolo, l'articolato regola forme specifiche di assistenza giudiziaria: restituzione all'avente diritto di beni provenienti da reato (art. 10), trasferimento di detenuti (artt. 11-12), audizione di persone a distanza (artt. 13-15), indagini sotto copertura (artt. 16-17) e squadre investigative comuni (art. 18).

La *restituzione di beni provenienti da reato* è curata dal procuratore della Repubblica individuato sulla scorta delle regole previste dal titolo primo. Si tratta dell'ipotesi in cui da uno Stato estero provenga la richiesta di consegnare la *res* all'avente diritto: ciò che avviene quando non vi sia dubbio sull'appartenenza della cosa e il sequestro non debba mantenersi a scopo di confisca o di prova.

Per il *trasferimento di detenuti* si distinguono due ipotesi.

Nel primo caso (art. 11) è interesse di uno Stato estero eseguire su territorio italiano un atto di acquisizione probatoria per cui è necessaria la presenza di una persona già detenuta nello Stato richiedente: costei, prestando il consenso, può essere trasferita in Italia, nella casa circondariale del luogo di esecuzione dell'atto; la richiesta di trasferimento temporaneo è ricevuta dal ministro della giustizia, che vi dà seguito qualora non comprometta la sovranità, la sicurezza od altri interessi essenziali dello Stato; il procuratore della Repubblica provvede, poi, a concordare le modalità di consegna con l'autorità richiedente, sempre garantendo che all'interessato non saranno applicate restrizioni della libertà personale per fatti anteriori o diversi da quello in relazione al quale la richiesta di trasferimento temporaneo è formulata.

Nella seconda ipotesi (art. 12) è l'Italia, in qualità di Stato richiedente, a domandare il trasferimento di una persona detenuta od internata nel nostro Paese ad altra Nazione; lo scopo della consegna è sempre legato all'acquisizione di prove, però, stavolta, da compiersi *ultra fines*; la domanda proviene dall'autorità giudiziaria procedente ed è rivolta all'omologo estero per il tramite del ministro della giustizia.

Circa l'*audizione a distanza*, si distingue il caso in cui essa sia richiesta da uno Stato straniero (art. 13) da quello nel quale l'istanza provenga dall'autorità italiana (art. 14). Quest'ultima ipotesi è ristretta ai casi: a) in cui la persona debba rimanere in territorio straniero per giustificati motivi, tra cui ricorre la

detenzione oltre confine; *b*) dell'art. 147-*bis* norme att. c.p.p. (comma 2).

L'art. 15 descrive la particolare ipotesi dell'esame telefonico di testimoni, periti e consulenti: ad esso si dà seguito solo su domanda dell'autorità straniera – il che significa che non può avere luogo, in quelle forme, quando richiesto dall'autorità nostrana (comma 1) – e su consenso dell'interessato (comma 3). I verbali delle dichiarazioni acquisite secondo tali modalità non possono essere utilizzati dal giudice italiano (comma 2).

Per gli *agenti sotto copertura* il decreto si limita ad un rinvio all'art. 9 l. 16 marzo 2006, n. 146 (art. 16), specificando che il funzionario dello Stato straniero che partecipa, in Italia, ad attività *undercover* acquisisce la qualifica di pubblico ufficiale, operando nei suoi riguardi la scriminante prevista dall'art. 9, comma 1, l. n. 146 del 2006, laddove rinvia all'art. 51 c.p. (art. 17, comma 1).

Per le *squadre investigative comuni* l'art. 18 richiama il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 che, a quattordici anni di distanza, ha attuato la decisione-quadro 2002/465/GAI del 13 giugno 2002, istitutiva dei gruppi di indagine in argomento.

C) INTERCETTAZIONI DI CONVERSAZIONI E DI COMUNICAZIONI. Il titolo terzo distingue ipotesi diverse a seconda del luogo in cui si trovi la persona da intercettare o della necessità di assistenza tecnica da parte dello Stato richiesto.

Il primo caso è quello in cui allo Stato italiano sia domandato di prestare assistenza alla captazione di comunicazioni occorrenti sul territorio dello Stato straniero richiedente o di altro Stato parte (art. 19): il procuratore della Repubblica dà seguito all'istanza, previa verifica che in essa siano stati indicati l'autorità procedente, il titolo che dispone o autorizza l'intercettazione, il reato per cui si procede, la durata prevista dell'attività e i dati tecnici necessari (comma 1). L'esecuzione occorre mediante ordine all'operatore di prestare l'assistenza necessaria; ad esso è trasmessa copia del provvedimento che dispone l'intercettazione (comma 2).

L'art. 20 regola l'ipotesi in cui la persona da intercettare si trovi in territorio italiano. Il procuratore della Repubblica dà seguito alla richiesta, proveniente da Stato straniero, se autorizzato dal giudice per le indagini preliminari. Ciò accade allorquando: *a*) si procede per un reato in relazione al quale l'ordinamento nostrano ammette l'intercettazione; *b*) l'autorità richiedente abbia fornito tutti i dati già indicati dall'art. 19, comma 1.

È, poi, prevista una procedura d'urgenza, simile nella *ratio*, a quella indicata dall'art. 267, comma 2, c.p.p.: il procuratore dispone l'intercettazione con decreto che, entro ventiquattro ore, viene trasmesso al giudice per le indagini preliminari; questi procede a convalida nelle successive quarantotto ore (art. 20, comma 1, ult. periodo).

L'art. 21 tratta il caso dell'autorità straniera che abbia disposto l'intercettazione del dispositivo in uso ad una persona che si trovi sul territorio italiano, senza richiesta di assistenza tecnica al nostro Paese. L'autorità procedente notifica l'avviso di avvio delle operazioni al procuratore della Repubblica; costui ne dà immediata comunicazione al giudice per le indagini preliminari, che ordina cessarsi l'attività quando si procede per un reato in relazione al quale le intercettazioni non sono consentite secondo la legge italiana.

La richiesta nostrana di assistenza ad uno Stato estero per le intercettazioni è regolata dall'art. 22: il pubblico ministero contatta l'autorità straniera, fornendole le informazioni indicate dall'art. 19, comma 1. In modo analogo procede qualora occorra attivarsi su un dispositivo collocato oltre confine, ancorché non si abbisogni dell'assistenza tecnica dell'autorità richiesta: il pubblico ministero trasmette allo Stato estero la notizia dell'avvio delle operazioni, unitamente ai dati previsti dall'art. 19, comma 1 (art. 23).

D) DISPOSIZIONI FINALI. Da ultimo, il decreto prevede tre disposizioni finali: una, che richiama il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 in punto di trattamento dei dati personali (art. 24), una, contenente la clausola di invarianza finanziaria (art. 25) e l'ultima, sull'entrata in vigore del provvedimento, a novanta giorni dal deposito dello strumento di ratifica della Convenzione, sì come comunicato in Gazzetta Ufficiale (art. 26, che rinvia all'art. 27 della Convenzione di Bruxelles).

PUNTI DI FORZA E CRITICITÀ INTERNI AL PROVVEDIMENTO

Varie riflessioni si impongono alla lettura del d.lgs. n. 52 del 2017: alcune toccano i contenuti del

provvedimento, mentre altre riguardano i suoi rapporti con le norme attuative di fonti europee sulla cooperazione penale più recenti della Convenzione di Bruxelles.

Si parta dalle prime.

A) L'INCERTA DEFINIZIONE DI "SANZIONE AMMINISTRATIVA". L'art. 3 parla di «*disposizioni per la cui violazione è prevista una sanzione amministrativa*».

Il d.lgs. n. 52 del 2017 liquida assai velocemente una questione – quella del *distinguo* tra sanzioni penali e amministrative – che merita almeno una battuta di approfondimento, se non altro rammentando l'evoluzione della giurisprudenza strasburghese sul punto e la ritrosia delle corti nostrane ad accoglierla.

È recente la decisione con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva agganciato il principio del *ne bis in idem* al perdurare di un secondo accertamento quando il primo fosse stato concluso, beninteso allorché le due procedure avessero ad oggetto gli stessi fatti e fossero idonee a chiudersi con l'applicazione di sanzioni *sostanzialmente* penali³¹.

L'avverbio appena impiegato – dice la Corte, richiamando i cd. criteri *Engel*³² – vale nel caso in cui possa stabilirsi un rapporto di equivalenza tra la sanzione, pure amministrativa, e le altre, tipiche, previste dalla legge penale, in rapporto alla natura intrinseca dell'illecito e alla severità della punizione per esso prevista dall'ordinamento.

Ne deriva la possibilità di estendere oltre le classificazioni normative l'area del penalmente rilevante: ciò che, in realtà, vuole essere evitato dalle corti nostrane. Con moto unanime, le Corti costituzionale³³ e di Cassazione³⁴ hanno, infatti, richiamato la necessità di separare le sanzioni penali dalle amministrative, in virtù del fine imposto dal legislatore: punire, da un lato, e prevenire, dall'altro.

La materia è lontana da un'univoca definizione; d'altro canto, varie sanzioni accessorie, pur avendo qualifica di penali, hanno lo scopo di evitare il reiterarsi del reato, di talché forse dovrebbero intendersi come amministrative, almeno nell'ottica dei giudici interni.

Più correttamente deve, invece, parlarsi di un sistema complesso di sanzioni che, con il fine di espletare la duplice funzione, punitiva e preventiva, ora attribuisce ad organi diversi il compito di realizzare ciascuno dei due obiettivi, ora elabora forme afflittive che, affidate al giudice penale, mirano anche ad evitare la recidivanza³⁵.

Risulta, allora, meno chiara del previsto la terminologia dell'art. 3 d.lgs. n. 52 del 2017: non sempre, infatti, al di là del *nomen iuris*, è immediato qualificare una sanzione come penale o meno, donde l'equivalente difficoltà nel ricondurre al modello ivi proposto la richiesta di assistenza proveniente da oltre confine, e nel darvi risposta secondo quelle forme.

B) LE ATTRIBUZIONI DEL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI. Secondo l'art. 8, comma 2 «*l'autorità richiedente [può] chied[ere] che l'atto sia compiuto dal giudice*»; in tal caso, questi «*provvede senza ritardo*».

Il lessico ricorda l'art. 725, comma 1, c.p.p. *ante* d.lgs. n. 149 del 2017 che, per l'esecuzione delle rogatorie passive, ammetteva la corte d'appello a delegare, tra gli altri, «*il giudice per le indagini preliminari del luogo in cui gli atti d[ovevan]o compiersi*»³⁶.

Ora, fatti salvi i casi – pure previsti dall'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 52 del 2017 – in cui «*l'atto richiesto deve essere compiuto, in attuazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, dal giudice*» (es. l'acquisizione della prova nell'incidente probatorio), la norma in argomento male si attaglia all'ambito investigativo.

La rubrica dell'art. 8, infatti, si riferisce genericamente ad una «*richiesta di assistenza ... per attività probatoria*». Considerato l'ambito di applicazione del provvedimento, riferibile tanto alla fase d'indagine –

³¹ Corte e.d.u., 14 maggio 2015, Grande Stevens c. Italia, in *www.echr.coe.int*.

³² Corte e.d.u., 23 novembre 1976, Engel c. Paesi Bassi, in *www.echr.coe.int*.

³³ C. cost., sent. 14 gennaio 2015, n. 49, in *www.giurcost.org*.

³⁴ Cass., sez. IV, 18 aprile 2017, n. 23171, in *Guida dir.*, 2017, 23, p. 40.

³⁵ Appartiene alla prima *species* la risposta sanzionatoria alla guida in stato di ebbrezza: l'accertamento e la punizione del reato sono affidati al giudice penale, mentre le ripercussioni sulla titolarità del documento di guida sono materia prefettizia; si riconducono alla seconda tipologia alcuni reati endofamiliari, alla cui condanna segue la sospensione della responsabilità genitoriale (v. per es. art. 574-bis, comma 3, c.p.).

³⁶ Qui si coglie l'analogia non certo in riferimento alla Corte d'appello, cui il d.lgs. n. 52 del 2017 non attribuisce competenza nella procedura *de qua*, come ricorda L. Camaldo, *L'attuazione della convenzione*, cit.

si pensi alle norme sulle intercettazioni –, quanto a quella processuale – guardando, ad esempio, alle regole sulle audizioni a distanza, l'art. 13, comma 1 impiega termini come «*imputato*» o «*testimone*» –, l'«*attività probatoria*» ex art. 8 comprende senz'altro anche la raccolta di elementi utili a fini investigativi.

In ragione di siffatta vaghezza lessicale, sarebbe stato opportuno uno sdoppiamento dei ruoli, affidando al pubblico ministero il compito di provvedere alle richieste di assistenza durante le indagini, e al giudice, quello di attivarsi in corso di processo.

Se applicato alla cooperazione investigativa, l'art. 8, comma 2 crea, in effetti, una situazione ibrida e ammette il giudice per le indagini preliminari alla raccolta di materiale, laddove lo voglia l'autorità richiedente. Si tratta di un ruolo che non gli compete, almeno in base alle regole nostrane sui soggetti dell'indagine (artt. 326 e 328 c.p.p.): per la seconda volta in trent'anni, tuttavia, egli è collocato tra gli organi «*più idonei a svolgere le attività richieste da una rogatoria passiva*»³⁷, pur non senza qualche (discutibile) somiglianza con il giudice istruttore del codice Rocco.

C) FORMALITÀ NELLO SCAMBIO SPONTANEO DI INFORMAZIONI E DI ATTI. L'art. 9 regola – s'è visto – lo scambio spontaneo di «*informazioni utili e di atti*» (comma 1), «*utilizzabili nel rispetto dei limiti indicati dall'autorità competente di altro Stato parte*» (comma 2).

L'eco dell'art. 729, comma 1, c.p.p. è evidente: «*nei casi in cui lo Stato estero abbia posto condizioni all'utilizzabilità degli atti richiesti, l'autorità giudiziaria è vincolata al rispetto di tali condizioni*».

La somiglianza stride con quell'opinione, abbondantemente sostenuta in giurisprudenza e – pare, almeno ad una prima lettura – confermata dal nuovo art. 729-bis c.p.p., che distingue tra rogatoria e scambio spontaneo, limitando alla prima la previsione sanzionatoria dell'art. 729, comma 1, c.p.p.

Ed, infatti, in un caso di traffico di sostanze stupefacenti, il giudice italiano acquisiva la documentazione di indagini compiute in Spagna prima della formalizzazione della richiesta rogatoria dal nostro Paese, e che l'autorità iberica aveva *spontaneamente* consegnato alla nostra.

La Suprema Corte ha escluso l'inutilizzabilità ex art. 729, comma 1, c.p.p. poiché «*le norme che disciplinano le rogatorie internazionali riguardano esclusivamente i rapporti fra Stati e sono destinate a salvaguardare i reciproci rapporti per evitare indebite ingerenze nella sfera della propria sovranità (e quindi anche della giurisdizione), [e] ove uno Stato liberamente ritenga di fornire informazioni circa un procedimento penale pendente non è ravvisabile alcuna lesione del principio di sovranità. Salva dimostrazione – il che nel caso non è data – che le informazioni, o la documentazione, o gli atti, siano stati ottenuti in modo illecito o fraudolento così da mettere in dubbio la "spontaneità"*»³⁸.

La sentenza ne richiama un'altra³⁹ che ha sottolineato l'«*assoluta eccezionalità della disposizione dell'art. 729, come sostituito dalla l. n. 367 del 2001*»⁴⁰: così, l'ipotesi in parola afferma la tendenza a ricorrere all'inutilizzabilità per violazioni di forma, connotate da un carattere «*sicuramente speciale*», che induce ad escluderne l'interpretazione estensiva⁴¹.

Alla luce di ciò deve guardarsi l'art. 7 della Convenzione di Bruxelles.

Dedicato allo scambio spontaneo di informazioni, il par. 2 afferma: «*l'autorità che fornisce le informazioni può, secondo il diritto interno, imporre all'autorità destinataria condizioni per l'uso di tali informazioni*».

Il termine «*uso*» evoca un concetto diverso dall'«*utilizzabilità*», invece prevista dall'art. 729, comma 1, c.p.p. Mentre quest'ultimo lemma possiede una precisa connotazione giuridica, riferibile – come si di-

³⁷ Così, la *Relazione al Progetto preliminare del 1988* sull'art. 715 (poi 725 c.p.p.).

³⁸ Cass., sez. VI, 27 gennaio 2005, n. 9960, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2230.

³⁹ Cass., sez. II, 8 marzo 2002, n. 20100, in *Foro ambrosiano*, 2003, p. 77 ss.

⁴⁰ In tema, F. Cordero, *Precetti costituzionali e rogatorie ovvero: l'arte della mannaia*, in *Dir. e giustizia*, 2001, 43, p. 80; G. Lattanzi-E. Selvaggi, *Formalismi inutili e assenza di semplificazione: il Bel Paese fuori dal solco della cooperazione*, in *Guida dir.*, 2001, 42, p. 30; P. Ferrua, *Il regime di inutilizzabilità delle rogatorie*, in *Dir. e giustizia*, 2001, 36, p. 35; M. Chiaviario, *Dopo le polemiche sulle rogatorie e tempo di interpretazioni ragionevoli*, in *Dir. e giustizia*, 2001, 40, p. 9; D. Carcano, *L'irregolarità dello Stato estero blocca la prova*, in *Dir. e giustizia*, 2001, 42, p. 50; A. Scella, *L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, in G. La Greca-M.R. Marchetti (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 349.

⁴¹ E. Calvanese, *Cooperazione giudiziaria tra Stati e trasmissione spontanea di informazioni: condizioni e limiti di utilizzabilità*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 461. Sui rapporti tra inutilizzabilità e principio di tassatività delle sanzioni processuali, P. Tonini, *La prova penale*, Padova, Cedam, 2000, p. 63; A. Scella, *Prove penali e inutilizzabilità*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 175; F.M. Grifantini, *Precisazioni in tema di inutilizzabilità probatoria suggerite da un singolare caso di «utilizzabilità sopravvenuta» della testimonianza e da una sospetta irrivalenza della perizia*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3027.

ceva – ai modelli di acquisizione probatoria e, quindi, al *genus* dell'art. 191 c.p.p., il primo è inteso in senso atecnico e va ascritto al modo in cui lo Stato che riceve informazioni o atti impiega tali materiali, quindi (anche) al di là dei vincoli di forma.

La giurisprudenza sull'art. 729, comma 1, c.p.p. ed una lettura dell'articolato convenzionale⁴² obbligano un'esegesi europeisticamente orientata del d.lgs. n. 52 del 2017. Probabilmente il legislatore nostrano avrebbe potuto scongiurare l'equivoco, scegliendo per l'art. 9, comma 2 espressioni alternative a «sono utilizzabili», quali, ad esempio, i meno eleganti – ma qui più efficaci – «sono impiegabili» o «possono essere usati».

Ad ogni buon conto, simile imprecisione lessicale compare nel nuovo art. 729-bis, comma 2, c.p.p., sempre in tema di spontanea consegna di atti e di informazioni («l'autorità giudiziaria è vincolata al rispetto delle condizioni eventualmente poste all'utilizzabilità degli atti e delle informazioni spontaneamente trasmessi a norma del comma 1»): anche lì il legislatore avrebbe potuto essere più cauto, impiegando, per le medesime ragioni sin qui esposte, il più generico termine *uso*.

D) TRASFERIMENTO DEI DETENUTI. In materia di trasferimento dei detenuti va sottolineata la scelta condivisibile di imporre il consenso scritto – e, almeno per la procedura attiva, informato – dell'interessato alla consegna ad altro Paese. Per la trasmissione da un carcere estero ad uno italiano, l'art. 11, comma 4 subordina l'attivarsi del procuratore alla «condizione che l'autorità richiedente trasmetta copia della dichiarazione di consenso della persona detenuta»; per il recluso in territorio italiano, che debba essere temporaneamente portato *ultra fines*, l'art. 12, comma 5 impone: «il consenso al trasferimento deve risultare da atto scritto ed è validamente prestato a condizione che la persona detenuta abbia avuto la concreta possibilità di conferire con il difensore».

E) INUTILIZZABILITÀ DEI VERBALI DI CONFERENCE CALL CON TESTIMONI ED ESPERTI. È senz'altro apprezzabile la puntualità con cui il legislatore ha previsto la possibilità di esami a distanza di indagati, imputati, consulenti tecnici, periti e testimoni, quando si trovino in uno Stato diverso da quello in cui si svolge il processo.

Qualche perplessità “di metodo” si manifesta, però, guardando all'art. 15: se è ammessa, su richiesta dello Stato parte, la conferenza telefonica per acquisire i *dicta* di testi o di esperti (art. 15, comma 1), «i verbali di dichiarazioni acquisite con [tali] modalità non possono essere utilizzati dall'autorità giudiziaria italiana» (comma 2).

Nel contesto processuale nostrano può formarsi un atto, destinato alla cooperazione con l'autorità straniera, ma eventualmente inutilizzabile dal giudice italiano.

L'assurdo è evidente, in un sistema vocato alla reciproca fiducia e, quindi, allo scambio paritario tra le corti di Paesi diversi: condividendo il medesimo ordine pubblico, nella sua declinazione processuale, essi dovrebbero esprimere, mediante i propri giudicanti, atti egualmente utilizzabili in tutto lo spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia. Si pone contro questo approdo la duplice previsione di un materiale che può fare ingresso in alcuni Stati dell'Unione, ma non in altri, e che è stato formato in uno dei Paesi che non gli attribuiscono validità, con lo scopo, però, di circolare liberamente per il territorio europeo.

Meglio sarebbe stato, allora, se il legislatore interno avesse colto il reale significato dell'art. 11, par. 3 della Convenzione di Bruxelles, secondo il quale «lo Stato membro richiesto consente all'audizione per telefono se il ricorso a tale tecnica non è contrario ai principi fondamentali del diritto nazionale», e che pone nel rispetto di detti valori il limite all'assistenza, peraltro con una *ratio* di fondo rinvenibile pure nelle norme, introdotte dal d.lgs. n. 149 del 2017, in tema di mutuo riconoscimento di decisioni e provvedimenti giudiziali (artt. 696-bis – 696-decies c.p.p.).

F) IL RIFERIMENTO AD AGENTI UNDERCOVER E A SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI. Non convince il *drafting* normativo degli artt. 16 e 18, che rimandano alla l. n. 146 del 2006 sugli agenti *undercover* (art. 16) e al d.lgs. n. 34 del 2016 sulle squadre investigative comuni (art. 18). A parte la non immediata compren-

⁴² Anche nella versione in inglese, laddove si impiega «use» e non «usability»; quest'ultimo è tipico dell'ambito processuale, equivalendo al nostrano “utilizzabile”: cfr., p. es., A. Ryan, *Toward a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, Londra-New York, Routledge, 2014, p. 204 o S.C. Thaman, *Exclusionary Rules in Comparative Law*, St. Louis, Springer, 2012, p. 234.

sione dei disposti menzionati – ciò che sempre accade allorché la normazione sia costruita mediante rinvii a fonti più risalenti –, va rammentato che il d.lgs. n. 52 del 2017 attua una Convenzione del 2000, qui mediante due riferimenti ad altrettanti provvedimenti del 2006 e del 2016. S'aggiunga che, per le squadre investigative comuni, c'è stato un ritardo di quattordici anni sulla pubblicazione della decisione quadro 2002/465/GAI⁴³.

Insomma, il timore è che manchi una visione di insieme delle problematiche e delle soluzioni che nel tempo si sono stratificate a livello unionista e nazionale nelle materie *de quibus*, sicché un semplice rinvio a norme coniate in periodi storici tra loro diversi non persuade più di tanto: il d.lgs. n. 52 del 2017 avrebbe potuto – e dovuto – rappresentare l'occasione per una meditata riflessione su questi temi e per un'opera di raccordo delle relative discipline.

G) L'ESIGENZA DI UN COORDINAMENTO TRA IL D.LGS. N. 52 DEL 2017 E IL DECRETO ATTUATIVO DELLA CD. "RIFORMA ORLANDO" IN PUNTO DI INTERCETTAZIONI. Giungendo alle intercettazioni, *de iure condendo* occorrerà comprendere come l'attuazione dell'art. 1, comma 84, l. 23 giugno 2017, n. 103, nel ridisegnare la disciplina interna di questo specifico mezzo di ricerca della prova, potrà incidere su quanto previsto dagli artt. 19-23 d.lgs. n. 52 del 2017.

C'è nella riforma Orlando una speciale attenzione alla *privacy* «delle persone occasionalmente coinvolte e delle comunicazioni comunque non rilevanti ai fini di giustizia penale» (art. 1, comma 84, lett. a), l. n. 103 del 2017), ad evitare la captazione di dati «irrelevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei» (art. 1, comma 84, lett. a), n. 4, l. n. 103 del 2017) e ai rapporti tra accusato e difensore, le conversazioni tra i quali certamente non possono essere intercettate.

Ebbene, manca nel d.lgs. n. 52 del 2017 un riferimento puntuale alle esigenze testé menzionate e, meglio, ad un controllo sulla tutela di tali interessi. Solo alla presenza del decreto attuativo della l. n. 103 del 2017 – licenziato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 29 dicembre 2017 – si potrà, invero, immaginare un'opera di ortopedia normativa sul d.lgs. n. 52 del 2017, secondo le direttrici della riforma Orlando.

H) LA NON OPPONIBILITÀ DELL'INDEBITO RIFIUTO DELL'AUTORITÀ STRANIERA ALLA COOPERAZIONE. Da ultimo, una critica tocca un aspetto sempre troppo poco approfondito in ambito di cooperazione penale: le conseguenze, di diritto interno, all'indebito rifiuto dell'autorità straniera a collaborare.

Nell'ovvia impossibilità di impugnare davanti al giudice nostrano il provvedimento allogeno che rigetti in modo immotivato un'istanza di cooperazione, dinanzi ad una tale ipotesi si schiudono scenari inesplorati dal legislatore.

La scelta più ragionevole è recuperare la figura del ministro della giustizia quale tutore della sovranità nazionale e, quindi, unico soggetto abilitato a conferire con l'omologo straniero nella comprensione delle ragioni del rifiuto e per rimuovere l'eventuale errore in cui siano ricadute le autorità coinvolte.

Certo, in mancanza di una norma che investa il ministro di una tale competenza, non esistono, ad oggi, rimedi per censurarne l'eventuale inerzia a fronte dell'interpello di una tra le parti interessate alla proficua collaborazione tra gli Stati nel caso di specie. E tanto basta per ritenere incompiuta l'opera del legislatore italiano, che nemmeno si è posto il problema di definire una procedura amministrativa a cura di eventuali patologie nel rapporto tra Paesi diversi, coinvolgendo l'esecutivo nostrano nell'avvio di un dialogo con l'altra autorità.

Il *vulnus* – si ritiene – è destinato a ripercuotersi sull'obiettivo di creare uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, attraverso la reciproca fiducia tra Stati e la libera circolazione di prove e decisioni giudiziarie. Ingiustificato il rifiuto di taluna autorità a cooperare con il richiedente, il rischio è il blocco del rapporto virtuoso, interno all'Unione, funzionale alla lotta contro il crimine transfrontaliero, donde la frustrazione degli obiettivi posti dagli accordi del 1959 e del 2000.

Si è sin qui proceduto individuando quelle che appaiono come le maggiori criticità del d.lgs. n. 52 del 2017 ad una sua prima lettura. La prassi applicativa imporrà senz'altro nuove questioni e – si auspica – fornirà risposte alle perplessità espresse in queste pagine.

Nel prosieguo dell'indagine si valuteranno i rapporti tra il d.lgs. n. 52 del 2017 e il d.lgs. n. 108 del

⁴³ Approfondimenti in L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni: la normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34)*, in F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europeo: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 17 ss.

2017, così da sondare la possibilità di definire un unico e coeso complesso di norme per la disciplina dell'assistenza penale, giudiziaria ed investigativa, tra gli Stati dell'Unione.

UN'IPOTESI PER UN QUADRO UNITARIO EUROPEO DI REGOLE SULL'ASSISTENZA GIUDIZIARIA

Quel che accomuna gli strumenti regolati dai d.lgs. nn. 52 e 108 del 2017 è il ricorso alla cooperazione orizzontale nel gestire l'assistenza investigativa tra Stati⁴⁴.

Anche l'ordine europeo d'indagine, infatti, è oggetto di una comunicazione diretta tra autorità giudiziarie; i singoli Stati decidono quale ruolo assicurare all'organo politico, individuando su di esso la titolarità di un controllo da affiancare a quello giurisdizionale.

In base alla direttiva 2014/41/UE, l'ordine europeo d'indagine è emesso solo nei casi in cui l'attività istruttoria avrebbe potuto compiersi «*alle stesse condizioni in un caso interno analogo*» (art. 6, par. 1, lett. b).

I primi commentatori del d.lgs. n. 108 del 2017⁴⁵ hanno evidenziato l'insussistenza di un tale requisito per gli ordini di matrice italiana: l'art. 27, comma 1, infatti, si limita ad affermare: «*il pubblico ministero e il giudice che procede possono emettere, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, un ordine di indagine*».

In realtà, il sintagma evidenziato può senz'altro leggersi nella direzione tracciata dall'art. 6, par. 1, lett. b) della direttiva 2014/41/UE: entrambi i soggetti menzionati – pubblico ministero e giudice – sono investiti della funzione di espletare un'attività istruttoria conforme alle regole procedurali per essa di volta in volta previste.

Il rispetto delle regole di ammissibilità della prova e – prim'ancora e più in generale – di quelle che attengono all'*an* e al *quomodo* dell'indagine, rientrano senza dubbio tra le attribuzioni dei magistrati.

In estrema sintesi, ad essi spetta il compito di raccogliere elementi in modo legittimo: ogni altra conclusione svilirebbe l'operatività delle regole interne di procedura, ammettendone la deroga in situazioni di collaborazione con altri Stati e, quindi, laddove la prova sia ricercata oltre confine⁴⁶.

La digressione svela, però, una mancanza nell'altra fonte ora in commento: il d.lgs. n. 52 del 2017, per le procedure attive, non contiene un criterio omologo a quello testé esaminato.

Di certo, per non incorrere nell'assurdo di legittimare una richiesta di assistenza nostrana in contrasto con le norme procedurali interne è opportuno estendere i contorni dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 52 del 2017 in un modo non diverso a quanto si proponeva per l'art. 27, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017.

Recita l'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 52 del 2017: «*le richieste di assistenza sono trasmesse dall'autorità giudiziaria direttamente all'autorità competente dello Stato Parte unitamente alle indicazioni relative alle forme e ai modi previsti dalla legge per l'assunzione dell'atto richiesto*».

È l'autorità italiana, in qualità di richiedente, a fornire alla propria controparte le indicazioni su forme e modi per compiere l'atto, nel rispetto della legge interna. Ora, tanto basta a sostenere che, se l'operazione non fosse ammissibile in quei termini secondo il diritto nazionale, l'autorità giudiziaria non potrebbe indicarne forme e modi.

Certo, il legislatore avrebbe potuto anticipare il riferimento alle modalità dell'agire nell'*incipit* della norma, magari scrivendo: «*le richieste di assistenza sono possibili alle forme e ai modi previsti dalla legge per l'assunzione dell'atto richiesto e sono trasmesse dall'autorità giudiziaria direttamente all'autorità competente dello Stato parte unitamente alle indicazioni relative alle modalità di compimento dell'attività*».

L'opportunità di un'esegesi siffatta si dimostra, altresì, guardando alle regole previste dalle normative interne allorquando l'Italia riceva una richiesta di assistenza.

Partendo, di nuovo, dalla direttiva 2014/41/UE, l'art. 10, par. 1 impedisce allo Stato richiesto l'ese-

⁴⁴ Per una ricognizione sui rapporti tra le due fonti, A. Scalfati, *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, in questa Rivista, 2017, p. 217 ss.; M. Caianiello, *Verso l'attuazione della direttiva UE sull'Ordine europeo di indagine penale*, in M. Caianiello-A. Di Pietro (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di fondi IVA e doganali. L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione internazionale*, Bari, Cacucci, 2016, p. 305 ss.; L. Lupária, *Note conclusive nell'attuazione dell'Ordine europeo d'indagine*, in T. Bene-L. Lupária-L. Marafioti (a cura di), *L'ordine europeo d'indagine. Criticità e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 249 ss.

⁴⁵ M. Daniele, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. contemp.*, rivista online, 28 luglio 2017.

⁴⁶ Sul punto, M. Daniele, *L'impatto dell'ordine europeo d'indagine sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. contemp. (rivista trimestrale)*, 2016, 3, p. 64 ss.; F. Siracusano, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, 2 (fascicolo web), p. 1 ss.

cuzione di un atto alternativo a quello domandato dal richiedente se: «a) l'atto di indagine richiesto nell'OEI non è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione; oppure b) l'atto di indagine richiesto nell'OEI non sia disponibile in un caso interno analogo».

In ragione di ciò si giustifica l'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017: «quando l'atto richiesto per l'esecuzione dell'ordine di indagine non è previsto dalla legge italiana o non ricorrono i presupposti che la legge italiana impone per il suo compimento, il procuratore della Repubblica provvede, previa comunicazione all'autorità di emissione, mediante il compimento di uno o più atti diversi e comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo».

Circa il *quomodo* dell'atto deve, poi, guardarsi all'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 108 del 2017: «all'esecuzione si provvede entro i successivi novanta giorni, osservando le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato».

Passando al d.lgs. n. 52 del 2017, va considerata quale norma omologa l'art. 8, comma 5, che impedisce l'esecuzione in Italia dell'atto richiesto alle condizioni dell'istante, quando sia contrario ai «*principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*», tali essendo senz'altro anche quelli che governano l'attività istruttoria nell'accertamento penale.

La valorizzazione dell'idea di *ordine pubblico europeo* consente di realizzare l'obiettivo di definire un quadro normativo unitario di regole poste a presidio dell'attività investigativa condivisa da più Paesi dell'Unione⁴⁷: d'altro canto – e lo si è spiegato all'apertura di questo lavoro – un'accezione siffatta si pone alla base degli sforzi per la creazione di una materia penale di matrice unionista⁴⁸.

Sotto altro profilo, un approdo del genere consente di scongiurare la chiosa deludente, offerta dalla Suprema Corte qualche anno fa, per cui è ben vero che la prova raccolta all'estero non è utilizzabile se contraria alle norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume, che, però, «*non si identificano necessariamente con il complesso delle regole dettate dal codice di rito*»⁴⁹.

Deve, allora, cogliersi l'insegnamento delle Corti europee, che da tempo parlano di un ordine pubblico europeo *processuale*, concepito – e già lo si è accennato in questa analisi – come complesso di regole idonee a garantire l'effettività dei diritti proclamati dall'art. 6 Cedu e dagli artt. 47 ss. della Carta di Nizza.

L'esigenza non è quella – invero impensabile – di definire un unico modello processuale per l'Europa, ma, piuttosto, di raccordare i tanti sistemi già esistenti sotto l'unica egida del rispetto delle prerogative espresse dalle norme da poco richiamate.

Seguendo la traccia appena proposta, poi, si passa all'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2014/41/UE, che elegge a motivo di rifiuto dell'ordine europeo d'indagine il caso in cui «*l'esecuzione dell'atto ... sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'art. 6 TUE e della Carta*». E – s'aggiunga – della Convenzione e.d.u., richiamata proprio dall'art. 6 TUE, al secondo paragrafo.

La regola è stata recepita dall'art. 10, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 108 del 2017; manca, invece, nel d.lgs. n. 52 del 2017 un richiamo esplicito all'art. 6 TUE o alla Carta di Nizza. La lacuna può, però, essere colmata riconducendo a quelle fonti l'art. 8, commi 4 e 5, nel senso più sopra chiarito: il *quomodo* – e, a monte, l'*an* – dell'indagine va regolato nel rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, intesi anche nella sua partecipazione al giudizio che lo riguarda, in qualità di accusato, come di vittima.

I punti fermi appena posti non sottraggono, però, i provvedimenti in esame da una duplice critica.

In prima battuta, nemmeno il d.lgs. n. 108 del 2017 risolve il problema dell'indebito rifiuto del giudice richiesto alla cooperazione avviata per parte italiana, qui intesa *sub specie* di emissione di un ordine

⁴⁷ L'accezione completa quella di mutuo riconoscimento dei provvedimenti penali, su cui *supra* ci si è a più riprese intrattenuti: in tema, G. De Amicis, *I decreti legislativi di attuazione della normativa europea sul reciproco riconoscimento*, in *Cass. pen.*, 2016, supplemento al n. 5, p. 5 ss.

⁴⁸ Valorizzazione, in grado di cogliere il dato per cui «*il principio di proporzionalità deve essere invocato al fine di riempire di contenuto le generiche formule normative impiegate dalla direttiva ("principi fondamentali dell'ordinamento", "diritti fondamentali")*», come rammenta M. Daniele, *L'ordine europeo d'indagine*, cit.; v. anche in tema, G. Ubertis, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2017, 2 (fascicolo web), p. 3 ss.; G. Ubertis, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 56.

Coglie l'aspetto dell'elasticità del principio di proporzionalità, così da favorirne la funzione di clausola aperta, adattabile, nel concreto, ai contenuti cui riferirla, S. Tsakyrakis, *Proportionality: An assault on human rights?*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2009, p. 468 ss.

⁴⁹ Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, n. 15208, in *CED Cass.*, n. 246582.

europeo d'indagine. Non possono, quindi, usarsi le norme che attuano la direttiva 2014/41/UE per sanare l'omologo difetto già riscontrato nel d.lgs. n. 52 del 2017: ad oggi non esiste regola che descriva l'avvio di un procedimento amministrativo – volto ad interessare l'autorità ministeriale – o giurisdizionale – quindi, da compiersi dinanzi ad una corte interna allo Stato richiedente – per iniziare un dialogo con l'equivalente autorità della Nazione richiesta, al fine di rimuovere il rifiuto (ritenuto) immotivato.

Secondo aspetto concerne le intercettazioni: l'art. 43, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017 permette al pubblico ministero di emettere l'ordine di indagine «per la necessaria assistenza tecnica all'esecuzione delle operazioni di intercettazione delle conversazioni o comunicazioni o del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici, quando nel territorio di altro Stato membro si trova il dispositivo o il sistema da controllare».

Il disposto è sostanzialmente identico all'art. 22, comma 1, d.lgs. n. 52 del 2017: «quando è necessario per ragioni d'ordine tecnico, il pubblico ministero fa richiesta all'autorità competente dello Stato Parte per ottenere assistenza allo svolgimento delle operazioni di intercettazione».

Alcuna delle due norme menziona il giudice per le indagini preliminari, coinvolto in un meccanismo che ricalca quello dell'art. 267 c.p.p. solo per la procedura passiva (artt. 20, comma 1, d.lgs. n. 52 del 2017 e art. 23, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017).

L'assenza di un organo di controllo, invece previsto dalle regole di diritto interno, è un evidente segno di distrazione che può essere superato, in via meramente interpretativa, richiamando alle riflessioni già esposte sul *quomodo* dell'indagine.

S'è visto che, *in primis*, l'attività inquirente deve rispettare i principi fondamentali dell'ordinamento italiano; tra di essi vi sono quelli relativi al processo equo (*rectius*: giusto), ai quali risponde la regola per cui esiste, nel sistema nazionale, un organo di controllo dell'attività svolta dal *dominus* dell'indagine. Laddove – è chiaro – per “controllo” deve intendersi quello rivolto ai singoli atti investigativi suscettibili di ricadere sulle libertà dell'indagato: il carattere invasivo dell'intercettazione motiva l'esplicitarsi dei poteri di vigilanza – e, dunque, di convalida, al rispetto delle condizioni di legge – del giudice per le indagini preliminari.

Ecco perché le previsioni degli artt. 22, comma 1, d.lgs. n. 52 del 2017 e 43, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017 sono evidentemente insufficienti e senz'altro incompatibili con il sistema processuale nostrano: esse escludono, infatti, il controllo sulla scelta del pubblico ministero, abilitato – se i disposti vengono interpretati alla lettera – ad organizzare oltre confine un'attività che, in via autonoma, mai potrebbe compiere sul territorio italiano.

È ormai chiaro come la categoria dell'ordine pubblico, declinato in senso processuale, e colto quale necessario punto di raccordo tra le normative nazionale ed europea, deve fungere da stella polare nella posizione di norme sull'assistenza investigativa e giudiziaria a livello unionista.

A tale concetto avrebbe potuto riferirsi l'art. 18 d.lgs. n. 52 del 2017 nel richiamare il d.lgs. n. 34 del 2016 sulle squadre investigative comuni⁵⁰. L'idea di inquirenti di varia nazionalità che collaborano ad un medesimo progetto è concepibile laddove tanto l'oggetto e le finalità dell'indagine – sì, come indicati nell'atto costitutivo del gruppo, a mente dell'art. 4, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 34 del 2016 –, quanto le modalità di azione siano conformi ai principi più volte invocati ed espressi dall'art. 6 TUE, dalla Carta di Nizza e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Analogo discorso vale per la l. n. 146 del 2006, espressamente riferibile alla criminalità transnazionale (art. 3)⁵¹.

L'art. 9 – cui rinvia l'art. 16 d.lgs. n. 52 del 2017 – rimanda ad una serie di altre norme del codice penale relative a reati sui quali è ammessa l'indagine *undercover*. Il *drafting* normativo è quello tipico di un provvedimento di diritto interno, che si limita, cioè, a regolare la materia per parte dello Stato.

Considerata l'evoluzione del diritto penale europeo sarebbe stato forse meglio rinnovare la disciplina, cogliendo l'occasione per regolare puntualmente l'aspetto della reciprocità delle condizioni alle quali ammettere l'operazione sotto copertura.

⁵⁰ Utili spunti in G. Colaiacovo, *Nuove prospettive in tema di coordinamento delle indagini e cooperazione giudiziaria alla luce della disciplina delle squadre investigative comuni*, in *Dir. pen. contemp.*, rivista online, 1 giugno 2017. Si vedano anche M. Perrotti, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1009; R. Belfiore, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3893; G. De Amicis, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, in T. Bene-A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria internazionale*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 56.

⁵¹ Per una ricognizione sul tema, A. Vallini, *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte edu*, in *Dir. pen. contemp.*, rivista online, 31 maggio 2011.

D'altra parte, quella in parola è un'attività che sorge dall'accordo tra gli Stati (art. 14, par. 1 della Convenzione di Bruxelles): la struttura di un negozio siffatto impone, pertanto, che si proceda per fatti che vengono qualificati come criminosi in tutte le Nazioni interessate.

Nell'attuare la Convenzione sarebbe stato preferibile definire un elenco di fattispecie generiche in relazione alle quali il nostro Paese prevede operazioni *undercover* all'estero e ammette che agenti stranieri ne compiano sul territorio italiano.

Ancora, l'art. 16 d.lgs. n. 52 del 2017 avrebbe potuto distinguere tra una procedura attiva – in cui è l'Italia ad avere l'iniziativa per attività del tipo in esame – ed una passiva, magari con una frase del tipo: «*lo Stato partecipa ad operazioni sotto copertura per l'indagine sui seguenti tipi di reati ..., sia assumendo l'iniziativa dell'azione, sia ricevendo la richiesta di altro Stato a parteciparvi, purché a condizione di reciprocità*».

In tal modo, si sarebbe fatta chiarezza in ordine al duplice – ed, invero, inattuabile⁵² – scenario: *a*) di agenti nostrani che indagano *ultra fines*, sul territorio di Stati che non ammettono investigazioni *undercover* per reati della categoria di quelli per cui si procede; *b*) di ricevere richieste di accesso entro i confini italiani da parte di agenti sotto copertura che indagano per reati in relazione ai quali l'ordinamento nostrano non ammette attività di quel tipo.

Si comprende allora il significato del richiamo all'ordine pubblico europeo. Il principio di reciprocità – lo si è visto a più riprese – ne è un corollario necessario: più Stati collaborano tra loro nell'accertamento di fatti criminosi, in quanto condividono la valutazione di illiceità degli stessi e i principi ai quali l'indagine – e, poi, il giudizio – deve ispirarsi.

Ci si attendeva maggiore precisione, anche su questo punto, nell'attuare la Convenzione di Bruxelles. L'aspettativa era motivata dall'attesa: tra la firma dell'accordo e l'entrata in vigore del decreto sono trascorsi diciassette anni; nelle more, è radicalmente mutato il modo di intendere il diritto (e la giustizia) penale nell'Unione.

Per altro verso, la cd. “comunitarizzazione” del terzo pilastro va intesa nel segno di una maggiore aggregazione degli Stati attorno a principi condivisi: riecheggia in ciò, ancora una volta, l'idea dell'ordine pubblico europeo.

Il d.lgs. n. 52 del 2017 delude le attese. Si tratta di un provvedimento “nato vecchio” poiché in larga parte superato dal coevo d.lgs. n. 108 del 2017: di qui, l'esigenza di uno sforzo interpretativo per dare una lettura combinata ai due provvedimenti. L'obiettivo – non lo si dimentichi – è di creare un quadro coeso di regole per l'assistenza penale a livello eurounitario.

Così, il d.lgs. n. 52 del 2017 funge da corpo residuale di regole, mantenendo vigore, di per sé considerato – e, quindi, sganciato dal sistema comune di norme sull'assistenza penale che si auspica di apprezzare al più presto nell'opera degli interpreti – solo verso quegli Stati che hanno manifestato l'*opt-out* verso la direttiva 2014/41/UE: Danimarca e Irlanda.

Nell'Unione a ventotto – o a ventisette, parlando di *Brexit* –, il quadro conferma la deludente portata del provvedimento, segnale – va detto – della mentalità del legislatore nostrano, non sempre pronto di fronte ai cambiamenti che incorrono al di là del confine e, quindi, talora inerte ad adeguarsi alle esigenze di un diritto unionista in rapida evoluzione.

⁵² Sarebbe, infatti, un'ingiustificata intromissione nella sfera di sovranità dello Stato richiesto.

FRANCESCA RUGGIERI

Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi dell’Insubria di Como-Varese

Le nuove frontiere dell’assistenza penale internazionale: l’ordine europeo di indagine penale

New Perspectives on Judicial Cooperation: the European Investigation Order in Criminal Matters

L’articolo offre un commento “a prima lettura” del d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, che ha provveduto alla implementazione nell’ordinamento italiano della direttiva in tema di OEI. L’analisi delle linee portanti del provvedimento è condotta tenendo conto dei commenti dottrinali in materia e, soprattutto, dei lavori preparatori e delle contestuali riforme al Libro XI del codice di rito.

Le scelte del legislatore italiano, fedeli al provvedimento dell’Unione, confermano la novità dell’inedito strumento di assistenza giudiziaria, incentrato su una stretta ed esclusiva collaborazione tra le autorità giudiziarie degli Stati membri.

The paper offers a prompt analysis of the legislative decree [l.d.] n. 108 of June 21st, 2017, that transposes in the Italian legal system the EU directive regarding the European Investigation Order in criminal matters.

The analysis of the core features of the l.d. n. 108/2017 is based on a close examination of the scholarship on the subjects and more specifically on the current reformations regarding the 11th book of the criminal procedure code.

The choices of the Italian legislator follow closely the spirit of the European directive. They endorse the new tool of judicial cooperation in criminal matters that turns focuses on a close and exclusive collaborations between the judicial authorities of the Member States.

TRADIZIONE, LIBRO XI E PRINCIPIO DEL MUTUO RICONOSCIMENTO

L’implementazione anche nel nostro Paese della Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014¹ con il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 precede di pochi mesi l’entrata in vigore della riforma del Libro XI del codice di rito ed è quasi contestuale alla ratifica e alla esecuzione della Convenzione di assistenza giudiziaria del 2000².

Anche senza prendere in esame i numerosissimi provvedimenti che negli ultimi due anni hanno dato attuazione alle decisioni quadro ed alle direttive che da tempo attendevano di essere trasposte nel nostro ordinamento³, la lettura del decreto dedicato all’ordine investigativo europeo (“OEI”) non può prescindere da un contesto per molti aspetti inedito. Nonostante i molteplici interventi legislativi non sempre siano frutto della medesima sensibilità, tutte le recenti novità normative in tema di assistenza e cooperazione giudiziaria penale contengono, in misura maggiore o minore, risposte diverse da quelle tradizionalmente legate alla storia degli Stati sovrani degli ultimi secoli.

¹ L’art. 36 Direttiva 2014/41/UE prevede che gli Stati dispongano per la sua implementazione entro il 22 maggio 2017. Sulla Direttiva, *ex multis* v. M. Caianello, *La nuova direttiva UE sull’ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *questa Rivista*, 2015, 3, p. 1 ss.; L. Camaldo-F. Cerqua, *La direttiva sull’ordine europeo di indagine penale: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3522 ss.; R. Belfiore, *Riflessioni a margine della direttiva sull’ordine europeo di indagine penale*, *ivi*, 2015, p. 3288 ss.; e, Ead., *La prova penale “raccolta” all’estero*, Roma, Aracne, 2014, p. 206 ss.

² Sulla legge delega per la riforma del Libro XI che contiene altresì le disposizioni circa la ratifica e l’esecuzione della Convenzione relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale del 29.5.2000 cfr. volendo F. Ruggieri, *La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito un topolino?*, in *questa Rivista*, 2017, 2, p.310 ss.

³ Sul punto volendo cfr. F. Ruggieri, *Introduzione*, in Ead. (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 11 ss. e i commenti *ivi* contenuti ai diversi decreti legislativi emanati negli ultimi due anni dal legislatore.

Come è noto, la disciplina della cooperazione in materia penale è anzitutto un problema di rapporti tra Stati sovrani; taluni dei punti fermi radicati nella storia delle relazioni internazionali, ed ancora oggi presenti in numerose convenzioni di assistenza, danno la dimensione di quanto sia o possa essere diverso l'odierno scenario.

La consegna di un cittadino (prima suddito) ad un altro Stato per l'esecuzione di un certo provvedimento giurisdizionale di questo secondo Stato, l'esecuzione di un atto di indagine sul territorio di un altro Paese ovvero ancora, più in generale, il riconoscimento degli effetti di una decisione resa da un'autorità straniera nel proprio ordinamento sono tutte manifestazioni di quell'*imperium* di cui ciascuno Stato è particolarmente geloso. È pertanto comprensibile come ognuna di quelle attività sia sempre stata, sin dall'affermazione delle prime forme di sovranità, soggetta al consenso dello Stato a cui è demandata la cattura o il trasferimento della persona, la ricerca o l'assunzione di una prova, l'esecuzione di un *dictum* giurisprudenziale. È solo il sovrano che può concedere l'esercizio di forme di sovranità sul proprio territorio per conto di un altro sovrano. Ed è questa la *ratio* che spiega ancora oggi molti istituti propri della cooperazione giudiziaria penale: il "veto" (anche immotivato) del governo alla richiesta di cooperazione; la concessione dell'assistenza a condizioni di reciprocità ovvero alla sussistenza delle medesime ipotesi criminose nell'uno e nell'altro ordinamento affinché il potere istruttorio esercitato oltre confine sia funzionale ad accertare fattispecie ritenute reato in entrambi gli Stati; l'inderogabile ricorso alla *lex loci* per il compimento di un atto istruttorio; l'emarginazione degli esponenti dell'autorità giudiziaria, il cui ruolo, spesso limitato alla sola funzione di istanza o esecutiva, è subordinato alle scelte del potere politico.

In un mondo dove anche la criminalità è globalizzata un simile quadro sconta evidenti problemi: il vaglio politico può paralizzare esigenze investigative il cui risultato dipende spesso solo dalla velocità dell'intervento; il rispetto incondizionato del principio di reciprocità può rendere un ordinamento del tutto impermeabile alle richieste di altri ordinamenti per certi reati, creando una sorta di "zona franca" per quel tipo di illecito; l'applicazione delle norme del luogo ove è compiuto l'atto, in omaggio alla tradizione giuridica dello Stato "ospitante", può frustrare l'efficacia del risultato di prova così ottenuto, non utilizzabile nell'ordinamento che lo ha richiesto; i circoscritti compiti dell'autorità giudiziaria possono pregiudicare tanto la funzione di garanzia dei diritti affidata al potere giurisdizionale terzo ed imparziale quanto l'efficacia dell'accertamento disposto da organi giudiziari cui è precluso qualsiasi contatto con i rispettivi omologhi investigativi degli altri Paesi.

In materia di cooperazione e assistenza penale internazionale, i problemi incontrati dal legislatore interno – e, prima di lui, dagli Stati in sede di stipula di convenzioni internazionali – riguardano gli ambiti più vari, dalle questioni prettamente politiche alle tematiche operative di efficienza ed efficacia, sino alla sfera giuridica della cooperazione: le recenti riforme si muovono nel senso di ridurre l'incidenza delle prime, aumentare il tasso di rendimento con riguardo alle seconde e di valorizzare la terza.

Le novelle al Libro XI del codice, in particolare, dopo aver riorganizzato il sistema delle fonti, hanno ridefinito il ruolo dell'autorità politica anche in relazione agli interventi in senso lato giudiziari, hanno disciplinato *ex novo* istituti mai considerati prima, e, più in generale, hanno cercato di conciliare le esigenze della sovranità dello Stato richiesto con quelle dello Stato richiedente al fine di agevolare la circolazione delle prove raccolte in più ordinamenti.

L'OEI strumento tra i più avanzati emessi in ottemperanza al principio del mutuo riconoscimento⁴, sopprime ogni vaglio dell'autorità politica, configura solo rapporti diretti tra le autorità giudiziarie procedenti, assicura l'applicazione della *lex fori* e il ricorso a mezzi di prova "standard" al fine di agevolare la circolazione dei relativi risultati tra ordinamenti che rimangono diversi.

L'OEI NEL NUOVO SISTEMA DELLE FONTI. IL LIMITE DELLE SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI

Nel riconsiderare il sistema delle fonti, il legislatore ha richiamato espressamente l'Unione Europea (cfr. art. 696 c.p.p.), cui ha dedicato disposizioni *ad hoc*.

Oggi l'applicabilità delle norme del codice, tradizionalmente di carattere sussidiario rispetto alle

⁴Per tutti sul punto anche per i più opportuni riferimenti bibliografici si rinvia alla monografia di C. Janssens, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, Oup, 2013 e al più sintetico ma più recente lavoro di J.R. Spencer, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, III, Milano, Giuffrè, 2017, p. 313 ss.

norme internazionali generali e pattizie, è subordinata all'insussistenza non solo di convenzioni internazionali ma anche della particolare disciplina dettata (e in continua espansione) dell'Unione Europea in tema di rapporti tra Stati in caso di cooperazione internazionale penale. Qualora si debba procedere ad una richiesta e/o si riceva una determinata istanza di collaborazione, per individuare la normativa applicabile ci si deve quindi anzitutto chiedere se si tratta di uno Stato membro UE ovvero di uno Stato terzo. Nel primo caso, poiché non tutti gli Stati UE possono aver aderito ad un determinato provvedimento, si dovrà verificare ed applicare quei provvedimenti UE specifici, cui lo Stato ha aderito ovvero le convenzioni redatte nello spazio giudiziario europeo, nel rispetto dei principi del Trattato. Solo in difetto di queste disposizioni si applicheranno le norme del codice di rito, in attuazione del principio del mutuo riconoscimento come *ivi* declinato nel nuovo Titolo I-bis del Libro XI (artt. 696-bis c.p.p.)⁵.

In questo scenario l'ordine investigativo europeo costituisce per tutti gli Stati firmatari, quasi tutti gli Stati membri⁶, l'unico strumento cui far ricorso per qualsiasi forma di richiesta in senso lato probatoria si abbia bisogno⁷. È la stessa Direttiva 2014/41/UE a prevedere che l'OEI si applichi a qualsiasi atto di indagine, tranne che sia istituita una squadra investigativa comune⁸.

⁵Nei confronti di uno Stato terzo, il procedimento è il medesimo ma ha ad oggetto convenzioni o trattati bilaterali sottoscritti fuori dallo spazio UE.

Ai sensi dell'art. 696 c.p.p. (intitolato espressamente alla «prevalenza del diritto dell'Unione europea, delle convenzioni e del diritto internazionale generale») «nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea le estradizioni, le domande di assistenza giudiziaria internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché dagli atti normativi adottati in attuazione dei medesimi. Se tali norme mancano o non dispongono diversamente, si applicano le norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e le norme di diritto internazionale generale» (art. 696, comma 1, c.p.p.). Similmente, «nei rapporti con Stati diversi da quelli membri dell'Unione europea le estradizioni, le domande di assistenza giudiziaria internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto internazionale generale» (art. 696, comma 2, c.p.p.).

⁶Non vi partecipano Danimarca e Irlanda (ma vi ha aderito il regno Unito), a cui si applicherà quindi la Convenzione del 2000 che l'OEI ha inteso esplicitamente sostituire (cfr. art. 34, comma 1, Direttiva 2014/41/UE e volendo F. Ruggieri, *La legge delega*, cit., p. 313 nonché cfr. R. Belfiore, *La prova penale*, cit., p. 211 ss.).

Per un primo commento all'OEI e ulteriori riferimenti cfr. L. Camaldo, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, in *Cass. pen.* (in corso di pubblicazione), 2017, 11, par. 559, M. Daniele, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, 7-8, p. 208 ss., nonché R.M. Marchetti, *Oltre le rogatorie. I nuovi strumenti per la circolazione degli atti investigativi e delle prove penali*, in Ead. (coordinato da), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 222 ss. e F. Siracusano, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, p. 1 ss.

⁷Ai sensi dell'art. 1, comma 1, Direttiva 2014/41/UE «l'ordine europeo d'indagine (OEI) è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (lo «Stato di emissione») per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (lo «Stato di esecuzione») ai fini di acquisire prove conformemente alla presente direttiva. L'OEI può anche essere emesso per ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione».

Il decreto legislativo (art. 1, comma 1, lett. a) precisa che l'«Ordine europeo di indagine penale, di seguito denominato ordine di indagine: il provvedimento emesso dalla autorità giudiziaria o dalla autorità amministrativa e convalidato dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea, per compiere atti di indagine o di assunzione probatoria che hanno ad oggetto persone o cose che si trovano nel territorio dello Stato o di un altro Stato membro dell'Unione ovvero per acquisire informazioni o prove che sono già disponibili».

⁸Cfr. artt. 3 («ambito di applicazione dell'OEI») e 34 («relazioni con altri strumenti giuridici, accordi e intese») della Direttiva 2014/41/UE (nonché, volendo, F. Ruggieri, *ult. loc. cit.*).

L'art. 34 Dir. cit. tra l'altro al comma 1 recita: «... la presente direttiva sostituisce, a decorrere dal 22 maggio 2017, le corrispondenti disposizioni delle seguenti convenzioni applicabili tra gli Stati membri vincolati dalla presente direttiva: a) convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa, del 20 aprile 1959, i relativi due protocolli aggiuntivi e gli accordi bilaterali conclusi a norma dell'articolo 26 di tale convenzione; b) convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen; c) convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea e relativo protocollo».

Il comma 2 della norma prevede che «la decisione quadro 2008/978/GAI [relativa al mandato europeo di ricerca delle prove ed oggi esplicitamente abrogata dall'art. 1 del Regolamento (UE) 2016/95 del parlamento europeo e del consiglio del 20 gennaio 2016] è sostituita per gli Stati membri vincolati dalla presente direttiva. Le disposizioni della decisione quadro 2003/577/GAI [provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio] sono sostituite per gli Stati membri vincolati dalla presente direttiva per quanto riguarda il sequestro probatorio. Per gli Stati membri vincolati dalla presente direttiva, i riferimenti alla decisione quadro 2008/978/GAI e, con riguardo al sequestro probatorio, alla decisione quadro 2003/577/GAI, si intendono fatti alla presente direttiva».

Tale ultimo istituto, disciplinato con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34 che ha implementato nel nostro Paese la decisione quadro 2002/465/GAI⁹ è stato anche inserito esplicitamente nel nuovo Libro XI all'art. 729-*quinques* c.p.p. In applicazione del nuovo art. 696 cit., l'istituto delle squadre investigative comuni troverà quindi sempre applicazione, in modo relativamente uniforme anche se in forza di disposizioni diverse. Agli Stati membri dell'Unione Europea si applica la relativa Direttiva; agli eventuali Stati che non vi abbiano ancora dato attuazione, l'istituto può essere adottato allorché si ricorra alla Convenzione del 2000. Gli Stati terzi, ove non sia previsto in appositi trattati bilaterali o convenzioni, possono disporre in via residuale in applicazione della disposizione citata del Libro XI. A proposito delle squadre è appena il caso di osservare che tale istituto, basandosi su accordi diretti tra autorità investigative, elimina alla radice il vaglio politico da un lato e, consentendo atti istruttori "comuni" a tutti i partecipanti, risolve la complessa problematica della circolazione delle prove *aliunde* formate dall'altro.

OEI, MUTUO RICONOSCIMENTO E SEMPLIFICAZIONE: DEROGHE AL PRINCIPIO DI DOPPIA INCRIMINAZIONE, SOPPRESSIONE DEL SINDACATO DELL'AUTORITÀ POLITICA

Come è noto il principio del mutuo riconoscimento, addirittura codificato nel nuovo Libro XI, ha costituito e costituisce la «pietra angolare della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione»¹⁰, in base al quale la Comunità prima e l'Unione poi fondano decisioni quadro e direttive.

La ritenuta reciproca fiducia tra gli ordinamenti degli Stati membri e, conseguentemente, la circolazione su questa base (anche) dei relativi provvedimenti giurisdizionali è il presupposto dell'OEI¹¹. È questo che giustifica anzitutto una sensibile riduzione del principio di reciprocità, o meglio di «doppia incriminazione», ovviamente inutile per ordinamenti sovrani che si aiutano reciprocamente nell'ambito di uno spazio comune, lo spazio di giustizia, libertà e sicurezza dell'Unione europea.

L'art. 11 d.lgs. n. 108 del 2017¹² esclude che si possa rifiutare di riconoscere e dare esecuzione ad un OEI per i reati *ivi* elencati e sempre che «il fatto sia punibile nello Stato di emissione con una pena non inferiore nel massimo a tre anni o con una misura di sicurezza detentiva» (art. 11, comma 1, cit.)¹³. L'elenco, comprensivo di fattispecie molto gravi (ad esempio associazione a delinquere, terrorismo o sfruttamento sessuale di minori) e/o di interesse transazionale (ad esempio traffici illeciti di armi, organi, materie nucleari) ripropone le categorie di cui all'allegato D della Direttiva con qualche minima puntualizzazione (ad esempio il riferimento all'«incendio» o alla «pornografia infantile» in luogo delle locuzioni dell'Unione all'allegato D della Direttiva di «incendio doloso» o di «pedopornografia»)¹⁴.

⁹Sul tema da ultimo, anche per i necessari riferimenti bibliografici, v. L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni: la normativa di attuazione dopo una lunga attesa*, in F. Ruggeri (a cura di), *Processo penale e regole europee*, cit., p. 17 ss.

¹⁰Così, nella versione italiana, il considerando n. 2 della Direttiva 2014/41/UE che, nella sua integralità recita: «A norma dell'articolo 82, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione deve fondarsi sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, il quale, a partire dal Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, è comunemente considerato una pietra angolare della cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione».

¹¹Come osserva, peraltro, M. Caianello, *La nuova direttiva UE*, cit., p. 3 sarebbe a dire il vero più preciso parlare di «sincretismo» poiché la Direttiva «da un lato ... appare in linea con lo sviluppo del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, così come pretesto dall'art. 82, par. 2 TFUE., [mentre dall'altro] ..., in diversi passaggi si rinvengono soluzioni adottate sotto l'egida del regime delle rogatorie».

La prevalenza della prospettiva del mutuo riconoscimento giustifica la scelta di impostare il commento con pressoché esclusivo riferimento a tale ultimo principio.

¹²D'ora innanzi, gli articoli senza alcuna ulteriore indicazione si intendono riferiti al decreto citato (d.lgs. n. 108 del 2017) e in commento.

Analogamente, con l'annotazione "Dir." senza ulteriori specificazioni si indica la Direttiva 2014/41/UE.

¹³Il principio permane, invece, qualora «il fatto per il quale è stato emesso l'ordine di indagine non è punito dalla legge italiana come reato, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualificazione giuridica individuati dalla legge dello Stato di emissione» (art. 10, comma 1, lett. f), nel qual caso non è possibile dare seguito alla richiesta.

¹⁴In tal modo il legislatore ha evitato di riproporre le problematiche originate da un'eccessiva analitica trasposizione del provvedimento in tema di MAE che, a proposito del principio di doppia incriminazione, contiene un elenco dettagliato di reati (e non semplicemente delle categorie) così suscitando più di una perplessità in sede esegetica ed applicativa.

Per la spiegazione della modifica in tema di incendio cfr. *Dossier, scheda di lettura* (reperibile on line) dell'aprile 2017 predisposto dall'ufficio Studi di Camera e Senato, *Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, Atto del Governo n. 405, p. 28.

Nell'ambito della medesima *ratio* l'ordine di indagine non è soggetto ad alcun vaglio politico anche se il Ministro deve essere messo a conoscenza «dell'ordine di indagine ricevuto» (art. 4, comma 1).

Sono gli organi giurisdizionali degli Stati membri (autorità di emissione ed autorità di esecuzione, cfr. art. 2, comma 1, lett. b) e c), che devono interloquire tra di loro sia con riferimento ai requisiti che l'ordine deve rispettare per potere essere riconosciuto sia con riguardo alle condizioni della sua conseguente e relativa esecuzione¹⁵.

In Italia, così come previsto dalla novella del Libro XI, organo di riferimento in tema di assistenza giudiziaria è il rappresentante del pubblico ministero distrettuale (cfr. art. 724 c.p.p.)¹⁶. Anche con riguardo all'OEI in caso di richiesta dall'estero è il «*procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto*» che deve provvedere al «*riconoscimento*» e all'«*esecuzione*» dell'OEI, se del caso richiedendo l'intervento del giudice quando l'atto è soggetto a riserva giurisdizionale, nonché al «*trasferimento*» dei risultati all'autorità di esecuzione (cfr. artt. 4, 5 e 7). Sono invece ovviamente legittimati all'emissione di un OEI, «*nell'ambito delle rispettive attribuzioni*» tanto il pubblico ministero quanto il giudice in caso di procedura attiva (cfr. art. 27); eccezionalmente, secondo quanto peraltro previsto dalla Direttiva (art. 1, comma 3, Dir.), l'OEI può essere richiesto anche dal «*difensore della persona sottoposta alle indagini o della persona per la quale è proposta l'applicazione di una misura di prevenzione*» (cfr. art. 31)¹⁷.

LA PROCEDURA PASSIVA: RIFIUTO, LEX FORI O LEX LOCI, PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

Anche nel rispetto delle specifiche tradizioni culturali dell'ordinamento di ciascuno Stato membro, l'OEI deve rispettare principi e diritti fondamentali dell'Unione, della Convenzione EDU, della Carta dei diritti di Nizza e della nostra Costituzione¹⁸.

Non può procedersi al riconoscimento né all'esecuzione di un OEI che non sia «*compatibile con gli obblighi dello Stato sanciti dall'articolo 6 del Trattato dell'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*».

Ulteriori motivi di rifiuto interessano l'incompletezza formale dell'ordine di indagine, l'immunità della persona nei cui confronti si procede, il principio del *ne bis in idem*¹⁹, il pericolo di un «*pregiudizio*»

¹⁵ La Relazione illustrativa allo schema di decreto, Senato della Repubblica, n. 405, Atto del governo sottoposto a parere parlamentare, Schema di decreto legislativo recante norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale, p. 2 a questo proposito precisa «*per quel che attiene ... alla linearità e rapidità della procedura, si è scelto di evitare nella trasmissione e ricezione dell'OEI, qualsiasi passaggio attraverso autorità centrali, optando per la trasmissione diretta tra autorità giudiziaria interessate*».

¹⁶ Non si può nascondere qualche perplessità di fronte all'abolizione della competenza della Corte d'appello che la Relazione illustrativa allo schema di decreto, Senato della Repubblica, n. 405, cit., p. 1 ritiene giustificata con riguardo al «*vantaggio di rendere meno problematica, seppure solo sotto il profilo della legittimità costituzionale, l'individuazione di criteri di determinazione della competenza allorché gli atti debbano essere compiuti in distretti diversi*».

Per un sintetico ed esauriente schema delle scelte del delegante e del delegato a proposito del Libro XI cfr. anche il Dossier – scheda di lettura (reperibile on line) del settembre 2017 predisposto dall'ufficio Studi di Camera e Senato, Modifica del Libro XI del codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità stranieri, Atto del Governo n. 434, art. 4 l. 21 luglio 2016, n. 149, p. 43 ss. Per il consapevole coordinamento tra la novella al Libro XI e la disciplina dell'OEI cfr. l'analogo Dossier, scheda di lettura, Atto del Governo n. 405, cit., p. 16.

Approfondisce la prospettiva, con diversi e interessanti spunti di riflessione, in ordine alla scelta di individuare nel pubblico ministero distrettuale l'organo di riferimento R. Belfiore, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.* (in corso di pubblicazione), 2018, 1, par. 2.1. del dattiloscritto.

¹⁷ Per alcuni rilievi critici a tale disposizione che, al di là delle suggestioni che può evocare, non assicura in modo soddisfacente i diritti del difensore cfr. in particolare sia R. Belfiore, *La prova penale*, cit., p. 221 ss. sia L. Camaldo, *La normativa di attuazione*, cit., par. 4 delle bozze.

¹⁸ I considerando n. 38 e 39 della Direttiva 2014/41/UE prevedono, come di solito, che «*la presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dall'articolo 6 TUE e dalla Carta, in particolare al titolo VI, dal diritto internazionale e dagli accordi internazionali di cui l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, compresa la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri nel loro rispettivo ambito di applicazione. Nessun elemento della presente direttiva può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di eseguire un OEI qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che l'OEI sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona per motivi fondati sul sesso, sull'origine razziale o etnica, la religione, l'orientamento sessuale, la nazionalità, la lingua o le opinioni politiche, oppure che la posizione di tale persona possa essere pregiudicata per uno di tali motivi*».

¹⁹ Per qualche rilievo circa la formulazione di questi due motivi cfr. le osservazioni nella *tabella di concordanza* allegata alla Re-

alla sicurezza nazionale»²⁰ e, fuori dai casi già visti, il requisito della doppia incriminazione (cfr. art. 10)²¹.

Tranne il primo, presupposto formale e sostanziale di una legittima richiesta di assistenza, tutti gli altri motivi delimitano il potere giurisdizionale di uno Stato sovrano. Paese richiedente e Paese richiesto non possono procedere nei confronti di una persona che gode della garanzia dell'immunità né, insieme e contestualmente, possono processare due volte la stessa persona per lo stesso fatto se questa è già stata giudicata. Lo Stato di esecuzione, infine, può rifiutare assistenza se la relativa istanza potrebbe mettere in pericolo la sua stessa esistenza, e se è richiesto di utilizzare i poteri connessi alla giurisdizione per fatti che non sono penalmente rilevanti nel suo ordinamento²².

È riconducibile alla *ratio* di quest'ultimo motivo anche il rifiuto (ai sensi dell'art. 9, comma 3, d.lgs. n. 108 del 2017) conseguente all'impossibilità di dare corso all'esecuzione dell'OEI qualora «l'atto richiesto...non sia previsto dalla legge italiana o non ricorrano i presupposti che la legge italiana impone per il suo compimento» (art. 9, comma 1).

Il rispetto del principio di doppia incriminazione, salvo le eccezioni previste, assicura che lo Stato non sia costretto ad esercitare l'*imperium* per l'accertamento di fatti che, non essendo ritenuti reati nel proprio ordinamento, di conseguenza non sono di gravità tale da legittimare il ricorso al potere giurisdizionale. Questo motivo sottintende un preciso bilanciamento legislativo tra l'uso della forza (legittima) e il suo fine di tutela di un determinato bene. In caso di atti privi dei presupposti legali il legislatore rimette invece all'autorità giudiziaria, più precisamente al procuratore della Repubblica, la scelta di procedere nonostante l'atto richiesto non sia previsto dalla legge «mediante il compimento di uno o più atti diversi e comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo, previa comunicazione all'autorità di emissione.» (art. 9 cit.). In tale caso è attribuito all'autorità giudiziaria il bilanciamento tra il fine perseguito e l'atto necessario a soddisfarlo, nel rispetto del principio di proporzionalità codificato all'art. 7 a proposito degli atti volti a incidere sui diritti fondamentali della persona²³.

Nella prospettiva della procedura passiva, in cui lo Stato italiano è il Paese richiesto di dare esecuzione ad un determinato OEI, la nostra legge distingue, anche se non sempre in modo distinto, il decreto di riconoscimento dal provvedimento di esecuzione. Di regola il primo precede il secondo logicamente e temporalmente, nel rispetto della scansione temporale prevista dal decreto²⁴ e di norma l'accertamento della sussistenza o meno di un motivo di rifiuto, accede alla fase del riconoscimento. Non sempre, però è così: il motivo connesso alla impossibilità di dar corso all'atto, in particolare, interviene successivamente. Sono rare, le ipotesi di assistenza passiva che non comportano uno stretto intreccio tra decreto di riconoscimento, provvedimento di esecuzione e, preliminarmente o contestualmente, l'accertamento della sussistenza di determinati motivi di rifiuto.

Per quanto riguarda la fase esecutiva, in applicazione del principio del mutuo riconoscimento, e quindi del reciproco affidamento ai rispettivi provvedimenti delle relative autorità giudiziarie, diversamente dal secolare principio della *lex loci*, che ancora oggi impronta l'art. 725 c.p.p., nell'esecuzione

lazione illustrativa, cit., p. 15 [la numerazione delle pagine della tabella è diversa da quella generale della Relazione; di seguito si seguirà quella della tabella], in particolare a proposito della locuzione usata nell'art. 10 con riferimento a *ne bis in idem*, che «ricalca quella analoga contenuta nel d.lgs. n. 36/2016 attuativo della decisione quadro 2009/829/GAI».

Nella tabella di concordanza alle colonne dedicate alla Direttiva e al decreto, con i relativi commenti, si aggiunge altresì quella dedicata, più in generale, alla legislazione nazionale di riferimento (ad esempio a proposito degli artt. 54 ss. c.p.p. o degli estremi del decreto di attuazione della decisione quadro in tema di squadre investigative comuni, richiamati dal decreto n. 108 del 2017).

²⁰ Cfr. oggi anche gli artt. 723 e 724 c.p.p. in tema di assistenza giudiziaria.

²¹ L'art. 10, comma 3 specifica anche che «è restituito all'autorità di emissione l'ordine di indagine emesso da un'autorità diversa dalla giudiziaria o da questa non convalidato».

²² Ai sensi dell'art. 10, comma 2, inoltre, «se l'ordine di indagine è stato emesso in relazione a violazioni tributarie, doganali o valutarie, l'esecuzione non può essere rifiutata per il fatto che la legge italiana non impone lo stesso tipo di tasse o di imposte, o per il fatto che la legislazione italiana in materia tributaria, valutaria o doganale è diversa da quella dello Stato di emissione».

²³ È invece solo un problema di organizzazione interna allo Stato italiano la disciplina dagli atti probatori da compiersi in più distretti, a cui è data soluzione in applicazione delle norme in tema di contrasti tra uffici della pubblica accusa ai sensi degli artt. 54-54-ter c.p.p. (cfr. art. 4, comma 6). Per la presumibile difficile applicazione, nella prassi, di tali disposizioni, cfr. R. Belfiore, *Su alcuni aspetti*, cit., par. 2.1. del dattiloscritto.

²⁴ Per i (rigidi) termini previsti per il riconoscimento e l'esecuzione (rispettivamente 30 e 90 giorni) cfr. art. 4, commi 1 e 2; il comma 3 dell'articolo prevede tempi più brevi su richiesta dell'autorità di emissione. L'art. 14 disciplina la possibilità che l'uno o l'altro adempimento siano rinviati in caso di pregiudizio per le indagini o il processo in corso nel nostro Paese.

dell'OEI (entro i *novanta giorni* successivi al riconoscimento dello stesso, cfr. art. 4, commi 1 e 2) in genere si osservano «*le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato*» (cfr. art. 4, comma 2) anche con riferimento alla eventuale riserva giurisdizionale (cfr. art. 5, commi 1 e 2)²⁵.

Solo per gli atti elencati all'art. 9, comma 5²⁶ in attuazione dell'art. 10, comma 2, Dir., e per le operazioni sotto copertura (a cui si applica la speciale causa di giustificazione di cui all'art. 9 l. 16 marzo 2006, n. 146) e le connesse operazioni volte a ritardare o omettere un atto coercitivo, ai sensi degli artt. 4, comma 2, 22 e 23) deve sempre procedersi nel rispetto della *lex loci*.

A parte questi casi di applicazione per legge delle norme interne, una volta che il rappresentante dell'accusa abbia escluso la sussistenza delle possibili ipotesi di rifiuto, l'esecuzione dell'ordine procede *de plano* se la *lex fori* di cui è stata chiesta l'esecuzione non contrasta con «*i principi dell'ordinamento giuridico dello Stato*»²⁷. Lo stesso accade se l'autorità di emissione ha chiesto che l'atto sia eseguito secondo forme che comportino il coinvolgimento del giudice; in tal caso il giudice, prima di dare esecuzione al provvedimento, si pronuncerà ancora sul riconoscimento dell'OEI, così assicurando, negli atti più delicati, che anche d'ufficio un organo giurisdizionale vagli la insussistenza di motivi per non procedere. In tal caso, eseguito l'OEI, il procuratore ne curerà la relativa trasmissione all'autorità di emissione (cfr. art. 12).

Qualora all'atto richiesto, invece, non possa essere dato riconoscimento e/o esecuzione per qualsiasi motivo, prima della decisione, ai sensi dell'art. 6, comma 2, deve essere immediatamente avvisata «*l'autorità di emissione al fine di rimuovere, ove possibile, il motivo di rifiuto*».

La disposizione si applica a qualsiasi ipotesi che giustifichi il rifiuto all'esecuzione. L'unico caso che la legge tratta separatamente è disciplinato dal comma successivo dell'art. 6 (il comma 3) ove si precisa che la medesima «*tempestiva informazione all'autorità di emissione*» è dovuta «*quando il contenuto*» dell'OEI «*appare non proporzionato, secondo quanto previsto dall'articolo 7*», e il richiedente deve essere quindi contattato al fine di «*valutare l'opportunità di una nuova richiesta o di ritirare l'ordine di indagine*».

L'autorità di emissione, avvisata dal pubblico ministero italiano di uno dei motivi indicati per non poter riconoscere o per non dare esecuzione all'OEI, può adoperarsi per eliminare la condizione ostativa. Sia che l'atto richiesto contrasti con i nostri principi di diritto (art. 4, comma 2) sia che non sia previsto o non rispetti alcuni dei presupposti previsti dal nostro ordinamento (ad esempio in tema di gravità indiziaria) (art. 9, comma 1) il dialogo diretto tra le due autorità è volto alla ricerca di una soluzione.

A tal proposito le diverse locuzioni impiegate dalla legge per definire i contorni della prova ammissibile nel nostro Paese nel rispetto delle esigenze dell'autorità dello Stato richiedente, possono trovare un elemento comune nell'affermazione del principio di proporzionalità.

Il nostro legislatore ha dedicato un intero articolo a tale principio²⁸: ai sensi dell'art. 7, invero, «*l'ordine di indagine non è proporzionato se dalla sua esecuzione può derivare un sacrificio ai diritti e alle libertà del-*

²⁵ Per il richiamo ai poteri anche del giudice v. la *Relazione illustrativa allo schema di decreto, Senato della Repubblica*, n. 405, cit., p. 1.

²⁶ Ai sensi dell'art. 9, comma 5, cit. «*fermo quanto previsto dall'articolo 10, comma 1, si provvede in ogni caso all'esecuzione dell'ordine di indagine avente ad oggetto: a) acquisizione dei verbali di prove di altro procedimento; b) acquisizione di informazioni contenute in banche dati accessibili all'autorità giudiziaria; c) audizione della persona informata dei fatti, del testimone, del consulente o del perito, della persona offesa, nonché della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato presenti nel territorio dello Stato; d) compimento di atti di indagine che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all'inviolabilità del domicilio; e) identificazione di persone titolari di uno specifico numero telefonico o di un indirizzo di posta elettronica o di un indirizzo IP*».

Con riferimento all'analogo elenco contenuto nella Direttiva, anche per alcune perplessità circa il trattamento di questi atti che, dovendo essere sempre disposti, sono sottratti in particolare alla verifica della doppia incriminazione (fuori dall'elenco dei reati già ricordati) cfr. R. Belfiore, *La prova penale*, cit., p. 218 ss.

²⁷ Questa locuzione, inserita all'art. 4, non è di facile coordinamento con gli artt. 6 e 9 di cui appresso, ma deriva direttamente dall'art. 9 Dir. che al comma 2 prevede che «*l'autorità di emissione si attiene alle formalità e alla procedura espressamente indicate dall'autorità di emissione, salvo qualora la presente direttiva disponga altrimenti, sempre che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione*».

²⁸ Per una prima riflessione sul principio, dalle radici europee, nel nostro ordinamento cfr. in particolare M. Caianello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. contemporaneo, Rivista trimestrale*, 2014, 3-4; L. Bachmaier Winter, *The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights*, in S. Ruggieri (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Berlin, Springer, 2013, p. 98 ss. e R. Belfiore, *Exchange of DNA Data across the EU: Issues and Perspectives in Light of the Principle of Proportionality*, in F. Ruggieri (a cura di), *Criminal Proceedings, Languages and the European Union*, Berlin, Springer, 2014, p. 181 ss.

l'imputato o della persona sottoposta alle indagini o di altre persone coinvolte dal compimento degli atti richiesti, non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista».

Nel rispetto di tale principio, il contatto diretto tra autorità richiedente e autorità richiesta può consentire la individuazione dell'atto diverso da quello sollecitato, ma non sproporzionato nella limitazione dei diritti fondamentali rispetto all'effettivo risultato perseguibile.

Ovviamente, se per alcuni motivi di rifiuto, in senso lato politici (si pensi all'immunità o al vincolo del *ne bis in idem*), non sarà quasi mai disponibile un'altra opzione negli altri casi la sostituzione di un atto istruttorio (se del caso nel nostro ordinamento addirittura vietato ai sensi dell'art. 191 c.p.p.) con un altro può costituire una soluzione molto spesso efficace e rispettosa delle leggi nazionali²⁹.

IL DIALOGO TRA AUTORITÀ DI EMISSIONE E DI ESECUZIONE: UNA DISCIPLINA SPECULARE DAL LATO PASSIVO E DAL LATO ATTIVO

Nel trasporre la Direttiva, «dal lato passivo il fenomeno è regolato esclusivamente con riguardo alle comunicazioni con l'autorità di emissione e all'eventuale restituzione dell'OEI»³⁰ là ove la richiesta non possa essere accolta; dal lato attivo il legislatore ha invece disciplinato nello specifico le «condizioni per l'emissione» di un OEI, secondo quanto previsto dall'art. 6 Dir.³¹. L'una e l'altra prospettiva costituiscono le due facce complementari e speculari del medesimo fenomeno che ha la sua regolamentazione comune nella Direttiva 2014/41/UE.

Dal lato passivo il procuratore distrettuale italiano deve comunicare all'autorità di emissione ogni vicenda rilevante per il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI (cfr. artt. 4, 5, 6, 8 e 12 ss.). Dal lato attivo, le informazioni che l'Italia deve fornire quale autorità di emissione in autonomia o su richiesta del difensore sono tutte quelle richieste per la regolarità dell'OEI. L'art. 5 della Direttiva, relativa al «contenuto ed alla forma dell'OEI», è stato trasposto nell'art. 30 ai sensi del quale «l'ordine di indagine contiene, secondo il modello di cui all'allegato A al presente decreto, le seguenti informazioni: a) i dati relativi all'autorità di emissione; b) l'oggetto e le ragioni sulle quali si fonda; c) i dati utili all'individuazione della persona o delle persone interessate dal compimento dell'atto richiesto; d) la descrizione sommaria del fatto per cui si procede e l'indicazione delle norme di legge violate; e) una sintetica descrizione dell'atto d'indagine o di prova richiesti»³².

L'allegato A al decreto, riprende il considerando n. 10 Dir. secondo cui è «l'autorità di emissione [ad essere] nella migliore posizione per decidere, in base alla sua conoscenza degli atti di indagine in questione, a quali atti di indagini ricorrere» e il considerando n. 11 Dir. ai sensi del quale si può procedere ad un OEI «quando l'esecuzione di un atto di indagine appare proporzionata, adeguata e applicabile al caso in questione» così che «l'autorità di emissione» deve preliminarmente verificare «se le prove che si intende acquisire sono necessarie e proporzionate ai fini del procedimento, se l'atto di indagine scelto è necessario e proporzionato per l'acquisizione di tali prove, e se è opportuno emettere un OEI affinché un altro Stato membro partecipi all'acquisizione di tali prove».

La locuzione iniziale del modulo OEI è la stessa, sia nella Direttiva sia nel decreto: «il presente OEI è stato emesso da un'autorità competente. L'autorità di emissione certifica che l'emissione del presente OEI è necessaria e proporzionata ai fini del procedimento in esso specificato, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta ad indagine o dell'imputato, e che gli atti di indagine richiesti avrebbero potuto essere disposti alle stesse condizioni in un caso interno analogo».

²⁹ Si pensi alla richiesta di procedere all'acquisizione di informazioni "a tutto campo" attraverso l'uso di un captatore informatico, da noi limitato alla sola funzione di strumento per una intercettazione ambientale. Quelle informazioni potranno essere reperite con una analoga intercettazione ambientale, un contestuale pedinamento satellitare ovvero ancora una perquisizione domiciliare.

Del resto la richiesta di un atto tipico non crea alcun problema in quanto, come osserva il legislatore (*Relazione illustrativa*, cit., p. 5 della tabella di concordanza) «l'ordinamento interno disciplina atti di indagine tipici per i quali rispetto al singolo scopo investigativo la proporzione è presunta per legge».

³⁰ *Relazione illustrativa*, cit., p. 7 della tabella di concordanza.

³¹ *Relazione illustrativa*, cit., p. 5 ss. della tabella di concordanza.

³² Ovviamente l'OEI andrà trasmesso «con modalità idonee a garantire l'autenticità della provenienza», anche attraverso la RGE, nella lingua ufficiale dello Stato di esecuzione (cfr. art.32).

Il principio di proporzione informa sia il lato passivo sia quello attivo della procedura³³.

Nel rispetto del principio del mutuo riconoscimento, discipline analoghe, dall'una e dall'altra prospettiva concernono anche la possibilità che l'autorità che emette l'OEI chieda all'autorità di esecuzione di partecipare all'atto (cfr. artt. 8 e 29 rispettivamente per il lato passivo e per la procedura attiva³⁴) specifichi le modalità da eseguire nell'atto secondo quanto prevede la *lex fori* (cfr. artt. 4, comma 3 e 33), si accordi circa le spese da sostenere (cfr. artt. 15 e 33, comma 2), ovvero ancora integri un OEI precedente (cfr. artt. 4, comma 7 e 34). Le esigenze di riservatezza, richiamate dalla Direttiva, sono state ritenute assorbite dal legislatore italiano nella disciplina del segreto procedimentale di cui all'art. 329 c.p.p.³⁵.

(SEGUE) PROCEDURA ATTIVA E DIRITTO DI DIFESA

Specifica disciplina per la parte attiva si è invece resa opportuna con riferimento alla acquisizione delle risultanze probatorie raccolte *ultra fines*, nel rispetto del diritto di difesa. Mentre dal lato passivo è stato necessario disciplinare i più appropriati avvisi al difensore del decreto di riconoscimento³⁶, in occasione della emissione di un OEI da parte dell'autorità italiana sono stati regolati sia i casi in cui il difensore può prendere parte all'esecuzione (cfr. art. 33, comma 1), sia i necessari avvisi una volta che il giudice o il pubblico ministero abbiano ricevuto i risultati della prova all'estero. Ai sensi dell'art. 35, in particolare, «l'autorità giudiziaria che ha emesso l'ordine di indagine, ricevuta dall'autorità di esecuzione la documentazione delle attività compiute, provvede nei casi e nei modi previsti dalla legge processuale a darne conoscenza alle parti e ai loro difensori».

A norma dell'art. 36 sono raccolti nel fascicolo per il dibattimento di cui all'art. 431 c.p.p., all'esito di un OEI: i documenti, gli atti irripetibili e gli atti a cui i difensori sono «*stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana*» (art. 36, comma 1); fuori dai casi degli atti non rinviabili perché assunti nelle forme dell'incidente probatorio, quindi già compresi nell'art. 431 c.p.p., possono inoltre essere letti i verbali delle dichiarazioni assunte all'estero qualora non ne sia possibile la ripetizione ai sensi dell'art. 512-bis c.p.p.³⁷.

³³ L'art 6 Dir., intitolato alle «condizioni di emissione e trasmissione di un OEI», prevede che «l'autorità di emissione può emettere un OEI solamente quando ritiene [che] ... l'emissione dell'OEI [sia] necessaria e proporzionata ai fini del procedimento [anzitutto penale], tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata; e l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo». In ogni caso «l'autorità di esecuzione può consultare l'autorità di emissione in merito all'importanza di eseguire l'OEI. Dopo tale consultazione, l'autorità di emissione può decidere di ritirare l'OEI».

Cfr. anche M. Daniele, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime*, cit., p. 213 che sottolinea come il principio di proporzionalità dovrebbe altresì «servire da bussola ai fini della diagnosi delle inutilizzabilità statuite dagli artt. 431 e 512-bis c.p.p.».

³⁴ Come si legge nel *Dossier, scheda di lettura*, Atto n. 405, cit., p. 48, a spiegazione dell'art. 29, la partecipazione dell'autorità giudiziaria italiana all'esecuzione dell'OEI richiesto è diversa a seconda che l'ordine sia stato emesso dal giudice ovvero dal pubblico ministero. Nel primo caso l'organo giurisdizionale può accordarsi direttamente con l'autorità di esecuzione; nel secondo il rappresentante dell'accusa ha diverse opzioni: «egli può partecipare direttamente all'esecuzione, fare partecipare uno o più ufficiali di polizia giudiziaria, promuovere la costituzione di una squadra investigativa comune» ex d.lgs. n. 34 del 2016 (e quindi solo per i reati *ivi* previsti).

³⁵ Così nella *tabella di concordanza* (con riguardo all'art. 19 Dir. dedicato appunto alla «riservatezza») della *Relazione illustrativa*, cit., p. 26, che precisa come l'articolo citato «vincoli l'autorità italiana sia in fase di ricezione dell'OEI che in caso di emissione di ordine di indagine».

³⁶ Le disposizioni, in sede di procedura passiva, relative alla *lex applicabile* sono state coordinate con la garanzia del diritto di difesa che è assicurato, nel rispetto delle norme del codice di rito italiano, a seconda che il difensore abbia solo diritto di assistere all'atto a sorpresa, ovvero possa essere previamente avvisato, con il deposito dei relativi verbali (cfr. art. 4, comma 4). Più precisamente, il difensore dell'imputato ha diritto a ricevere il decreto riconoscimento, contro cui può proporre opposizione, senza alcun effetto sospensivo, al giudice per le indagini preliminari (cfr. art. 13). Qualora il giudice accoglie il ricorso, il decreto di riconoscimento è annullato.

³⁷ Secondo la *Relazione illustrativa*, cit., p. 18 «la scelta di non novellare il codice di procedura penale impone che sia data regolamentazione alla destinazione degli atti raccolti all'estero mediante ordine di indagine, nozione estranea al codice di rito che contempla solo le rogatorie internazionali espressamente menzionate all'art. 431 c.p.p. ... Gli atti garantiti e gli atti irripetibili raccolti attraverso il nuovo strumento di cooperazione contribuiscono quindi a formare il fascicolo per il dibattimento, non diversamente da quelli raccolti mediante il vecchio sistema della rogatoria internazionale». *Ivi* anche la spiegazione circa gli atti non rinviabili che sono inseriti nel fascicolo per il dibattimento quando raccolti a seguito di OEI ai sensi dell'art. 36, comma 1, lett. b) dell'art. 36 cit.

LA TENDENZIALE ARMONIZZAZIONE DELLE REGOLE PROBATORIE NELLA DISCIPLINA DI PARTICOLARI ATTI DI INDAGINE

Le disposizioni specifiche per determinati atti di indagine, cui la Direttiva dedica tutto il Capo IV sono state trasposte dal legislatore italiano suddividendo le diverse ipotesi a seconda che si tratti di atti cui si deve dare esecuzione nel nostro Paese, che sono disciplinati nei Capi II e III del Titolo II del decreto dedicato alle «*richieste dall'estero*» (artt. 16-25) ovvero che si tratti dei (medesimi) atti che sono richiesti in sede di procedura attiva all'interno del Capo II del Titolo III (artt. 37-45).

La categoria comprende diverse tipologie di atti, privi di un reale comune denominatore ma tutti volti a promuovere l'armonizzazione del fenomeno probatorio ed a favorire la circolazione della prova³⁸.

Ad un primo insieme sono riconducibili atti che in vario modo consentono all'autorità interessata all'assunzione di dichiarazioni di persone all'estero, di compiere l'atto secondo la *lex fori* nel proprio ordinamento, a seguito di un trasferimento temporaneo delle suddette persone nel proprio Stato, ovvero a distanza, attraverso forme di audio o videoconferenza. Ad un secondo insieme appartengono atti che, per le caratteristiche tecniche che li contraddistinguono, sono particolarmente invasivi dei diritti fondamentali della persona e di regola richiedono interventi e controlli, tecnologici e/o giuridici, da parte di più ordinamenti.

Il «*trasferimento temporaneo nello Stato di emissione di persone detenute a fini di indagine*» di cui all'art. 22 Dir. trova corrispondenza negli artt. 16 (lato passivo), intitolato al «*trasferimento temporaneo nello Stato di emissione di persone detenute*» e 37 (lato attivo), intitolato al «*trasferimento temporaneo nello Stato di persona detenuta in altro Stato membro*». L'istituto è subordinato nell'uno e nell'altro caso al consenso informato della persona interessata (reso per iscritto e previa consultazione con il proprio difensore) e al nulla osta del giudice che procede o del magistrato di sorveglianza in caso di persona condannata in via definitiva o internata; il pubblico ministero concorda modalità di trasferimento; il periodo detentivo trascorso all'estero è riconosciuto nel nostro Paese³⁹. In entrambi i casi è previsto il rispetto del principio di specialità (cfr. art. 16, comma 6 e 37, comma 3) secondo quanto oggi stabilito dall'art. 726-*quater*, comma 5, c.p.p. ove pure è ancora previsto il provvedimento del Ministro della Giustizia. Il «*trasferimento temporaneo nello Stato di esecuzione di persone detenute ai fini del compimento di un atto di indagine*» di cui all'art. 23 Dir. trova corrispondenza negli artt. 17 (lato passivo) dedicato al «*trasferimento temporaneo in Italia di persone detenute nello Stato di emissione*» e nell'art. 38 (lato attivo), intitolato al «*trasferimento temporaneo in altro Stato membro di persone detenute nello Stato del decreto*»⁴⁰.

L'«*audizione mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva*» di cui all'art. 24 Dir. è stata traspunta anche qui a seconda che si tratti della procedura passiva o attiva rispettivamente negli artt. 18 e 39⁴¹. Le autorità interessate pure in tal caso concordano le modalità dell'audizione di testimoni, consulenti, periti o imputati. L'imputato deve dare il suo consenso; quando necessario, è assicurata la presenza dell'interprete. Nell'atto che si svolge sul nostro territorio l'art. 18 precisa gli adempimenti da eseguire (avvisi, citazioni ecc.) e puntualizza che «*il procuratore della Repubblica, o il giudice quando provvede all'esecuzione dell'ordine di indagine, assicurano il rispetto, nel compimento dell'atto, dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato*». L'assunzione è presidiata dagli articoli penali in tema di mendacio e di false dichiarazioni (cfr. art. 18 ult. cpv.). L'analogo atto può essere richiesto dalle nostre autorità quando per i soggetti da assumere «*ricorrono giustificati motivi che rendono non opportuna la loro presenza sul territorio nazionale*» ovvero «*quando gli stessi sono detenuti*» nello Stato membro richiesto (art. 39, comma 2) ovvero nei medesimi casi disciplinati dall'art. 147-*bis*, disp. att., c.p.p. relativo, come è noto,

Per un inquadramento più generale delle modalità di introduzione nel nostro ordinamento dei risultati di prova *ultra fines*, anteriore all'OEI, ma secondo una prospettiva per molti aspetti ancora condivisibile cfr. M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'Ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2015, 4, p. 88 che, successivamente, critica le scelte del legislatore del 2017 (Id., *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime*, cit., p. 213) ritenendo «*deludente*» la disposizione di cui all'art. 36.

³⁸ Cfr. R. Belfiore, *La prova penale*, cit., pp. 209-210 e F. Siracusano, *op. cit.*, p. 13.

³⁹ Cfr. *Dossier, scheda di lettura*, Atto n. 405, cit., pp. 10 e 20.

⁴⁰ Cfr. *Dossier, scheda di lettura*, Atto n. 405, cit., pp. 10 e 20.

⁴¹ La disciplina dell'«*audizione mediante teleconferenza*» è invece presente solo nel titolo dedicato alle «*richieste dall'estero*» perché, «*tratta[ndosi] di una modalità di audizione non contemplata nel nostro ordinamento*», non può essere richiesta dall'autorità italiana: così nel *Dossier, scheda di lettura*, Atto n. 405, cit., pp. 19 e 54 ove si ricorda anche come la *Relazione* abbia rimarcato la presumibile scarsa diffusione di tale strumento a fronte della diffusione degli strumenti di comunicazione audio.

all'«esame sotto copertura delle persone che collaborano con la giustizia e degli imputati di reato connesso». In entrambi i casi l'autorità richiedente, nel rispetto dei principi dello Stato ospitante, svolge l'atto secondo la propria legge.

Le «operazioni di infiltrazione» (art. 29 Dir.) sono disciplinate quali «operazione sotto copertura» (e dei correlati eventuali ritardi in atti di arresto o di sequestro) agli artt. 21-22 e 41-42 con rinvio all'art. 9 l. n. 146 del 2006 già ricordata.

La raccolta di «informazioni relative a conti bancari e altri conti finanziari» (cfr. artt. 26, 27, 28 Dir.) è prevista dagli artt. 20 e 40. In Italia l'atto deve essere eseguito con le «modalità stabilite dagli artt. 255 e 256 c.p.p.». Particolare interesse riveste «l'acquisizione in tempo reale dei flussi informatici o telematici provenienti o diretti a banche e istituti finanziari» nel qual caso «il procuratore della Repubblica provvede, se necessario» previa «richiesta al giudice per le indagini preliminari secondo quanto previsto dagli artt. 266 ss.» (art. 20, comma 2) ovvero in applicazione delle norme previste in tema di intercettazioni. Anche a tal fine il rappresentante dell'accusa, può sollecitare all'autorità di emissione «quando l'ordine di indagine non illustra i motivi per i quali gli atti sono rilevanti nel procedimento», la precisazione di tali ragioni e «ogni altra informazione utile ai fini della tempestiva ed efficace esecuzione dell'attività richiesta» (art. 20, comma 3). Dal lato attivo, il formulario previsto richiede alla nostra autorità di precisare tutte le informazioni utili per l'esecuzione dell'atto.

Ma sono soprattutto le intercettazioni di telecomunicazioni, a cui la Direttiva dedica un intero Capo, il IV (artt. 30 e 31) a costituire il mezzo di ricerca della prova più articolato⁴².

Come efficacemente illustrato dal legislatore delegato⁴³, la Direttiva ha a questo proposito ripreso la distinzione già presente nella Convenzione del 2000, a seconda che per l'effettuazione delle intercettazioni si renda o meno necessario una specifica assistenza tecnica da parte di un altro Stato.

Dal lato passivo, qualora tale assistenza sia necessaria, il pubblico ministero deve verificare la regolarità dell'OEI e quindi trasmetterlo al GIP per la decisione circa la sua esecuzione che, oltre ai casi di rifiuto, può essere negata anche qualora «non sussistono le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno» (art. 23, comma 3). Se il giudice autorizza le operazioni di intercettazioni si procederà quindi a trasmettere all'autorità di emissione, che deve essere in proposito previamente sentita, i flussi in tempo reale o i relativi risultati (cfr. art. 23, comma 4)⁴⁴. Disciplina analoga è dettata dal lato attivo, nel qual caso «il pubblico ministero emette ordine di indagine ..., per la necessaria assistenza tecnica all'esecuzione delle operazioni di intercettazione delle conversazioni o comunicazioni o del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici, quando nel territorio di altro Stato membro si trova il dispositivo o il sistema da controllare» (art. 43, comma 1)⁴⁵.

Qualora invece si proceda ad operazioni che non necessitano di alcuna assistenza tecnica nel caso di un'utenza che si trova in Italia, l'autorità estera, come la nostra nel caso inverso (art. 44), deve notificare all'autorità italiana l'avvio delle operazioni (art. 24): sia in un caso che nell'altro, l'informazione consente all'autorità giudiziaria dello Stato «nel cui territorio si trova il dispositivo o il sistema da controllare» di verificare i presupposti per la legittima limitazione del diritto alla inviolabilità delle comunicazioni. Il giudice per le indagini preliminari che accerti che «le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, le intercettazioni non sono consentite, ne ordina l'immediata cessazione» (art. 24, comma 2)⁴⁶ e il procuratore della Repubblica lo comunica «senza ritardo, e comunque non oltre novantasei ore» all'autorità straniera precisando che «i risultati delle intercettazioni eseguite» non

⁴² Secondo il considerando n 30 della Direttiva «le possibilità di cooperare conformemente alla presente direttiva in materia di intercettazione delle telecomunicazioni non dovrebbero essere limitate al contenuto delle telecomunicazioni, ma dovrebbero anche riguardare la raccolta di dati relativi al traffico e all'ubicazione associate a tali telecomunicazioni, in modo che le autorità competenti possano emettere un OEI inteso a ottenere dati meno intrusivi sulle telecomunicazioni. Un OEI volto a ottenere dati storici relativi al traffico e all'ubicazione connessi alle telecomunicazioni dovrebbe rientrare nel regime generale applicabile all'esecuzione dell'OEI e può essere considerato, a seconda del diritto dello Stato di esecuzione, un atto di indagine coercitivo».

⁴³ Cfr. Dossier, scheda di lettura, Atto n. 405, cit., p. 44 ss.

⁴⁴ L'art. 23, comma 5 disciplina il caso in cui sono acquisite comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza o ai servizi di informazione per la sicurezza, per cui deve applicarsi l'art. 270-bis c.p.p.

⁴⁵ Critica a questo riguardo la sola legittimazione del rappresentante dell'accusa M. Daniele, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime*, cit., p. 210.

⁴⁶ Critica a questo riguardo il solo riferimento ai reati (e non ai presupposti di cui all'art. 267 c.p.p.) M. Daniele, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime*, cit., p. 211.

sono utilizzabili a fini di prova (art. 24, comma 3). Analogamente, «il pubblico ministero dispone l'immediata cessazione delle operazioni di intercettazione» quando l'autorità giudiziaria dello Stato membro «comunica che» le stesse «non possono essere eseguite o proseguite». In tal caso i relativi risultati «possono comunque essere utilizzati alle condizioni stabilite dall'autorità giudiziaria dello Stato membro» (art. 44, comma 3).

Nelle parole del legislatore, «con l'attuazione della Direttiva 2014/41/UE si afferma il principio per cui tutte le volte che si ascoltano utenze all'estero, anche se ciò è reso possibile dal roaming senza richiedere assistenza dello Stato nel quale si trova l'utenza, occorre che le autorità giudiziarie di tale Stato siano messe comunque a conoscenza delle operazioni. Con la conseguente possibilità di bloccare le operazioni di intercettazione e rendere inutilizzabili le prove acquisite»⁴⁷.

CONSIDERAZIONI MINIME A PRIMA LETTURA

Come è stato osservato a proposito della Direttiva 2014/41/UE, mentre «con i precedenti strumenti di assistenza giudiziaria le fattispecie probatorie nazionali possono essere sostituite da fattispecie straniere, le quali costituiscono sempre regole emesse da un legislatore, con la direttiva sull'o.e.i. le regole nazionali possono essere disapplicate per cedere il posto a principi probatori monopolizzati dalla giurisprudenza»⁴⁸.

Un'analisi a prima lettura delle norme inserite dal nostro legislatore in applicazione della Direttiva sull'OEI conferma tale prospettiva. E pone l'interprete di fronte ad uno scenario caratterizzato da un'inedita "flessibilità"⁴⁹ del regime probatorio in senso lato transnazionale attribuito al formante giurisprudenziale, cui è affidato il bilanciamento tra diversi interessi in gioco⁵⁰. Solo la prassi potrà dire se e quanto la sempre più stretta collaborazione tra autorità giudiziarie contribuirà a diffondere una comune cultura della prova tra gli Stati membri, rafforzando così allo stesso tempo le esigenze dell'efficienza dell'assistenza giudiziaria transnazionale e i diritti fondamentali della persona propri di ogni, pur diverso, sistema probatorio nazionale.

Le domande a cui l'interprete non può oggi sottrarsi concernono la debolezza della difesa⁵¹, sacrificata alle logiche di separazione dei singoli ordinamenti, entro cui rimane confinata anche di fronte alla espansione dell'autorità giudiziaria.

⁴⁷ Dossier, scheda di lettura, Atto n. 405, cit., p. 45.

L'acquisizione dei dati esterni al contenuto delle intercettazioni è disciplinato dagli artt. 25 e 45. Dal lato passivo ai sensi dell'art. 25 «il procuratore della Repubblica dà esecuzione all'ordine di indagine finalizzato all'acquisizione dei dati esterni relativi alle comunicazioni telefoniche e telematiche con le forme e le modalità dell'art. 256 c.p.p.». Dal lato attivo l'art. 45 legittima alla richiesta sia il pubblico ministero sia il giudice e precisa il contenuto del relativo OEI.

⁴⁸ M. Daniele, *La metamorfosi*, cit., p. 91. L'Autore un anno dopo (*L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2016, 3, p. 64) parlerà di «un'inedita grammatica del procedimento probatorio».

⁴⁹ Per questo concetto, contenuto nel considerando n. 6 della Direttiva, cfr. *ex multis* R. Belfiore, *La prova penale*, cit., p. 214 ss. e F. Siracusano, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁰ Cfr. M. Daniele, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime*, cit., pp. 214-215 che, puntualizzando il suo precedente pensiero, ricostruisce il ruolo della giurisprudenza nell'applicazione del principio di proporzionalità entro i parametri delle norme della *lex fori* e della *lex loci*.

⁵¹ Cfr. emblematicamente, ormai oltre quindici anni or sono, i diversi contributi raccolti in uno dei primi studi in Italia nella prospettiva della difesa in L. Camaldo-A. Lanzi-F. Ruggieri (a cura di), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Padova, Cedam, 2002.

Sulla criticità della disciplina della difesa nel d.lgs. n. 108 del 2017 (ad esempio con riferimento al difensore cui dovrebbe essere inviato il provvedimento di riconoscimento) cfr. efficacemente R. Belfiore, *Su alcuni aspetti del decreto*, cit., par. 2.2. del dattiloscritto. Per qualche incisiva proposta già alla luce della Direttiva cfr., invece, M. Caianello, *La nuova direttiva UE*, cit., p. 9.

ORietta Bruno

Ricercatore confermato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

L'obbligo della polizia giudiziaria di trasmettere ai vertici le notizie concernenti le informative di reato

The new legislation on police crime report

Nello scenario della sicurezza pubblica, l'esigenza di “razionalizzare” i presidi di polizia ha richiesto l'intervento del legislatore. Un'azione “d'urgenza”, con un approccio poco meditato, dove la novella (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177) ha assunto dimensioni più late contenendo un comodo *escamotage* per introdurre, tra le pieghe delle norme di attuazione, una modifica che intacca il processo penale nel tratto investigativo. La disciplina rivela un *gap* tra l'obiettivo da perseguire (l'ottimizzazione delle Forze dell'ordine) e la tutela dei principi contrapposti (i valori inviolabili dell'individuo, il segreto investigativo e la dispersione delle notizie sull'inchiesta), oltre a manifestare profili d'irragionevolezza che mettono in dubbio la sua legittimità costituzionale.

Any suspected offence which comes to Criminal Police Officers' notice shall be reported to the Police Chiefs, in spite of investigation secrecy, inviolable rights of individual and the need to prevent leaking information to occur. Many concerns, reservations and doubts as to constitutionality of the mechanism introduced by “d.lgs. 177/2016”.

LA NOVITÀ

Nel suo incedere frammentario, è stato rimodulato, tempo addietro, anche il settore delle indagini laddove si descrivono gli obblighi che incombono sulla polizia giudiziaria. Il solito intervento “a macchia di leopardo” sull'impianto d'origine, nemmeno tradotto nel codice di rito e costruito su figure oramai superate; ciò, inevitabilmente, ha prodotto riverberi solo in apparenza settoriali: è stata data forma ad un quadro che contrasta con l'architettura in vigore e solleva pesanti dubbi di aderenza al tessuto sovraordinato. Lo scopo dell'intervento legislativo era quello di ridisegnare la cornice assiologica dell'apparato della sicurezza pubblica, ad oggi poco delimitabile nei suoi contorni e denotato da una sorta di “vischiosità”. Il proliferare di strutture e personale, delinea un panorama confuso in cui, invece di espletarsi un controllo sul territorio per assicurarne la tutela, si soddisfano le esigenze interne dei singoli Corpi in risposta, spesso, alle direttive del potere¹.

La disciplina in esame, oltretutto, è passata sotto silenzio, priva di una visione d'insieme e rinvenibile nei meandri di un provvedimento che, in fondo, si occupa di tutt'altro come si desume dalla rubrica riportata di qui a poco; eppure – non si esagera –, essa potrebbe calpestare gli assetti ordinamentali dello Stato, finendo per privilegiare le ragioni dell'Esecutivo su quelle della Magistratura. Forse, dietro il manifestato intento di “miglioramento” dei ruoli degli operatori si cela (*proprio*) un congegno per ricondurre, velatamente, la polizia giudiziaria sotto l'ombrello vigile del Governo. Senza tralasciare che il legislatore è incurante degli effetti della riforma sulla strategia investigativa che potrebbe essere fatalmente pregiudicata dal “cambiamento”. Del resto, le metodiche dell'inchiesta sono le “cartine di tornasole” delle modifiche prodotte, nel tempo, sul codice di rito penale: i suoi “pilastri” hanno subito tali varianti da non rendere agevole identificare i ruoli dei protagonisti giudiziari. Ci si riferisce, per tale ultimo profilo, ai nessi gerarchico-strutturale (che legano la polizia giudiziaria all'Esecutivo) e gerarchico-funzionale (che la rapportano al pubblico ministero): è il magistrato che, in virtù degli artt. 109 e 112

¹In questo senso, A. Cisterna, *Modifica normativa inopportuna e fuori contesto*, in *Guida dir.*, 2017, 6, p. 22.

Cost. e, quindi, di una relazione esclusiva e permanente, dirige le indagini e dispone direttamente della polizia; pure se questa, dopo la comunicazione della notizia di reato, continua a svolgere attività di propria iniziativa² in via complementare.

Così, in seno ad una (in apparenza, innocua³) pianificazione di rinnovamento amministrativo, il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177, («Disposizioni in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato»)⁴, nel mezzo di un corposo pacchetto di previsioni, all'art. 18, comma 5 – tra le norme transitorie e finali –, inserisce un secondo periodo⁵: entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto e a decorrere dal 1° gennaio 2017 [n.d.r.] «(...) al fine di rafforzare gli interventi di razionalizzazione volti ad evitare duplicazioni e sovrapposizioni, anche mediante un efficace e omogeneo coordinamento informativo, il capo della Polizia-direttore generale della pubblica sicurezza e i vertici delle altre Forze di Polizia adottano apposite istruzioni attraverso cui i responsabili di ciascun presidio di Polizia interessato, trasmettono alla propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale». Insomma, in forza di questa disposizione, gli investigatori con l'entrata in vigore della novella, devono inoltrare i dati che “custodiscono”, in ragione del loro operato, ai superiori. Nel concreto, qualunque “poliziotto, carabiniere o finanziere che consegna un rapporto o l'esito di un accertamento alla magistratura, deve comunicarlo al suo superiore”. Costui dovrebbe avviare, a sua volta, il proprio.

Restando legati ai dettami del testo (che segue un *iter* di volgarizzazione del tecnicismo espositivo), parrebbe che il soggetto *ex art.* 55 c.p.p. debba spedire ai “vertici” non impegnati nelle indagini solo le comunicazioni sull'avvenuto invio, all'autorità giudiziaria, delle informative di reato. Nulla fa presagire che, oltre all'avviso della comunicazione, si debbano svelare i risvolti contenutistici dei singoli atti d'indagine. Tuttavia, il pericolo reale è che le Forze di polizia forniscano i dati relativi alle investigazioni; inclusi i contenuti della delega disposta dal pubblico ministero.

Da qui, pertanto, le intuibili perplessità che emergono nonostante la pretesa *ratio* di semplificazione volta ad evitare spendite di “energie” processuali; la previsione potrebbe risolversi in una sotterranea ingerenza della struttura veristicistica dell'Amministrazione sull'opera investigativa.

GLI OPERATORI: TRA POLEMICHE E QUALCHE CHIARIMENTO

La disposizione, per come congegnata, schiude a non poche questioni. D'altro canto, la materia è di quelle scottanti che tocca i rapporti tra Istituzioni dello Stato, banco di prova della vita del Paese.

L'attenzione si appunta prevalentemente sul fatto che un dovere di questo genere mette a repentaglio il segreto “istruttorio”: l'informativa circa la commissione di una fattispecie criminosa rappresenta il primo atto nel quale vengono condensate le risultanze di un'attività d'indagine, coperta, in quel frangente⁶.

A dominare l'inchiesta, evitando duplicazioni e dispendii *dovrebbe rimanere* il magistrato. Ora, gli equilibri delle indagini potrebbero essere governati anche dalle gerarchie di Polizia, Carabinieri e Guar-

²In realtà, la polizia giudiziaria è soggetta al magistrato anche prima della formale comunicazione della notizia di reato (art. 347 c.p.p.) che documenta, *in nuce*, i tratti minimi di un illecito penale e rappresenta il momento genetico della fase preliminare, partecipando del carattere della ipoteticità e necessitando di essere “svilupata”. V., altresì, *infra*, nt. 14.

³F. Bertelli, *Pochi ne parlano ma il segreto investigativo rischia di diventare un miraggio*, in *Giustizia!*, 8 maggio 2017, p. 1.

⁴Sempre A. Cisterna, *Modifica normativa inopportuna e fuori contesto*, cit., p. 22, nel menzionare l'art. 3 del decreto e la dicitura «Razionalizzazione dei presidi di polizia», si esprime in tali termini: «nella sua logica *flou* e nella selva di deroghe ed eccezioni che lo connota, si erge a emblema della ritrosia e della prudenza con cui l'autorità politica entra nel “giardino proibito” dell'organizzazione delle forze di polizia». D'interesse anche la ricostruzione offerta dall'A. rispetto a questa *tranche* dell'atto legislativo compiuta con dovizia di particolari.

⁵Prima si chiariscono i tempi in merito all'inserimento dei forestali nell'Arma dei carabinieri. Per questo, i vertici interessati – a cui viene conferita apposita delega amministrativa – avrebbero dovuto, entro tale periodo (si è già detto, 1° gennaio 2017), dettare le “istruzioni” sulle modalità in base alle quali effettuare le comunicazioni alla scala gerarchica, provvedimenti e protocolli descritti da articoli precedenti del medesimo provvedimento legislativo e tesi a disegnare il quadro in cui, nelle intenzioni di chi ha congegnato il decreto, si colloca l'obbligo affidato alla polizia giudiziaria.

⁶Interessante la lettura offertane da G. Bianconi, *La norma che obbliga i poliziotti a riferire ai capi le indagini segrete*, in *Corriere.it*, 1° dicembre 2016, p. 2. Inoltre, F.Q., *Inchieste penali, ora i politici potranno conoscerle in anticipo. Per le forze di polizia obbligo di informare “le gerarchie”*, in *Il Fatto Quotidiano*, 2 dicembre 2016, p. 1 ss.

dia di Finanza, con effetti a cascata sui Ministeri di riferimento, Interni, Difesa ed Economia. Per esempio, laddove esista un'indagine, magari di spiccata difficoltà, a carico di un ministro, un parlamentare o un amministratore locale, essa potrebbe diventare nota al Governo e, di conseguenza, allo stesso individuo, con discriminazioni sul piano pratico⁷.

Di fronte ad un mutamento dirompente, ad esporsi sono stati, da subito, i soggetti "travolti". Le aperture positive nell'ambito dell'Arma urtano con le preoccupazioni della Magistratura che ha subito reagito a fronte di una soluzione che mostra criticità sia sul versante processuale che sull'apparato ordinamentale. Ne è un esempio l'opinione espressa dal Procuratore capo di Torino, Armando Spataro, durante un'intervista tenuta al Corriere della Sera: ci si troverebbe di fronte ad una sorta di «*self-restraint* per salvaguardare i rapporti con la magistratura e non compromettere le inchieste. Soprattutto quelle dai risvolti complessi o delicati, che magari coinvolgono politici o persone legate agli apparati dello Stato»⁸. Si manifesterebbero «possibili profili di incostituzionalità» e «un contrasto anche con alcune norme del codice di procedura penale» che conferiscono al pubblico ministero il ruolo di *dominus* esclusivo dell'indagine. La norma, poi, continua il magistrato, «stabilisce, attraverso un'evidente forzatura, che un atto non ancora valutato dal [p.m.] finisca sul tavolo di strutture direttamente dipendenti dal potere esecutivo. Così il segreto investigativo rischia di diventare carta straccia»⁹. [...] Non si tratta affatto di pregiudiziale sfiducia verso i vertici delle forze di Polizia, è invece un problema di sistema. Tra l'altro, non è previsto alcun divieto per quei vertici di riferire all'autorità politica. È vero che per l'Arma esiste già una normativa simile, ma direttive interne richiamano la doverosa attenzione al rispetto del segreto investigativo. In questo modo, si rende obbligatoria la comunicazione dell'esito delle indagini, e se ne amplia l'applicazione¹⁰. In alcune indagini a me è capitato di impartire l'ordine scritto agli ufficiali di pg di non riferire ai propri superiori; in questa nuova norma bisognerebbe almeno prevedere una simile possibilità».

Peraltro, la delega 7 agosto 2015, n. 124, in punto di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, non contiene alcun principio dal quale, poi, è nato l'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016 il quale stride, come si evidenziava poc'anzi, con i doveri sanciti dal codice. D'altro canto, nessun altro significato può attribuirsi alla locuzione «indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale» se non quello di una prescrizione in deroga¹¹.

Non sono mancati tentativi di ridurre la portata della disposizione; ad esempio, una direttiva del Procuratore generale della Repubblica di Torino rivolta agli organismi di polizia del distretto (Piemonte

⁷ Ha ragione il F.Q., *Inchieste penali, ora i politici potranno conoscerle in anticipo. Per le forze di polizia obbligo di informare "le gerarchie"*, cit., p. 2 quando scrive «Così, per esempio, un'inchiesta per corruzione o per mafia, o qualunque indagine che possa mettere in imbarazzo un ministro, un parlamentare, un amministratore locale, potrà arrivare sul tavolo della politica prima che sia resa nota all'interessato, e al pubblico, con un [adempimento] della magistratura, che potrebbe arrivare anche parecchi mesi dopo».

⁸ Testualmente, da G. Bianconi, *La norma che obbliga i poliziotti a riferire ai capi le indagini segrete*, cit., p. 2.

⁹ Ci si riferisce all'art. 329 c.p.p. «la cui violazione da parte dei pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio può dar luogo a responsabilità penale ex art. 326 c.p.».

¹⁰ Una regolamentazione analoga riguarda, appunto, già il Corpo dei carabinieri tenuti ad osservare il Testo Unico dell'ordinamento militare ove si stabilisce che i militari devono riferire alla scala gerarchica le informative di reato (il d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, rubricato «Codice dell'ordinamento militare» – acronimo c.o.m. – disciplina l'organizzazione, il funzionamento e i compiti della difesa militare e delle forze armate italiane. Il Regolamento di attuazione è stato emanato con il d.p.r. 15 marzo 2010, n. 90. Il codice è entrato in vigore il 10 ottobre 2010). Qui, in effetti, vi è un disposto, il 237 («*Obblighi di polizia giudiziaria e doveri connessi con la dipendenza gerarchica*»), di questo tenore: «Indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale, i comandi dell'Arma dei carabinieri competenti all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, danno notizia alla scala gerarchica della trasmissione, secondo le modalità stabilite con apposite istruzioni del Comandante generale dell'Arma dei Carabinieri». Di esso è stata data attenta applicazione dall'Arma dei carabinieri, pure attraverso una serie di direttive interne per tentare di salvaguardare quanto più possibile il segreto investigativo; c'è, oltretutto, anche una sorta di "manuale" ove si chiarisce che l'informativa ai superiori deve contenere «gli elementi essenziali del fatto» nel rispetto, quanto più possibile, degli obblighi statuiti dal codice di procedura penale e dalle relative norme di attuazione. Inoltre, si precisa che devono essere anticipati i contenuti delle «operazioni di particolare rilievo», escludendosi «qualsiasi aspetto di interesse prettamente investigativo».

¹¹ Non a caso, la norma è stata oggetto di confronto in seno alle Commissioni dove qualche deputato ha stemperato la sua valenza affermando che, in ogni caso, essa non finirebbe per produrre «(...) gli effetti paventati poiché già adesso l'obbligo di informare il superiore dell'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria non è previsto qualora il magistrato chieda di non trasmettere gli atti». Ne viene data contezza nel verbale steso nella seduta (riunita) delle Commissioni Affari Costituzionali e Difesa.

e Valle d'Aosta) delimita, in alcune circostanze, l'obbligo di inviare alle proprie gerarchie le notizie sulle attività d'indagine in esecuzione per impedire la "fuga di notizie"¹².

Elastica, come anticipato, la posizione delle Forze dell'ordine. In data 8 ottobre 2016, il Capo della Polizia-Direttore Generale della Pubblica Sicurezza, Franco Gabrielli, dopo aver confermato il dettato della previsione, ha diramato una circolare mediante cui tratteggia i contenuti, le modalità e i limiti entro cui la polizia giudiziaria dovrà soddisfare il compito in parola e ha chiarito che i superiori gerarchici devono conoscere anche degli ulteriori sviluppi "di rilievo" dell'inchiesta¹³. Pertanto, interpretando la disposizione, si evince che il nuovo obbligo scatta quando viene trasmessa una notizia di reato, ma non si esaurisce con la fase dell'invio dell'informativa; permane nel corso di tutta l'inchiesta e ricomprende tutto quanto rappresenta uno sviluppo dell'atto iniziale sino all'esito delle indagini. Questi, nondimeno, precisa che resta necessario «preservare il buon esito delle indagini in corso» pur derogando alla loro riservatezza. In virtù di ciò, secondo «i principi di proporzionalità e di leale collaborazione istituzionale», si specifica che «le comunicazioni alla scala gerarchica dovranno essere circoscritte ai soli dati e notizie indispensabili a garantire un adeguato coordinamento informativo» e si raccomanda «una graduale selezione delle comunicazioni, in modo da far affluire alla struttura di vertice di ciascuna forza di Polizia solo quelle riguardanti situazioni che appaiono di particolare rilievo». Il Capo della Polizia, tra l'altro, delinea persino i segmenti alla luce dei quali, mediante i singoli passaggi, si risale dai «presidi territoriali» ai singoli gradini della scala gerarchica, sino eventualmente ad arrivare, data la particolare rilevanza, al Direttore generale della pubblica sicurezza: per intendersi lui stesso al Viminale.

L'INFORMATIVA ALLA CD. "SCALA GERARCHICA": UN CONFRONTO (DOVUTO)

Non sfugge la (ritenuta) *confusione terminologica* creata dal legislatore nell'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016. Si impiega, la parola "informativa", sia per soddisfare l'introdotta compito, per la polizia giudiziaria, di riportare ai "vertici" le notizie sugli atti trasmessi, *ex art. 347 c.p.p.*, all'autorità giudiziaria (*rectius*: al pubblico ministero), sia per riferirsi, strettamente, all'attività (tipica, esclusiva e dinamica) che la stessa deve compiere quando, acquisita la *notitia criminis*¹⁴, la "canalizza" sul magistrato (sempre

¹² Ne offre la conoscenza, P. Innocenti, *Quella fessura aperta sul segreto delle indagini preliminari*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, p. 271. Per vero, lo stesso contributo era apparso prima sul giornale *La Tribuna di Treviso* il 10 settembre 2017.

¹³ Più specificamente, quanto alla Polizia di Stato, la circolare dipartimentale individua tutti i "presidi di polizia" i cui responsabili hanno l'obbligo di dare le notizie ai superiori e che, nella sostanza, svolgono le investigazioni: gli uffici divisionari delle Questure e le varie articolazioni *sub* dirigenziali (squadra mobile, Digos, ufficio prevenzione generale e soccorso pubblico); le Sezioni di Polizia Stradale, Postale e delle comunicazioni, Ferroviaria, delle Frontiere, i Reparti di prevenzione del crimine (sono quelli il cui impiego sul territorio è disposto dal Dipartimento in relazione a specifiche esigenze locali), nonché i Servizi delle varie Direzioni Centrali che hanno analoga connotazione (per esemplificare, il Servizio Centrale Operativo, il Servizio Antiterrorismo ecc.). Ad ogni buon conto, si rimanda all'art. 2 del d.lgs. n. 177 del 2016 per gli approfondimenti; tale disposto, rubricato «*Comparti di specialità delle Forze di polizia*», elenca le loro rispettive attribuzioni. Il riparto, che non mostra significative novità, si presenta alquanto "modulabile". Del resto, il suestipito art. 2 contempla l'espressione «in via preminente o esclusiva». Spetta, invece, all'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 177 del 2016 tipizzare le determinazioni del Comandante generale della guardia di finanza che deve ridefinire la dislocazione territoriale dei comandi e reparti del relativo Corpo, in relazione alle proprie competenze, al mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica. Si torna, inoltre, su altri aspetti allo scopo di garantire maggiore economicità, speditezza e semplificazione dell'azione amministrativa. «Anche questa volta l'autorità politica riveste un ruolo secondario e passivo nell'organizzazione territoriale dei servizi di polizia. Si è in presenza (...) di una deroga importante ai canoni che disciplinano il funzionamento degli apparati amministrativi pubblici e che rimette all'autonomia delle singole forze di polizia il compito di calibrare la collocazione delle strutture operative nel paese». Una funzione di tale delicatezza «pretenderebbe che i vertici delle agenzie siano in grado di attingere a indicatori obiettivi e verificabili del fabbisogno di sicurezza collettiva e delle esigenze investigative dell'autorità giudiziaria»: A. Cisterna, *Modifica normativa inopportuna e fuori contesto*, cit., p. 24.

¹⁴ La sua acquisizione, anche *motu proprio* dalla polizia giudiziaria e/o dal pubblico ministero, comporta, come anticipato, l'inizio delle indagini. La sua definizione, non essendo stata stigmatizzata, è frutto dell'ermeneusi. «Si ritiene comunemente che essa qualifichi ogni informazione diretta alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero o da questi autonomamente appresa – *ex art. 330 c.p.p.* –, il cui contenuto documenti, *in nuce*, i tratti minimi costitutivi di un illecito penale»; vale ad affermare: «la componente obiettiva del reato, costituita dalla condotta, l'evento ed il nesso eziologico, con l'esclusione dell'elemento psichico soggiacente alla condotta – quando non appaia macroscopicamente insussistente –, il cui accertamento è demandato alla successiva attività investigativa»: F. Alvino, *Le indagini preliminari*, in F. Alvino-D. Pretti (a cura di), *Le indagini preliminari. Tra fonti disciplinari e prassi applicative*, cit., p. 29 s. e nt. 87.

secondo le prescrizioni dell'art. 347 c.p.p.)¹⁵. Cioè a dire, uno dei «momenti teleologici» centrali che denota la «cronologia processuale» della fase investigativa e che è quasi sempre preceduta da indagini d'iniziativa e di assicurazione, «*lato sensu*» probatoria; da qui, l'assenza di un «automatismo nella trasmissione» della notizia di reato¹⁶: quest'ultimo dovere rientra nell'attività di «informazione» cui è tenuta la polizia giudiziaria allorché acquisisce e comunica la notizia di reato (art. 330, 347 c.p.p.). Gli appartenenti alla stessa, difatti, hanno «il compito di «informarsi», acquisendo la notizia di reato e di «informare», trasmettendo la notizia stessa all'autorità giudiziaria»¹⁷.

Gioco forza, nasce un interrogativo di non facile soluzione. Bisogna comprendere se la tassatività dei dati pretesi dall'art. 347 c.p.p. riguardi anche la relazione svolta ai «superiori» o se il personale di polizia debba fornire a costoro un ragguaglio, in forma sommaria, dell'inchiesta che ha condotto. Non può trascurarsi che, laddove la comunicazione gerarchica implichi la trasmissione di una copia dell'informativa, si instaurerebbe un presidio di controllo sulla polizia giudiziaria, oltre che invadere un ambito riservato alla magistratura. Ne deriverebbe, oltretutto, lo si è accennato, una rinnovata visione dei rapporti tra poteri dello Stato e, allo stesso tempo, un contraccolpo sugli schemi processuali in genere.

Nel rinviare il nostro punto di vista più avanti, *medio tempore*, vale la pena ricordare che, nel codice, attraverso l'art. 347 c.p.p., è stato configurato uno strumento per segnalare all'organo d'accusa, oltre a quanto svolto, anche gli epiloghi delle investigazioni «ossia per illustrare le prime conclusioni alle quali è giunta la [p.g.]» [...] Si tratta di un atto che frequentemente ha rilevanza e contenuto molto ampi perché riporta l'intero svolgimento delle indagini e, attraverso i c.d. **seguiti** di indagine, contribuisce a mantenere costante il rapporto tra l'ufficio del pubblico ministero che emette direttive e deleghe e [quelli] di polizia giudiziaria che riferiscono con apposite relazioni [sulle operazioni compiute]¹⁸. Qualcun altro, partendo dal presupposto che l'informativa è l'unico congegno per inviare all'accusa le notizie di reato presentate alla polizia giudiziaria o da essa apprese di propria iniziativa, reputa che «[l'atto] può essere considerat[o] un'ulteriore notizia qualificata: essa è la notizia di reato regolata dal codice attraverso cui la polizia giudiziaria «trasmette» al P.M. la notizia di un reato»¹⁹.

È bene rammentare, per vie brevi, pure i contenuti (ben precisi) della norma codicistica di cui all'art. 347 c.p.p.²⁰ la quale stabilisce che, una volta ricevuta la *notitia processus*, la polizia giudiziaria, «senza ritardo»²¹, deve dar conto al magistrato, per iscritto²², degli elementi essenziali²³ del fatto²⁴ – condotta,

¹⁵ L. Grilli, *Le indagini preliminari della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, Padova, Cedam, 2012, p. 12 s., nt. 20 sostiene che il dovere codicistico si riallaccia all'art. 59 c.p.p. che «formalizza la «subordinazione» della stessa rispetto agli uffici della procura della Repubblica. Se il p.m. è il titolare dell'azione penale e se ha la direzione delle indagini, tutto ciò presuppone che coloro che collaborano con tali uffici lo [rendano edotto] degli elementi in loro possesso». Chiarisce F. Bertelli, *Pochi ne parlano ma il segreto investigativo rischia di diventare un miraggio*, cit., p. 2 che l'informativa di reato è «il primo atto scritto in cui uno o più membri delle forze dell'ordine riassumono i risultati di un'inchiesta, in quel preciso momento coperta da segreto, per poi trasmetterli alla magistratura e quindi alla Procura di competenza».

¹⁶ Si esprime in questa maniera, D. Grosso, *Polizia giudiziaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXIII, Roma, 1990, p. 8. Sul tema, in generale, di recente, E. Turco, *L'attività di informazione della polizia giudiziaria*, in *Foro it.*, 2014, pt. V, p. 233 ss. e, in precedenza, A. Morgigni, *L'attività della polizia giudiziaria*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 385 ss.; E. Aprile-P. Silvestri, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 172 ss., spec. p. 177 (con attenta riflessione all'inoltro dell'informativa – art. 347 c.p.p. – in ipotesi di reati a procedibilità condizionata e in tema della possibile qualificazione del fatto-reato da parte della polizia).

¹⁷ S. Giambruno, *Polizia giudiziaria*, in *Dig. pen.*, IX, Torino, Utet, 1995, p. 603.

¹⁸ A. Morgigni, *L'attività della polizia giudiziaria*, cit., p. 386.

¹⁹ R. Aprati, *Notizia di reato*, in G. Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, III, (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2009, p. 23. L'A., poi, sottolinea visto che la norma in discussione parla espressamente di «notizia di reato», che la polizia giudiziaria non deve dar conto di tutte quelle che non lo sono; così «[vicende generiche], irrilevanti, non ancora avvenut[e], sospetti di reato, delazioni anonime, informazioni confidenziali». Questo, però, non toglie che la polizia giudiziaria voglia darne notizia al pubblico ministero, rimettendo nelle sue mani l'opzione se cestinare o meno la notizia. Insomma, a connotare la notizia di reato devono essere la «concretezza» e «specificità» del fatto, esattamente come la sua «ipoteticità», ossia la probabilità che si configuri davvero una fattispecie criminosa.

²⁰ Essa rappresenta per D. Manzione, *Polizia giudiziaria*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 864 «la traccia sensibile di un'indagine assoggettata a cadenze temporali precise e, al contempo, sintomo della necessità di inevitabili «sinergie» tra politica giudiziaria e pubblico ministero».

²¹ La legge, dunque, non esige (ogni volta) una rigorosità per la comunicazione della notizia di reato. È evidente che la mancata fissazione di termini precisi, ha ampliato il potere della polizia giudiziaria di svolgere indagini, di propria iniziativa, prima dell'intervento del magistrato che, ad ogni buon conto, non sembra blindare i margini di iniziativa della polizia giudiziaria (Così, L. Lupária, *Attività d'indagine a iniziativa della polizia giudiziaria*, in G. Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*).

evento e relativo nesso eziologico – e gli altri raccolti attraverso attività materiali, indicando gli elementi di prova e quanto già compiuto di cui deve trasmettere la relativa documentazione (comma 1, c.p.p.), le persone individuate come responsabili, offesi o informati dei fatti. Quando possibile, l'organo, visto che la previsione in analisi non si occupa solo dei fattori obiettivi del reato, deve avvertire l'accusa anche in merito alle generalità, il domicilio e quant'altro serva ad identificare la persona nei cui confronti vengono eseguite le indagini, dell'offeso e «di coloro che siano in grado di riferire circostanze utili per la ricostruzione dei fatti» (art. 347, comma 2, c.p.p.). Dunque, si tratta di una comunicazione non generica, ma concreta e puntuale che presuppone il dovere, per la polizia giudiziaria, di svolgere le operazioni investigative necessarie perché la comunicazione assuma tali contenuti²⁵. Mentre, per le denunce a carico di ignoti, si rimanda all'art. 107-bis disp. att. c.p.p., una disciplina a sé, in base alla quale esse devono essere trasmesse all'ufficio di Procura competente, «con elenchi mensili», unitamente agli eventuali atti dell'inchiesta svolti per l'identificazione degli autori dell'accadimento; una previsione che, incuneata tra le disposizioni di attuazione nel 1999, tende ad evitare che un nugolo di denunce per fatti di poco conto crei barriere alle investigazioni su fatti di rilievo²⁶. Insomma, l'intendimento dovrebbe essere quello di snellire i rapporti tra gli uffici di polizia e le Procure della Repubblica.

In ordine alle modalità per la trasmissione dell'informativa, non si è trascurato l'avanzamento tecnologico: essa, di regola, va veicolata «per iscritto», come visto (art. 347, comma 1, c.p.p.), ma nell'art. 108-bis disp. att. c.p.p. si vede che la comunicazione di *genus* può essere sostituita da quella su supporto magnetico o l'invio telematico²⁷. Anche in questo caso, va puntualizzata la data di consegna o di trasmissione. Si reputa che il «recapito» possa avvenire pure *brevi manu* al pubblico ministero. In proposito, taluno afferma: «Anche se nulla vieta di trasfondere in un solo documento la comunicazione della notizia di reato e i verbali degli atti compiuti è preferibile, per ragioni di praticità e trattandosi di atti soggetti a regimi processuali diversi, redigere un documento autonomo per ogni atto compiuto. In ogni caso, se nel corpo della comunicazione della notizia di reato è contenuta la descrizione delle attività svolte dalla polizia giudiziaria per le quali sussistono i requisiti del verbale (fondamentalmente indica-

re, III, (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Milano, Utet, 2009, p. 187). Per consentire, invece, il rispetto della tempestiva, si è stabilito che la polizia giudiziaria deve indicare il giorno e l'ora in cui ha acquisito la notizia. Conferme in questo senso provengono dall'art. 108-bis disp. att. c.p.p.: «quando la comunicazione è eseguita nelle forme previste dal comma 1, la polizia giudiziaria indica altresì la data di consegna o di trasmissione». A ragione: «Il termine è suscettibile di interpretazioni più o meno elastiche ma va interpretato con il parametro della ragionevolezza, nel senso che la polizia giudiziaria deve limitarsi ad acquisire gli elementi essenziali del fatto inteso come elemento oggettivo del reato, mentre eventuali accertamenti sull'elemento soggettivo del reato o sulla presenza di cause di giustificazione o non punibilità come anche sulla qualificazione giuridica del fatto, non sono ragionevolmente giustificabili, trattandosi di accertamenti propri del pubblico ministero». Sicché, l'invio non dovrebbe protrarsi per tempi troppo lunghi e, in ogni caso, superiori a qualche settimana (A. Morgigni, *L'attività della polizia giudiziaria*, cit., p. 387).

²² Cfr. Tar Lecce, sez. I, 3 maggio 2008, n. 1259, in *Foro amm.*, 2008, 5, p. 1437 ad avviso del quale «L'art. 347 c.p.p., nel disciplinare l'obbligo di riferire la notizia del reato, impone agli ufficiali e agli agenti di polizia giudiziaria – tra i quali vanno annoverati senz'altro gli agenti di polizia penitenziaria – di riferire senza ritardo e per iscritto al pubblico ministero la *notitia criminis*. La previsione di una informativa di reato da redigere per iscritto mira a cristallizzare il momento di acquisizione della notizia di reato in vista della cura degli ulteriori adempimenti della fase, in funzione di garanzia per le persone sottoposte ad indagini preliminari; la distinta norma che esige la comunicazione della notizia di reato senza ritardo è, invece, diretta ad assicurare lo svolgimento di tutte le attività di acquisizione probatoria entro un arco di tempo ragionevole dal momento in cui l'operatore di polizia giudiziaria ne viene a conoscenza, scongiurando il rischio di una dispersione di elementi di prova».

²³ ... quelli, autonomi e individuati, che lo rendono riconoscibile da altri consimili.

²⁴ Per L. Grilli, *Le indagini preliminari della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, cit., p. 13 è il «fatto storico» («l'elemento di base [e] (...) contenuto minimo dell'informativa») avente caratteristiche che inducono a credere che integri una fattispecie penalmente rilevante.

²⁵ Quanto alla possibile operatività delle regole sulla notizia di reato per i crimini perseguibili a querela, si rinvia alla lettura, in combinato, degli artt. 346 c.p.p. e 112 disp. att. c.p.p.

²⁶ Sul punto, con relativi ed ulteriori dettagli, sempre L. Grilli, *Le indagini preliminari della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, cit., p. 15.

²⁷ E. Turco, *L'attività di informazione della polizia giudiziaria*, cit., p. 238, nt. 20 (nel riportare il pensiero di R. Guariniello e la giurisprudenza da lui citata) precisa che «Non costituisce atto equipollente alla comunicazione orale il «contatto telefonico» tra polizia giudiziaria e pubblico ministero di turno, a meno che nel corso [dello stesso] non vengano riferiti tutti gli elementi indicati dal 1° comma dell'art. 347».

zione del luogo e della data dell'atto e sottoscrizione del pubblico ufficiale che lo ha compiuto), la comunicazione della notizia di reato può avere effetti sostitutivi dei verbali non redatti o viziati sanando eventuali nullità o irregolarità»²⁸.

Circa la legittimazione, invece, l'obbligo incombe sul dirigente dell'ufficio benché la notizia di reato sia stata acquisita, in via diretta, da un agente o ufficiale di polizia giudiziaria; diversamente, lo scenario potrebbe riservare una moltitudine di iniziative ad opera di costoro, magari all'insaputa del dirigente medesimo²⁹ e la difficoltà di un sindacato in capo al *dominus* delle indagini sull'osservanza delle condizioni minime sancite dalla legge.

Esiste un'ipotesi in cui l'informativa deve essere inoltrata entro segmenti temporali ben scanditi. Quando vengono realizzati adempimenti per cui è prevista l'assistenza del difensore della persona nei cui confronti vengono espletate le indagini, l'inoltro della notizia di reato deve essere trasmessa, al più tardi, entro quarantotto ore dal compimento dell'atto, salvo che disposizioni di legge concepiscano termini peculiari (art. 347, comma 2-*bis*, c.p.p.). Naturalmente, non rileva che il legale vi abbia assistito o meno. Si aggiunga che, qualora si proceda per taluno dei delitti inclusi nell'art. 407, comma 2, lett. *a*), nn.i 1-6, c.p.p. (gravità del fatto), e, «in ogni caso», ricorrano motivi di «urgenza»³⁰, l'avviso in merito alla notizia di reato deve essere dato «immediatamente»³¹ anche in forma orale» (art. 347, comma 3, c.p.p.)³²; quest'ultimo deve essere seguito da quello scritto, con le segnalazioni ed il carteggio o lo strumentario di cui si è detto poc'anzi: ad una fase «rapida» segue quella «ordinaria».

Si è asserito espressamente che l'art. 347 c.p.p. «è dirett[o] (...) ad assicurare lo svolgimento di tutte le attività di acquisizione probatoria entro un arco di tempo ragionevole dal momento in cui l'operatore di polizia giudiziaria ne viene a conoscenza, scongiurando il rischio di una dispersione di elementi di prova. A tanto deve aggiungersi che, almeno per l'ipotesi ordinaria, le attività informative poste in essere dalla polizia giudiziaria debbano essere annotate per iscritto, a norma dell'art. 357 c.p.p. per conferire carattere di certezza alle medesime»³³.

È un fattore indispensabile che la polizia giudiziaria elenchi giorno e ora in cui è avvenuta l'acquisizione della notizia di reato e fornisca indicazioni sulla avvenuta trasmissione, al fine di consentire il controllo del rispetto della tempistica stabilita (art. 347, comma 4, c.p.p.). Diventa importante, allora, verificare gli effetti collegati all'inosservanza delle forme e dei tempi riguardanti la comunicazione. Di sicuro, esistono conseguenze di natura disciplinare (art. 16 disp. att. c.p.p.) e, se del caso, penale (art. 361 c.p.); quel che interessa, tuttavia, è se esse incidano anche in campo processuale, *sub specie* di nullità o inutilizzabilità dell'informativa trasmessa irritualmente. In assenza di prescrizioni al riguardo, si ritiene debba valutarsi l'incidenza che ciò determina sulla successiva iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro da cui dipende anche la durata delle indagini che si proietterà in avanti ove l'adempimento avvenga con ritardo. Ma, operando un'esegesi sistematica non pare vi siano delle conseguenze negative.

²⁸ A. Morgigni, *L'attività della polizia giudiziaria*, cit., p. 386.

²⁹ V. L. D'Ambrosio-P.L. Vigna, *La pratica di polizia giudiziaria*, Padova, Cedam, 2003, p. 177 s. che si intrattengono anche sui casi di reati di stampo mafioso o probabilmente di simile natura.

³⁰ In mancanza di una nozione di «urgenza», si è tentato di fornirne una: è «quella situazione che richiede interventi tali che, nei modi ordinari, arrecherebbero danno all'intervento statale, ed a volte anche al singolo cittadino. È urgente ciò che non può attendere in relazione al contenuto dell'atto ed al momento investigativo o processuale in cui si colloca» (L. Grilli, *Le indagini preliminari della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, cit., p. 16).

³¹ Se l'espressione «senza ritardo» è sufficiente a garantire il necessario raccordo tra polizia giudiziaria e pubblico ministero, l'avverbio «immediatamente», anche se non impone termini precisi e determinati, indica l'«attività da compiere in un margine ristretto di tempo, e cioè non appena possibile, tenuto conto delle normali esigenze di un ufficio pubblico onerato di un medio carico di lavoro»: Cass., sez. VI, 19 marzo 2007, n. 18457, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1055.

³² Nel merito, cfr. g.i.p. La Spezia, 5 giugno 2017, in *Banca dati Giuffrè*, 2017: «Non risponde di omissione o rifiuto di atti d'ufficio l'ufficiale di polizia giudiziaria che non trasmetta immediatamente al [pubblico ministero] la denuncia presentata dalla persona offesa non essendo previsto dall'art. 347 c.p.p. un termine per l'inoltro della stessa (nell'occasione, erano comunque stati esperiti atti di indagine».

³³ Tar Napoli, sez. VI, 7 marzo 2013, n. 1322, in *Foro amm.*, 2013, 3, p. 943.

IL SEGRETO “INVESTIGATIVO”: UN PRINCIPIO A RISCHIO

È innegabile che a soffrire dell’innovazione sia soprattutto il segreto investigativo (c.d. interno³⁴), barriera «alla conoscibilità di atti [n.d.r.: o di fatti³⁵] delle indagini preliminari [n.d.r. e della loro naturale attitudine esplorativa] normativamente post[a] a tutela dell’accertamento giudiziale della verità»³⁶. L’obbligo del segreto, procedendo per cenni³⁷, la cui norma fulcro è l’art. 329 c.p.p., grava *erga omnes* (: è opponibile a chiunque non sia istituzionalmente artefice delle indagini, avendo la segretezza un carattere obiettivo e generalizzato) su tutte le operazioni eseguite dal magistrato e dalla polizia giudiziaria³⁸ (di esse costituisce la “figura di relazione” sebbene non come nel passato). Si sa, difatti, che le (singole³⁹) attività d’investigazione – riassunte dalla relativa documentazione, l’unica, in teoria, *prima facie*, rilevante⁴⁰ – poste in essere (personalmente, tramite ausiliari o consulenti) dal magistrato e dalla polizia giudiziaria (d’iniziativa o su delega dell’accusa)⁴¹ e, quindi, il compendio dell’inchiesta nell’ambito delle rispettive attribuzioni (v. gli accertamenti tecnici ripetibili, l’individuazione di persone o cose, le an-

³⁴ Quello esterno (“assoluto” o “attenuato”) investe il divieto di pubblicazione di atti che, pur non essendo di per sé segreti, non possono comunque essere divulgati tramite mezzi di diffusione di massa. Si prefigge di non condizionare l’imparzialità e l’obiettività del giudice investito della *res iudicanda* attraverso l’inadeguato accesso al materiale investigativo oggetto di integrale pubblicazione (in tal senso, per tutti, D. Chinnici, *Il regime del segreto investigativo/The System of Secret Investigation*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2089). Ad esempio, in giurisprudenza, si è chiarito che «Il sequestro preventivo mediante oscuramento di un giornale telematico che pubblichi in forma testuale alcune intercettazioni telefoniche fa venir meno l’obbligo del segreto intraprocessuale, ma non esclude il divieto di pubblicazione, atteso che va fatta una distinzione tra atti coperti da segreto ed atti non pubblicati, in quanto, mentre il segreto opera all’interno del procedimento, il divieto di pubblicazione riguarda la divulgazione tramite la stampa e gli altri mezzi di comunicazione sociale» (Cass., sez. I, 4 giugno 2014, n. 32846, in *Banca dati Giuffrè*, 2017).

³⁵ *Contra*, A. Toschi, *Segreto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali XLI, Milano, Giuffrè, 1989, p. 1108 s. il quale, dopo aver asserito, che «il segreto si estend[e] tanto agli atti, quanto alle attività poste in essere dagli organi d’indagine (...) finalizzate ex art. 326 alle “determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale”», sostiene che «il divieto non può estendersi indiscriminatamente a tutte le iniziative attuate dagli organi inquirenti, né tanto meno ai fatti che ne formano l’oggetto».

³⁶ Dopo una spaccatura tra coloro che ritenevano non indispensabile collezionare una definizione unitaria di segreto, nel tentativo di farne una “categoria giuridica”, e chi si esprimeva per l’esigenza di congelare dei presupposti intrinseci che qualificassero la “segretezza”, ecco arrivare numerose nozioni. V. la riportata nel testo di R. Mastrototaro, *Il segreto investigativo e il diritto di difesa*, Napoli, Esi, 2015, p. 7 e G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 55 s. (meglio, «complesso dei limiti normativi posti alla comunicabilità delle conoscenze relative al procedimento penale»). Questa, invece, la definizione di D. Signori, *La segretezza sull’atto e sul fatto ed il ruolo del difensore dell’imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 391 (rifacendosi al pensiero di G. Giostra e P. Tonini-A. Malinverni): «Con il termine “segretezza” si designa convenzionalmente “la relazione negativa che intercorre tra un fatto e la sua conoscibilità in forza di limiti preclusivi normativamente determinati”; in altri termini, esso indica un limite posto alla conoscibilità di cose, fatti o notizie». Esattamente, «consiste in un limite alla conoscibilità di atti o fatti: esso impone, a coloro che hanno appreso certi atti o fatti tramite il proprio ufficio o la propria funzione, un divieto di “rivelazione”; in tal modo, si escludono soggetti “estranei” dalla conoscenza degli stessi». A. Toschi, *Segreto (dir. proc. pen.)*, cit., p. 1098 è dell’avviso che la segretezza è l’insieme di quelle “situazioni” che «la costante di sacrificare determinati diritti o interessi in vista della tutela di altri valori ritenuti preminenti». Mentre, F. Falato, *Segreto, IV) Segreto investigativo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006, afferma che «Il termine “segreto” indica un limite alla conoscibilità di cose o fatti».

³⁷ Gli approfondimenti sono di N. Triggiani, *Giustizia penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*, Padova, Cedam, 2012 e Id., *Segreto processuale e divieto di pubblicazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, tomo I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1075 ss.

³⁸ Per tutte, Cass., sez. I, 16 novembre 1990, in *CED Cass.*, n. 185778. In dottrina, v. E. Aprile-P. Silvestri, *Le indagini preliminari e l’archiviazione*, cit., p. 25 i quali, stante il tenore, dell’art. 329 c.p.p. sostengono – a ragione ed a conferma di quanto appena asserito nel testo – che non sono coperti dal segreto gli atti compiuti dall’indagato, dalle altre parti private, dalla persona offesa, ovvero le indagini difensive.

³⁹ R. Adorno, *Sulla pubblicazione degli atti di indagine coperti dal segreto*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2169.

⁴⁰ Per G. Sambuco, *Nessuna segretezza per la documentazione non acquisita dall’autorità giudiziaria anche se presente nel fascicolo del pubblico ministero*, in *Proc. pen. e giust.*, 2012, p. 96 non sarebbero coperti da segreto nemmeno le attività degli inquirenti di cui non sia stata redatta documentazione formale. Non ne conviene appieno – e forse non erra – A. Toschi, *Segreto (dir. proc. pen.)*, cit., p. 1109 per cui la «riservatezza» delle indagini concerne anche quelle che non si traducono necessariamente in un documento. Il «tenore formale» deve essere attenuato per impedire che il rigore possa comportare «l’aggiramento» dei limiti di impiego previsti dal codice. Del resto, per l’A., la segretezza non può riguardare tutte «le iniziative [eseguite] dagli organi inquirenti, né tanto meno i fatti che ne formano l’oggetto». Ne deriva, che «Sono vincolate al segreto – (...) – solo quelle attività che, indipendentemente dal fatto di essere state o meno verbalizzate, abbiano trovato collocazione in atti del procedimento». Conclude (nt. 61) che la verbalizzazione è prevista solo nelle ipotesi di legge, in altre solo «in forma riassuntiva o semplicemente “annotata”», infine «per alcuni atti è addirittura prevista la forma orale (art. 347 comma 3)».

⁴¹ Di fondo, quelle tese al reperimento e all’assunzione delle fonti di prova: G. Giostra, *Processo penale e informazione*, cit., p. 302.

notazioni di servizio e le informative di reato redatte dalla p.g., etc.), rimangono celati sino a quando l'indagato⁴² non ne possa avere conoscenza e, in ogni caso, non oltre la chiusura delle investigazioni (art. 329, comma 1, c.p.p.)⁴³ (o non oltre l'avviso di conclusione sancito dall'art. 415-bis c.p.p.)⁴⁴. Lo stesso dicasi a seguito del deposito della richiesta di archiviazione ad opera dell'organo d'accusa⁴⁵. La "segretezza" non è più il "metro di misura" delle investigazioni, né si configura come necessaria: è modulata senza coprire l'intera fase delle indagini e cessa quando l'interessato ne possa avere conoscenza. Mantenendo il segreto, si ritarda il momento nel quale l'indagato avrà conoscenza dell'addebito, nonché quello in cui, di conseguenza, potrà iniziare ad allestire la strategia processuale. Esso potrebbe, in assenza di atti "garantiti", persino, arrivare a coincidere direttamente con l'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

La "percepibilità" degli atti cresce con l'avanzare del procedimento; infatti, le tensioni maggiori tra un coacervo di interessi, tutti aventi dignità costituzionale e bisognosi di temperamento con la regola della segretezza di cui arginano l'espansione, si rintracciano quando si allestiscono le attività dell'inchiesta; poi, si attenuano. Si tratta dei diritti di difesa (art. 24, comma 2, Cost.)⁴⁶, alla riservatezza – da intendere icasticamente anche come alla reputazione e alla vita privata – e quello a conoscere gli elementi di accusa a proprio carico (al fine di poter apprestare una strategia consapevole ed efficace: art. 111, comma 3, Cost.)⁴⁷. Essi si confrontano con le esigenze processuali; queste ultime, che affiorano poderose nella fase delle indagini, quando «la vicinanza temporale al fatto rende massimo l'interesse dell'indagato a [sapere] e quello dell'autorità a non rivelare»⁴⁸, si attutiscono, appunto, nel prosieguo⁴⁹.

⁴² La contezza del difensore è equiparata a quella della persona sottoposta alle indagini: E. Aprile-P. Silvestri, *Le indagini preliminari e l'archiviazione*, cit., p. 23.

⁴³ Si ricollega, in qualche modo, al discorso, trib. Lecce, 19 ottobre 2011, in *Foro it.*, 2013, pt. II, p. 107 ss. (con commento in calce di L. Calò) in base al quale «Nell'ambito della procedura di proroga delle indagini preliminari, le esigenze di tutela del segreto investigativo consentono all'indagato la presentazione di memorie senza presupporre l'accesso agli atti di indagine, tuttavia non lo privano della possibilità di conoscere il nominativo della persona offesa dal reato, quantomeno nell'ipotesi in cui questa abbia dichiarato di voler essere informata dell'eventuale prosecuzione delle indagini e sempreché il procedimento non sia stato secretato dal pubblico ministero per specifiche esigenze inerenti alle attività investigative».

⁴⁴ In base al principio dettato dall'art. 114, comma 1, c.p.p., combinato con quello di cui all'art. 329, comma 1, c.p.p., l'atto è segreto quando è vietata, non solo la pubblicazione, ma anche quella del suo contenuto. Una volta caduto il segreto, gli atti rimangono soggetti a divieto di pubblicazione (nel senso che possono essere diffusi i soli contenuti) nei termini e nei limiti enunciati dall'art. 114 c.p.p. Per Pavich, *Brevi note sul segreto investigativo*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, 3, p. 247 s. il permanere della «restrizione» soddisfa la necessità di impedire che il giudice conosca degli atti del fascicolo del pubblico ministero, il che è possibile solo in occasione della c.d. "contestazione probatoria". Ciò, sempre che il decidente ne abbia contezza, «nella loro versione integrale e originale», nell'ambito dell'istruttoria dibattimentale, «in forza di altri accadimenti processuali» (v. applicazione di un vincolo cautelare personale).

⁴⁵ La giurisprudenza è conscia dell'importanza del segreto investigativo. Si cita, per rendersene conto, solo una decisione. Cfr. Tar Bologna, sez. II, 6 ottobre 2015, n. 845, in *Foro amm.*, 2015, 10, p. 2602 secondo cui «Ex art. 329 c.p.p. non può essere accolta l'istanza d'accesso afferente a documenti amministrativi allorché sui fatti cui i documenti si riferiscono penda un procedimento penale aperto a seguito di "notitia criminis" inviata alla competente procura della Repubblica ex art. 347 c.p.p. da funzionari dell'amministrazione destinataria della richiesta di accesso svolgenti anche funzioni di polizia giudiziaria e corredata dai documenti amministrativi medesimi».

⁴⁶ «Presidio immanente [di] ogni scansione dell'itinerario processuale» (D. Chinnici, *Il regime del segreto investigativo/The System of Secret Investigation*, cit., p. 2085), il valore spinge verso la massima conoscenza possibile dell'inchiesta preliminare onde assicurare un controllo dell'indagato, della collettività e di chiunque ne sia investito. Urta, pertanto, con una "segretezza" stringente che, ad ogni buon conto, non può essere annullata pena la compromissione di una serie di attività d'indagine, delle loro risultanze ed efficacia.

⁴⁷ Vi è l'esigenza a che l'indagato apprenda degli atti – *sub specie*, informazione di garanzia – prima che di essi sappia attraverso i *mass media* i quali, spesso, lanciano degli anticipati giudizi di colpevolezza denigratori (In merito alla prassi degenerativa dell'informazione, per tutti, N. Triggiani, *Processo penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*, cit., *passim*). Al punto che taluno ha scritto che la disciplina del segreto è simile «a una diga costruita con una rete»: G. Giostra, *Cronaca giudiziaria. Il proibizionismo non serve*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 799.

⁴⁸ R. Mastrototaro, *Il segreto investigativo e il diritto di difesa*, cit., p. 8. L'A. chiosa: «Successivamente, però, stempera il contenuto del divieto, considerando che, *ex natura* o *ex lege*, l'indagato non può essere escluso dal compimento di alcuni atti d'indagine».

⁴⁹ I valori appena menzionati trovano salvaguardia anche a livello europeo; sulla base dell'art. 30 Cedu, la Direttiva 2012/13/UE, in tema del diritto di informazione nei procedimenti penali, ricca di implicazioni, ha avuto lo scopo di incrementare le garanzie minime nei confronti dell'indagato, potenziando il diritto al contraddittorio anche nella fase preliminare delle

Per dovere di completezza, alcuni aspetti che, se non strettamente attinenti al tema, verranno, comunque, ripresi⁵⁰. Circa la perimetrazione degli atti interessati, come già detto, il segreto è circoscritto alle investigazioni aventi natura acquisitiva di fonti di prova. Vi è, poi, un'area che, pur non essendo indifferente agli esiti dell'inchiesta, non è "inaccessibile" per motivi di trasparenza, sindacati effettuabili e contemperamento con il valore inviolabile della difesa (art. 24, comma 2, Cost.). Pertanto, sono "rivelabili", la ricezione della notizia di reato (art. 330 c.p.p.), tutti i provvedimenti emanati dal giudice per le indagini preliminari (può essere il decreto autorizzativo delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni, l'avviso ai familiari dell'arresto o del fermo ai sensi dell'art. 387 c.p.p.), gli atti provenienti dall'indagato e dal suo difensore (: l'inchiesta privata)⁵¹, dalla vittima del reato per cui si procede o da soggetti estranei al procedimento⁵². Sono, altresì, liberamente divulgabili i documenti, pubblici o privati, di origine extraprocessuale acquisiti al procedimento⁵³: nessuna copertura per lo scritto prodotto da soggetti diversi, in momenti genetici e per motivi differenti a dispetto di quello riconducibile agli organi delle indagini⁵⁴.

Preme ricordare che, secondo la Suprema corte, le attività tese a ricercare la notizia di reato e quelle ad esse connesse – che possono essere intraprese, ad opera dell'organo d'accusa e dalla polizia giudiziaria (*n.d.r.*: anche) in conseguenza di una denuncia anonima – non sono ricomprese tra quelle concepite dall'art. 329 c.p.p. Esse presuppongono che la comunicazione sull'eventuale crimine sia «sufficientemente definita» e mirano a raccogliere gli elementi adeguati per qualsivoglia sindacato sull'esercizio dell'azione penale; ne deriva che, circa tali "adempimenti" gli operatori *ex art.* 55 c.p.p. non sono sotto-

indagini. Quindi, all'art. 6 §§ 1 e 4, nonché nel "Considerando" n. 29 si afferma che gli Stati membri dovranno assicurare che, alle persone indagate o imputate, siano fornite tutte le informazioni sul reato che si sospetta abbiano commesso al fine di proteggere l'equità del procedimento e l'esercizio effettivo dei diritti di difesa; inoltre, gli Stati dovranno osservare un tempestivo aggiornamento dell'informazione qualora i cambiamenti siano tali da ripercuotersi, in modo sostanziale, sulla posizione degli indagati o imputati. Di rilievo, è anche l'art. 7 della Direttiva 2012/13/UE che, relativamente agli arrestati o detenuti, e non solo (§§ 1 e 2), prevede il diritto di ottenere, gratuitamente e tempestivamente, tutta la documentazione relativa al caso specifico, per garantire l'eguaglianza nel procedimento e preparare il *modus agendi* procedimentale. Ne deriva, pertanto, la volontà di un dissevelamento completo del carteggio ai fini della trattazione del merito della causa, funzionale ad evitare che un processo possa svolgersi, *in toto o pro parte*, "a carte coperte" nei confronti dell'imputato. Si vedano S. Ciampi, *La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *Dir. pen. cont.*, 21 giugno 2012; S. Ruggeri, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2015; D. Signori, *La segretezza sull'atto e sul fatto ed il ruolo del difensore dell'imputato*, cit., p. 392 che reputa come dall'art. 329 c.p.p. discendano tre caratteristiche del segreto: la "specificità", la "oggettività" e la "temporaneità".

⁵⁰ V., *infra*, § "QUESITI E SOLUZIONI".

⁵¹ Con l'approvazione della legge 7 dicembre 2000, n. 397, si sarebbe dovuto stabilire il segreto anche per gli atti del legale come speculare a quello degli inquirenti. D'altro canto, secondo F.M. Grifantini, *Il segreto difensivo nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 8 «come l'accusatore ha bisogno del segreto per garantire l'efficacia della propria azione investigativa, così il difensore può temere che dalla conoscenza dei propri atti possa derivare un documento al patrocinio del suo assistito». Eppure, non è stata introdotta alcuna previsione in quest'ottica, sicché gli atti investigativi della difesa, oltre a poter essere diffusi, sono anche pubblicabili. Evidenzia N. Triggiani, *Segreto processuale e divieto di pubblicazione (diritto processuale penale)*, cit., p. 1081: «non si può al riguardo fare a meno di sottolineare che la mancata previsione di un obbligo di segretezza e la conseguente assenza di un divieto di pubblicazione pongono dei problemi di legittimità costituzionale, risultando leso il principio di parità delle parti nel processo *ex art.* 111, comma 2, Cost.».

⁵² Ad avviso di F. Alvino, *Le indagini preliminari*, cit., p. 25 «L'obbligo del segreto, per converso, non assiste gli atti di indagine – *latu sensu* intesi – esperiti ad opera delle altre parti del procedimento».

⁵³ Cfr. Cass., sez. I, 4 aprile 2011, n. 13494, in *Cass. pen.*, 2011, 11, p. 3783 ss., con osservazioni di A. Mari [: «Ai fini dell'integrazione del reato di pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale, non rientrano nel divieto di pubblicazione di cui all'art. 114 c.p.p. i documenti di origine extraprocessuale acquisiti al procedimento e non compiuti dal p.m. o dalla polizia giudiziaria (nella specie, informativa della agenzia delle entrate), non essendo gli stessi coperti dal segreto *ex art.* 329 c.p.p.»].

⁵⁴ In giurisprudenza, cfr. Tar Lecce, sez. II, 11 settembre 2014, n. 2331, in *Foro amm.*, 2014, 9, p. 2424 e Tar Ancona, sez. I, 18 aprile 2013, n. 303, in *Dir. giust. online*, 10 giugno 2013 («I documenti di origine extraprocessuale acquisiti ad un procedimento penale, non compiuti dal p.m. o dalla polizia giudiziaria, non sono coperti da segreto ai sensi dell'art. 329 c.p.p. Pertanto, le dichiarazioni dei dipendenti raccolte nel verbale ispettivo, non configurando di per sé attività di indagine penale, non possono ritenersi sottratte all'accesso per ragioni afferenti al segreto investigativo di cui all'art. 329 c.p.p.»). Per affinità, si cita Tar Palermo, 3 novembre 2014, n. 2656, in *Foro amm.*, 2014, 11, p. 2974: «Il regime di segretezza di cui all'art. 329 c.p.p. non costituisce un motivo legittimo di diniego all'accesso dei documenti, fintantoché gli stessi siano nella disponibilità dell'Amministrazione e il giudice che conduce l'indagine penale non li abbia acquisiti con uno specifico provvedimento di sequestro»; Tar Roma, sez. II, 4 gennaio 2016, n. 7, in *Foro amm.*, 1, p. 145. Sulla falsariga, Tar Aosta, sez. I, 6 aprile 2011, n. 26, in *Foro amm.*, 2011, 4, p. 1158.

posti all'obbligo del segreto ai sensi dell'art. 329 c.p.p. che allude «al compimento di [incombenti] d'indagine» (...)»⁵⁵.

Non può essere messo in dubbio, *sic et simpliciter*, nonostante il retto uso delle parole del legislatore che restano estranee dall'area del segreto le altre indagini che l'accusa può eseguire ex art. 414 c.p.p., dopo la richiesta di rinvio a giudizio con l'obiettivo di corroborarne la fondatezza (art. 419, comma 3, c.p.p.) – può essere un'attività libera o *iussu iudicis* –, nonché le investigazioni successive all'emissione del decreto che dispone il giudizio (art. 430 c.p.p.), per le quali sono previsti margini temporali e oggettivi assai ristretti e la cui documentazione è depositata immediatamente in segreteria. Esiste, infatti, una diatriba in proposito⁵⁶.

Il segreto, venendo alla dimensione passiva, si estende a tutti coloro che siano a conoscenza dell'atto (oltre i fautori, anche gli appartenenti all'ufficio del p.m. o di altre procure interessate); interpretando così la previsione legislativa ex art. 329 c.p.p., si segna con lo “stigma” della certezza – che si coniuga ad una certa flessibilità – ciò che è “recondito” e ciò che è pubblico, anticipando il bilanciamento tra interessi confliggenti che ne costituiscono il sostrato. Pertanto, in determinati momenti processuali, non andrebbero spese quelle risultanze che riguardano persone (ad esempio, co-indagati o co-imputati nello stesso procedimento) il cui ruolo non incide, né direttamente né indirettamente, nel loro svolgimento.

Inoltre, è bene evidenziare che, al fine di applicare la disciplina del codice di rito e penale, in merito alla segretezza e alla pubblicazione arbitraria degli atti del procedimento per “contenuto” dei medesimi, deve intendersi «quanto in esso si rappresenta, senza richiami testuali» affinché, ove ne vengano divulgate informazioni, non ve ne sia «una riproduzione totale o parziale dello stesso»⁵⁷.

A proposito della tempistica, invece, si è dell'idea che, sin da quando all'autorità giudiziaria sia stata mandata l'informativa ai sensi dell'art. 347 c.p.p., la segretezza investigativa va tutelata, poiché rappresenta il momento in cui si sviluppano e attuano le direttive del magistrato che possono essere tese ad acquisire gli elementi di prova decisivi ai fini del promovimento dell'azione penale. Ragionando in maniera differente, si svelerebbero, se del caso, le deleghe investigative che giungono direttamente da questi o si annullerebbe il senso del potere di segretezza a questi riconosciuto dall'art. 391-*quinquies* c.p.p. Quest'ultimo, in materia di indagini difensive, dispone che, in presenza di specifiche esigenze attinenti all'attività investigativa, il pubblico ministero possa, con decreto “esplicito”, vietare a chi è stato da lui sentito – pure solo dalla polizia giudiziaria – di comunicare i fatti e le circostanze oggetto dell'indagine di cui hanno conoscenza (il divieto non può superare i due mesi). La scelta è ricaduta su un provvedimento “motivato” per salvaguardare il contraddittorio e la trasparenza. Ma, la discrezionalità del magistrato è assai lata e il dovere impostogli è apparente: se l'apparato motivo manca o è inadeguato non c'è alcun rimedio. Potrebbe immaginarsi una sua revoca anche prima della scadenza se le esigenze che lo hanno giustificato decadano. Però, si suppone che il pubblico ministero non sia propenso; cosa questa che finirebbe per rendere note le strategie difensive adottate⁵⁸. Anche se il reticolato codicistico colloca la disposizione in seno alle norme sulle indagini private, essa non concerne le persone

⁵⁵ Cass., sez. VI, 15 maggio 1998, n. 5843, in *CED Cass.*, n. 210655.

⁵⁶ L'opinione di G. Ruello, *Segreto d'indagine e diritto di cronaca*, in *Giust. pen.*, 1991, pt. III, c. 602 è positiva, ma è contraddetta da R. Adorno, *Sulla pubblicazione degli atti di indagine coperti dal segreto*, cit., p. 2169; R. Mastrototaro, *Il segreto investigativo e il diritto di difesa*, cit., p. 11 s.; G. Pavich, *Brevi note sul segreto investigativo*, cit., p. 247. Ad avviso di A. Toschi, *Segreto (dir. proc. pen.)*, cit., p. 1109 «Mentre è ovvio che la copertura si estenda sia alle ipotesi di riapertura delle indagini ex art. 414, sia all'attività integrativa compiuta dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 430, in tale ultimo caso i rapporti fra segreto e tutela informativa degli interessati non risultano interamente definiti. Infatti, anche se è disposto l'immediato deposito della documentazione, lo scarto fra attività svolte e documentazione delle stesse; la mancata previsione dell'obbligo di avvisare i difensori circa il deposito, ed infine l'ipotizzabile estensione a tale adempimento del differimento “per gravi motivi” ex art. 366 comma 2 sembrano precludere al mantenimento di un certo margine di segretezza». Nella prassi, C. cost., sent. 3 febbraio 1994, n. 16, in *Giur. cost.*, 1994, p. 120 e C. cost., sent. 3 aprile 1996, n. 95, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2470 che hanno chiarito come tali atti, mancando una previsione espressa, debbano essere depositati immediatamente, man mano che vengono formati, nella cancelleria del giudice.

⁵⁷ Cfr. Cass., sez. I, 24 settembre 1994, n. 10135, in *CED Cass.*, n. 199918. A tal proposito, si è affermato che non è facile discernere tra “atto” e “contenuto”: A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, IX, Milano, Giuffrè, 2004, p. 92. Proprio il distinguo tra le due nozioni facilita il loro calibro: l'“atto” racchiude il documento e il contenuto; quest'ultimo prescinde dalla forma che gli viene data e va inteso come quel che in esso si rappresenta tanto che se ne divulgano le relative informazioni senza una riproduzione totale o parziale dello stesso. Sui presupposti per incorrere nella violazione del segreto, tra gli altri, P. Dubolino, *Brevi note sul segreto di indagine e sui divieti di pubblicazione*, in *Crit. pen.*, 1998, p. 344.

⁵⁸ V. P. Gualtieri, *Le investigazioni del difensore*, Padova, Cedam, 2002, p. 143.

udite a sommarie informazioni dal legale: nei loro confronti la norma non può essere applicata. Ricorda taluno che la dottrina, in questo caso, ha ritenuto che il segreto copre l'atto di indagine (inteso come complesso di forma e contenuto), ma non l'elemento storico oggetto di indagine: se così non fosse, nulla impedirebbe che le persone, le cui domande e risposte verbalizzate, riferiscano sui fatti che ne sono oggetto⁵⁹.

Rispondono perfettamente ai motivi della norma le eccezioni alla disciplina in materia di segreto; esse si riallacciano, comunque, ad esigenze investigative: in via eccezionale, il magistrato, in deroga al disposto dell'art. 114 c.p.p.⁶⁰, può autorizzare, con decreto motivato (dovrebbe non essere impugnabile), la "desegretazione" di alcune operazioni dell'indagine o di parti di esse⁶¹. In tale evenienza, quanto pubblicato è depositato presso la segreteria del pubblico ministero (art. 329, comma 2, c.p.p.). Naturalmente, quest'ultima scelta sarà riferibile alla diffusione, anche mediatica, di quegli atti di indagine la cui conoscenza esterna o, addirittura pubblica, possa giovare alle investigazioni. In via diametralmente opposta, anche laddove la documentazione non è più coperta dal segreto, l'accusa, in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini, può disporre, con decreto motivato, l'obbligo di non divulgare singole investigazioni – se l'imputato lo permette o se la loro conoscenza può pregiudicare, ostacolando, quelle concernenti altre persone – oppure vietare la pubblicazione del contenuto di singoli atti o notizie specifiche (art. 329, comma 3, c.p.p.); si parla, qui, di "segretazione" delle attività dell'inchiesta⁶².

⁵⁹ G. Pavich, *Brevi note sul segreto investigativo*, cit., p. 250. In realtà, quale sia l'oggetto dell'obbligo alla segretezza ha rappresentato, a lungo, un'incertezza: se coincidesse il solo profilo documentale (per intendersi, l'atto) o anche quello fattuale. I più ritengono che il segreto copra solo il documento che cristallizza l'operazione svolta e, pertanto, l'atto, non il suo contenuto, il fatto (Tra essi, G. Giorgi Ronchi, *La tutela penale del segreto investigativo*, in *Riv. pen.*, 2010, 10, p. 959). Ma, l'opinione sembra superata proprio dalla disposizione ex art. 391 *quinquies* c.p.p. che prevede la facoltà del pubblico ministero di segretare pure i fatti storici dell'indagine. Quindi, il "segreto" che discende dalla norma si estende a tutto il patrimonio conoscitivo posseduto dalla fonte dichiarativa – e non, come succede per l'art. 329 c.p.p., tutti gli atti di indagine – (per velleità investigative, dovrebbe operare quando il pericolo della divulgazione delle notizie diventa reale e concreto). Si guardi anche, *infra*, nt. 36.

⁶⁰ «Di fronte ad atti di polizia giudiziaria o comunque coperti dal segreto istruttorio ex art. 329 c.p.p. vige il divieto di pubblicazione sancito dall'art. 114 c.p.p. Ciò non significa, tuttavia, che le esigenze di conoscenza di tali atti manifestate dal privato a fini difensivi siano del tutto sconosciute dall'ordinamento. La questione trova regolamentazione nell'art. 116 c.p.p., a tenore del quale "durante il procedimento e dopo la sua definizione, chiunque vi abbia interesse può ottenere il rilascio a proprie spese di copie, estratti o certificati di singoli atti"; il delicato compito di valutare e bilanciare le contrapposte esigenze implicate in tali vicende è stato affidato all'autorità giudiziaria penale, dato che sulla richiesta provvede il p.m. o il giudice che procede al momento della presentazione della domanda. Dunque, le istanze conoscitive/difensive trovano nella specie legittimo interlocutore nell'autorità giudiziaria penale, sulla base delle norme predette». In questo senso, Tar Roma, sez. III, 6 novembre 2012, n. 9099, in *Foro amm.*, 2012, 11, p. 3548. Dello stesso avviso, Tar Catania, sez. I, 20 settembre 2012, n. 2220, in *Dir. e giust.*, 8 ottobre 2012.

⁶¹ Il noto caso di scuola è la classica diffusione di un *identikit* o del filmato ritraente l'autore del reato, in vista dell'identificazione dell'indagato. Giova sottolineare che, per esigenze di coordinamento investigativo di prevenzione della criminalità, si può derogare al riserbo investigativo endo-procedimentale come nelle ipotesi configurate dagli artt. 117 e 118 c.p.p. Solo per accennarvi, eccezioni si riscontrano in ambito tributario, quando gli inquirenti sono affiancati da altri organi d'ausilio nelle indagini; qui, però, non c'è una "desegretazione" quanto, piuttosto, una circolazione delle notizie necessaria per il buon esito della collaborazione.

⁶² In argomento, cfr., per tutte, Cass., sez. II, 7 luglio 2014, n. 37164, in *Banca dati Giuffrè*, 2017: «È abnorme il provvedimento con cui il giudice del dibattimento ordina al p.m. di adottare un provvedimento di segretazione dei verbali illustrativi dei contenuti della collaborazione con la giustizia del dichiarante di cui si chiede l'esame in dibattimento o, in alternativa, di esibire i verbali medesimi, in quanto tale provvedimento evoca in capo al giudice un potere dispositivo nei confronti della pubblica accusa che non trova referente alcuno nell'ordinamento processuale». Circa l'inottemperanza dell'art. 114 c.p.p. e il rapporto tra atti coperti da segreto ai fini della sua integrazione, cfr., tra le altre, Cass., sez. I, 2 febbraio 2017, n. 21290, in *Riv. pen.*, 2017, 6, p. 537. V. pure Cass., sez. II, 19 marzo 2013, n. 30838, in *Banca dati Giuffrè* la quale sostiene che «Integra il delitto di rivelazione di segreti di ufficio la condotta dell'ufficiale di polizia giudiziaria che abbia trasmesso a terzi, in violazione del segreto istruttorio, un "file" contenente tutte le indagini del R.O.S. su una società e sui suoi rapporti con un clan camorristico, poiché la conoscenza diffusa del contenuto di informazioni investigative assunte e delle indagini eseguite, destinato a rimanere segreto per espressa previsione dell'art. 329 comma 1 c.p.p., pregiudica di per sé il buon andamento delle indagini, offendendo il bene giuridico tutelato dalla norma». Su di un piano attiguo, Tar Catania, sez. III, 1° febbraio 2017, n. 229, in *Foro amm.*, 2017, 2, p. 417 si è espresso nel senso che «L'esistenza di un'indagine penale non implica, di per sé, la non ostensibilità di tutti gli atti o provvedimenti che in qualsiasi modo possano risultare connessi con i fatti oggetto di indagine: solo gli atti per i quali è stato disposto il sequestro e quelli coperti da segreto possono risultare sottratti al diritto di accesso. Infatti, soltanto gli atti di indagine compiuti dal P.M. e dalla polizia giudiziaria sono coperti dall'obbligo di segreto nei procedimenti penali ai sensi dell'art. 329 c.p.p., di talché gli atti posti in essere da una pubblica amministrazione nell'ambito della sua attività istituzionale sono atti amministrativi, anche se riguardanti lo svolgimento di attività di vigilanza, controllo e di accertamento di illeciti e rimangono tali pur dopo l'inoltro di una denuncia all'autorità giudiziaria; tali atti, dunque, restano nella disponibilità dell'amministrazione fintanto che non inter-

La *ratio* che sottende la regola in discussione, anche per quel che si è asserito sull'argomento, è di tutta evidenza: tutelare il risultato dell'inchiesta sotto vari profili, vale a dire impedire la "contaminazione" degli elementi di prova o dati istruttori (l'indagato potrebbe disperderli, alterarli, distruggerli), evitare, in definitiva, di produrne di non genuini⁶³, salvaguardare, quindi, la «proficuità» e «attendibilità»⁶⁴ delle risultanze delle investigazioni che potrebbero essere pregiudicate da fughe di notizie (noti sono i casi di pubblicazione per riassunto o anche una parafrasi dell'atto o di una sua parte), oppure che taluno si sottragga all'applicazione di eventuali provvedimenti cautelari⁶⁵. In dottrina, si è scritto che «Le fasi del procedimento penale sono disciplinate, quanto alla conoscibilità degli atti, da disposizioni strettamente connesse con l'esigenza che, da un lato, la conoscenza di essi non rechi pregiudizio alle attività di indagine finalizzate all'esercizio dell'azione penale; dall'altro, che i limiti alla conoscenza degli atti non pregiudichino in modo iniquo gli interessi delle parti e dei soggetti processuali: interessi che, pure, possono entrare in contrasto con le esigenze investigative, quando esse comportano, appunto, restrizioni alla conoscenza degli atti»⁶⁶.

Stante questo panorama, oltre al consueto argomento testuale, e spostando il baricentro del ragionamento, sorge un quesito: se e in che termini l'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016 si coniuga con lo stentoreo principio della segretezza. Non interessa, qui, la «variegata modulazione della categoria»⁶⁷ né un confronto con l'istituto del segreto "istruttorio" – essendo cambiati i soggetti coinvolti, i contenuti, la tempistica – la cui disposizione capofila era l'art. 299 codice del 1930 tipico di un regime totalitario dove la regola, per soddisfare le prerogative del sistema riceveva una iper-tutela nell'arco dell'intero cammino processuale⁶⁸, ma, piuttosto, soffermarsi sull'attuale impianto e sulle sue *guide-lines*.

È palese che la previsione in analisi non sia congeniale al sistema e alla filosofia che ne sta alla base; mentre, il legislatore avrebbe dovuto irrobustire un triplice fronte: mantenere e rafforzare la regola del segreto come regola generale delle indagini; impedire che il giudice venga fuorviato nell'approccio alla *res iudicanda* da atti non formati nella dialettica; rafforzare l'autonomia del magistrato nella gestione della notizia di reato rispetto agli altri poteri.

Dubbi, allora, non dovrebbero sorgere se si ritiene che l'informativa resa ai superiori metta in discussione il segreto investigativo: riecheggia, anacronisticamente, un fenomeno degenerativo dell'im-

venga uno specifico provvedimento di sequestro da parte dell'A.G., cosicché non può legittimamente impedirsi, nei loro confronti, l'accesso garantito all'interessato dall'art. 22, l. 7 agosto 1990 n. 241, non ricorrendo alcuna delle ipotesi di cui all'art. 24, l. n. 241 del 1990».

⁶³ A proposito, dice P.P. Rivello, *Segreto (profili processuali)*, in *Dig. pen.*, XIII, Torino, Utet, 1997, p. 82 che «La fase iniziale del procedimento penale deve necessariamente essere protetta da un velo di segretezza, indispensabile per impedire che i soggetti nei cui confronti vengono indirizzate le indagini operino al fine di prosciugare le eventuali fonti di prova, distruggendo il materiale "compromettente" ed intimidendo i potenziali testi, in grado di fornire utili indicazioni all'Autorità giudiziaria».

⁶⁴ Le espressioni sono di F. Alvino, *Le indagini preliminari*, cit., p. 25.

⁶⁵ Viste queste considerazioni, per esemplificare, nella Procura della Repubblica di Torino sono state date una serie di direttive (da rendere note, ad opera degli organi competenti, agli uffici e comandi di pg rispettivamente dipendenti e ai vertici della pubblica sicurezza e delle altre forze di polizia) in osservanza dell'obbligo ai sensi dell'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016. In primo luogo, è stato chiesto di comunicare al Procuratore Spataro, con urgenza, i presidi di polizia giudiziaria che sappiano, nondimeno, garantire il segreto investigativo anche nei confronti delle scale gerarchiche di riferimento. Più esattamente, i sostituti ne devono riferire ai Procuratori Aggiunti o ai sostituti coordinatori dei gruppi specializzati di appartenenza, in maniera da esperire un sindacato preliminare. Qualora il Procuratore-Capo condivida la necessità dell'inoltro, procederà rivolgendosi direttamente ai dirigenti o comandanti dei presidi di polizia interessati, inclusi i servizi centrali di polizia giudiziaria. Questo pure allo scopo di vagliare le esigenze di razionalizzazione delle loro incombenze e quello che fosse da loro manifestato a sostegno della importanza dell'invio delle informazioni in discussione. Se i riceventi non intendano uniformarsi alle direttrici della magistratura, i dirigenti o comandanti dei menzionati presidi dovranno informarli affinché, ove opportuno, possano assumere qualsivoglia iniziativa ufficiosa.

⁶⁶ V. G. Pavich, *Brevi note sul segreto investigativo*, cit., p. 247. L'A. precisa, ulteriormente, che la prima necessità si pone, in maniera notevole, nella fase preliminare in quanto il pubblico ministero – che deve controllare se ricorrono i requisiti per l'esercizio dell'azione penale – recupera gli elementi indispensabili dalle fonti o dai mezzi di ricerca della prova. È in questo contesto che diventa fondamentale adottare le «misure» tese ad evitare «la dispersione del materiale indiziario o [dimostrativo] raccolto, o la reiterazione dei reati»

⁶⁷ L'espressione è tratta da D. Chinnici, *Il regime del segreto investigativo/The System of Secret Investigation*, cit., p. 2082. In ordine ai profili storici, v. F. Molinari, *Il segreto investigativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 159 ss. e 265 ss.; poi, A. Morgigni, *L'attività della polizia giudiziaria*, cit., p. 293 ss.

⁶⁸ Sull'argomento, tra i molti, A. Toschi, *Segreto (dir. proc. pen.)*, cit., p. 1098 s.

palcatura e crea inevitabili distonie sistemiche⁶⁹. Il suo fondamento non è agevolmente intellegibile, a causa, proprio, di un evidente difetto di coordinamento con il tessuto codicistico in cui si cala. Lungo lo stesso crinale esegetico, si è dell'opinione che, qualora si consentisse, all'Esecutivo, la conoscenza dell'inchiesta, in tutte le sue articolazioni, abiurandone la fisiologica segretezza, il processo non intraprenderebbe un *iter* autentico, poiché rischierebbe di implodere per disvelamento dei risultati. Si innalzerebbe, così facendo, una frizione con il principio di obbligatorietà dell'azione penale *ex art.* 112 Cost., atteso che senza un'efficace attività investigativa l'azione penale non può essere esercitata in modo effettivo; ciò accadrebbe se i vertici allestissero forme di ingerenza sia "oggettive", che hanno ricadute sul "prodotto" dell'indagine o, addirittura, sull'impiego di certe metodiche piuttosto che altre, sia "soggettive", tramite pressioni sugli inquirenti. L'intrusione, dunque, potrebbe spingersi sino a sfiorare le scelte meramente organizzative e gli assetti operativi delle strutture di polizia per calarsi nelle funzioni che alla stessa o al magistrato competono⁷⁰.

Da non sottovalutare che la rivelazione, alla "scala gerarchica", del sostrato investigativo può lambire anche diritti inviolabili che emergono dal carteggio⁷¹ – talvolta non strettamente legati all'indagine in corso o riguardanti soggetti terzi estranei o la persona offesa – tra essi, in primo luogo, il diritto alla riservatezza dell'individuo⁷². Sotto questo profilo, non va trascurato un probabile intervento del Garante della *privacy* affinché ponga un freno alla dispersione di informazioni su un'inchiesta in corso o, comunque, ne calibri la conoscenza da parte della "scala gerarchica" fissando protocolli minuziosi.

L'interrogativo fondamentale cade sull'autonomia della magistratura e la segretezza investigativa, espressione della prima ed entrambe discendenti dalla previsione della Carta fondamentale. Nonostante il segreto investigativo venga spesso messo in secondo piano dalla magistratura, quasi un diritto di cui si dispone, potendone farne oggetto di scambio con la stampa, esso costituisce la manifestazione più pregnante dell'autonomia e dell'indipendenza del pubblico ministero.

Tipica manifestazione dell'*italian style*, la novella del 2016, allora, non può essere condivisa, essendo il potenziale *passepertout* per "falciare" principi codicistici, valori fondamentali del singolo e interessi sovranazionali.

QUESITI E SOLUZIONI

Il *deficit* di determinatezza dell'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016, unitamente all'ordito complessivo del provvedimento in esame, fa sì che le numerose problematiche evidenziate si accompagnino ad ulteriori di eguale significatività. Il "nervo" scoperto del precetto insiste sulla individuazione della sua esatta portata.

Come già anticipato, esiste un vuoto sull'oggetto delle comunicazioni alla cd. "propria scala gerarchica": non si comprende se l'informativa debba essere particolarmente minuziosa e riportare sia le dinamiche attinenti le operazioni condotte per conto e su delega dell'autorità giudiziaria (*rectius*: dell'accusa), sia quelle svolte d'iniziativa dalla polizia giudiziaria o se essa debba essere redatta in forma sommaria, in seguito ad una cernita della documentazione. Così dovrebbe essere per evitare di scoprire dei tasselli fondamentali dell'inchiesta. Ecco l'importanza, prima dell'invio ai superiori, di una verifica, ad opera del magistrato, dei singoli risultati.

⁶⁹ Secondo P. Innocenti, *Quella fessura aperta sul segreto delle indagini preliminari*, cit., p. 271 l'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016 costituirebbe una eccezione vera e propria all'obbligo del segreto che ricade sul pubblico ministero (artt. 329 e 391 *quinquies* c.p.p.).

⁷⁰ Tutto questo è celato dal provvedimento in cui la norma è collocata e dai suoi obiettivi; finisce, in ragione di ciò, per incidere, a vario titolo, su tutte le articolazioni investigative e di coordinamento.

⁷¹ Per esemplificare, basti ricordare Tar Bologna, sez. II, 18 febbraio 2011, n. 144, *Ragiusan*, 2012, p. 333 s. («È illegittimo il diniego di accesso opposto dall'amministrazione sanitaria agli atti istruttori redatti dal suo personale tecnico relativo ad edifici industriali aventi coperture in evidente stato di degrado, con conseguente pericolo per la salute degli abitanti delle aree circostanti, in quanto documenti coperti da segreto istruttorio penale di cui all'art. 329, c.p.p.»).

⁷² Cfr. Tar Torino, 20 novembre 2014, n. 1824, in *Foro amm.*, 2014, 11, p. 2886 («È legittimo il diniego opposto dall'Amministrazione all'istanza di un suo dipendente di accesso ad atti recanti le dichiarazioni rese da alcuni colleghi e relativi a fatti su cui era aperta una indagine penale, per cui erano coperti dal segreto istruttorio, ai sensi dell'art. 329 c.p.p., e anche la domanda di copia degli atti senza "oscuramento" è stata legittimamente respinta al fine di tutelare la riservatezza dei terzi menzionati negli atti del procedimento adottando i necessari accorgimenti formali»).

Alla luce dei dettagli inseriti nell'art. 347 c.p.p., si è dell'idea che la previsione in disamina, non contemplando il trasferimento, ai vertici, dell'atto che notizia sul reato, richiede solo che si dia conto che un "fatto" è avvenuto (restando assodato che quest'ultimo deve, per quanto asserito in precedenza, abba stanza delineato nei contorni⁷³); il che, dunque, fa pensare che i contenuti dell'incombente ex art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016 siano inferiori rispetto all'informativa *tout court*. Ad orientare in questo verso è il testo positivo il quale sancisce che le Forze di polizia giudiziaria trasmettono ai propri vertici le notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria non estendendo l'attività anche ai "contenuti" dell'atto ex art. 347 c.p.p. Del resto, è opportuno evitare «potenziali "diseconomie" nelle indagini visto che, di solito, proprio nelle informative di reato – pur se non ancora conclusive – si compendiano e si illustrano i fatti accertati, di particolare riservatezza investigativa»⁷⁴.

Ecco che, ad onta del tenore della norma, esigenze di armonia sistematica, di intrinseca razionalità e sostenibilità del sistema – inevitabilmente compromesse dalla divulgazione della notizia di reato ad un circuito indefinito di persone che potrebbe vanificare la fruttuosità degli accertamenti disposti dal magistrato – inducono a sostenere che la trasmissione abbia ad oggetto un'informazione generica, i cui contenuti sono concordati con il magistrato per consentire un'effettività investigativa sottesa all'art. 112 Cost.

Altra domanda è se ad una prima trasmissione dell'informativa debbano seguirne altre quando l'attività investigativa prosegue e richiede ulteriori "relazioni" della polizia giudiziaria; qui la risposta, nonostante le perplessità generali già manifestate, sembra difficilmente negativa, considerato il tenore aperto della disposizione.

Ancora più complicato è interrogarsi sulla tempistica dell'invio: se l'obbligo di trasmettere ai vertici l'atto introdotto dal d.lgs. n. 177 del 2016 decada con il termine delle investigazioni inteso in senso stretto ovvero racchiude anche i segmenti successivi in cui il magistrato è chiamato a svolgerne delle altre. Si sta parlando, per esemplificare, dell'ipotesi configurata dall'art. 414 c.p.p. a mente del quale, dopo il provvedimento di archiviazione, il giudice, con decreto motivato, autorizza la riapertura delle indagini, su istanza del magistrato giustificata dall'esigenza di nuove investigazioni; del caso identificato dall'art. 409, comma 4, c.p.p. quando, il giudice, non avendo accolto la richiesta di archiviazione proposta da costui, dopo aver fissato, entro tre mesi, l'udienza in camera di consiglio, a seguito della stessa «se ritiene necessarie ulteriori indagini» le segnala, con ordinanza, all'organo d'accusa, fissando il periodo per il loro compimento (altrimenti, provvede entro tre mesi sulle istanze). Il problema si pone anche a seguito della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari (art. 415-bis c.p.p.): l'indagato ha la facoltà di domandare al pubblico ministero a che compia investigazioni che, se disposte, devono essere espletate entro trenta giorni dalla richiesta (prorogabili dal giudice, su "sollecitazione" del magistrato «per una sola volta e per non più di sessanta giorni»)⁷⁵. Lo stesso vale nella situazione delineata dal-

⁷³ V. § "L'INFORMATIVA ALLA CD. "SCALA GERARCHICA": UN CONFRONTO (DOVUTO)".

⁷⁴ La tesi, condivisibile, è di A. Spataro contenuta nel già ricordato comunicato ufficiale della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino del 25 gennaio 2017.

⁷⁵ Spicca Cass., sez. I, 5 luglio 2016, n. 22164, in *Banca dati Giuffrè*, 2017: «L'obbligo di deposito, a pena di inutilizzabilità, contestualmente all'avviso di conclusione delle indagini preliminari, degli atti relativi alle intercettazioni telefoniche effettuate nel corso delle indagini a carico dell'imputato trova espresso riconoscimento normativo nell'art. 268, commi quarto, quinto e sesto, cod. proc. pen., incontrando un limite nell'esercizio legittimo del potere di secretazione degli atti attribuito all'organo inquirente dall'art. 329, comma terzo, cod. proc. pen., nei casi in cui l'ostensione al difensore dell'indagato dei risultati dell'attività captativa sia idonea a pregiudicare alle indagini ancora in corso nei confronti di altri soggetti o dello stesso imputato, ma per altri reati, in relazione ai quali le investigazioni non siano ancora concluse e risultino tuttora soggette all'obbligo del segreto». La medesima pronuncia (v. *Dir. e giustizia* 9 giugno 2017) è pregnata di significato laddove afferma che «È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 268, 415-bis e 416 c.p.p., per lesione del diritto di difesa, del principio del contraddittorio e di quello dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale nella parte in cui non impongono al pubblico ministero di depositare l'intero risultato dell'attività di intercettazione al termine delle indagini preliminari, posto che l'obbligo del pubblico ministero di depositare l'intero *corpus* delle intercettazioni effettuate nel corso delle indagini a carico dell'imputato (mettendole a disposizione della difesa prima delle determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale), che trova espresso riconoscimento normativo nelle previsioni di cui ai commi 4, 5 e 6 dell'art. 268 del codice di rito, rinvenendo la sua sanzione, in caso di violazione, nella inutilizzabilità delle relative risultanze probatorie, incontra tuttavia un limite nell'esercizio legittimo del potere di secretazione degli atti attribuito all'organo inquirente dall'art. 329, comma terzo, c.p.p., allorché l'ostensione al difensore dell'indagato dei risultati dell'attività captativa sia idonea a recare pregiudizio alle indagini (ancora) in corso nei confronti di altri soggetti, ovvero a carico dello stesso indagato ma per altri reati, in relazione ai quali le investigazioni non siano concluse e risultino tuttora soggette all'obbligo del segreto. In particolare, il punto di equilibrio stabilito dalla legge tra il diritto

l'art. 421-bis; qualora l'organo giurisdizionale ritenga di non poter decidere "allo stato degli atti" e considera l'inchiesta non completa, indica le ulteriori indagini necessarie e stabilisce il tempo per il loro compimento e la data della nuova udienza preliminare. Preoccupa maggiormente l'informativa alla scala gerarchica sol che si pensi al fatto che l'attività d'indagine cd. suppletiva si spinge sin dopo la richiesta di rinvio a giudizio – quando il magistrato "rimesso in termini" torna nella piena facoltà di svolgere le indagini – (art. 419, comma 3, c.p.p.) e non è indispensabile che la relativa documentazione venga depositata subito dopo la ricezione dell'invito a farlo (potrebbe riguardare anche quella del legale). In effetti, ove le investigazioni dell'accusa aventi tale natura sopraggiungono in un momento in cui non è consentita una difesa adeguata, spetta al giudice dettare le modalità di svolgimento dell'udienza preliminare, anche attraverso differimenti della stessa congrui alle singole fattispecie tanto da contemperare la necessità di speditezza con la concretezza della dialettica. Il permanere di termini massimi per le indagini preliminari per il pubblico ministero si è subito rivelato uno sbarramento disarticolato dalla realtà operativa. Da qui, la forzatura fino al consolidarsi della possibilità, per il pubblico ministero, di poter supplire alle deficienze inquisitorie imposte dalla chiusura delle indagini preliminari.

A *minori ad maius*, impensierisce l'investigazione cd. integrativa che travalica l'emissione del decreto che dispone il giudizio allorché il pubblico ministero e il difensore possono, in vista delle istanze da formulare al decidente (art. 430 c.p.p.) eseguire, appunto, investigazioni, escluse quelle che esigono la partecipazione dell'imputato o del difensore di costui. Esse svolgono una funzione prodromica rispetto all'esercizio dell'iniziativa istruttoria dibattimentale. Giova mettere in risalto che, all'uopo, la documentazione di tale attività «è immediatamente depositata nella segreteria del pubblico ministero con facoltà delle parti di prenderne visione e di estrarne copia». Per la fase dibattimentale, sono attribuiti all'organo dell'azione poteri di integrazione probatoria in vista della varietà delle situazioni che si arricchiscono con la celebrazione del pieno contraddittorio. D'altro lato, le facoltà riconosciute alle parti con le indagini non sono contenute entro termini cronologicamente prefissati, e costituiscono un momento importante per la realizzazione del principio in oggetto. La proliferazione delle fonti di prova è in linea con le regole del processo, eccezion fatta per la sua durata ragionevole.

Al riguardo, soccorre il dato testuale della previsione in argomento, laddove impone l'obbligo di trasmettere le sole informative di reato e non anche le attività suppletive e integrative d'indagine che presuppongono già realizzato il complesso di notizie e di elaborazioni concernenti la sussistenza e la imputazione soggettiva dell'illecito.

Equivoci sono anche i tempi e i modi in cui la trasmissione dell'informativa deve avvenire. Di certo, la polizia giudiziaria deve aver inviato al pubblico ministero l'informativa di reato; tuttavia, non c'è alcuna specificazione al riguardo. Probabilmente, non è indispensabile che i tempi siano strettissimi, tuttavia, per soddisfare gli scopi di razionalizzazione delle forze in campo, posti a base del d.lgs. del 2016, essi dovrebbero essere abbastanza contratti. Quanto alle modalità di compilazione e di trasmissione, in assenza di una disciplina *ad hoc*, niente esclude la predisposizione ministeriale di moduli generali e di canali telematici.

Neppure è chiaro il *range* delle notizie che possano soddisfare lo scopo di economia sancito dal citato disposto. Si reputa che la polizia giudiziaria trasmetta tutte le notizie sulle informative di reato, spettando ai vertici il compito di procedere al coordinamento «informativo». Ma, ne nasce un'altra questione: quale strada intraprendono per sopperire al *difetto* di «razionalizzazione» semmai riscontrato e chi realmente si occupa del coordinamento informativo facendo circolare le informazioni tra gli organi di polizia giudiziaria collegati alle notizie di reato di specie. A sentire qualche interprete, quando si versa in ipotesi di "duplicazione" o "sovrapposizione" di attività che «genera intollerabili sperperi», il principio innestato nella previsione del 2016 ha «non solo natura ascendente ossia verso la scala gerarchica, ma anche discendente, visto che ciascun ufficio di polizia interessato (in ipotesi prima ignaro della duplicazione e sovrapposizione) deve essere portato a conoscenza dalla collaterale attività investigativa»⁷⁶.

dell'indagato di contraddire e difendersi, conoscendo in modo tendenzialmente completo le fonti di prova acquisite dal pubblico ministero nel procedimento che lo riguarda, e l'interesse di natura pubblicistica alla tutela del segreto investigativo fintantoché le indagini non siano concluse, risponde a criteri obiettivi di ragionevolezza che escludono in radice la fondatezza della questione di legittimità costituzionalità, anche considerato il valore di rango costituzionale che deve riconoscersi al principio della segretezza delle indagini, in funzione di assicurarne l'efficacia rispetto al fine di giustizia, con esse perseguito, della scoperta degli autori dei reati e della loro punizione».

⁷⁶ Così, A. Cisterna, *Modifica normativa inopportuna e fuori contesto*, cit., p. 26 che scrive a fronte di ciò «Sia consentito rilevare icasticamente: una favola».

Di fronte alle perplessità delineate e a quelle in via di esposizione, taluno potrebbe obiettare, dando un risalto positivo alla previsione, che quanto stabilito dall'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177/2016 soddisferebbe esigenze di coordinamento investigativo⁷⁷. In realtà, è facile ribadire che detta funzione è svolta dal pubblico ministero (artt. 327, 371 e 371-bis c.p.p.); aspetto che non va disatteso neanche qualora la polizia proceda *motu proprio*: l'obbligo al segreto, lo si è visto, è posto a tutela di valori che non sono affatto secondari rispetto a quelli della razionalizzazione degli interventi. Poi, a livello circondariale, la polizia giudiziaria ben può segnalare al titolare dell'indagine, direttamente, eventuali «duplicazioni» o «sovrapposizioni» sfuggite al controllo del pubblico ministero e, nel caso di indagini complesse dei servizi interprovinciali e centrali, esistono strutture di raccordo che possono annunciare agli organi competenti possibili distonie. Insomma, non pare che la previsione di cui si discute serva davvero, come il legislatore vuol far intendere, a superare un vuoto che non può essere colmato diversamente. Anzi, se scrutata da questa prospettiva, sembra sia stata coniata con il solo fine di realizzare un'indiscriminata violazione del segreto investigativo.

Su di un piano attiguo, si colloca la riflessione sul concetto di «coordinamento informativo» cui si riferisce la disposizione in esame. Ebbene, se considerato isolatamente, esso ha notevole spessore: consente alle forze di polizia l'acquisizione di conoscenze utili per l'espletamento dei propri compiti. Ma, si reputa – e a ragione – che esso non vada collocato al momento in cui le indagini sono in corso (qui rileva il coordinamento investigativo che abbraccia quello informativo) bensì in uno successivo quando la necessità della segretezza investigativa è venuta meno. In questa fase, si garantirebbe pure «la circolazione (...) informatica dei [fattori] acquisiti e l'arricchimento delle banche dati dei presidi di polizia giudiziaria»⁷⁸.

Ancora. Ci si domanda se l'informativa ex art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016 si riferisca a tutti i crimini oppure ad una cerchia ristretta di essi. Nel silenzio del legislatore, sembra di poter asserire, onde tutelare, quanto più possibile, l'autonomia della magistratura e il segreto investigativo, che debba procedersi ad una loro selezione, dovendosi l'atto limitare alle inchieste e notizie di una certa levatura, interna e internazionale, attesa la tipologia di reati per i quali si procede e il tipo di soggetti sottoposti alle indagini. Per le altre fattispecie si dovrebbe cercare di sostenere, sino agli ultimi "passi" dell'inchiesta, il principio enucleato dall'art. 329, comma 1, c.p.p., anche vietando o differendo, ad opera degli organi competenti, la comunicazione della polizia giudiziaria ai vertici. Da questa visuale, la posizione assunta dal segnalato Procuratore di Torino Saluzzo, non solo va appoggiata, ma si spera diventi un precedente importante.

Da ultimo, è necessario capire cosa accada se la polizia giudiziaria ometta l'inoltro statuito dall'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016. La disposizione usa l'indicativo «trasmettono»; questo fa pensare che sul soggetto delle investigazioni ricada un "obbligo". Ciononostante, non è prevista alcuna sanzione per l'evenienza. È intuibile che ricorra una mera responsabilità disciplinare in seno alla propria struttura "verticistica"⁷⁹; essa, però, non si riversa, in alcun modo, sul procedimento penale di riferimento.

FRIZIONI CON LA CARTA COSTITUZIONALE

Aldilà di queste problematiche, generate dal dato positivo e arguibili dalla sua *stesura terminologica* preoccupa, soprattutto la adeguatezza normativa della innovazione introdotta dall'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016 al dettato costituzionale. Il meccanismo prefigurato è, d'acchito, irragionevole in tale prospettiva: esiste un dislivello tra i mezzi (la deroga continua al segreto investigativo) e il fine perseguito (la "razionalizzazione"), una diffusione delle notizie sulla base di un percorso organizzativo ignoto quanto a modi, destinatari, responsabili, c'è una sorta di esclusione dell'autorità giudiziaria da certi ruoli normalmente centrali. La norma, (autentica) cesura rispetto alle tendenze di ispirazione garantista, offusca dietro la riorganizzazione delle Forze di polizia, un'architettura che può prestarsi al rischio di una giurisdizione "a piacimento" del Governo.

⁷⁷ Per un'illustrazione della tematica, anche sul piano del riparto di competenze, A. Cisterna, *Modifica normativa inopportuna e fuori contesto*, cit., p. 25 s.

⁷⁸ V. le parole di A. Spataro contenute nella dichiarazione ufficiale della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino del 25 gennaio 2017.

⁷⁹ La materia è ampiamente sviluppata da B. Cherchi, *Note in tema di responsabilità disciplinare della polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 405.

Si tratta, allora, di sviscerare – eco dell’energica polemica che da tantissimi anni accompagna la *quaestio* – il rapporto tra gli “altri Poteri” dello Stato e la magistratura (artt. 104 Cost., 109 e 112 Cost.), intesa come «un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere».

Il pensiero volge, *in primis*, all’art. 112 Cost.

Non stona, a premessa, una digressione. La norma è già stata chiamata in causa qualche anno addietro quando, percorrendo una *ratio* contraria a quella del 2016, sono stati allocati, nel contesto della “procedura penale di pace”, i riti “acceleratori”, la presentazione immediata dell’imputato e la citazione contestuale del medesimo in udienza «in casi particolari» (artt. 20-*bis* e *ter* d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274); le loro modalità procedurali hanno affidato un ruolo preponderante alla polizia giudiziaria. Difatti, nell’occasione, si è compiuta una brusca virata rispetto alle spinte legislative del 2005, momento in cui erano state riconsegnate al magistrato le redini della *vocatio in iudicium* (art. 20 d.lgs. n. 274 del 2000). Comunque, almeno in teoria, si può azzardare nel sostenere che il giudizio di pace è rimasto sotto il pieno controllo dell’organo d’accusa⁸⁰ anche se la scena investigativa è occupata, prevalentemente e in modo quasi assorbente, dall’attività della polizia giudiziaria.

Nella sostanza, il soggetto *ex* art. 55 c.p.p., nell’ambito dei riti contratti di cui sopra, è chiamato a riempire di contenuti fondamentali la richiesta di cui agli artt. 20-*bis* e 20 *ter* d.lgs. n. 274 del 2000, ritagliando al pubblico ministero una funzione meramente autorizzatoria. È ben vero che si sottrae la citazione a giudizio dell’imputato alla polizia giudiziaria in quanto essa risulta da un atto sincronico e composito costituito da una sua domanda e dalla relativa autorizzazione (artt. 20-*bis*, commi, 3-5, e 20 *ter*, commi 1-2, d.lgs. n. 274 del 2000), eppure non si può tacere che la l. 15 luglio 2009, n. 94 si protende ben oltre l’impianto prospettato all’epoca del provvedimento sulla competenza penale del giudice di pace: la polizia dovrebbe predisporre «la descrizione, in forma chiara e precisa, del fatto che si addebita all’imputato, con l’indicazione degli articoli di legge che si assumono violati». Peraltro, una lettura rigorosa del testo porterebbe – soprattutto nel caso di citazione contestuale in udienza – a configurare il magistrato come una sorta di passacarte il cui sindacato si ferma alla (mera) sussistenza delle condizioni che giustificano il ricorso alla formula alternativa, con verifiche superficiali sulle dinamiche dell’azione, sia per quanto concerne la formulazione dell’imputazione, sia per quel che riguarda le iniziative probatorie di supporto.

La soluzione di riservare alla polizia un tratto significativo dell’intera fase che precede il giudizio è stata voluta con il palese intento di alleggerire il carico di lavoro degli uffici togati⁸¹; chiari, quindi, so-

⁸⁰ Sull’innovazione, tra i molti, R. Cantone, *Le modifiche processuali introdotte con il «decreto antiterrorismo»* (d.l. n. 144/05 conv. in l. n. 155/05), in *Cass. pen.*, 2005, p. 2507 ss.; M. Carrattieri, sub art. 17 d.l. n. 144 del 2005 conv. in l. n. 155 del 2005, in M. Carrattieri – L. Dati (a cura di), *Le nuove norme contro il terrorismo internazionale*, Rimini, 2005, p. 213 ss. il quale scrive che «in sostanza si è operata una controriforma, restituendo le attribuzioni (...) ai soggetti cui competono nel processo ordinario». Inoltre, D. Ciomadomo, *Impiego della polizia giudiziaria e servizi sussidiari di sicurezza*, in A.A. Dalia (a cura di), *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 567 ss. L’A. segnala le negatività di una citazione disposta dalla polizia giudiziaria: appesantimento procedurale, funzione del magistrato ridotta ad una mera ratifica dell’operato dell’organo che svolge le indagini, autorizzazione del pubblico ministero incapace di rappresentare un adeguato controllo sull’addebito (poi trasfuso nel capo di imputazione), giudice dibattimentale autore della verifica – anche del profilo formale – della *vocatio*. Conseguentemente, reputa condivisibile la scelta di riservare all’accusa, anche per il procedimento davanti al giudice di pace, la legittimazione esclusiva all’esercizio dell’azione penale: si riconducono «a sistema i modi di instaurazione del giudizio dibattimentale, uniformando la *vocatio in iudicium* per i reati di competenza del giudice di pace ad ogni altro atto introduttivo della fase processuale»; inoltre, si produrranno vantaggi per le esigenze di economia processuale, anche con riguardo ai procedimenti per i reati di competenza di altri giudici. Sulla falsariga, F. Morelli, sub art. 17 d.l. n. 144 del 2005 conv. in l. n. 155 del 2005, in *Leg. pen.*, 2005, p. 584 ss. per cui la soluzione adottata potrebbe avere «effetti benefici» sulla speditezza generale del rito davanti al giudice di pace, «concentrando nelle mani del pubblico ministero tutta la fase introduttiva del giudizio, come è tipico dei procedimenti privi del controllo del [decidente], alle porte del processo, sulla fondatezza dell’accusa». Del resto, osserva l’A., l’abrogata disciplina prevedeva “passaggi” di carte tra i due organi privi di utilità, potendo il magistrato – in possesso delle necessarie informazioni – stilare l’atto di citazione, in tutti i suoi elementi, direttamente, senza dover autorizzare l’intervento della polizia giudiziaria. F. Ruggieri, *Principi costituzionali, azione penale e microsistema del giudice di pace*, in M. L. Busetto (a cura di), *Procedimento penale di pace e principi costituzionali* (Atti del Convegno, Trento 1-2 febbraio 2008), Trento, Università degli Studi di Trento, 2009, p. 93, partendo dal presupposto che prima del 2005 la polizia doveva essere ritenuta anch’essa titolare del potere di azione, dice che l’intervento della novella, rimettendo sostanzialmente al pubblico ministero l’intera iniziativa sull’azione penale (ovvero la formulazione dell’imputazione così come definita nel codice di rito), ha eliminato una questione di non facile soluzione.

⁸¹ Ricollegano all’inusuale funzione della polizia giudiziaria in merito alla citazione a giudizio *ex* art. 20 d.lgs. n. 274 del 2000 (ante l. n. 155 del 2005) sempre il medesimo fine A. Confalonieri, *La citazione a giudizio disposta dalla polizia giudiziaria*, in A. Scalfati (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, p. 216; C. Pansini, *La competenza penale*

no stati gli intendimenti deflativi sottesi alla novella, capaci, peraltro, di condizionare le scelte del legislatore del 2009 orientato verso procedure particolarmente snelle, amministrare dall'organo più vicino alle esigenze dei cittadini e, di conseguenza, più incisive e adatte alla natura bagatellare dei reati da scrutare. La preferenza, per questi motivi, ha meritato alcune riflessioni anche in prospettiva costituzionale, soprattutto pensando ad una collocazione del pubblico ministero entro spazi troppo angusti. Peraltro, l'economia del procedimento che, come appena detto, ha condotto alla riforma, non è un valore assoluto o preminente, ma solo eventualmente concorrente con le altre tutele poste a salvaguardia dell'imputato.

Nella circostanza, occorre capire se l'inedita egemonia attribuita alla polizia giudiziaria si amalgamasse, su un piano generale, con la prevista titolarità dell'azione penale in capo al pubblico ministero (art. 112 Cost.)⁸². Risalta, d'altra parte, l'ardita impostazione che, nell'accrescere la autonomia dell'organo ex art. 55 c.p.p. (e nel potenziarne le funzioni), sembra mettere in discussione l'equilibrio, in qualche modo, esistente con i poteri dell'accusa: si privilegia la figura della polizia giudiziaria a discapito di quest'ultima⁸³; insomma, il rapporto che li caratterizza viene rovesciato: è la prima che si rivolge al magistrato per ottenere il lasciapassare alla citazione a giudizio sulla base di modelli semplificati.

L'interrogativo partiva dal rischio di fondo secondo cui la polizia giudiziaria sarebbe potuta arrivare alla domanda di presentazione immediata o di citazione contestuale dopo aver gestito l'intera fase investigativa⁸⁴. Si sa, del resto, che, nel modulo di *genus*, una volta acquisita la notizia di un reato di competenza del giudice di pace⁸⁵, la stessa può svolgere, di propria iniziativa, tutti gli atti di indagine necessari e ne riferisce al pubblico ministero con una relazione scritta, entro il termine di quattro mesi (art. 11 d.lgs. n. 274 del 2000)⁸⁶: un'inchiesta il più possibile completa, sfornita dell'obbligo – come nel pro-

del giudice di pace. Indagini preliminari e citazione a giudizio, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 35; A. Presutti, *Le modalità introduttive del giudizio nel procedimento penale davanti al giudice di pace*, in *Studium iuris*, 2001, p. 652. Da una visuale più lata, A. Scalfati, *Primi rilievi sull'attribuzione della competenza penale al giudice di pace*, in *Giur. it.*, 2000, p. 228 evidenzia come l'intento riformatore in materia di giudice di pace si colloca, nella sua complessità, «prevalentemente sul versante di spinte deflative, nell'ottica di una maggiore funzionalità del sistema facente capo alla magistratura togata».

⁸² Per una tagliente critica al principio di obbligatorietà dell'azione, v., di recente, G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *Giur. it.*, 2009, p. 522 ss. Provocatorio sul valore anche A. Gaito, *Natura, caratteristiche e funzioni del pubblico ministero. Premesse per una discussione*, in A. Gaito (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli, Jovene, 1991, p. 22 ss. Circa l'impossibilità di parlare, in concreto, di pienezza della obbligatorietà, già G. Conso, *Introduzione alla riforma*, in G. Conso (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. XVI. Quindi, D. Vicoli, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, p. 251 ss. («la consapevolezza che l'obbligatorietà dell'azione penale sia inevitabilmente destinata a convivere con [opzioni] discrezionali è da tempo radicata» ed il codice del 1988 ha contribuito «ad enfatizzarne le dimensioni» (p. 252); ancora, «l'agire del pubblico ministero (...) continua ad essere contrassegnato da molteplici ambiti di discrezionalità riguardanti il se, il quando e il come del procedere»). Da ultimo, una dissertazione sulla eventuale surroga del principio di obbligatorietà dell'azione penale con quello discrezionalità – presente in molte realtà occidentali – è condensata nelle pagine di C. Valentini, *L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di eguaglianza*, in F.R. Dinacci (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 128 s. Difende, con fermezza, la regola, P. Barile, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. Bozzi*, Padova, Cedam, 1992, p. 35 s. per cui essa non potrebbe sopprimersi senza violare la Costituzione laddove equipara, nella sostanza, il pubblico ministero al giudice nelle garanzie di indipendenza e imparzialità. Verrebbero compressi, inoltre, gli artt. 3, 25, comma 2, 101, comma 2, Cost.: il primo, «difesa da ogni discriminazione, il secondo in quanto consacrate il principio di legalità dei diritti e delle pene, il terzo in quanto assoggetta i giudici "soltanto alla legge". Né, per l'A., può dirsi che tale ultima previsione si riferisca solo ai giudici e non all'organo d'accusa («essa venne approvata dall'Assemblea costituente nel testo: "I magistrati sono soggetti soltanto alla legge", mentre fu il Comitato di redazione a sostituire senza alcuna giustificazione, nella versione definitiva, alla parola "magistrato" quella di "giudice"»). Sul tema, in prospettiva comparatista, rielaborando le varieghe esperienze processuali presenti nel panorama continentale, L. Lupária, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1751 ss.

⁸³ D'altra parte, poneva questioni sulla "bontà" del meccanismo della citazione a giudizio disposta dalla polizia giudiziaria ex art. 20 d.lgs. n. 274 del 2000, A. Confalonieri, *La citazione a giudizio disposta dalla polizia giudiziaria*, cit., p. 216 ss.

⁸⁴ Per uno sguardo d'insieme sul predominio della polizia, non solo nel corso dell'inchiesta, ma anche in stadi più avanzati del procedimento L. D'Ambrosio, *Brevi note sul ruolo e l'attività della polizia giudiziaria nel procedimento davanti al giudice di pace*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2869 ss.

⁸⁵ In questo caso, sarebbero quelli procedibili d'ufficio.

⁸⁶ Con i dovuti distinguo, quanto ai tempi per la trasmissione della *notitia criminis*, allorché debbano essere compiuti "adempimenti" ai quali debba presenziare il difensore, dovendosi tutelare diffuse esigenze di garanzia. V. A. Scalfati, *Primi rilievi sull'attribuzione della competenza penale al giudice di pace*, cit., p. 231 per il quale «la snellezza della procedura non potrà essere inversamente proporzionale ad un regime di compiuta legalità del processo», fenomeno destinato a proiettarsi sulla stessa ugua-

cedimento tradizionale – di informare «senza ritardo» l'organo d'accusa descrivendo i fatti e limitando la propria inframezzenza agli incombenti urgenti⁸⁷ non esigendosi la delega o il coordinamento da parte del pubblico ministero⁸⁸. In definitiva, un'attività che potrebbe rivelarsi auto-esauriente salvo che debbano porsi in essere atti per i quali risulti necessario il meccanismo di cui all'art. 13 d.lgs. n. 274 del 2000⁸⁹.

Con maggior forza, anche al cospetto dell'obbligo previsto dall'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016, si ripropone l'interrogativo in ordine alla conformità di tale recente disposizione con l'art. 112 Cost.

Prima di tutto, *le file rouge* che fiancheggia la novella del 2016 in ottica strettamente amministrativa, aumenta la tensione con il disposto della Carta fondamentale dal momento che l'autorità politica ha una mansione secondaria e passiva nell'organizzazione territoriale dei servizi di polizia cui è affidata una larga autonomia nel bilanciare la distribuzione delle varie strutture sul territorio. La soppressione, il consolidamento o il depotenziamento di una "compagine" di polizia giudiziaria può avere ricadute sul funzionamento degli uffici del pubblico ministero e sul principio di obbligatorietà dell'azione penale; quindi, bisogna capire se l'opzione di escludere l'interlocuzione del Ministero della Giustizia in ordine ai provvedimenti del settore o il non aver previsto che le stesse non siano motivate pure alla luce dei parametri elaborati nel comparto penale dallo stesso Ministero o dal CSM strida con il valore costituzionale. La risposta, fin da subito, sembra positiva. Peraltro, questi dubbi hanno finito, in qualche modo, per lasciare sullo sfondo, se non proprio per demolire, il rilievo della modifica in commento.

gianza di trattamento. Non potendo in questa sede soffermarsi su tale aspetto, si rinvia, inoltre, a C. Pansini, *La fase delle indagini preliminari*, in A. Scalfati (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, Cedam, 2001, p. 149 ss.

⁸⁷ Al riguardo, L. D'Ambrosio, *Ruolo e attività della polizia giudiziaria nelle indagini: brevi considerazioni e qualche proposta*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3017 il quale, nel mettere a punto il distinguo con il modello "ordinario" di processo, pone l'accento sulla gestione delle indagini ad opera della polizia giudiziaria e sulla necessità che quest'ultima fornisca al pubblico ministero «un quadro esauriente».

⁸⁸ Per gli approfondimenti sul tema delle indagini nella procedura di pace, invece, v., tra i molti, E. Aprile, *La competenza penale del giudice di pace*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2007, p. 91 ss.; H. Belluta, *sub artt. 15-19 d.lgs. n. 274 del 2000*, in M. Chiavario ed E. Marzaduri (diretto da), *Giudice di pace e processo penale*, Torino, Utet, 2002, p. 115 ss.; M.G. Coppetta, *Indagini della polizia giudiziaria e del pubblico ministero*, in G. Giostra e G. Illuminati (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 135 ss.; B. Giors, *sub artt. 11-14 d.lgs. n. 274 del 2000*, in M. Chiavario ed E. Marzaduri (a cura di), *Giudice di pace e processo penale*, Torino, Utet, 2002, p. 85 ss.; G. Ichino, *La fase delle indagini preliminari nei reati di competenza del giudice di pace*, in AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, Ipsoa, 2000, p. 79 ss.; A. Maneschi, *Processo penale davanti al giudice di pace*, Padova, Cedam, 2001, p. 121 ss.; A. Marandola, *Giudice di pace (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 2001, p. 5 ss.; L. Padula, *Le indagini preliminari nel procedimento penale davanti al giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2002; C. Pansini, *La fase delle indagini preliminari*, cit., p. 145 ss.; P. Profiti, *I compiti della procura e della polizia giudiziaria nel processo penale dinanzi al giudice di pace*, in L. Picotti e G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa" (Atti del Convegno, Trento, 25 e 26 maggio 2001)*, Milano, 2002, Giuffrè, p. 237 ss.; G. Varraso, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 113 ss.; Id., *Giudice di pace*, in *Enc. dir.*, Annali II, tomo I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 344 ss. V., inoltre, P. Tonini, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria: la normativa sul giudice di pace e sul «pacchetto sicurezza»*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 384 che intravede le ragioni della differenza rispetto al giudice professionale nella presunzione che i reati attribuiti all'organo di pace siano di facile accertamento, sicché la polizia non necessita di esser guidata: «il magistrato non deve intervenire perché non ha niente da indicare alla polizia giudiziaria, la quale può individuare agevolmente l'oggetto di prova». Pur se, in astratto, congettura l'A., non è possibile stabilire il carattere semplice o complesso di una determinata fattispecie.

⁸⁹ Introdotto per evitare compromissioni del principio costituzionale di cui all'art. 109 Cost. (A. Presutti, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, in L. Picotti e G. Spangher (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 190). Anche qui, tuttavia, comunque la polizia giudiziaria mantiene una gestione diretta delle investigazioni, essendo quello del pubblico ministero un controllo "episodico" teso soltanto a rimuovere un ostacolo giuridico per il proficuo sviluppo delle indagini". Non a caso, l'intervento dell'organo d'accusa è un continuo, improvviso "apparire e scomparire". Per questo, S. Quattrocchio, *Commento a l. 24 novembre 1999, n. 468*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 7 non nasconde incertezze quanto alla compatibilità della delega (poi attuata) con l'art. 109 Cost. Invece, C. Pansini, *La competenza penale del giudice di pace. Indagini preliminari e citazione a giudizio*, cit., p. 32 fa notare come sembri, piuttosto, «che l'innovazione riguardi il trasferimento dal pubblico ministero [alla polizia giudiziaria] dell'iniziativa per il compimento di tali atti, anche se con il meccanismo autorizzatorio dell'art. 13 d.lgs. [274/2000] si è voluto comunque assicurare all'organo di accusa, pur senza arrivare ad un vero e proprio "controllo o verifica sui risultati – parziali – delle indagini", la permanenza di un sindacato in concreto sull'autonomia e sulle scelte investigative [di essa] (...)». Pure E. Gallucci, *La competenza penale del giudice di pace: un nuovo modello di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 17 sostiene che non sia affatto svilita la funzione del magistrato nel corso delle indagini. Analogamente, L. Padula, *Le indagini preliminari nel procedimento penale davanti al giudice di pace*, cit., p. 49 ss. P. Tonini, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria: la normativa sul giudice di pace e sul «pacchetto sicurezza»*, cit., p. 385 s. evidenzia che l'ampiezza dell'indipendenza della polizia giudiziaria nella fase investigativa e le ricadute in termini di efficienza dipendono dalla latitudine dell'autorizzazione che può essere concessa dal pubblico ministero.

Taluno sostiene, con vigore, che non sarebbe da negare nemmeno «un conflitto di attribuzioni davanti alla Corte costituzionale da parte di un ufficio di procura o di una procura generale che reputi lesivi del principio di obbligatorietà o della riserva di cui all'art. 109 della Costituzione interventi organizzativi particolarmente incisivi o omissioni gravi nella distribuzione delle risorse di polizia giudiziaria (...)»⁹⁰.

Va colto anche un altro aspetto della conformità dell'innovazione all'art. 112 Cost. L'angolo prospettico è diametralmente opposto a quello legato al rinnovato ruolo della polizia giudiziaria nella procedura penale di pace: secondo una tendenza contraria, non si sono allentate le maglie dell'azione della polizia giudiziaria nel processo, ma, di contro, essa viene imbrigliata, essendo costretta a riferire – in base alle direttrici elaborate dai superiori –, ai vertici e, in concreto, alle Istituzioni di appartenenza, notizie sulle indagini realizzate.

È doveroso, allora, per tentare di fornire una soluzione, avviare dalla portata costituzionale della obbligatorietà dell'azione che, semplice in apparenza, nasconde un terreno di confronto tra le concezioni più disparate⁹¹. Il precetto in sé indica la situazione in cui il pubblico ministero, dinanzi ad un fatto integrante una fattispecie di reato, deve intraprendere il processo, non può astenersi in base a valutazioni personali di mera convenienza o di altro tenore⁹². Sicché, quando si configurano i requisiti per l'iniziativa penale, l'organo dell'accusa è tenuto alla spinta incriminatrice, non essendogli consentiti individualismi sulla proposizione o meno della domanda di giudizio⁹³: «una volta verificata la non infondatezza della notizia di reato al termine delle indagini preliminari, stante la regola sancita nell'art.

⁹⁰ V. A. Cisterna, *Modifica normativa inopportuna e fuori contesto*, cit., p. 24.

⁹¹ Sul significato storico-politico della obbligatorietà, v. S. Quattrocchio, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, Jovene, 2004, p. 9 ss.; C. Valentini, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, Cedam, 1994, p. 28 ss.

⁹² Esiste una sterminata bibliografia. Ci si limita a segnalare, tra i molti, M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, Cedam, 1995, *passim*; M. Montagna, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in G. Dean (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 232 e 245; G. Ubertis, *Azione, II) Azione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 1 ss. V. anche G. Dean, *L'impromovibilità dell'azione penale*, Milano, Giuffè, 1996, p. 31; C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, Cedam, 1984, p. 132 s. per cui dire che l'azione penale è obbligatoria significa che il pubblico ministero deve «agire in qualsiasi circostanza possa configurarsi la commissione di un reato, magari anche solo richiedendo al giudice di archiviare il relativo procedimento»; V. Zagrebelsky, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in G. Conso (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 3. Incisivo G. Giostra, *L'archiviazione*, 2ª ed., Torino, 1994, p. 8 il quale afferma che «intendere l'art. 112 Cost. come se ogni notizia di reato obblighi il pubblico ministero ad esercitare l'azione penale, sarebbe lettura forzata e pericolosa, alla cui stregua, tra l'altro lo spazio costituzionale per l'istituto dell'archiviazione si ridurrebbe pressoché a zero. L'art. 112 Cost., invero, non dispone che il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare sempre l'azione penale, bensì che il pubblico ministero ha sempre l'obbligo (e non la facoltà) di esercitare l'azione penale: sottinteso, quando ne ricorrono i presupposti. Questi presenti, dice in sostanza, il pubblico ministero non può non agire». Si leggano anche O. Dominion, *Azione penale*, in *Dig. pen.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 410 (: «incentrandosi l'obbligatorietà sul promovimento dell'azione, la regola è così enunciabile: [declinando] che l'esercizio di tale potere è doveroso se il pubblico ministero deve promuovere l'azione non appena ravvisi, secondo il grado logico proprio dei giudizi storici insiti nell'imputazione, che è stato commesso un fatto integrante al completo di tutti gli estremi una figura normativa di reato, restandogli pertanto inibito di introdurre valutazioni di convenienza di qualsiasi genere che rompano l'automatismo fra quella conoscenza e l'iniziativa incriminatrice») e L. Daga, *Pubblico ministero, I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1991, p. 2 s. il quale delucida che l'obbligatorietà, in contrapposizione alla discrezionalità o opportunità, «esclude di per sé un possibile rapporto funzionale tra accusa ed esecutivo»: il senso politico del principio «non può non coincidere con una funzione "neutrale" del p.m., incompatibile con una soggezione ad organi politici»; sicché, «il principio di obbligatorietà può essere visto come una esplicitazione ulteriore dell'intenzione del costituente di separare nettamente il p.m. dall'esecutivo». L'A., in ogni caso, mette in guardia dal fatto che tale regola «non significa affatto perfetta assenza di valutazione discrezionale», né, tanto meno, tutela da «esercizi non corretti dell'azione penale» (Sullo stesso piano concettuale, C. Valentini, *L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di eguaglianza*, cit., p. 140 per cui, invero, «l'azione penale è sempre e comunque – oseremmo dire "fisiologicamente" – discrezionale, perché presuppone un'attività di doveroso accertamento di fatti, chiamati ad averare il concetto di fondatezza». Piuttosto, «l'azione penale (...) secondo il comando dell'art. 112 Cost. non può e non deve essere mai profilata dal legislatore o interpretata dal giudice come "opportunistic"»). Secondo G. D'Elia, sub *art. 112 Cost.*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Comm. alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 2127 il principio espresso nell'art. 112 Cost. assume un triplice significato: «non solo garantire l'indipendenza funzionale del pubblico ministero da ogni altro potere, ed in particolare dall'Esecutivo; e di escludere che il pubblico ministero possa decidere discrezionalmente se investire il giudice della notizia di reato; ma, anche, di necessariamente prevedere strumenti di controllo affinché egli stesso non si sottragga all'obbligo impostogli». F. Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994 offre, invece, uno spaccato dei rapporti tra azione penale ed archiviazione con spunti continui sul significato del precetto di cui all'art. 112 Cost.

⁹³ V. G. Di Chiara, *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, in G. Fiandaca-G. Di Chiara (a cura di), *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, Jovene, 2003, p. 261 ss. Analogamente, E. Fortuna, *Pubblico ministero, III) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1991, p. 3.

112 Cost., il pubblico ministero non potrà non formulare l'imputazione ed esercitare l'azione penale in una delle forme previste», con un atto di impulso che contenga i requisiti di legge⁹⁴. Egli può evitare di agire quando l'accusa è insostenibile, sempre che ciò non dipenda da inerzie nello svolgimento delle indagini⁹⁵.

Del resto, il dovere imposto dall'art. 112 Cost. è sinonimo di (salvaguardia della) legalità ed implica che non possano esservi discriminazioni tra i singoli, i quali saranno, così, esposti ad uguale trattamento penale⁹⁶. Nell'ottica, s'impone una "liceità" nel procedere e si impedisce che ci si attivi sulla base di criteri arbitrari o di mere "tattiche"⁹⁷. La stessa Corte costituzionale, in una delle disamine, a tutto campo, sull'art. 112 Cost., ha sostenuto che la regola della obbligatorietà rappresenta il «punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale», rimembrando il principio di legalità dei delitti e delle pene (art. 25 Cost.) e quello di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (art. 3 Cost.)⁹⁸.

L'obbligatorietà riflette, inoltre, l'esclusiva soggezione alla legge di chi è chiamato ad esercitarla, assumendo essenziale rilievo sul piano della suddivisione delle competenze tra magistratura ed altri poteri dello Stato⁹⁹. Nella nostra impalcatura ordinamentale, il pubblico ministero è un organo indipen-

⁹⁴ E. Marzaduri, *Riflessioni sull'obbligatorietà dell'azione penale alla luce della riforma del codice di procedura penale*, in M. Tirelli (a cura di), *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale (Atti del Convegno, Modena, 27 aprile 1996)*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 50; Id., *Azione, IV) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1996, p. 8. In giurisprudenza, C. cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, p. 586 ss. che individua il nucleo dell'art. 112 Cost. nel rifiuto del principio di opportunità dell'azione penale. In particolare, ricorda il Giudice delle leggi, che il principio, pur senza implicare una consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo esclude che l'organo dell'accusa sia facoltizzato a «non agire (...) in base a valutazioni estranee all'oggettiva infondatezza della notizia criminis». Fa notare A. Berardi, sub art. 125 disp. att. e coord. c.p.p., in M. Chiavario (coord. da), *Comm. al nuovo codice di procedura penale – La normativa complementare*, I, Torino, Utet, 1992, p. 480 che «il punto centrale della [ndr: menzionata] pronuncia della Corte» sta proprio nell'interpretazione restrittiva data a tale disposizione, «con l'evidente intento di ridurre il più possibile gli spazi di discrezionalità e di rendere, almeno sulla carta, più difficile l'applicazione del principio di opportunità». Lo stesso A. non manca di osservare, però, che «la regola di giudizio di cui è portatore l'articolo, (...) anche dopo la sentenza della Corte costituzionale, non sempre consentirà di individuare facilmente la linea di demarcazione tra superfluità e inopportunità (...)».

⁹⁵ G. D'Elia, sub art. 112 Cost., cit., p. 2127.

⁹⁶ O. Dominiononi, *Azione penale*, cit., p. 409: il principio di obbligatorietà dell'azione penale, concepito come strumento per conferire il carattere della legalità alla funzione del pubblico ministero, tende ad evitare «un esercizio dell'azione penale arbitrario e lesivo dell'uguaglianza delle persone sia nel profilo dell'iniziativa che in quello dell'inerzia». Analogamente, tra i tanti, G. D'Elia, sub art. 112 Cost., cit., p. 2127 (: la disposizione di cui all'art. 112 Cost. «vorrebbe, altresì, svolgere il ruolo di garanzia di legalità e di eguaglianza, garantendo l'indiscriminata applicazione della legge penale nei confronti di tutti»); Id., *I principi costituzionali di stretta legalità, obbligatorietà dell'azione penale ed eguaglianza a proposito dei «criteri di priorità» nell'esercizio dell'azione penale*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1885; M. Maddalena, *Azione penale, funzioni e struttura del pubblico ministero: prospettive di riforma ordinamentale*, in A. Gaito (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli, Joveve, 1991, p. 160; P. Perlingieri-G. Romano, sub art. 112 Cost., in P. Perlingieri (a cura di), *Comm. alla Costituzione italiana*, 2ª ed., Napoli, Esi, 2001, p. 810; S. Quattrocchio, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 52 s.; F. Ruggieri, *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, tomo I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1007; G. Ubertaini, *Azione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 4. Chiossa N. Zanon, *Pubblico ministero e costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 99: «sembrerebbe peraltro più corretto dire che, mentre l'obbligo di procedere (...) è una conseguenza del principio di legalità e del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (penale), esiste una modalità tipica dell'agire del p.m. che può forse definirsi 'imparziale', ma che non ha direttamente a che vedere con il rispetto del principio di uguaglianza. Appare infatti incongruo far carico ad una forma di agire concreto e puntuale (...) il dovere di rispettare il principio di uguaglianza, inteso come necessità di un'uguaglianza di trattamento di soggetti. Il rispetto del principio di uguaglianza incombe direttamente sulla legge e sul legislatore, non invece su chi alla legge è soggetto». Circa il coinvolgimento tra obbligatorietà dell'azione penale e principio di legalità, v., altresì, C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, Cedam, 1984, p. 134 ss; G. Riccio-A. De Caro-S. Marotta, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, Esi, 1991, p. 112 ss.

⁹⁷ G. Ichino, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *Questione giust.*, 1997, p. 290 s.

⁹⁸ C. cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit. Prima ancora cfr. C. cost., sent. 26 luglio 1979, n. 84, in *Giur. cost.*, 1979, p. 637 ss. (: l'obbligo di esercitare l'azione penale – inteso come obbligo d'imparzialità, volto alla repressione di tutte le condotte violatrici della legge penale – sarebbe applicazione del principio di uguaglianza; d'altro canto, procedere tutte le volte che ciò risulti doveroso, significherebbe rispettare il principio di legalità nella repressione dei reati ex art. 25 Cost.).

⁹⁹ V. Zagrebelsky, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 6. Tra le più convinte espressioni di un simile indirizzo si segnala E. Spagna Musso, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 425, nt. 44: «la configurazione come obbligo del potere conferito al pubblico ministero equivale anche ad una garanzia di indipendenza collegata in via immediata all'esercizio di una sua attribuzione. Ciò in quanto impedisce direttamente, cioè a prescin-

dente rispetto ad altri poteri dello Stato e le scelte da lui effettuate in ordine all'azione penale restano di sua esclusiva competenza. Le finalità perseguite dall'art. 112 Cost. sarebbero gravemente compromesse se l'attività dell'accusa potesse essere sottoposta alla direzione od al controllo di terzi idonei ad influire sulla condotta del magistrato¹⁰⁰; d'altra parte, l'indipendenza del pubblico ministero è «presupposto essenziale» per quella del giudice, destinato a conoscere solo i processi che il primo gli sottopone: «l'art. 112 Cost., coprendo il momento dell'azione, e l'art. 101, comma 2, Cost.¹⁰¹, garantendo quello decisivo, rappresentano le due facce del principio di legalità, deputato così ad informare l'intero arco procedimentale»¹⁰².

Solo per inciso, non stona un chiarimento sull'art. 101, comma 2, Cost., essendosi, il disposto, prestato, su tutti i fronti, ad eseguirsi differenti che hanno generato "crepe", tutt'ora incolmabili¹⁰³. A parte lo scontro tra chi esalta la previsione e chi la considera avente valore meramente simbolico, il "nodo" ermeneutico che ha interessato gli studiosi e la giurisprudenza è il concetto di "giudice" ed i suoi margini. Il riferimento a costui potrebbe far pensare, d'immediato, al solo organo giurisdizionale. Ma, il linguaggio «volgare» del Costituente consente di interrogarsi circa la possibilità di allargare il circuito applicativo della previsione anche a chi non esercita funzioni giudicanti, bensì requirenti. Si risponde, per lo più, negativamente: "giudice" è colui che è considerato, dallo Stato, titolare di «funzioni giurisdizionali (anche se occasionalmente [può] esercitare [ruoli] divers[i] da quell[o] giurisdizionale)». Questo, però, non implica che il pubblico ministero non sia soggetto *soltanto* alla legge e ad essa *solo*.

Un appiglio circa l'autonomia e l'indipendenza dell'accusa può rinvenirsi anche nell'art. 104 Cost. Il presente contributo non si presta ad una articolata analisi delle linee essenziali di un dibattito che dura da anni. Tuttavia, alcune notazioni paiono essenziali. L'art. 104 Cost. richiama la figura del magistrato ordinario (dunque, *anche* il pubblico ministero); il termine «magistratura», nella disposizione, indica, piuttosto che un "ordine", come dovrebbe, un «altro» potere dello Stato. Ora, si tratta di definire la duplice aggettivazione "autonomia" e "indipendenza". Anche sulla base di un'interpretazione lessicale, i due termini si pongono in stretto collegamento, anzi sembrerebbero porsi in rapporto di strumentalità necessaria la prima rispetto alla seconda.

Al riguardo, secondo un indirizzo costante, l'autonomia attiene, in via esclusiva, rispettivamente, «alla magistratura» da intendere «nel suo aspetto organizzatorio (ordine), rappresentato dalla complessa articolazione (e distribuzione) [...] secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, e distingue – sa-

dere da una generale posizione di sganciamento dell'Esecutivo, la legittimità di un intervento del Guardasigilli riguardo all'esercizio dell'azione penale».

¹⁰⁰ Sul punto, M. Scaparone, *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 1100 e G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, 2^a ed., Torino, Utet, 2007, p. 138 s. Nel senso che l'obbligatorietà dell'azione penale è stata affermata, a livello costituzionale, anche per salvaguardare l'indipendenza del pubblico ministero, inoltre, M. Chiavario, *Riflessioni sul principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Scritti in onore di C. Mortati, IV, Milano, 1977, p. 99 s.; G. Ichino, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, cit., p. 287 (: «(...) il principio di obbligatorietà, considerato come una conseguenza ineludibile del principio di legalità, è lo strumento destinato (...) ad evitare il pericolo di interferenze del potere politico sull'attività inquirente»). Per i Giudici della Consulta cfr. sempre sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., secondo cui nell'art. 112 Cost. confluisce, tra l'altro, il principio di indipendenza del pubblico ministero benché di ciò non si riesca a trovare una conferma incontrovertibile nel testo della Carta fondamentale. Si rimanda, invece, a N. Zanon-F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2008, p. 49 ss. per delucidazioni specifiche sull'indipendenza della magistratura.

¹⁰¹ «Soggezione» secondo R. Guastini, sub *art. 101 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Comm. della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1994, p. 183 vuol dire «dovere incondizionato di applicazione».

¹⁰² «Appaiono immediate, pertanto, le [ripercussioni], sul secondo versante, delle scelte operate sul primo: che senso avrebbe predicare un dovere di decidere secondo la legge su materie portate all'attenzione del giudice in base anche a valutazioni estranee alla legge?»: D. Vicoli, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, cit., p. 253 s. Sulla obbligatorietà dell'azione penale come strumento di garanzia dell'indipendenza del pubblico ministero relazionano anche M. Caianiello, *Poteri privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 17 e 58 ss.; L. Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale, ruolo del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2042: sottrarre i procedimenti ad interferenze servirebbe a poco se esse «possono già intervenire a monte, per delimitare l'ambito del giudizio, la scelta delle fattispecie e degli imputati, l'uso della prova nel dibattimento». L'A. precisa che i giudici sono indipendenti anche perché l'individuazione delle fattispecie da sottoporre loro è vincolata all'obbligo ed è riservata ad un organo che fa parte dello stesso ordine giudiziario.

¹⁰³ Per i dettagli, pure in retrospettiva, con spunti di diritto processuale penale comparato e con uno sguardo puntato al futuro, N. Zanon-L. Panzeri, sub *art. 101 Cost.*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Comm. alla Costituzione*, III, Torino, Utet, 2006, p. 1958 ss.

rebbe improprio dire contrappone – [esso] rispetto agli altri “ordinamenti” espressivi degli *altri* poteri dello Stato (n.d.r. *id est*: il potere politico); l’indipendenza, invece, (...) più che all’ordine nel suo complesso (la cui tutela rispetto agli altri poteri dello Stato risulta realizzata attraverso l’autonomia) concerne più specificamente la posizione del singolo» magistrato. Specificando ancora quanto al *discrimen*: l’autonomia va interpretata «quale situazione diretta (anche) ad autoregolamentarsi – ancorché nei limiti della legge – rispetto agli altri poteri dello Stato (...)», con la conseguenza che essa afferisce «all’ordine nella sua totalità»; mentre, l’indipendenza, come rapporto diretto tra magistrato e legge, (...) «escludendosi qualsiasi mediazione interna o esterna»¹⁰⁴.

Stando così le cose, l’art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016 urta con gli artt. 112 e 104 Cost. Mediante l’informativa alla “scala gerarchica”, ben può profilarsi una potenziale forma di ingerenza ministeriale in opzioni inerenti la funzione dell’accusa. I principi di obbligatorietà, di autonomia e indipendenza sono un’esplicitazione ulteriore dell’intenzione del Costituente di separare, di netto, il pubblico ministero dall’Esecutivo pur non essendo detto *expressis verbis*.

Ciò posto, diventa tuttavia fondamentale capire se il disposto costituzionale sancisce in capo al pubblico ministero il monopolio dell’azione penale. L’ingerenza dell’amministrazione potrebbe essere motivata da una partecipazione “pubblica” al sostanziale confezionamento della domanda penale.

In proposito, si raccolgono distinte opinioni¹⁰⁵.

Per un verso, si dice che il “privilegio” dell’organo d’accusa vanta anche un fondamento costituzionale¹⁰⁶. L’asserto poggia sull’art. 112 Cost.: la qualificazione in termini di obbligatorietà dell’azione penale ne rappresenta un aspetto congenito voluto dalla Carta sovraordinata; ne deriva che, se centro di imputazione di tale dovere è il magistrato, soltanto a costui può conferirsi la legittimazione all’iniziativa. Ciò, sarebbe supportato dal tessuto codicistico in cui è accentuata la tendenza a vedere nel pubblico ministero l’unico titolare dell’azione penale. Non si trascuri l’art. 50, comma 1, c.p.p. e l’art. 405, comma 1, c.p.p. il quale statuisce che «il pubblico ministero, quando non deve richiedere l’archiviazione, esercita l’azione penale». Paradigmatiche, ancora, le previsioni degli artt. 207 – che introduce una clausola “abolitiva” generale – e 231 disp. att. e coord. c.p.p. per cui è ordinata l’abrogazione delle «di-

¹⁰⁴ F. Bonifacio-G. Giacobbe, sub art. 104 Cost., in G. Branca, *Comm. della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1986, pp. 4 e 6-7. In argomento, v. anche S. Panizza, sub art. 104 Cost., in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Comm. alla Costituzione*, III, Torino, Utet, 2006, p. 2008 s. per cui i due aggettivi “autonomo” e “indipendente” vanno intesi nel modo che segue: «il primo è sembrato preferibilmente riferirsi all’aspetto organizzatorio, e dunque all’ordine, il secondo è parso meglio qualificare la posizione del singolo giudice, nel concreto esercizio delle sue funzioni».

¹⁰⁵ Ce ne regalano una brillante sintesi, O. Dominioni, *Azione penale*, cit., p. 406 ss.; M. Nobili, *Accusa e burocrazia. Profili storico-costituzionali*, in G. Conso (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 139 ss. Sul tema v., per un inquadramento generale, anche E. Marzaduri, *Azione, IV) Diritto processuale penale*, cit., 1996, 3; P. Perlingieri-G. Romano, sub art. 112 Cost., cit., p. 810; R. Normando, *L’esercizio dell’azione e la richiesta di giudizio nel processo penale*, cit., p. 93 s.; G. Ubertis, *Azione, II) Azione penale*, cit., p. 3 s.

¹⁰⁶ G. Conso, *Introduzione alla riforma*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., p. XVIII per cui l’art. 112 Cost., sebbene non in modo espresso, pare voler attribuire il monopolio dell’azione penale al pubblico ministero, marcando che «non vi è, quindi, posto né per azioni penali esercitabili da altri pubblici funzionari, né per azioni penali private di qualsiasi tipo (popolare, principale, adesivo, sostitutivo). Infatti, previsioni del genere, a meno di non intenderle (...) alla stregua di atti di denuncia, talora seguiti da un’automatica costituzione di parte civile, darebbero per scontato il non adempimento di un obbligo così preciso e tassativo da parte non soltanto di questo o di quel magistrato, ma dell’intera organizzazione del pubblico ministero, appositamente articolata in vista del miglior esercizio delle relative funzioni». Lo affiancano, aderendo alla tesi favorevole alla esclusiva titolarità del pubblico ministero, sulla base dell’art. 112 Cost., G. Bettiol, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 3ª ed., Padova, Cedam, 1980, 219. In senso parzialmente difforme, G. D’Elia, sub art. 112 Cost., cit., p. 2129 s. che, pur appoggiando tale orientamento, reputa che il monopolio non trovi fondamento costituzionale (quantomeno nell’art. 112 Cost.) ma in «ragioni teoriche e pratiche»: testualmente, «è molto sentito il timore che il conferimento a soggetti diversi dal pubblico ministero della capacità di esercitare l’azione penale possa essere strumentalizzato per fini di vendetta, ovvero consentire azioni temerarie o comunque calunniose, o intasare il sistema giudiziario con processi per liti di cortile. Si insiste sul carattere statualistico dell’interesse sotteso alla norma penale, il quale comporterebbe una rigida pertinenza statale dell’interesse pubblico alla messa in moto del processo penale, anche perché la supremazia della libertà personale sarebbe pregiudicata dalla soggettività dell’accusa penale. Si ricorda come scopo essenziale e preminente dell’azione del pubblico ministero sia la tutela degli interessi della giustizia obiettivamente intesa. Sicché appare evidente che il pubblico ministero, portatore di quell’interesse, sia figura ineliminabile nel processo penale, non sostituibile da un *quovis et populo*, al quale non solo difetterebbero le qualità proprie del pubblico ministero, di giusto equilibrio e di imparzialità, ma il quale addirittura sarebbe mosso più da desideri di rivalsa e di vendetta che, appunto, di giustizia».

sposizioni di leggi o decreti che prevedono l'esercizio dell'azione penale da parte di organi diversi dal pubblico ministero»¹⁰⁷.

Nell'impostazione, dunque, la pretesa punitiva, configurando una competenza delicata e fondamentale per il complessivo atteggiarsi dei rapporti tra potere politico ed individui, può spettare solo ad un «particolare organo dello Stato» (il magistrato); non può essere affidata alla discrezionalità di azioni o pretese private/pubbliche oppure di gruppi, poiché ambito «totalmente assorbito da esigenze, interessi, competenze e poteri di stampo pubblicistico»¹⁰⁸.

Da altro versante, invece, guardando al rapporto concettuale fra le categorie del potere e del dovere ed al costruito della norma costituzionale, si afferma che la prescrizione di un «vincolo» ad un determinato soggetto implica che questi debba compiere l'atto dovuto (investire il giudice competente della domanda punitiva), ma non che esso non possa essere conferito ad altri in via concorrente o, persino, sussidiaria: a patto che la pluralità di legittimazioni sia concepita in modo che quella attribuita al pubblico ministero non venga scalfita in maniera radicale dal potere altrui¹⁰⁹. La prerogativa nell'agire non è una premessa necessaria della obbligatorietà e, pertanto, «riesce indifferente al disegno costituzionale»¹¹⁰.

¹⁰⁷ Fautrice del carattere esclusivo, M. Montagna, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 248: ciò, peraltro, troverebbe un supporto argomentativo nell'art. 50, comma 1, c.p.p. Ne deriva, per l'A., «da un lato, che il giudice non può procedere *ex officio* e, dall'altro lato, che non vi sono ulteriori soggetti cui compete l'esercizio dell'azione penale». Conferme in questo senso giungerebbero anche dall'art. 231 disp. att. e coord. c.p.p. Il che, però, non precluderebbe l'eventualità «che vi siano situazioni nelle quali si assiste ad un'attivazione diretta di organi o soggetti diversi dal pubblico ministero»: ne sarebbero esempi la c.d. imputazione coatta e la citazione diretta dinanzi al giudice di pace ad opera dell'offeso in caso di reati procedibili a querela. V. pure E. Fortuna, *Pubblico ministero*, III) *Diritto processuale penale*, cit., p. 4 s.; E. Marzaduri, *Azione*, IV) *Diritto processuale penale*, cit., p. 4 per il quale si registrerebbe la volontà tendenziale ed inequivoca del legislatore a favore del monopolio del pubblico ministero.

¹⁰⁸ N. Zanon, *Pubblico ministero e costituzione*, cit., pp. 107 e 108 il quale conclude che l'idea del pubblico ministero titolare monopolista dell'azione penale, «appare anche e soprattutto erede della grande tradizione giuridica autoritario-statalista, e si pone in primo luogo come garanzia del carattere eminentemente (unicamente) pubblico-statale della pretesa punitiva» e corollario della visione del magistrato come organo di giustizia. Per M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., p. 10 ss. sarebbe proprio il filone dottrinale che professa la pertinenza rigidamente statalistica dell'interesse alla messa in moto del processo penale ad aver contribuito a far sì «che si consideri nella natura delle cose (...) il monopolio dell'azione penale da parte di un corpo organico votato appunto a tale compito», scaturendone «il diniego di principio ad ogni "legittimazione ad agire penale" che facesse capo a soggetti estranei all'organizzazione giudiziaria (...)». Ergo, il relegare le forme di «titolarità "diffusa"» dell'azione penale entro limiti circoscritti.

¹⁰⁹ M. Chiavario, *Riflessioni sul principio di obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 94 persuasivo: «le eventuali prerogative riconosciute in proposito a soggetti del genere non possono invero conformarsi in modo che ne abbia a scaturire per il pubblico ministero l'impossibilità di esercitare l'azione stessa; altrimenti sarebbe come dire che la Costituzione ammette, con palese contraddittorietà, il configurarsi di un obbligo di comportamento già in radice inesigibile».

¹¹⁰ O. Dominionì, *Azione penale*, cit., p. 406, precisando che «una cosa è che il pubblico ministero in tanto è in grado di ottemperare al dovere di agire in quanto vi sia legittimato, così che si tradurrebbe in una inadempienza del legislatore ordinario al precetto costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale l'attribuzione del potere di azione per uno o alcuni reati in via esclusiva a soggetti diversi dal pubblico ministero. Una cosa del tutto diversa è invece che il potere di azione sia riconosciuto in via concorrente o addirittura sussidiaria anche ad altri soggetti (...)». Conf. G. Di Chiara, *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 242: «la tesi del monopolio soggettivo nell'esercizio dell'azione non trova, dunque, rispondenza né nella *littera* né nella *ratio* dell'art. 112» Cost.; M. Nobili, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, cit., p. 139 s.; R. Normando, *L'esercizio dell'azione e la richiesta di giudizio nel processo penale*, cit., p. 109; G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, cit., 137. V., ancora L. Daga, *Pubblico ministero*, I) *Diritto costituzionale*, cit., p. 3 e sempre O. Dominionì, sub art. 50 c.p.p., in E. Amodio-O. Dominionì (a cura di), *Comm. del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, Giuffrè, 1989, p. 294, nt. 17. Condividono gli assunti pure G. Neppi Modona, sub art. 112 Cost., in G. Branca (a cura di), *Comm. della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1987, p. 51 (: «l'art. 112 Cost. non comporta il monopolio esclusivo dell'azione penale in capo al pubblico ministero, ma è ammissibile che l'azione venga esercitata anche da altri soggetti, pubblici o privati, [purché] tale potere venga attribuito in via integrativa e concorrente alla potestà del pubblico ministero, e non in forma esclusiva, perché, se così fosse, ne rimarrebbe violato il principio di obbligatorietà») e M. Chiavario, *Appunti sulla problematica dell'«azione» nel processo penale italiano: incertezze, prospettive e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 897 s. il quale, tuttavia, dopo qualche anno, relazionando ad un convegno e puntando lo sguardo sull'art. 231 disp. att. c.p.p. (introdotto «a torto od a ragione»), scrive (*Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 73): «quello delle azioni concorrenti o sussidiarie non sembra (...) un discorso attuale in Italia». Ma, poi, ribadisce (in *Riflessioni sul principio di obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 93 s.) che se il reciproco integrarsi delle due componenti fondamentali dell'art. 112 Cost., il principio di obbligatorietà e l'indicazione «nominata» del titolare dell'obbligo di agire, delineano, assai nettamente, un limite per il legislatore ordinario «per quanto riguarda la rilevanza da attribuire alle manifestazioni di volontà che dall'esterno dell'organizzazione giudiziaria mirino ad interferire sulle vicende del processo penale» non preclude «in via diretta ed assoluta il conferimento della titolarità dell'azione penale anche a soggetti non appartenenti all'organizzazione giudiziaria». La possibilità di esercitare l'azione penale anche da parte di soggetti, pubblici o privati, diversi da quelli tradizionalmente considerati titolari della

L'art. 112 Cost. pone, in definitiva, solo un limite in negativo alla discrezionalità del legislatore ordinario, consentendogli la creazione di forme "alternative" di azione (pubbliche, private, popolari), ma in maniera che non possano straripare dalla sussidiarietà o dalla concorrenza rispetto all'iniziativa del pubblico ministero.

Tale ultima prospettazione, in prima battuta, sembra preferibile. Argomenti sia di ordine storico che letterale¹¹¹, inducono ad affermare come il Costituente, nella previsione in disamina, abbia inteso soltanto improntare l'attività dell'organo d'accusa al principio di legalità-obbligatorietà, ma non attribuirgli l'esclusività del potere di esercizio dell'azione penale: pubblico ministero, dunque, non come unico attore della "spinta" procedimentale, sempre che l'effettività dell'iniziativa (o il suo controllo) non sia esclusivamente affidata a terzi e/o sottratta al magistrato.

Innanzitutto, vi sono i lavori preparatori della Costituzione¹¹². Partiti da un articolo rubricato «Pubblicità e legalità dell'azione penale» dal tenore «l'azione penale è pubblica e il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza poterne sospendere e ritardare l'esercizio per ragioni di convenienza», i compilatori si arenarono di fronte al problema della "pubblicità" posto in seno all'Assemblea Costituente dinanzi alla quale giunse una disposizione di questo tipo: «l'azione penale è pubblica. Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitarla e non la può mai sospendere o ritardare». In effetti, a seguito di un emendamento dell'on. Leone¹¹³, il dibattito si appuntò sul se la previsione del carattere pubblico dell'azione penale – da concepirsi come titolarità del pubblico ministero – fosse opportuno, precludendo al legislatore ipotesi di azione penale sussidiaria. Prevalse l'epilogo negativo; il che condusse a cancellare il disposto con il benestare della Commissione dei Settantacinque la quale diede atto che «la strada rimane aperta all'azione penale sussidiaria»¹¹⁴.

Sotto un profilo parallelo, fanno da cornice numerosi esempi di deroga al monopolio del pubblico ministero in fase d'impulso. Basti ricordare quello in materia di reati elettorali (art. 100 d.p.r. 16 maggio 1960, n. 570)¹¹⁵, di repressione delle frodi alimentari (art. 46 r.d.l. 15 ottobre 1925, n. 2033, conv. in l. 10 marzo 1926, n.

stessa, purché la scelta all'interno della tipologia delle varie forme di azione astrattamente configurabili non comporti l'esclusione del suo affidamento anche al pubblico ministero, è riconosciuta, autorevolmente, altresì da S. Bartole, *Prospettive nuove in tema di pubblico ministero*, in *Giur. cost.*, 1979, I, p. 874. Per l'A. in questo modo sarebbero soddisfatti quegli interessi collettivi o diffusi non sempre tutelati appieno «per le difficoltà che in genere le autorità pubbliche incontrano nel percepire e perseguire interessi non riconducibili a quelli pubblici canonizzati, e per la crisi di rappresentatività di cui in particolare soffrirebbe il pubblico ministero». Aggiunge G. Ubertis, *Azione penale e sovranità popolare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, 1191, p. 1206 ss. che così si conseguirebbe lo scopo di una almeno iniziale traduzione in concreto del principio di sovranità popolare sancito, tra quelli fondamentali, dall'art. 1, comma 2, Cost.

¹¹¹ Secondo M. Nobili, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, cit., p. 139 s. e nt. 161 anche sistematico: l'A., infatti, richiama l'art. 24, comma 1, Cost., norma di cui, a suo dire, pur solitamente trascurata al riguardo, «non se ne deve affatto escludere l'applicabilità». Inoltre, sostiene, per colmare lo "spazio vuoto" sulla titolarità, che bisogna fare rimando anche agli artt. 1, comma 2, 101, comma 2, 102, comma 3, Cost. «certamente applicabili anche all'organizzazione delle funzioni d'accusa».

¹¹² Sunteggiati da O. Dominioni, *Azione penale*, cit., p. 407 e G. Neppi Modona, sub art. 112 Cost., cit., p. 43 ss.; nonché, G. Monaco, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 273 ss.

¹¹³ Cfr. Ass. cost., sed. ant. 27 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, a cura della Camera dei Deputati-Segretario generale, V, *Commissione per la Costituzione*, Roma, 1971, p. 4145.

¹¹⁴ V., per la Commissione dei Settantacinque, l'on. P. Rossi, sed. ant. 27 novembre 1947 (in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., V, p. 4149). Emblematiche anche le parole proferite nella medesima seduta dall'on. Leone: «non impediamo al legislatore di domani di poter risolvere questo problema nel quale indubbiamente vive e palpita grande ansia democratica, cioè il non respingere del tutto dall'ambito del processo penale quelle che sono le istanze, i desideri, i legittimi interessi e diritti dei soggetti privati del rapporto giuridico penale». È vero, nondimeno, che, in sede di relazione conclusiva, l'on. Ruini propose di reintrodurre nell'art. 112 Cost. un esplicito riferimento alla "pubblicità" dell'azione penale, dietro unanime parere favorevole del Comitato di redazione (v. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., V, p. 4584); di tale proposta non filtrò però traccia nel testo finale della Costituzione.

¹¹⁵ «Qualunque elettore può promuovere l'azione penale, costituendosi parte civile, per i reati contemplati negli articoli precedenti». A. Giarda, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 252 ss.; O. Dominioni, *Azione penale*, cit., p. 407. *Contra*, ritenendo non fosse un'ipotesi di legittimazione all'azione penale, C. Massa, *Azione popolare (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 871 ss.; M. Pisani, *La c.d. azione penale popolare in materia di reati elettorali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 445 ss. Inoltre, E. Marzaduri, *Azione, IV) Diritto processuale penale*, cit., p. 4 per cui la norma «pareva lasciare margini non del tutto inconsistenti ad una lettura di tali poteri in chiave di semplice denuncia dell'illecito penale» cui conseguiva la legittimazione a costituirsi parte civile dell'elettore indipendentemente dalla sussistenza di un danno cagionato dal reato. Conf. R. Normando, *L'esercizio dell'azione e la richiesta di giudizio nel processo penale*, cit., p. 96 s. L'A., peraltro, riflettendo sulle azioni popolari (p. 98) osserva, in generale, che «il mero domandare il giudizio non assistito da alcun diritto a chiedere direttamente il giudizio o a chiedere autonomamente ad un giudice di verificare se disporre il giudizio non appartiene minimamente all'esercizio dell'azione penale, ma a poteri di stimolo e, se si vuole, di controllo sul titolare dell'azione pubblica».

562)¹¹⁶, quello rinvenibile nel regolamento per l'esecuzione del T.U. in materia di bonifica delle paludi e dei terreni paludosi (art. 153 r.d. 8 maggio 1904, n. 368)¹¹⁷ o nell'art. 378, comma 3, l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. F nel testo modificato dalla l. 19 novembre 1921, n. 1688. Ma anche il processo pretorile con le sue molteplici sfaccettature in riferimento al potere di azione¹¹⁸ e l'istruzione formale iniziata dal giudice che disattendesse la richiesta di archiviazione (art. 74, comma 3, c.p.p. 1930). La "rottura" della prerogativa, poi, è sancita allo stesso livello costituzionale: l'art. 90 Cost., per i casi di alto tradimento o di attentato alla Costituzione compiuti dal Presidente della Repubblica, statuisce la messa in stato di accusa ad opera del Parlamento in seduta comune, in attesa del giudizio della Corte costituzionale (art. 134 Cost.)¹¹⁹.

La stessa locuzione impiegata dalla Carta fondamentale, inoltre, depone nel senso esposto: si limita a prescrivere che l'attività del pubblico ministero sia improntata alla doverosità; ma, quest'ultima non equivale ad esclusività¹²⁰. Se il costituente avesse voluto riservare la titolarità solo a detto organo, avrebbe usato diciture esplicite e confacenti¹²¹.

Anche la Corte costituzionale, infine, ha riconosciuto che la *ratio* dell'art. 112 Cost. è tale da escludere che, al pubblico ministero, possa essere sottratto l'esercizio dell'azione penale in ordine a determinati reati, salvo che nelle ipotesi costituzionalmente previste, ma non anche di negare che l'ordinamento possa prevedere azioni penali integrative o concorrenti rispetto a quella obbligatoriamente esercitata dal magistrato. Nel panorama giurisprudenziale¹²², *temporibus illis*, si apprendeva che «il disposto costituzionale facendo obbligo al pubblico ministero di esercitare l'azione penale non vuole escludere, come risulta anche dai lavori preparatori, che ad altri soggetti possa essere conferito analogo potere. Ciò che la [sostanza] della norma [non consente] è che [a costui] possa essere sottratta la titolarità dell'azione penale in ordine a determinati reati (salvo che nelle ipotesi costituzionalmente previste); con la conseguenza che la titolarità dell'azione penale in tanto può essere legittimamente conferita anche a soggetti diversi [dall'accusa] in quanto con ciò non si venga a vanificare l'obbligo del pubblico ministero di esercitarla. In altre parole, l'ordinamento ben può prevedere azioni penali sussidiarie o concorrenti rispetto a quella obbligatoriamente esercitata dal [magistrato], ma sono senza dubbio configgenti con l'art. 112 e (...) con l'art. 3 Cost. quelle disposizioni normative che, attribuendo ad altri organi diversi dal pubblico ministero la titolarità esclusiva dell'azione penale per taluni reati, ne inibiscono l'esercizio al (...) medesimo. L'obbligo di esercizio dell'azione penale da parte [dell'inquirente] esige che egli sia titolare di tale azione in relazione a qualunque fatto di reato, comunque conosciuto, mentre soltanto il carattere sussidiario dell'azione penale conferita a privati o ad organi statali diversi dal pubblico mini-

¹¹⁶ In merito, E. Amodio, *L'azione penale delle associazioni dei consumatori per la repressione delle frodi alimentari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, p. 515 ss. che lo interpreta come configurante un'azione collettiva in materia di frodi alimentari. Diff. trattandosi di mero potere di azione civile, P. Tonini, *Le organizzazioni dei consumatori nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, p. 151 ss.

¹¹⁷ Il prefetto, qualora lo ritenesse necessario od opportuno, poteva promuovere direttamente l'azione penale nei confronti del trasgressore.

¹¹⁸ L'art. 72, comma 1, ord. giud. stabiliva che «il pretore (...) provvede a quant'altro rientra nella funzione del pubblico ministero, secondo le leggi della procedura». La Corte costituzionale, peraltro, dopo aver recisamente affermato come sia «evidente che il principio della obbligatorietà dell'azione penale (...) debba avere, ed abbia, la sua piena attuazione anche nei procedimenti davanti al pretore» (sent. n. 61 del 1967, in *Giur. cost.*, 1967, p. 711), ribadiva fosse «pacifico che l'obbligo si estenda al pretore, il quale svolge, nei procedimenti di sua competenza, funzioni di pubblico ministero» (sent. n. 98 del 1976, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 542). V., però, le perplessità espresse al riguardo da E. Marzaduri, *Azione, IV) Diritto processuale penale*, cit., p. 3 s.

¹¹⁹ Discorre, in tal caso, apertamente di eccezione al monopolio G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 137. Secondo l'esegesi prevalente, proprio con il provvedimento di messa in stato di accusa si avrebbe l'esercizio dell'azione penale. Tra gli altri, L. Sinagra, *Sul processo penale costituzionale*, Roma, Edizioni Ricerche giuridiche, 1966, p. 51 ss.; C. Taormina, *Procedimenti e giudizi di accusa*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 611, nt. 67.

La procedura in analisi trovava applicazione anche per i reati commessi nell'esercizio delle funzioni dal Presidente del Consiglio dei ministri e dai ministri nell'originaria stesura dell'art. 96 Cost., di seguito revisionato dall'art. 1 l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1 che ha riportato i procedimenti per i reati predetti alla giurisdizione ordinaria «previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale». Entrambe le formule procedurali sono scandagliate onde verificare se rappresentino o meno eccezioni alla regola del monopolio dell'azione penale da E. Marzaduri, *Azione, IV) Diritto processuale penale*, cit., p. 6 ss. il quale esprime molteplici dubbi.

¹²⁰ B. Caravita, *Obbligatorietà dell'azione penale e collocazione del pubblico ministero: profili costituzionali*, A. Gaito (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli, Jovene, 1991, p. 299.

¹²¹ Adeguata, ad esempio, «titolare esclusivo dell'azione penale è il pubblico ministero, il quale la esercita obbligatoriamente»: M. Nobili, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, cit., p. 139 s., nt. 160.

¹²² Ripercorso, tra gli altri, da N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., p. 106 ss.

stero ne potrebbe giustificare, sul piano costituzionale, la discrezionalità nell'esercizio»¹²³.

Assunti, questi, ribaditi, con forza, anche nel prosieguo¹²⁴ e smentiti, in origine, solo da qualche pronuncia isolata¹²⁵.

Si può dire, allora, che, in astratto, non è incompatibile con il disegno dell'art. 112 Cost. la veste conferita alla polizia giudiziaria nell'ambito dell'art. 18, comma 5, c.p.p. – e, più in generale, che modalità partecipative di questo tenore possono essere accolte nel nostro ordinamento – nei limiti in cui il pubblico ministero si riappropri delle opzioni sull'iniziativa penale¹²⁶ e abbia libertà di manovra sull'addebito e sulle "prove". Insomma, sempre che i propositi dei vertici siano controllabili dal magistrato che non può essere confinato a recettore passivo dell'imbastitura da loro operata¹²⁷. Senza uscire, in definitiva, dai limiti della sussidiarietà o della concorrenza rispetto alla propulsione del pubblico ministero¹²⁸ e fermo il potere dell'accusa di esercitare l'azione a prescindere dall'atteggiamento assunto, in concreto, dal "simultaneo" titolare dell'azione penale: l'*input* del diverso agente deve coadiuvare l'attività dell'attore pubblico, irrobustendone, perciò, semplicemente, il fronte¹²⁹. Anzi, sembra di poter dire che questa concorrenza di competenze, in cui la polizia svolge un ruolo di appoggio, sia in sintonia con la figura istituzionale dell'accusa e ne incentivi, persino, l'operato.

Bisogna tener conto anche di un altro aspetto.

Il principio di obbligatorietà è suscettibile di variazioni a seconda del generale contesto nel quale si innesta. Di fronte ad una mutata realtà sociale e giudiziaria ed alla necessità di deflazionare il processo,

¹²³ C. cost., sent. 26 luglio 1979, n. 84, in *Giur. cost.*, 1979, p. 637 ss. In precedenza, C. cost., sent. 9 luglio 1970, n. 123, in *www.cortecostituzionale.it* (: «l'art. 112 Cost. non statuisce l'esclusiva spettanza dell'azione al pubblico ministero»); C. cost., 24 maggio 1967, n. 61, in *www.cortecostituzionale.it* (: «l'art. 112 Cost. fissa l'obbligatorietà, non la titolarità esclusiva del pubblico ministero all'azione»). Sebbene entrambe nel contesto di una problematica specificamente riferita alle peculiarità del procedimento pretorile.

¹²⁴ C. cost., sent. 18 giugno 1982, in *Giur. cost.*, 1982, I, p. 1097 ss. (: nel ricordare la sent. n. 84 del 1979, la *ratio* dell'art. 112 Cost. «esclude soltanto che al p.m. possa essere sottratta la titolarità dell'azione penale in ordine a determinati reati, nel senso che l'ordinamento può conferire la titolarità dell'azione penale anche a soggetti diversi dal p.m. a condizione che non si venga con ciò a vanificare l'obbligo del p.m. medesimo di esercitarla (salvo che nelle ipotesi costituzionalmente previste)»); C. cost., sent. 30 dicembre 1993, n. 474 in *Giur. cost.*, 1993, p. 3899 ss.

¹²⁵ C. cost., sent. 13 dicembre 1963, n. 154, in *Giur. cost.*, 1963, p. 609 ss. asserendo come l'obbligo di esercitare l'azione penale imposto ad un ufficio pubblico, preordinato allo scopo, qual è appunto l'ufficio del pubblico ministero, comporta che la titolarità di tale azione deve intenderglisi conferita in via esclusiva, a guisa di monopolio, almeno per quanto concerne il settore della giustizia penale ordinaria. Sicché, nel sistema processuale penale italiano non è consentito, salvo eccezioni tassative, «che altri organi si sostituiscano al pubblico ministero nel promovimento dell'azione penale» (Sulla sentenza F. Bricola, *Dubbi e incertezze sulla qualificazione giuridica di un singolare potere dell'ingegnere capo del genio civile in ordine all'azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 255 ss.; E. Spagna Musso, *Potere di promovimento dell'azione penale da parte dell'ingegnere capo del genio civile ed art. 112 Cost.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 670 ss.). Osserva S. Bartole, *Prospettive nuove in tema di pubblico ministero?*, in *Giur. cost.*, 1979, p. 872 che l'affermazione della pronuncia deve essere letta piuttosto come un richiamo alla tradizione legislativa italiana, e non come una presa di posizione sull'art. 112 Cost. Conf. C. cost., sent. 29 aprile 1975, n. 96, in *www.cortecostituzionale.it* per cui «l'art. 112 Cost. attribuisce al pubblico ministero (...) l'attività di esercizio dell'azione penale».

¹²⁶ Su questo, come si è visto, nondimeno, dovrebbero esistere perplessità.

¹²⁷ Solamente ragionando in questo modo, in capo alla "scala gerarchica" si configurerebbe sì una vera e propria accusa sussidiaria ma che, al contempo, non ingenera il pericolo di una ingiustificata proliferazione dei processi penali ed assicura garanzie sufficienti a quell'esigenza di verifica della corretta gestione dell'azione penale da parte del pubblico ministero.

¹²⁸ Congegni di diversa portata contrasterebbero, appunto, con la *ratio* dell'art. 112 Cost., ritagliandosi, per tale via, aree sottratte al principio di legalità e propiziando rischi di inaccettabili trattamenti diseguali. Si estrae dal lavoro di R. Normando, *L'esercizio dell'azione e la richiesta di giudizio nel processo penale*, cit., p. 94 che «una interpretazione che non esamini più l'azione penale nel suo complesso, ma che distingua i momenti fondamentali e indefettibili del suo dispiegarsi da quelli non essenziali, potrebbe (...) consentire discorsi intesi a conferire autonomia propria anche ad atti non esclusivi del magistrato del pubblico ministero». E, per questo, M. Chiavario, *Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, cit., p. 94 dice «in materia penale, non ogni tipo di "azione conferibile ad individui – *uti singuli* od *uti cives* – a pubblici funzionari appartenenti all'amministrazione "attiva" dello Stato o di enti minori, od a quegli stessi organismi che possono considerarsi rappresentativi di volontà collettiva, sarebbe insomma costituzionalmente ortodosso. Si è inteso evitare che le iniziative esterne riuscissero a far prevalere l'interesse particolaristico ad una "gestione privata" dell'azione penale, e non ci si è troppo fidati di apporti autonomi che rischiassero di nascondere quell'interesse dietro alla conclamata intenzione di collaborare ad una miglior tutela della collettività; ammissibile, rimane soltanto l'eventuale creazione di controaltari alle inerzie del pubblico ministero, mentre resta inibito al legislatore ordinario di configurare come esclusiva la titolarità dell'azione penale, che il medesimo legislatore volesse ipoteticamente attribuire ad altri che non fosse il pubblico ministero (...)».

¹²⁹ In senso sostanzialmente analogo, G. Neppi Modona, sub *art. 112 Cost.*, cit., p. 52.

non si può dare dell'art. 112 Cost. una lettura chiusa in un rigido formalismo, rimanendo ancorati ad impostazioni che la conducono ad absolutezza espressiva. La realtà effettuale del valore, del resto, trova origine in una norma volutamente indeterminata, così che si oggettivi in relazione ad una data circostanza la determinazione delle cui coordinate è demandata al legislatore ordinario. Da qui l'esigenza di diversificare¹³⁰ l'intervento penale in base al tipo di conflitto da risolvere. Non si può negare che sarebbe assistita da un velo di ipocrisia una disciplina che si disinteressasse delle cause che giustificano moduli diretti a risolvere esigenze di economia e a fornire una rapida risposta alle esigenze della collettività; cosicché, un aggiustamento della scala di valori diventa indispensabile per soddisfare dette funzioni istituzionali.

Tuttavia, l'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016, affetto da un apparente vuoto di fini, può risolverci in un controllo costante e limitativo sull'operato del pubblico ministero che si trascina in tutte le fasi del procedimento e si rovescia anche sull'epilogo dello stesso.

IL RAPPORTO CON LA "COMPLETEZZA" DELLE INDAGINI

Leggendo il testo dell'art. 112 Cost. – e, di rimando, quello codicistico – potrebbe sembrare che l'obbligatorietà non si proietti sulla fase che precede l'esercizio dell'azione, le investigazioni. Del resto, l'aver stabilito che l'impulso si promuove solo al termine delle indagini preliminari – e non nell'*incipit* del procedimento – potrebbe suonare come una sorta di legalizzazione del convincimento secondo cui l'*an*, il *quomodo* e il quando delle attività di indagine sfuggirebbero di per se stessi a regole precise in termini di dovere¹³¹: tutto quel che accade prima dovrebbe essere irrilevante sul piano del rispetto della norma sovraordinata¹³².

Non è l'intendimento del Giudice delle leggi che, chiamato a decidere sulla compatibilità, con la Costituzione, di alcune delle norme disciplinanti il procedimento di archiviazione, ha fissato lo storico principio di tendenziale "completezza" delle *indagini preliminari*, vero argine contro prassi elusive del parametro fondamentale¹³³. Esso fa retroagire l'efficacia precettiva dell'art. 112 Cost. ai momenti iniziali dell'*iter* procedimentale, da cui l'ancoraggio del principio di obbligatorietà allo svolgimento dell'inchiesta, eretto al rango di corollario dell'art. 112 Cost. e configurato – stante una notizia di reato – come dovere del pubblico ministero¹³⁴.

¹³⁰ Sempre nella salvaguardia dell'uniformità di trattamento e della trasparenza nel compimento delle scelte operate dall'organo d'accusa.

¹³¹ Locuzione ripresa da M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., p. 106. Un'impostazione singolare è delineata da S. Ramajoli, *Chiusura delle indagini e udienza preliminare*, Padova, Cedam, 1997, p. 78 pensando che «con il nuovo codice di rito viene ribadito (...) il principio (...) che l'inizio e l'esercizio costituiscono due momenti successivi dell'azione penale, atteso che l'inizio è un potere-dovere del pubblico ministero ed è connesso alla ricezione della *notitia criminis*, mentre l'esercizio implica la formulazione dell'imputazione. Con la richiesta di archiviazione, quindi, il pubblico manifesta la volontà di non esercitare l'azione penale, pur dopo averla iniziata». In termini analoghi, F. Mencarelli, *Procedimento probatorio e archiviazione*, Napoli, Jovene, 1993, p. 141: «è da ritenere che le indagini preliminari configurino sicuramente un inizio di azione penale, il cui sbocco sarà o l'esercizio della stessa, attraverso l'adozione dei riti alternativi o l'instaurazione del dibattimento, o il non esercizio, attraverso l'archiviazione».

¹³² Così, G. Neppi Modona, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. Conso-V. Grevi (a cura di), *Profili del nuovo codice di procedura penale*, 3ª ed., Padova, Cedam, 1993, p. 333 per il quale lo spostamento in avanti del concetto di azione penale comporterebbe, invece, l'assoluta irrilevanza del principio di obbligatorietà nella fase delle investigazioni, caratterizzata dalla flessibilità e dall'atipicità degli strumenti d'indagine. Da ciò conseguirebbe la libertà di tali incumbenti, traducibili anche in un solo atto o nell'omissione di qualsivoglia attività.

¹³³ Cfr. C. cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit. sottolineando come il codice di procedura penale metta in piedi tutta una serie di precetti, istituti, meccanismi per far sì che l'inchiesta assuma un carattere di completezza: non ultimi gli artt. 326 e 358 c.p.p. da cui questo discenderebbe (La commentano, tra i tanti, L. Giuliani, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 249; G. Piziali, *L'archiviazione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 406 s.; M. Roca, *Archiviazione, non luogo a procedere e dovere di completezza delle indagini nella sentenza della Corte costituzionale n. 88/91*, in *Giust. pen.*, 1992, I, c. 184 s.). Eppure a M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., p. 107 «resta la sensazione di un certo qual residuo margine di incoercibilità (...). E, se non altro, è vero che nessuno di questi strumenti – nemmeno quello più direttamente sostitutivo, vale a dire l'avocazione – può evitare che tempi e risorse preziose siano comunque "bruciate" da omissioni od intempestività d'interventi del pubblico ministero incaricato in prima battuta delle indagini».

¹³⁴ D. Vicoli, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, cit.,

La “pienezza” dell’arsenale accusatorio è un’ovvia conseguenza del carattere obbligatorio dell’iniziativa penale, impedendo vuoti perfettibili in corso d’opera¹³⁵. Immanente nel sistema, dunque, la regola vincola il magistrato d’accusa¹³⁶ che è tenuto a ricercare gli elementi che gli consentono di adottare una decisione all’esito della sua inchiesta ed a dimostrare la consistenza della propria domanda al di là di ogni ragionevole dubbio.

Il principio di obbligatorietà, in definitiva, si traduce anche nel necessario svolgimento dell’attività di ricerca: giunta la notizia di reato per il pubblico ministero sorge – anziché un potere discrezionale sul se e come condurre le investigazioni – il dovere di attivarsi per svolgerle in maniera esaustiva, giovandosi del cospicuo strumentario di cui è dotato. Pertanto, l’esigenza di compiere tutti gli accertamenti indispensabili per verificare la fondatezza o meno della *notitia criminis*, quale obiettivo che le indagini devono perseguire, diviene un vincolo e, al contempo, il parametro normativo alla cui stregua il magistrato è tenuto a procedere¹³⁷. In caso contrario, si finirebbero con il legittimare ed anzi favorire le inerzie.

Così, vengono soddisfatte due finalità: per un verso, consentire al pubblico ministero di esercitare al meglio le diverse e possibili opzioni all’esito della fase preliminare¹³⁸; per l’altro, evitare ipotesi di eser-

p. 266: «in caso contrario, consentendo all’organo d’accusa di omettere l’accertamento sulla fondatezza della notizia di reato in base a criteri di opportunità, scelte collocate a monte delle indagini sarebbero andate a pregiudicare l’an dell’iniziativa penale, con il risultato di vedere frustrato lo spirito dell’art. 112 Cost.». Ancora: «Il principio di completezza delle indagini costituisce il presupposto per assicurare l’osservanza del principio di obbligatorietà dell’azione penale, e con esso dell’efficacia dei relativi controlli in caso di inazione, e i diritti delle parti nell’accesso ai riti speciali, nel rispetto del principio di uguaglianza, che impronta tanto il primo quanto i secondi. L’obbligo del rappresentante dell’accusa ad un’attività investigativa particolareggiata ed esauriente, che pure sembrerebbe contrastare con il suo ruolo di parte, poiché pone l’accento sulla sua funzione di organo di giustizia, “non scalfisce la piattaforma di processo di parti” né la consequenziale costruzione della sua domanda come una richiesta non meramente astratta». (F. Ruggieri, *Azione penale*, cit., p. 136).

¹³⁵ Tra i molti, F. Caprioli, *L’archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994, pp. 214 e 535; V. Grevi, *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell’azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1274 s. per il quale il dovere di investigare è un’estensione del dovere di agire; E. Marzaduri, *Azione, IV) Diritto processuale penale*, cit., 1996, p. 2 (: se si ritenesse che la fase preliminare sfugge ad un vaglio di costituzionalità ai sensi dell’art. 112 Cost., «si finirebbe col vanificare il significato della regola di obbligatorietà, in quanto l’esercizio dell’azione penale avrebbe come premessa una ricerca degli elementi di fatto e di diritto condizionanti [la decisione emessa all’esito delle indagini] che il pubblico potrebbe condurre nella più assoluta discrezionalità, quindi, in modo tale da determinare la necessità o meno della verifica giurisdizionale in palese violazione di quel principio di legalità nel procedere posto a fondamento della previsione costituzionale»); O. Dominioni, *Azione penale*, cit., p. 409 s. per il quale «dalla regola dell’obbligatorietà dell’azione deriva come corollario il parametro normativo generale a cui il pubblico ministero deve uniformarsi nello svolgere l’attività preistruttoria compiendo tutte le investigazioni necessarie a stabilire se per una notizia di reato debba o no essere promossa l’azione»; pertanto, «disattenderebbe tale indicazione normativa l’ufficio che omettesse un’indagine non perché la ritenga improduttiva a quel fine, ma perché reputi non opportuno per qualsivoglia ragione attivare dei controlli circa la fondatezza di una notizia di reato». Anche se l’A. ammette – si badi, però, con riferimento al codice del 1930 – che «il compimento di singoli atti e operazioni d’indagine è condizionato in prevalenza da valutazioni calibrate su situazioni di fatto contingenti, non configurabili in alcun modo in disposizioni normative, e cioè secondo il tipico atteggiarsi del fenomeno dell’opportunità». Per una panoramica sulla materia, F. Ruggieri, *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, cit., 1011. V., inoltre, Id., *Principi costituzionali, azione penale e microsistema del giudice di pace*, cit., p. 91 ove, nel ricordare la sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 1991, documenta che in tanto si può assicurare l’obbligatorietà dell’azione penale, «in quanto nella fase procedimentale, che il legislatore ha voluto nettamente separata dal momento di inizio dell’azione, il pubblico ministero assicuri» la completezza, «svolgendo tutte le indagini, a carico e a discarico necessarie al fine delle sue determinazioni sull’apertura o meno del processo. (...) Solo il principio di completezza (...) garantisce una esaustiva e soddisfacente realizzazione del principio di uguaglianza».

¹³⁶ G. Di Chiara, *Il pubblico ministero e l’esercizio dell’azione penale*, cit., p. 244 s.; A.A. Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 8. Critico sul *favor* per l’indagine “completa” G. Giostra, *Indagine e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale (Atti del Convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale, in memoria di A. GALATI, Caserta, 12-14 ottobre 2001)*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 47. Sul principio di completezza delle indagini, anche, tra gli altri, F. Cassibba, *La “completezza” e la “concludenza” delle indagini alla luce della rinnovata udienza «preliminare*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1230 ss.; E.M. Catalano, *L’abuso del processo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 32 ss.; A. Mambriani, *Giusto processo e non dispersione delle prove*, Piacenza, La Tribuna, 2002, p. 671 ss.; F. Ruggieri, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano, 1996, p. 148 ss.

¹³⁷ Al riguardo, F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 20 s. V., altresì, S. Sottani, *Pubblico ministero*, in *Dig. pen.*, Agg. III, tomo II, Torino, 2005, p. 1244 (e p. 1247): «il principio di completezza delle indagini influenza l’impostazione delle stesse».

¹³⁸ Merita riportare un passaggio della sentenza C. cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit.: «il dovere che il rappresentante dell’accusa svolga indagini complete non solo “funge contro eventuali prassi di esercizio apparente dell’azione penale (...)”, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiu-

cizio “apparente” dell’azione penale, situazioni, dunque, nelle quali le investigazioni lacunose e condotte con superficialità possono determinare ingiustificati rinvii a giudizio i quali, se non adeguatamente supportati in termini di mezzi di prova, si risolverebbero in inutili appesantimenti del carico dibattimentale¹³⁹.

Bisogna, in definitiva, schivare il pensiero che contrae l’ambito di rilevanza dell’obbligo di cui all’art. 112 Cost.¹⁴⁰ all’attivazione della *facultas puniendi* dello Stato senza estenderlo allo stadio precedente e, quindi, senza imporre all’inquirente oneri di ricerca particolarmente impegnativi quanto a conoscenza del retroterra cognitivo in vista della formulazione dell’imputazione e della tenuta dell’accusa nel futuro giudizio, anche in forma contratta¹⁴¹.

La necessità che il *bagaglio d’indagine* sia fundamentalmente *esaustivo* è stata ribadita nel prosieguo dal Giudice delle leggi, seppure in materia di giudizio abbreviato¹⁴². Questa volta si dilata la validità

stificato aggravio del carico dibattimentale», ma «è indispensabile che tanto il pubblico ministero quanto, soprattutto, l’imputato siano nelle condizioni di poter accedere ai giudizi speciali senza discriminazione alcuna. Si prosegue, «La completa individuazione dei mezzi di prova è, invero, necessaria, (...), per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili (...) e per indurre l’imputato ad accettare i riti alternativi: ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio». Lo si può rinvenire anche in F. Ruggieri, *Azione penale*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 136.

¹³⁹ Sempre C. cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit. nella cui congettura la valorizzazione del principio di completezza delle indagini sembra svolgere, inoltre, un ruolo non secondario per consentire una sufficiente delimitazione della prognosi di idoneità probatoria a sostenere l’accusa in giudizio. V., altresì, al riguardo, G. Varraso, *Il “doppio binario” del giudizio immediato richiesto dal pubblico ministero*, in A. Scalfati (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 178.

¹⁴⁰ Potrebbe essere di I. Frioni, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell’esercizio dell’azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 543 ss.: «quanto avviene nel lasso temporale che scorre dall’iscrizione della notizia alla decisione sull’azione, è rimesso a valutazioni interne (psicologiche) del pubblico ministero e a fattori esterni in cui propriamente si dispiega la discrezionalità in senso stretto».

¹⁴¹ Condivide la teoria anche E. Marzaduri, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell’azione penale a vent’anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 391 il quale pur biasimando l’investigazione ad oltranza, reputa che «anche una ricostruzione dei doveri investigativi del pubblico ministero dalla quale si evincesse non l’esigenza di una tendenziale completezza delle indagini, bensì soltanto la necessità di acquisire gli elementi sufficienti ad impostare una corretta prognosi di sostenibilità in giudizio dell’accusa, permette di affermare, anzi, impone di riconoscere l’operatività dell’art. 112 Cost. nella fase che precede la formulazione dell’imputazione invero, l’organo inquirente non potrà arrestare la sua attività prima di aver raggiunto quel livello di conoscenza della regiudicanda che legittima una valutazione ragionevolmente positiva o negativa sulla “tenuta” dell’accusa in un futuro giudizio». Il che permette di sostenere che «lo spostamento in avanti dell’atto imputativo costituente esercizio dell’azione penale, anche indipendentemente dalla maggiore o minore estensione dell’onere investigativo che grava sul pubblico ministero nello svolgimento delle indagini finalizzate ad acquisire il materiale necessario per le determinazioni inerenti all’esercizio dell’azione penale» esige «“di far retroagire – per evitarne possibili aggiramenti – l’efficacia precettiva dell’art. 112 Cost. ai momenti iniziali dell’iter procedimentale”». Altresì, Id., *Azione, IV) Diritto processuale penale*, cit., p. 8 s.; D. Vicoli, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, cit., p. 266. In giurisprudenza C. cost., sent. 8 settembre 1995, n. 420 in *www.cortecostituzionale.it* la quale, anche se parte dalla premessa che le scelte relative alla conduzione delle indagini vadano lasciate alla discrezionale valutazione del pubblico ministero, realizza un significativo ampliamento dello spazio coperto dal principio di obbligatorietà, facendovi rientrare tutta la fase delle indagini (Sulla decisione N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., p. 191 s. il quale, dopo aver rilevato le ambiguità dell’apparato motivato, esprime perplessità quanto alla possibilità di parlare di un obbligo e di un’attività dovuta rispetto ad un settore denso di poteri discrezionali; tuttavia, la decisione, per l’A., ha il pregio di «chiudere la porta del diritto vigente a qualsiasi ipotesi d’intervento dell’esecutivo sull’attività inquirente, anche se realizzato per il tramite di atti a carattere generale e astratto»). Diff. B. Caravita, *Obbligatorietà dell’azione penale e collocazione del pubblico ministero: profili costituzionali*, cit., p. 305 per cui «se è vero che la fase delle indagini è preliminare all’esercizio dell’azione penale, ben si potrebbe ritenere che il principio che regge tale fase non è quello dato dall’art. 112 Cost., bensì quello dell’art. 97» Cost. concernente l’imparzialità ed il buon andamento della pubblica amministrazione.

¹⁴² C. cost., sent. 9 maggio 2001, n. 115, in *www.cortecostituzionale.it* (su cui, volendo, tra gli altri, O. Bruno, *L’ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova, Cedam, 2007, p. 171 s.). Censura tale ultima sentenza E. Marzaduri, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell’azione penale a vent’anni dalla riforma del codice di procedura penale*, cit., p. 393: la stessa porrebbe, in capo al pubblico ministero «un impegno investigativo di estrema pesantezza» dal momento che riferisce il connotato della completezza «a tutte le questioni che debbono trovare risposta nella sentenza del giudice» (*ius postulandi* dell’imputato in ordine al giudizio abbreviato). La qual cosa «nel contesto della ben nota difficoltà manifestata dagli uffici della Procura della Repubblica a dare una risposta anche non tempestiva alle centinaia di migliaia di notizie di reato che ogni anno vengono registrate ex art. 335 c.p.p.: invero, non è necessario avere avuto particolari esperienze giudiziarie per comprendere come il raggiungimento di un livello di approfondimento analogo a quello ipotizzato dai giudici della Consulta non possa costituire un obiettivo seriamente realistico per le strutture del nostro procedimento penale». In precedenza, in principio era stato enunciato, seppure incidentalmente, da C. cost., sent. 12 ottobre 1990, n. 445, in *Foro it.*, 1992, pt. I, p. 1009.

del principio sino ad imporre al pubblico ministero di approfondire le investigazioni tanto da consentire lo *jus postulandi* dell'imputato in ordine al rito alternativo¹⁴³.

Non si è mancato di sottolineare come l'ermeneutica della Corte non sia imposta dal codice che si caratterizza, circa la decisione sull'esercizio dell'azione penale, per una regola di giudizio costruita sulla mera idoneità degli elementi probatori raccolti a sostenere l'accusa in giudizio¹⁴⁴: si legittima, dunque, l'inizio del processo sulla base dello stato degli atti, dimensione che avalla, anche un incompleto sviluppo dell'attività investigativa¹⁴⁵. Il rilievo, secondo la dottrina, non sarebbe neppure avversato dalla considerazione della disciplina dei poteri conferiti al giudice per le indagini preliminari all'atto del controllo sulla richiesta di archiviazione: l'integrazione investigativa da quest'ultimo suggerita, anche su stimolo dell'offeso, si spiegherebbe «sempre all'interno di un percorso che legittima la verifica della correttezza del giudizio prognostico condizionante le valutazioni sull'esercizio dell'azione penale»¹⁴⁶. Ecco che dall'impianto codicistico si diluisce una completezza "relativa" delle indagini, «parametrata sulle esigenze espresse nell'art. 125 disp. att. c.p.p.», non "assoluta" proiettata su tutti i possibili sviluppi dell'investigazione¹⁴⁷.

In ogni caso, anche nell'ottica della completezza relativa delle indagini, l'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016 potrebbe essere utilmente giustificato: notiziare la "scala gerarchica" diventerebbe uno strumento che concorre all'effettività investigativa; i superiori potrebbero suggerire ulteriori indagini da compiere, metodiche differenti o di sondare aree rimaste inesplorate. Tuttavia, si tratta di una visione difficile da immaginare senza che l'intervento si allarghi traducendosi in un'invasione nel campo del magistrato d'accusa.

(SEGUE:) UNA POSSIBILE CRITICA

Si potrebbe replicare che la norma sovraordinata non si estenda alla fase delle indagini in cui si colloca, di regola, l'obbligo (in esame) che insiste sulla polizia giudiziaria.

V'è, insomma, anche un altro (eventuale) argomento, di più facile intuizione: visto che l'alternativa tra azione penale ed archiviazione deve essere sciolta solo al termine delle indagini preliminari, il precepto della obbligatorietà potrebbe non essere riferito alla fase investigativa, che, pertanto, resterebbe fuori dal governo dell'art. 112 Cost.; ad orientare, invece, nello spazio procedimentale il pubblico mini-

¹⁴³ «L'esigenza di completezza delle indagini preliminari risulta rafforzato dal riconoscimento del diritto dell'imputato ad essere giudicato, ove ne faccia richiesta, con il rito abbreviato». Per questo, «il pubblico ministero dovrà tenere conto, nello svolgere le indagini preliminari, che sulla base degli elementi raccolti l'imputato potrà chiedere ed ottenere di essere giudicato con tale rito, e non potrà quindi esimersi dal predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell'esercizio dell'azione penale». Sono i passaggi, appunto, di C. cost., sent. 9 maggio 2001, n. 115, cit.

¹⁴⁴ M. Caianiello, *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, tomo I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 64 s.; D. Vicoli, *Principio della ragionevole durata e limiti cronologici delle indagini*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 9 ss.

¹⁴⁵ V. M. Caianiello, *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, cit., p. 63 ss. Assolutamente critico, ed a ragione, F. Siracusanò, *La completezza delle indagini nel processo penale*, cit., p. 62 il quale descrive il rapporto tra obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari in questo modo: «il principio di completezza delle indagini guida l'attività del pubblico ministero nella fase preliminare e permette di adottare le scelte più calibrate in sede di promovimento dell'azione. È il paradigma che consente di evitare il rischio di un'inosservanza solo apparente del principio di obbligatorietà dell'azione penale, la cui effettività è compenetrata nell'effettività delle indagini compiute. L'obbligatorietà dell'azione penale finirebbe per diventare principio svuotato dei suoi contenuti, qualora si riconoscesse al pubblico ministero la possibilità di concludere le indagini prima che ne siano state esaurite tutte le potenzialità rispetto al fine perseguito. La completezza diventa, così, metodo per la corretta osservanza del principio dettato dall'art. 112 Cost., e si innesta nella più ampia cornice delle disposizioni utili alla configurazione di un processo "giusto"».

¹⁴⁶ E. Marzaduri, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, cit., p. 390.

¹⁴⁷ Ancora, E. Marzaduri, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, cit., p. 390, oltretutto, in rettifica, come espresso dallo stesso A. (nt. 17), all'opinione manifestata in *Azione, IV) Diritto processuale penale*, cit., p. 8 ss. Conf. M. Caianiello, *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, cit., p. 65. L'A., con incisività, prosegue che norme come quelle che autorizzano l'organo d'accusa a riprendere l'attività investigativa o a proseguirla dopo la formulazione dell'imputazione (artt. 419, comma 3, 421-bis, 430 e 430-bis, c.p.p.) sembrano «se non smentire, quanto meno temperare il dogma della completezza dei risultati conoscitivi *ante actionem*, lasciando piuttosto intendere l'assunto contrario: e cioè che non su ogni aspetto sia stata fatta compiuta chiarezza, e che perciò sia necessario proseguire le attività di ricerca».

stero starebbe l'art. 97, comma 1, Cost., secondo una logica che tende ad accentuare l'applicazione di principi propri del campo amministrativo a quello giudiziario¹⁴⁸. A reggere, dunque, il momento preliminare sarebbero i valori che la Carta fondamentale enuclea con il nome di imparzialità e buon andamento. Dal criterio di imparzialità, in effetti, scaturisce che la funzione di cui è titolare l'organo d'accusa non può subire torsioni verso fini particolari, né essere piegata a questi ultimi, né essere realizzata debordando dai suoi confini naturali. Pertanto, il carattere discrezionale delle scelte investigative compiute dal pubblico ministero non nuoce l'obiettività che deve connotare il suo comportamento e quello di qualsivoglia pubblico ufficiale¹⁴⁹.

Ma così ragionando, se si sganciasse la regola dell'obbligatorietà dall'attività accertativa in ordine alla fondatezza della notizia di reato, lasciando il pubblico ministero più "libero" da vincoli, verrebbero compromessi la consistenza dell'iniziativa penale nella sua accezione dinamica¹⁵⁰ e la stessa "verità giudiziale" laddove la dialettica si articola dalle risultanze dell'inchiesta preliminare¹⁵¹. Attribuire effettività all'azione significa «seguirla nel suo divenire, nei percorsi e nei limiti» segnati dalla doverosità stessa¹⁵². L'esigenza di completezza, poi,, trova addentellati nella struttura del codice: l'art. 421-bis c.p.p. (anche se la richiama nella sua veste negativa) e, prima ancora della sua introduzione, gli artt. 248¹⁵³, 371-bis, comma 2,¹⁵⁴ e 409, comma 4, c.p.p.; quindi, le regole sull'integrazione delle indagini, l'investigazione suppletiva domandata dalla persona offesa, le ulteriori investigazioni ad opera del procuratore generale nel caso di avocazione e, volendo, gli strumenti "partecipativi" concessi alla difesa (artt. 367, 415-bis, 391-bis ss. c.p.p.).

Le considerazioni ora esposte inducono ad escludere la perfetta aderenza, con il dettame costituzio-

¹⁴⁸B. Caravita, *Obbligatorietà dell'azione penale e collocazione del pubblico ministero: profili costituzionali*, cit., pp. 299-305, nonché I. Frioni, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 545 s. (significativamente, il principio di completezza investigativa ha «un significato non più che orientativo ed esortativo, che il pubblico ministero si dimostra, anche in concreto, titolare assoluto di ogni valutazione sulla necessità degli atti di indagine da espletare»); N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., p. 20.

¹⁴⁹Contra, D. Vicoli, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, cit., p. 267 s.: «se – come detto – svolgimento delle indagini ed esercizio dell'azione penale vanno ambedue ricondotti nell'orbita dell'art. 112 Cost. e definiti in termini di dovere, ne discende la contrarietà al sistema costituzionale di operazioni selettive delle notizie di reato. In nome dell'imparzialità e del buon andamento, infatti, sarebbero legittimate scelte suscettibili di investire non i tempi del procedere, ma direttamente l'an dell'iniziativa penale, con l'effetto di relegare la decisione sull'avvio o meno delle indagini, sollecitata dall'acquisizione di una *notitia criminis*, nel novero dei poteri discrezionali e di sottrarla, in quanto tale, all'automatismo – prima evidenziato – tra il momento valutativo e quello volitivo; in altri termini, si darebbe luogo a forme di selezione riguardanti il "cosa" perseguire». Nella giurisprudenza costituzionale l'impossibilità di affidare le determinazioni del pubblico ministero in materia di svolgimento delle indagini al governo dei principi di buon andamento ed imparzialità è espressa, tra le altre, da C. cost., sent. 30 maggio 2001, n. 201, in *Giur. cost.*, 2001, p. 654 (nel ritagliare la portata dell'art. 97, comma 1, Cost. ai soli aspetti organizzativi della funzione giudiziaria).

¹⁵⁰Non solo gli indagati subirebbero discriminazioni in ragione della solerzia o meno del magistrato (in contrasto, evidentemente, con l'art. 3 Cost.), ma anche le eventuali persone offese e gli altri interessati al processo.

¹⁵¹Illuminante la riflessione di F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, cit., p. 64 nell'analizzare le implicazioni tra completezza e contraddittorio: «completezza per l'azione, e contraddittorio per la prova sono, quindi, i due metodi che in un sistema, improntato su di una rigida separazione delle fasi, spianano la via ad un corretto esercizio dell'azione e della giurisdizione. Sono i due metodi che, nell'indagine l'uno e nel giudizio l'altro, concorrono alla formazione del sapere investigativo prima e della verità giudiziale poi; in un rapporto in cui la completezza finisce per essere la piattaforma su cui articolare il contraddittorio per la prova».

¹⁵²... «con le regole imposte dal sistema»: F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, cit., p. 41.

¹⁵³«Se attraverso la perquisizione si ricerca una [res] determinata, l'autorità giudiziaria può invitare a consegnarla. Se la cosa è presentata, non si procede alla perquisizione, salvo che si ritenga utile procedervi per la completezza delle indagini». V. F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, cit., p. 41 s., nt. 118 e M. Bargis, *Perquisizione*, in *Dig. pen.*, IX, Torino, Utet, 1994, p. 492. Contra, ritenendo che il richiamo alla completezza investigativa riguardi solo l'atto in questione e non gli apprezzamenti complessivi formulabili dal pubblico ministero P. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 195 s.

¹⁵⁴«Il procuratore nazionale antimafia esercita funzioni di impulso nei confronti dei procuratori distrettuali al fine di rendere effettivo il coordinamento delle attività di indagine, di garantire la funzionalità dell'impiego della polizia giudiziaria nelle sue diverse articolazioni e di assicurare la completezza e tempestività delle investigazioni». La norma, dunque, nel porre un parametro di valutazione delle indagini, si propone di tutelare l'efficienza dell'accertamento al cui raggiungimento mira la funzione di impulso del procuratore nazionale antimafia. Conf. F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, cit., p. 41 s., nt. 118.

nale (art. 112 Cost.), di una normativa che, di fronte alla “informativa” della polizia giudiziaria ai superiori, parrebbe non istituire (questo si evince sin da una prima lettura e senza forzare la prospettiva ermeneutica) alcun vaglio del pubblico ministero; per assurdo, essa può sfociare, se il panorama investigativo è monco, in una loro inframmettenza *ad integrandum* onde corredare, in ossequio alla pretesa completezza, l’ipotesi accusatoria di materiale probatorio adeguato.

Certo, taluno potrebbe negare, in radice, i dubbi di costituzionalità della normativa. L’esistenza, nella materia, di una collisione di valori ed il relativo bisogno di un criterio compositivo risulta già dal contesto della Carta fondamentale, laddove innalza a tutela meritevole di soddisfacimento pure l’efficienza dell’apparato giustiziale e della rapida definizione dei processi (art. 97 e 111, comma 2, Cost.). È noto, del resto, che il percorso giudiziario impone una disciplina che tenga conto del raffronto tra la pluralità degli interessi coinvolti. Sotto tale aspetto, si potrebbe affermare che, di per sé, un ridimensionamento della obbligatorietà dell’azione nel suo proiettarsi sui poteri investigativi adatti a sostenere l’impulso penale non sarebbe irragionevole.

Ma, è facile replicare che, sul piano generale, in un giudizio di comparazione non vanno ritenute prevalenti quelle esigenze che, rimettendo alla “scala gerarchica” le scelte sul *quantum*, sulle modalità e, persino, sulla cernita del materiale decisorio a disposizione, potrebbero compromettere la legalità e l’attuazione dell’uguaglianza di trattamento: la necessità di razionalizzare le forze di polizia in vista del buon andamento, quale valore antagonista, non è stringente, nel gioco degli equilibri costituzionali, al punto da affievolire una regola come quella esplicitata dall’art. 112 Cost. a beneficio anche di ciascun individuo.

(SEGUE:) LE RICADUTE SUL DIRITTO ALLA PROVA

Non scardina le trame dell’interpretazione dichiarare che, quello odierno, è, tendenzialmente, un *processo di parti*, dove le scelte sono poste in essere dai protagonisti per il perseguimento dei rispettivi obiettivi. Allo stesso modo, il diritto alla prova del pubblico ministero rappresenta una sfaccettatura del principio enucleato nell’art. 112 Cost., quasi un corollario dell’obbligo *ivi* sancito. Esiste, in altri termini, uno stretto rapporto tra dovere dell’azione ed allestimento di strumenti atti a consentire al magistrato un adeguato svolgimento delle potenzialità dell’iniziativa penale.

D’altra parte, l’obbligatorietà si riferisce non solo all’inizio ma anche all’attività di prosecuzione intesa come insieme di poteri di cui è titolare il pubblico ministero e che questi esercita in conseguenza dell’impulso ed in dati momenti di sviluppo procedurale. Sottolineando che, alla categoria del “seguito”, vanno ricondotte le diverse facoltà con cui questo soggetto interviene nel corso del processo, con determinazione di effetti che condizionano le decisioni del giudice.

E tra questi atti si pongono anche quelli con cui l’organo d’accusa contribuisce, in chiave dialettica, all’esplicarsi del contraddittorio tra le parti: nel concetto di azione rientra anche l’attività propulsiva rivolta alla *cognitio facti*¹⁵⁵.

Sarebbe clamorosamente *incoerente* un sistema che imponesse al pubblico ministero l’obbligo di promuovere l’azione penale per poi sottrargli ogni capacità in punto di prova.

Se dunque la fissazione del *thema probandum* e le opzioni in materia istruttoria sono funzionali a garantire il valore di cui all’art. 112 Cost., occorre chiedersi se sono compatibili con gli assetti costituzionali regole che sottraggono al referente pubblico talune potenzialità per “deviarli” sull’amministrazione di polizia giudiziaria.

Una risposta affermativa potrebbe fornirsi solo se si mantenga integro, comunque, un sindacato e, se opportuno, un atto suppletivo d’indagine da parte dell’organo d’accusa, cui deve spettare la parola definitiva. Viceversa, se il pubblico ministero recepisce le risoluzioni investigative sospinte dall’Esecutivo si promuoverebbe una condizionante “partecipazione” al ruolo d’accusa di un’entità non indipendente.

¹⁵⁵ Per G. Ubetis, *Azione, II) Azione penale*, cit., p. 2 nella nozione di “azione penale in senso stretto” rientra sia la «domanda rivolta al giudice per l’attivazione della giurisdizione» sia l’«attività propulsiva diretta alla formazione della decisione».

LA DIPENDENZA FUNZIONALE DALLA MAGISTRATURA

Un'altra tappa della riflessione sulla compatibilità costituzionale dell'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016 si localizza intorno all'art. 109 Cost.; qui, con una formula essenziale, si statuisce che «l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria»¹⁵⁶. Una delle previsioni più telegrafiche della Carta fondamentale, forse la più sentenziosa tra quelle dedicate al processo ed all'organizzazione giudiziaria; ma che, costruendo i termini del rapporto come disponibilità diretta¹⁵⁷, si pone come norma strumentale alla effettività del principio di obbligatorietà dell'azione penale e, di riflesso, come tesa a garantire la stretta legalità dell'operato¹⁵⁸: la disponibilità di un organismo specializzato come la polizia giudiziaria, capace di intervenire in maniera tempestiva ed articolata durante la fase investigativa e di accertamento, rappresenta la premessa tecnica per conferire effettività ai poteri della magistratura e per razionalizzare l'obbligo dell'accusa di attivare l'azione penale. La norma, per quanto di interesse, denota, altresì, che la polizia giudiziaria dovrebbe svolgere le indagini senza filtri "esterni", subendo il solo controllo di chi ne dovrebbe avere, appunto, la "disponibilità". Quindi, al pubblico ministero, è consentito negare la divulgazione delle informative di reato per i motivi più volte tratteggiati; cosa questa, che riguarda anche l'organo ex art. 55 c.p.p. al quale appartengono coloro che indagano sotto la sua direzione.

Eppure, la riforma in analisi mostra come gli equilibri sono tutt'altro che saldi: la possibilità di subire un controllo "esterno" sull'operato della polizia giudiziaria ha prodotto un allentamento delle maglie del principio desumibile dall'art. 109 Cost.

Nonostante l'esercizio doveroso dell'iniziativa penale, questo potrebbe rimanere sostanzialmente eluso dal concreto funzionamento dell'attività di polizia giudiziaria che, recettrice delle notizie di reato raffigura il vero baricentro dell'intero sistema dell'azione¹⁵⁹. I risultati investigativi dipendono molto

¹⁵⁶ Sulla difficoltà di ricondurre ad unità concettuale le espressioni di polizia ed autorità giudiziaria, V. Zagrebelsky, sub art. 109 Cost., in G. Branca (a cura di), *Comm. della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1992, p. 32 ss. Per una ricostruzione della figura della polizia nella Costituzione italiana, v., in particolare, A. Chiappetti, *Polizia (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 131 ss. il quale evidenzia come il Costituente, sia per una effettiva «impossibilità pratica» sia per una «necessità logico-sistemica», abbia «volutamente evitato di affrontare direttamente la sistemazione dei principi organizzatori dell'attività di polizia; non è dato di rinvenire nel testo costituzionale una disciplina d'insieme e globale delle attività definibili di polizia», ora riconducibile ai principi validi per l'amministrazione nel suo complesso (artt. 97 e 98 Cost.).

¹⁵⁷ Precisa E. Fortuna, *Pubblico ministero*, III) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1991, p. 17 che l'art. 109 Cost., prevedendo la disponibilità diretta della polizia giudiziaria da parte dell'autorità giudiziaria, «non impone affatto una dipendenza gerarchica né implica la necessità della creazione di un corpo di polizia separato a disposizione della magistratura». D. Grosso, *Polizia giudiziaria*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1990, p. 2 soffermandosi sull'inciso «dispone direttamente», evidenzia che esso «nell'intenzione del costituente evita che si pervenga all'affermazione di una dipendenza esclusiva, che si istituisca cioè tra le figure soggettive in questione un rapporto di tipo burocratico, un condizionamento di apparati». Secondo M. Pisani, *Atti della polizia giudiziaria*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 2007, p. 1 «la Costituzione del 1948, con il dettato dell'art. 109 (...), ha tracciato la strada del passaggio da un generico potere di direzione e di vigilanza della magistratura sulla polizia giudiziaria ad un rapporto di subordinazione».

¹⁵⁸ G. D'Elia, *Magistratura, polizia giudiziaria e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 105 e 112 s. ove afferma che il fatto che la Costituzione si preoccupa di precisare che l'autorità giudiziaria «dispone direttamente» della polizia giudiziaria, «rappresenta una garanzia (mediana) dei diritti fondamentali dell'individuo». Sottolinea, poi, D. Grosso, *Polizia giudiziaria*, II) *Diritto processuale penale*, cit., p. 1 «la previsione di cui all'art. 109 Cost. risponde peraltro ad esigenze di compiutezza dell'insieme di garanzie riservate dal titolo IV, sez. I, alla funzione giudiziaria»: «la dignità riconosciuta ai principi di autonomia ed indipendenza della magistratura (art. 104, comma 1, Cost.) implica infatti che questa risulti munita di strumenti operativi adeguati, al fine di concretizzare il rispetto di quei principi sul piano delle attività». Inoltre, «nei confronti della magistratura penale, in particolare, la disponibilità di un organismo specializzato – quale polizia giudiziaria – idoneo ad intervenire in modo tempestivo ed articolato nell'attività investigativa e di accertamento costituisce appunto la premessa tecnica per conferire effettività ai poteri che ad essa sono riservati e razionalizzare lo stesso obbligo formale di esercizio dell'azione penale, che l'art. 112 Cost. riferisce al pubblico ministero». In proposito, v. anche F. Corbi, *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, p. 1048 s.; L. Daga, *Pubblico ministero*, I) *Diritto costituzionale*, cit., p. 2.

¹⁵⁹ Addirittura, qualcuno parla della polizia giudiziaria come autentico *dominus* dell'azione penale. V., in particolare, A. Amorth, *Scritti giuridici*, III, Milano, 1999, p. 1156 il quale asserisce che la polizia giudiziaria è la «"forza" della magistratura». Penetranti sono le affermazioni di A. Pizzorusso, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e Pubblico Ministero*, in G. Conso (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 36: «per quanto efficiente un sistema repressivo penale possa risultare, è del tutto normale che gran parte dei reati che vengono commessi (...) rimangano impuniti e che la determinazione dei reati che debbono restare impuniti dipenda, oltre che dal caso e dalla capacità degli autori di essi di non farsi scoprire, soprattutto dalle scelte di polizia giudiziaria compiute dagli organi di polizia e da chi li dirige».

dalle scelte di tale organo e da chi lo guida. Sicché, la necessità di affidare le redini della polizia (la sua iniziativa, il suo controllo, la gestione delle persone, le direttive) all'autorità giudiziaria è preordinata alla realizzazione dell'obbligo di agire¹⁶⁰: la scelta tra i diversi modelli consentiti dall'art. 109 Cost. influisce direttamente sul rispetto dell'art. 112 Cost.

In definitiva, la statuizione dell'art. 109 Cost. mira ad assicurare alla magistratura un adeguato apparato operativo e, al contempo, a sottrarre le indagini giudiziarie alle interferenze che il potere esecutivo potrebbe esercitare grazie alla sopra-ordinazione agli organi di polizia¹⁶¹; finalità, questa, che sarebbe vanificata se il Governo potesse (perfino dirigere e, comunque) influenzare indirettamente l'attività del pubblico ministero¹⁶². Si intuisce, in definitiva, come, ostacolando la diretta disponibilità della polizia giudiziaria, si costituisca una potenziale lesione della effettiva possibilità di perseguire i reati. L'obbligatorietà dell'azione e diretta disponibilità della polizia giudiziaria si intrecciano e diventano elementi indefettibili del bilanciamento tra poteri e dell'esigenza di legalità.

Il rilievo trova conforto nella Corte costituzionale, la quale precisa come l'art. 109 Cost. rinvenga «la sua piena giustificazione nelle superiori esigenze della funzione di giustizia e nella necessità di garantire alla magistratura la più sicura e autonoma disponibilità dei mezzi di indagine»¹⁶³. Peraltro, la consapevolezza della centralità del problema si desume dall'acceso dibattito che ha accompagnato la stesura della predetta disposizione costituzionale¹⁶⁴.

Orbene: l'ampiezza di analisi del profilo meriterebbe ben altro respiro di quello consentito dai confini del presente lavoro. Qui basti rilevare come, in Assemblea Costituente, si fece strada l'idea di un corpo di polizia alle dipendenze esclusive (anche dal punto di vista dell'inquadramento amministrativo) della magistratura, sul presupposto che le differenti "collocazioni" strutturali e funzionali influiscono sulla compiutezza delle indagini¹⁶⁵.

Invece, la discussione¹⁶⁶ sfociò in un testo "ambiguo"¹⁶⁷ che, senza creare un legame gerarchico – non riconducibile, dunque, quantomeno all'apparenza, al carattere di esclusività – si limita a dotare la

¹⁶⁰ V. M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, Cedam, 1995, p. 75: «il principio dell'art. 112 Cost. tende a divenire lettera morta, ove una polizia giudiziaria condizionata dall'Esecutivo (o, peggio, in balia di incontrollate direttive di vertici "interni") possa usare in modo discriminatorio dello strumento del "rapporto". L'obbligo di agire, accolto al pubblico ministero, ha invero un senso soltanto se "prima" non viene operata un'arbitraria "selezione" delle notizie da trasmettere e di quelle da trattenere». Altresì, G. Salvi, *Rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero*, in *Giust. pen.*, pt. III, 1989, c. 724 secondo il quale «l'art. 109 Cost. è strettamente connesso al principio di obbligatorietà dell'azione penale e ne costituisce un'ineliminabile corollario, così come costituisce presupposto della libera e autonoma decisione del giudice "terzo"». G. Neppi Modona, sub *art. 112 Cost.*, cit., p. 53 s., dal canto suo, prende atto che esistono organi estranei al pubblico ministero che, con la loro attività, interferiscono con l'obbligatorietà dell'impulso penale, ma riconosce che, sul terreno formale, non può sostenersi che l'attuale posizione istituzionale della polizia giudiziaria viola il valore di cui all'art. 112 Cost.: «non foss'altro perché l'ordinamento riconosce al pubblico ministero il potere-dovere di iniziare l'azione penale ogni qualvolta viene a conoscenza di un reato, a prescindere dall'iniziativa degli organi di polizia». Sull'interdipendenza tra l'art. 109 Cost. e 112 Cost. anche S. Vuoto, sub *art. 109 Cost.*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Comm. alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 2079.

¹⁶¹ Cfr. C. cost., sent. 18 giugno 1963, n. 94, in *Giur. cost.*, 1963, p. 789; C. cost., sent. 28 novembre 1968, n. 114, in *Giur. cost.*, 1968, p. 2062.

¹⁶² M. Nobili, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, cit., p. 125.

¹⁶³ C. cost., sent. 18 giugno 1963, n. 94, cit.

¹⁶⁴ Sui profili storico-evolutivi, G. D'Elia, *Magistratura, polizia giudiziaria e Costituzione*, cit., p. 3 ss. il quale evidenzia gli aspetti positivi e negativi ed i rischi dell'alternativa dipendenza esclusiva-dipendenza funzionale; M.R. Morelli, sub *art. 109 Cost.*, in V. Crisafulli-L. Paladin (a cura di), *Comm. breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, p. 669; G. Salvi, *Rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero*, in *Giust. pen.*, pt. III, 1989, c. 723; P. Tonini, *Polizia giudiziaria e magistratura. Profili storici e sistematici*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 273 ss.; S. Vuoto, sub *art. 109 Cost.*, cit., p. 2077; V. Zagrebelsky, sub *art. 109 Cost.*, cit., p. 32 ss. Con particolare attenzione ai lavori dell'Assemblea costituente, A. Cerri, *Polizia giudiziaria, I) Diritto pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1994, p. 1 s.

¹⁶⁵ Degni di nota gli interventi dell'on. Monticelli e dell'on. A. Romano, entrambi in *Atti Assemblea Costituente*, seduta dell'11 novembre 1947, rispettivamente, p. 1943 ss. e p. 1955. Ma anche quelli degli on. Persico e Carboni segnalati da S. Vuoto, sub *art. 109 Cost.*, cit., p. 2077, nt. 3. Per P. Tonini, *Polizia giudiziaria e magistratura. Profili storici e sistematici*, cit., p. 273 ss., invero, in un sistema democratico, la soluzione della dipendenza esclusiva dalla magistratura avrebbe potuto provocare una minore dipendenza effettiva di questa.

¹⁶⁶ ... poi spostatasi lungo l'asse dipendenza "esclusiva"-dipendenza "funzionale".

¹⁶⁷ L'espressione è ricorrente nella bibliografia sul tema. In particolare, la utilizza G. Neppi Modona, sub *art. 112 Cost.*, cit., p. 53.

magistratura della disponibilità “diretta” della polizia giudiziaria¹⁶⁸ che mantiene il suo rapporto organico e di servizio con l’amministrazione di appartenenza.

Il compromesso cui perviene l’art. 109 Cost. è invero così delicato da rappresentare un caso emblematico in cui si avverte la mancanza di un provvedimento normativo di attuazione che colga con esattezza i rapporti con gli artt. 104 e 112 Cost.

(SEGUE:) VALENZA CONCRETA

L’art. 109 Cost. è interessante da due punti di vista, intessuti l’uno all’altro: statico-organizzativo e dinamico, venendo in gioco, secondo tale ultimo profilo, sia il quadro degli spazi operativi riservati alla polizia giudiziaria e ai suoi vertici nel corso dell’*iter* procedimentale, sia gli ambiti di impiego delle attività da essa svolte o loro segnalati.

In effetti, uno dei principali profili esegetici posti dal congegno *ex art.* 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016 attiene al grado della sua conciliabilità con l’art. 109 Cost. Si tratta di una questione che può concorrere a delineare la latitudine operativa dell’obbligo di dare notizia ai superiori delle informative di reato. Un responso – sempre che possa fornirsi univocamente – chiede di capire, più in profondità, i rapporti tra magistratura ed organi di polizia come costruiti in Costituzione.

Il dato di fondo, dal quale non si può prescindere, è che – vale la pena ripeterlo – l’art. 109 Cost. compone un vincolo di dipendenza funzionale della polizia giudiziaria dall’autorità giudiziaria¹⁶⁹; in modo che la direzione delle indagini risulti effettivamente riservata all’autonomia della magistratura¹⁷⁰. Cosa, questa, “inverata” dall’art. 56 c.p.p. il quale cataloga la triplice tipologia di organi che svolgono le funzioni di polizia giudiziaria «alla dipendenza e sotto la direzione dell’autorità giudiziaria»¹⁷¹. Della polizia giudiziaria si occupa ancora la legge di delega per la riforma del codice di procedura penale: il punto 29 della delega trascrive al riguardo quasi alla lettera l’art. 109 Cost. Ed in ciò taluno ha voluto cogliere un intento programmatico volto ad una più penetrante realizzazione del precetto costituzionale, per dare alla magistratura uno strumento effettivo per l’espletamento dei suoi compiti¹⁷².

L’esistenza di un rapporto di subordinazione della polizia all’autorità giudiziaria, particolarmente netto, si coglie dall’art. 59 c.p.p. laddove si scrive che le sezioni sottostanno ai magistrati che dirigono gli uffici presso i quali sono istituite. Peraltro, chi svolge il ruolo di ufficiale investito delle indagini ha una forma di responsabilità nei confronti del Procuratore della Repubblica presso il tribunale dove ha sede il servizio di polizia giudiziaria ed egli, insieme agli agenti, deve effettuare i compiti ad essi attribuiti sulla base dell’art. 55 c.p.p. Il rapporto tra gli «appartenenti» alle sezioni e chi dirige le investigazioni è sottratto ad ingerenze esterne e, per questo, non possono essere distolti dall’attività di polizia giudiziaria se non per disposizione del magistrato che dirige l’ufficio. Indice di questo legame di esclu-

¹⁶⁸ Con una soluzione di compromesso tra chi voleva l’istituzione di un corpo autonomo e separato alle dipendenze organiche (e non solo funzionali) della magistratura e chi «paventava una simile soluzione come gravida di pericoli e deresponsabilizzante» (E. Fortuna, *Pubblico ministero*, III) *Diritto processuale penale*, cit., p. 17).

¹⁶⁹ Già molti anni or sono, del resto, la giurisprudenza costituzionale ricostruiva in questa maniera la *ratio* dell’art. 109 Cost. Si affermava, infatti, che la norma ha «il preciso ed univoco significato di istituire un rapporto di dipendenza funzionale della polizia giudiziaria dall’autorità giudiziaria, escludendo interferenze di altri poteri nella condotta delle indagini, in modo che la direzione ne risulti effettivamente riservata all’autonomia iniziativa dell’autorità giudiziaria medesima»: C. cost., sent. 28 novembre 1968, in *www.cortecostituzionale.it*. D. Manzione, *Polizia giudiziaria*, in *Enc. dir.*, VI Agg., Milano, Giuffrè, 2002, p. 858 usa l’accezione «gerarchia funzionale»: secondo l’A. «la diretta disponibilità della polizia giudiziaria (...) implica da parte del magistrato penale la titolarità del potere di gestione dell’attività relativa».

¹⁷⁰ C. cost., sent. 28 novembre 1968, n. 114, cit. D. Grosso, *Polizia giudiziaria*, II) *Diritto processuale penale*, cit., p. 2 scrive che la diretta disponibilità della polizia giudiziaria «implica da parte del magistrato penale la titolarità del potere di gestione dell’attività relativa».

¹⁷¹ Mette in risalto il fatto che il codice non fuga le perplessità di una subordinazione gerarchica dall’amministrazione di appartenenza accanto a quella funzionale dall’autorità giudiziaria G. Di Chiara, *Il pubblico ministero e l’esercizio dell’azione penale*, cit., p. 267 riferendosi, in particolare, alla disciplina delle sezioni. Sui riflessi in sede codicistica v. ancora lo stesso G. Di Chiara, *Il pubblico ministero e l’esercizio dell’azione penale*, cit., p. 261 ss.; G. Salvi, *Rapporti tra polizia giudiziaria e pubblico ministero*, cit., cc. 724 ss.; P. Tonini, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria: la normativa sul giudice di pace e sul «pacchetto sicurezza»*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 381 ss.

¹⁷² ... «in maniera indipendente»: G. Ambrosini, *Polizia giudiziaria e magistratura*, in AA.VV., *Studi Parmensi*, XXVIII, Milano, 1980, p. 55 per il quale, oltretutto, il ripetere la formula costituzionale nella legge Delega è innovativo in quanto rappresenta la constatazione che l’art. 109 Cost. sino ad allora era stato sempre eluso.

siva subordinazione è, poi, il precetto di cui all'art. 9, norme att. c.p.p.: il capo dell'ufficio presso il quale la sezione è istituita «dirige e coordina» i compiti della stessa in riferimento alle richieste formulate dai singoli pubblici ministeri (art. 58 c.p.p.). Nella stessa ottica, si pone l'art. 10 norme att. c.p.p. che, al terzo comma, è penetrante nell'asserire che «il personale delle sezioni è esonerato, quanto all'impiego, [dalle funzioni] e dagli obblighi derivanti dagli ordinamenti delle amministrazioni di appartenenza non inerenti [a quelli] di polizia giudiziaria, salvo che per casi eccezionali o per esigenze di istruzione e addestrative, previo consenso del capo dell'ufficio presso il quale la sezione è istituita».

Il magistrato, quindi, impartisce alla polizia giudiziaria le istruzioni e le direttive che valuta più utili per l'accertamento della verità dei fatti.

La scelta del Costituente, con chiarezza etimologica, ha voluto dire che l'autorità giudiziaria deve poter disporre della polizia "direttamente", cioè senza mediazione alcuna, senza controlli o intralci da parte di altri soggetti¹⁷³; pertanto, una «disponibilità immediata e senza filtri»¹⁷⁴.

Non bisogna però incorrere nell'errore di leggere troppo nel disposto dell'art. 109 Cost. La polizia giudiziaria non è una mera *longa manus* dell'autorità giudiziaria¹⁷⁵: "disporre" non si identifica con "dipendere"¹⁷⁶, residuando alla prima solo una funzione meccanica, meramente esecutrice, degli indirizzi che giungono dal referente pubblico. Del resto, come anticipato, la Costituzione non costruisce un rapporto di esclusività e la soluzione prescelta dal codice è nel senso di una limitata subordinazione funzionale e disciplinare degli organi di polizia giudiziaria.

Solo se si fuoriesce da una configurazione di tipo assolutamente servente della polizia rispetto al pubblico ministero, l'impressione è che, in linea di massima, gli spazi di autonomia della polizia giudiziaria e della sua struttura verticistica non contrastino con la regola costituzionale sancita dall'art. 109 Cost.

Se si legge la disciplina sovraordinata con i dovuti correttivi, l'autogoverno della polizia giudiziaria non va posto in conflitto con la dipendenza funzionale; perciò, devono negarsi attività che possano condizionare le possibili scelte del pubblico ministero il quale deve poter chiudere il cerchio investigativo. Quanto più si sbottona il collegamento tra i due soggetti, a causa di inquinamenti dovuti alla struttura gerarchica, tanto più cresce il pericolo di aggirare il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Se così stanno le cose, non sarebbe errato ritornare sulla novella, indirizzandola alla luce di un temperamento degli interessi, dovendosi ritenere che, prima di informare la scala gerarchica, il pubblico ministero effettui un controllo con il potere di limitare i contenuti della comunicazione per esigenze investigative.

L'INVESTITURA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

In realtà, la speranza è che sia il Giudice delle leggi a pronunciarsi, al più presto, sulla disciplina in parola.

Le criticità delle quali si è detto, d'altro canto, non hanno sapore meramente accademico, né mirano a inficiare la leale collaborazione tra le singole istituzioni. Di fronte all'obbligo introdotto dall'art. 18,

¹⁷³ A. Cerri, *Polizia giudiziaria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1994, p. 2; L. Violante, *La polizia giudiziaria*, in *Politica del diritto*, 1977, p. 550.

¹⁷⁴ Testualmente, G. D'Elia, *Magistratura, polizia giudiziaria e Costituzione*, cit., p. 120.

¹⁷⁵ Non stona notare che l'accezione, per taluni, rimanda al magistrato d'accusa in quanto si ritiene che la direzione della polizia giudiziaria sia «funzione essenziale del pubblico ministero» poiché «strumentalmente necessaria all'espletamento delle sue competenze istituzionali» (A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, 3ª ed., Torino, Einaudi, 1990, p. 170). Esso è stato individuato ora nel procuratore generale presso la corte d'appello, ora, in alternativa, o cumulativamente, nel procuratore della Repubblica. Rimarrebbe, comunque, sempre esclusa qualunque partecipazione della magistratura giudicante, per la quale, dunque, può dirsi che il precetto costituzionale della diretta disponibilità, se inteso come rapporto di dipendenza, non sia stato mai attuato volutamente: M. Pisani, *Nuovo processo penale e prospettive in tema di ordinamento giudiziario*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 651 secondo cui nell'art. 109 Cost. è trasparente il riferimento al pubblico ministero. *Contra*, G. D'Elia, *Magistratura, polizia giudiziaria e Costituzione*, cit., p. 93 per il quale l'inciso contenuto nell'art. 109 Cost. «è troppo ampio, comprendendo non solo il pubblico ministero, ma anche la magistratura giudicante, ordinaria e speciale», altrimenti la norma «avrebbe ragionato di pubblico ministero e non, genericamente, di autorità giudiziaria».

¹⁷⁶ C. cost., sent. 28 novembre 1968, n. 114, cit. sosteneva che «l'art. 109 pone la polizia giudiziaria di fronte alla autorità giudiziaria in un rapporto di subordinazione meramente funzionale» e «non può essere inteso nel senso di una dipendenza assoluta ed esclusiva della polizia giudiziaria dalla magistratura».

comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016, la prospettiva di lettura proposta può rafforzare i rapporti tra magistratura e polizia giudiziaria, sia sul terreno del contributo alla razionalizzazione delle forze, sia sul fronte dell'autonomia investigativa del pubblico ministero quale principio che sottende i rapporti di dipendenza funzionale tra le due entità.

Puntuale, non a caso, è giunta la richiesta alla Corte costituzionale di risolvere un conflitto di attribuzioni avanzata dal *procuratore della Repubblica di Bari*, Giuseppe Volpe, che è sceso in campo puntando sul "segreto investigativo". Più esattamente, l'intervento della Corte costituzionale dovrebbe avere, come scopo, la salvaguardia dei contenuti dell'art. 329 c.p.p. e ripristinare le prerogative che sono riconosciute dalla Carta fondamentale all'autorità giudiziaria; sotto tale profilo, l'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2016 sarebbe viziato da eccesso di delega e potrebbe determinare un contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), nonché con la statuizione dell'art. 109 Cost. in merito alla diretta dipendenza della polizia dall'autorità giudiziaria.

Del resto, l'affondo percorre la scia inaugurata da Procuratore di Torino e, soprattutto, dal CSM che, nel tentativo di sterilizzare gli effetti della previsione, aveva sollecitato una modifica chiara della stessa sulla base di aspetti di rango formale (mancata corrispondenza tra legge delega e decreto delegato) e sostanziale (: «non sfugge la disarmonia della norma introdotta con uno dei cardini del sistema processuale penale italiano, il segreto investigativo, nonché con i principi contenuti negli articoli 112 e 109 [Cost.]»); qui, in buona sostanza, si sottolineava che la comunicazione, in via gerarchica, delle informazioni prevista dal provvedimento del 2016, senza filtri o verifiche dell'organo d'accusa, essendo rivolta ai vertici, innesta un rapporto di dipendenza della polizia dal Governo anche in tema di indagini penali che non è compatibile con le prerogative della magistratura.

Chiamata a deliberare, in via preliminare, sul conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato come sopra, all'udienza del 5 dicembre 2017, la risposta non si è fatta attendere¹⁷⁷: «La Corte costituzionale ha dichiarato *ammissibile*, in sede preliminare, il *conflitto di attribuzioni* sollevato dal Procuratore della Repubblica di Bari nei confronti del Governo con riferimento all'art. 18, comma 5, [d.lgs.] n. 177/2016. (...). Nelle prossime settimane sarà fissata l'udienza per la trattazione del conflitto nel merito». Un buon inizio che apre la speranza a soluzioni di ortopedia legislativa.

¹⁷⁷ La notizia non è sfuggita al "contenitore" digitale www.dirittopenalecontemporaneo.it.



Processo penale e giustizia n. 1 | 2018

Analisi e prospettive

Analysis and Prospects

GIUSEPPE DELLA MONICA

Professore associato di diritto processuale penale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

L'inappellabilità della sentenza di patteggiamento applicativa di sanzioni amministrative accessorie

The plea bargain sentence that applies accessory administrative sanctions is not appealable

Il regime di impugnazione della sentenza di patteggiamento, ulteriormente limitato dalla recente "riforma Orlando", preclude, di fatto, un controllo effettivo sulle statuizioni collaterali rispetto all'accordo sulla pena. Le sanzioni amministrative accessorie sono, infatti, talvolta applicate e determinate nel *quantum* dal giudice attraverso l'esercizio di un potere discrezionale oggi non più sindacabile in sede di impugnazione. In funzione dell'esigenza di assicurare un adeguato controllo su tali statuizioni, sarebbe stata opportuna una diversa scelta normativa, introducendo la possibilità di proporre appello avverso la sentenza di patteggiamento, sia pure limitatamente alle sanzioni accessorie applicate con potere discrezionale, e circoscrivendo il successivo ricorso per cassazione ai soli motivi di legittimità, secondo il modello già adottato dal legislatore della riforma per la sentenza di non luogo a procedere emessa all'esito dell'udienza preliminare.

The system of appeals against the plea bargain sentence, furtherly restricted by the "Orlando" reform, prevents any control on the provisions different from the principal punishment. The accessory administrative penalties («sanzioni amministrative accessorie») are sometimes autonomously applied and established by the judge, who determines discretionally the extent of the sanction, today not anymore to be criticized in front of the appeal judge. To fulfill the necessity of an appropriate control on those provisions it would have been correct a different choice, providing for the possibility of appeal of merit against the plea bargain sentence, even though with limits to accessory administrative penalties discretionally applied, and containing the legality appeal exclusively at law-violation causes, abiding by the example of the no further action sentence («sentenza di non luogo a procedere») delivered at the end of the preliminary hearing.

IL REGIME DI IMPUGNABILITÀ DELLA SENTENZA DI APPLICAZIONE DELLA PENA SU RICHIESTA DELLE PARTI

La generale inappellabilità della sentenza che applica la pena su richiesta delle parti è stabilita dall'art. 448 c.p.p.

Solo quando il pubblico ministero oppone il suo dissenso alla definizione consensuale del processo e il giudice del dibattimento recupera comunque l'istanza di applicazione della pena formulata dall'imputato, alla parte pubblica viene riconosciuto il potere di proporre appello, per consentire, eventualmente, di censurare anche l'avvenuta concessione all'imputato della diminuzione di cui all'art. 444 c.p.p.

Al di là di tale ipotesi, la sentenza che applica la pena concordata dalle parti è impugnabile esclusivamente con ricorso per cassazione.

Le ragioni della scelta legislativa vanno chiaramente individuate nella struttura negoziale e nella finalità deflattiva del patteggiamento¹, che è forma di definizione del processo fondata, quando vi è accordo tra le parti, su una valutazione condivisa del fatto contestato, della sua qualificazione giuridica e della sanzione ritenuta rispondente – tenuto conto anche delle eventuali circostanze e della diminuzione del rito – all'effettivo grado di offensività della condotta.

Il raggiunto accordo tra le parti inevitabilmente limita gli spazi cognitivi e decisorii del giudice chiamato a

¹Sulla *ratio* della previsione del solo rimedio del ricorso per cassazione, riconducibile alla natura negoziale del rito, v., per tutti, R.M. Geraci, *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta*, Padova, Cedam, 2011, p. 2 s.

pronunciarsi sulla richiesta di pena, che non dispone di poteri istruttori e può apprezzare i dati probatori acquisiti in atti solo nei limiti dell'evidenza richiesta ai fini del proscioglimento *ex art.* 129 comma 2, c.p.p.

È possibile affermare, quindi, che il giudice investito della richiesta di pena concordata sostanzialmente esprime – sia pure con le dovute differenze – un giudizio assimilabile, per limiti istruttori e cognitivi, a quello di mera legittimità proprio della Corte di cassazione.

L'esclusione della facoltà di proporre appello può ritenersi, quindi, in linea con l'evidenziata peculiarità del rito, poiché sarebbe stato illogico affidare il controllo sulla sentenza resa ai sensi dell'art. 444 c.p.p. ad un giudice – come quello di secondo grado – che dispone di maggiori poteri cognitivi rispetto a chi ha emesso la pronuncia impugnata.

Tra le innovazioni introdotte di recente dalla legge n. 103 del 2017, nota come "riforma Orlando"², alcune hanno interessato anche il rito dell'applicazione della pena concordata. Il legislatore, su questo fronte, ha operato modifiche volte a ridurre ulteriormente le possibilità di impugnazione della sentenza di patteggiamento³, prevedendo, da un lato, una più agile procedura di correzione degli errori materiali per rimediare a vizi non essenziali di tale sentenza e circoscrivendo, dall'altro lato, l'area di proponibilità del ricorso per cassazione, consentito solo per censurare la mancata corrispondenza tra accordo e pronuncia resa *ex art.* 444 c.p.p., nonché eventuali profili di illegittimità attinenti alla manifestazione della volontà dell'imputato, alla qualificazione giuridica del fatto e alla pena o alla misura di sicurezza, applicata od omessa.

Più precisamente, il nuovo comma 1-bis, inserito nell'art. 130 c.p.p., stabilisce che, «quando nella sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti si devono rettificare solo la specie e la quantità della pena per errore di denominazione o di computo, la correzione è disposta, anche d'ufficio, dal giudice che ha emesso il provvedimento» oppure, se vi è stata impugnazione, «alla rettificazione provvede la Corte di cassazione a norma dell'articolo 619, comma 2»⁴.

È stato aggiunto, inoltre, all'art. 448 c.p.p., il comma 2-bis, che prevede la proponibilità del ricorso per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento, non più per tutti i motivi di cui all'art. 606 c.p.p., ma unicamente per censure relative «all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza»⁵.

Ad assumere particolare rilievo – sebbene rifletta orientamenti interpretativi già espressi dalla prevalente giurisprudenza di legittimità – è proprio la modifica dell'art. 448 c.p.p., poiché l'obiettivo di limitare l'impugnazione della sentenza applicativa della pena concordata è stato conseguito attraverso la preclusione del controllo di legittimità anche su profili invalidanti di non trascurabile spessore – non richiamati dal nuovo comma 2-bis⁶ – come i vizi della motivazione, le nullità assolute e le inutilizzabilità patologiche⁷.

²Per una prima, acuta riflessione sulle linee portanti della riforma, v. G. Spangher, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. contemp.*, 2016, 1, p. 88 s.

³L'obiettivo è in linea con la finalità perseguita, più in generale, nell'intero settore delle impugnazioni, come già efficacemente rilevato, nel corso dell'iter di approvazione della riforma, da M. Bargis, *Primi rilievi sulle proposte in materia di impugnazioni del recente d.d.l. governativo*, in *Dir. pen. contemp.*, 2015, 1, p. 5 s.

⁴Su tale innovazione, volendo approfondire l'analisi degli aspetti peculiari della specifica disciplina introdotta per la correzione degli errori materiali rilevabili nella sentenza di patteggiamento, anche alla luce dei progressi orientamenti espressi dalla giurisprudenza di legittimità, v. G. Colaiacovo, *L'impugnazione della sentenza di patteggiamento*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, Pisa, Pacini, 2017, p. 198 s.

⁵Tra i primi commenti alla richiamata previsione normativa si segnalano i contributi di G. Colaiacovo, *L'impugnazione della sentenza di patteggiamento*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, cit., p. 200 s., nonché di M. Gialuz-A. Cabiale-J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, 3, p. 184 s.

⁶La disposizione di nuovo conio, nell'elencare i possibili motivi di ricorso per cassazione, si pone chiaramente in rapporto di specialità rispetto alla previsione di cui all'art. 606 c.p.p., sicché deve ritenersi preclusa la deduzione di vizi non riconducibili a quelli espressamente indicati nell'art. 448, comma 2-bis, c.p.p.

⁷Era stata già fortemente criticata, prima ancora dell'approvazione della riforma, la scelta di limitare l'ambito del controllo di legittimità, escludendo, in particolare, dal novero dei motivi esperibili, quelli attinenti alla mancanza, alla contraddittorietà e alla manifesta illogicità della motivazione, che sono correlati – com'è noto – all'applicazione dell'art. 129 c.p.p. In tal senso, A. Sanna, *L'eclissi della legalità nel rito negoziale: limiti al ricorso per cassazione nel disegno di riforma all'esame del Parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 928.

L'impossibilità di censurare l'apparato argomentativo posto a sostegno della decisione, se può risultare accettabile allorché la sentenza di patteggiamento si limiti a recepire l'accordo raggiunto dal pubblico ministero e dall'imputato, appare, invece, una limitazione difficilmente conciliabile con la garanzia del doppio grado di giurisdizione nel caso in cui il giudice, ad esempio, sia legittimato ad applicare autonomamente – prescindendo, cioè, dalla richiesta delle parti – sanzioni amministrative accessorie che implicino il ricorso ad un potere discrezionale e, di riflesso, la necessità di illustrare le ragioni sottese al concreto esercizio di tale potere⁸.

LE SANZIONI AMMINISTRATIVE ACCESSORIE COME «ELEMENTI ACCIDENTALI» DELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO

I poteri decisorii del giudice investito della richiesta di pena concordata non sono limitati al controllo sul «nucleo essenziale dell'accordo», in relazione al quale l'organo giudicante è posto dinanzi all'alternativa secca tra rigetto e accoglimento⁹.

La volontà delle parti vincola, infatti, il giudice solo in punto di quantificazione della pena richiesta e di concessione del beneficio della sospensione condizionale, a cui sia stata eventualmente subordinata la richiesta.

Nel resto, le ulteriori statuizioni del giudicante – che cadono sui cosiddetti “elementi accidentali” del negozio processuale (*accidentalia negotii*) – sono sostanzialmente libere, salvo che il suo potere discrezionale non venga precluso da una espressa previsione normativa.

Il potere decisorio del giudice sugli *accidentalia negotii* muta sensibilmente, peraltro, a seconda che la richiesta delle parti abbia ad oggetto una pena detentiva che superi o meno il limite dei due anni.

A norma dell'art. 445, comma 1, c.p.p., l'accesso al patteggiamento ordinario, con la richiesta di applicazione di una pena contenuta nei due anni di pena detentiva, non comporta la condanna al pagamento delle spese del procedimento né l'irrogazione di pene accessorie o di misure di sicurezza, fatta salva la sola confisca obbligatoria ex art. 240, comma 2, c.p.

Tale rigorosa preclusione – da intendersi come derogatoria rispetto al principio della equiparazione della sentenza resa ai sensi dell'art. 444 c.p.p. alla pronuncia di condanna¹⁰ – non è stata estesa al patteggiamento “allargato”, sicché quando le parti si accordano per l'applicazione una pena detentiva superiore ai due anni, il giudice ha il dovere – o, a seconda dei casi, la facoltà – di provvedere anche in ordine alle conseguenze di carattere accessorio previste dalla legge, come le pene accessorie, le misure di sicurezza e le spese del procedimento.

Se ricorre tale eventualità, il potere discrezionale del giudice, svincolato dal *petitum* delle parti, si riassume fino a raggiungere l'ampiezza ordinaria, con la conseguente necessità di motivare adeguatamente le statuizioni accessorie contenute in sentenza.

Nell'ambito degli elementi accidentali del patteggiamento, occorre, tuttavia, distinguere tra statuizioni necessarie, perché predeterminate in via automatica dalla legge, sia nell'*an* che nel *quantum*, e statuizioni eventuali, che esigono, invece, l'esercizio di un potere discrezionale in relazione sia alla necessità di applicare la sanzione che alla quantificazione della stessa.

Rientrano nel primo gruppo, ad esempio, le spese del procedimento, la confisca obbligatoria, non-

⁸La valutazione discrezionale – a cui è inevitabilmente collegato l'obbligo di motivare – potrebbe anche essere circoscritta alla sola quantificazione, entro i limiti edittali fissati dal legislatore, della durata della sanzione amministrativa inflitta al condannato. Sul punto, si ritornerà, più diffusamente, *infra*, § 2.

⁹Come osservato in giurisprudenza sin dai primi anni di operatività del codice, solo il contenuto della richiesta (misura della pena), nonché la concessione della sospensione condizionale – sempre che ad essa sia esplicitamente subordinata l'efficacia della richiesta medesima – postulano la concorde volontà delle parti, mentre nessun consenso occorre acquisire in relazione alle eventuali, altre istanze, estranee al “nucleo essenziale” del patteggiamento. In presenza di quelli che possono essere definiti “*accidentalia negotii*”, la parte controinteressata è legittimata soltanto a manifestare la propria opposizione, che obbliga il giudice a motivare specificamente sulla relativa pronuncia (tra le altre, cfr. Cass., sez. VI, 26 gennaio 1993, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1589).

¹⁰Osserva Cass., sez. un., 29 novembre 2005, n. 17781, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2769, che l'art. 445, comma 1-bis, c.p.p., che l'equiparazione della sentenza di patteggiamento ad una pronuncia di condanna, esprime un principio generale, sicché ogni deroga al regime di tali sentenze deve risultare da una espressa disposizione. Sul punto, cfr., altresì, Cass., sez. II, 4 dicembre 2012, n. 49281, in *Guida dir.*, 2013, 11, p. 46; Id., sez. I, 20 ottobre 2006, n. 37931, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3002; Id. sez. VI, 1° aprile 2003, n. 21934, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2946, nonché Cass., sez. un., 27 marzo 1992, n. 4901, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2060.

ché, tra le pene accessorie, l'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici *ex art. 29 c.p.*

Appartengono, invece, alla seconda categoria le misure di sicurezza personali, che presuppongono un giudizio di effettiva pericolosità sociale, nonché le pene accessorie di durata non rigidamente predefinita, quali l'interdizione o la sospensione da una professione o da un'arte (art. 30 c.p. e art. 35 c.p.) e la sospensione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e dalle imprese (art. 35-bis c.p.).

Quanto al patteggiamento ordinario, si è consolidato, nel tempo, l'assunto secondo cui le preclusioni stabilite dall'art. 445, comma 1, c.p.p. non riguardano le sanzioni amministrative accessorie, che non rivestono natura penale, pur conseguendo di diritto alla commissione del reato ed essendo applicate, in via di supplenza, dal giudice all'esito del procedimento penale¹¹.

La giurisprudenza di legittimità è stata ripetutamente chiamata a confrontarsi con il tema della pretesa inconciliabilità della natura della sentenza *ex art. 444 c.p.p.* – privata dell'imprescindibile accertamento di commissione del reato e di responsabilità dell'imputato – con l'esercizio del potere sanzionatorio proprio dell'autorità amministrativa.

Risolviendo un contrasto tra opposti orientamenti delineatosi sin dall'entrata in vigore del codice del 1988¹², le Sezioni Unite hanno affermato che la sentenza di patteggiamento – sebbene non emessa all'esito di un compiuto giudizio di colpevolezza dell'imputato e, quindi, non fondata sul pieno accertamento del reato – legittima l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie collegate alla commissione dell'illecito penale¹³.

La scelta di rendere obbligatoria l'irrogazione della sanzione amministrativa – connotata da natura e finalità differenti rispetto alla pena¹⁴ – rientra nei limiti dell'esercizio ragionevole del potere legislativo ed è stata, in più occasioni, considerata dal Giudice delle leggi non sindacabile sotto il profilo della pretesa violazione del principio enunciato dall'art. 3 comma 2, Cost.¹⁵. Il sistema binario mira a dare una risposta efficace – al contempo, repressiva e preventiva – a fatti caratterizzati da particolare pericolosità per la convivenza sociale e per gli interessi pubblici. Con la sentenza di patteggiamento, quindi, vanno sempre applicate le sanzioni amministrative accessorie diritto collegate, *ipso iure*, all'accertamento del reato, a prescindere dall'accordo tra le parti, che non hanno, sul punto, facoltà dispositiva¹⁶.

Da ciò consegue che, qualora l'accordo si estenda anche alla sanzione amministrativa accessoria, tale clausola deve ritenersi come non apposta¹⁷.

È variegato il catalogo delle sanzioni amministrative applicabili dal giudice penale, tra le quali van-

¹¹ Come ribadito da Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 20, in *Giur. it.*, 2001, c. 1694, il giudice investito del giudizio sull'imputazione è, altresì, tenuto a decidere sulla violazione non costituente reato e ad applicare la sanzione per essa stabilita dalla legge, anche nell'ambito del procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti. La natura della sanzione non muta, peraltro, a seconda dell'autorità legittimata ad applicarla, come confermato dal rilievo che, quando la *vis attractiva* della competenza del giudice penale viene meno (ad esempio, per estinzione del reato), la legittimazione all'applicazione della sanzione è restituita all'autorità amministrativa.

¹² Secondo l'orientamento contrario alla possibilità di applicare sanzioni amministrative con la sentenza di patteggiamento, tale preclusione è motivata dalla mancanza di un accertamento pieno della commissione del reato e della colpevolezza dell'imputato (v. Cass., sez. VI, 9 luglio 1997, P.m. in proc. Fonzari, in *C.E.D. Cass.*, n. 209728; Id., sez. IV, 13 settembre 1996, P.G. in proc. Frassini, in *C.E.D. Cass.*, n. 207146). L'assunto era riferito anche ai casi di applicazione vincolata della sanzione, come avviene, ad esempio, per l'ordine di demolizione collegato a reati di natura urbanistica o paesaggistica. L'orientamento opposto faceva, invece, leva sulla peculiare natura dell'accertamento sotteso alla sentenza di patteggiamento, non a caso equiparata dal legislatore ad una pronuncia di condanna (cfr., in particolare, Cass., sez. VI, 4 giugno 1996, P.G. in proc. Mezzadri, in *C.E.D. Cass.*, n. 204814).

¹³ Così Cass., sez. un., 27 maggio 1998, n. 8488, in *Foro it.*, 1999, II, c. 185.

¹⁴ Le sanzioni amministrative accessorie assolvono – direttamente o indirettamente – una funzione riparatoria dell'interesse pubblico violato, assumendo, di volta in volta, contenuto ripristinatorio o inibitorio. Va, tuttavia, precisato, incidentalmente, che l'irrogazione di tali sanzioni in sede penale non determina necessariamente una violazione della garanzia del *ne bis in idem*, sostanziale o processuale (Cass., sez. IV, 18 aprile 2017, n. 23171). L'assunto è stato di recente ribadito dalla Corte costituzionale, secondo cui non è possibile equiparare automaticamente la sanzione amministrativa a quella penale sulla base della mera ricorrenza di alcuni caratteri comuni (v. C. cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1623).

¹⁵ V. C. cost., 18 giugno 1997, n. 184, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1853.

¹⁶ Così Cass., sez. II, 26 novembre 2013, n. 49461, in *C.E.D. Cass.*, n. 257871; Id., sez. III, 5 marzo 2009, n. 9182, in *Riv. giur. edil.*, 2009, p. 975. In dottrina, v. C. Sanfelici, *Applicazione della pena su richiesta delle parti e sanzioni amministrative accessorie: le statuizioni delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 1999, c. 153.

¹⁷ In questi termini, Cass., sez. IV, 10 gennaio 2014, n. 18538, in *Cass. pen.*, 2015, p. 242.

no annoverate – senza pretesa di completezza – la sospensione e la revoca della patente di guida¹⁸, la confisca del veicolo utilizzato per commettere il reato di guida in stato di ebbrezza¹⁹, la revoca delle autorizzazioni in materia di armi²⁰, la rimessione in pristino dello stato dei luoghi²¹, l'ordine di demolizione delle opere abusive²², il divieto di accedere a luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive²³.

Anche in quest'ambito, occorre distinguere le sanzioni ad applicazione vincolata da quelle che, viceversa, richiedono una valutazione discrezionale ai fini della loro irrogazione o quantificazione.

A differenza delle prime, identificabili, ad esempio, nell'ordine di demolizione o di rimessione in pristino²⁴, le seconde – tra le quali sono annoverabili il divieto di accedere a luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive e la sospensione della patente di guida – comportano apprezzamenti fattuali talvolta anche molto penetranti, che giocoforza impongono l'obbligo di una specifica motivazione²⁵.

IL SINDACATO SULLE STATUZIONI DELLA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO RELATIVE A SANZIONI AMMINISTRATIVE ACCESSORIE

Il giudice investito della richiesta di pena concordata può essere chiamato a pronunciarsi – come già osservato – anche su “elementi accidentali” della regiudicanda, quali le pene accessorie, le misure di sicurezza o le sanzioni amministrative dipendenti da reato.

Se appare ragionevole, rispetto alla pronuncia sul *thema decidendum* principale del patteggiamento, il ricorso ad una motivazione “semplificata”, vale a dire particolarmente sintetica, se non addirittura implicita, l'ampiezza del potere discrezionale sotteso alla decisione sugli elementi accidentali non consente di derogare all'obbligo di una compiuta enunciazione dei motivi della decisione.

È quanto accade, ad esempio, nel patteggiamento “allargato”, allorquando il giudice deve determinarsi sulla applicazione di una misura di sicurezza personale o delle pene accessorie dell'interdizione e della sospensione da una professione o da un'arte, nonché, nel patteggiamento ordinario, se occorre comminare le sanzioni amministrative accessorie della sospensione della patente di guida e del divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive, dovendosi stabilire, discrezionalmente, la durata della sanzione.

Sebbene appuntato su un profilo secondario della regiudicanda, l'obbligo di motivazione, in tali casi, non può ritenersi meno rigoroso, ma deve soddisfare l'esigenza tipicamente sottesa al principio di cui all'art. 111, comma 6, Cost.

Proprio con specifico riferimento alle sanzioni amministrative accessorie, la giurisprudenza di legit-

¹⁸ Previste dagli artt. 218 e 219 c.d.s., le sanzioni accessorie della sospensione e della revoca della patente di guida – come disposto dall'art. 186, commi 2, 2-bis e 2-quater, c.d.s., nella versione attuale, risultante dall'art. 5, comma 1, lett. a), d.l. n. 117/2007, convertito nella l. n. 160/2007 – vanno irrogate anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti (v. Cass., sez. IV, 6 aprile 2017, n.18810; Id., sez. IV, 11 ottobre 2012, n. 44829; Id., sez. VI, 29 maggio 2008, n. 40591, in C.E.D. Cass., n. 241359; Id., sez. IV, 8 ottobre 2007, n. 36868, in C.E.D. Cass., n. 237231; Id., sez. IV, 27 luglio 2005, n. 27931, in C.E.D. Cass., n. 232015).

¹⁹ La confisca è prevista dall'art. 186 c.d.s.: sul punto, cfr. Cass., sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 2379, in *Arch. circol. e sin.*, 2014, p. 579.

²⁰ La condanna per i delitti in materia di armi clandestine, previsti dall'art. 23 l. n. 110/1975, comporta, di diritto, ai sensi del comma 5 della medesima disposizione, la revoca delle autorizzazioni di polizia in materia di armi e la confisca delle stesse.

²¹ La sanzione ripristinatoria per i reati ambientali è attualmente prevista dall'art. 181, comma 2, d.lgs. n. 42/2004.

²² Dapprima sancita dall'art. 7, comma 9, l. 28 febbraio 1985, n. 47, la sanzione è, ora, comminata dall'art. 31, comma 9, d.p.R. n. 380/2001.

²³ Il divieto stabilito dall'art. 6 l. n. 401/1989 rientra tra le sanzioni accessorie obbligatoriamente applicate dal giudice penale per i reati collegati allo svolgimento di manifestazioni sportive, avendo il legislatore espressamente previsto che l'irrogazione di tale misura non è «esclusa nei casi di sospensione condizionale della pena e di applicazione della pena su richiesta».

²⁴ Cfr. Cass., sez. III, 10 marzo 2016, n. 9948, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, 6, p. 1144; Cass., sez. III, 30 ottobre 2009, n. 41748, in C.E.D. Cass., n. 242254; Cass., sez. III, 12 dicembre 2006, n. 40422, in *Guida al dir.*, 2007, 5, p. 50.

²⁵ La differenza emerge significativamente dal rilievo espresso da una parte della giurisprudenza, secondo cui l'omessa applicazione, con la sentenza di patteggiamento, delle sanzioni amministrative accessorie a contenuto predeterminato è emendabile con il procedimento di correzione dell'errore materiale (in tal senso, Cass., sez. III, 26 aprile 2016, n. 35200, ined.; Id., sez. III, 27 maggio 2014, n. 40340, ined.; Id., sez. III, 9 novembre 2011, n. 46656, ined.). Secondo l'opposto indirizzo interpretativo – sostenuto da Cass., sez. III, 13 dicembre 2007, n. 4751, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4314; Id., sez. III, 22 marzo 2007, n. 17380, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2090; Id., sez. III, 4 luglio 2006, n. 33939, in *Guida dir.*, 2006, 46, p. 88 – l'eventuale omissione va censurata con il ricorso agli ordinari mezzi di impugnazione.

timità ha esonerato il giudice dall'obbligo di motivare in maniera congrua la decisione adottata solo se «la misura si attesti non oltre la media edittale e non vi siano specifici profili di meritevolezza in favore dell'imputato»²⁶ oppure se «la misura non si allontani dal minimo edittale»²⁷.

Al di là di tali ipotesi, sempre secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza prevalente, resta ferma la necessità di corredare il provvedimento di adeguata motivazione²⁸.

Una volta stabilita l'obbligatorietà della motivazione, in sede di impugnazione si è attribuito al giudice di legittimità – a cui la questione veniva devoluta a norma del previgente art. 448, comma 2, c.p.p. – il potere di annullare con rinvio le statuizioni sanzionatorie non sufficientemente motivate²⁹.

Il regime dei controlli sulle statuizioni accessorie della sentenza di patteggiamento è, però, radicalmente mutato a seguito della recente entrata in vigore della “riforma Orlando”.

L'art. 448, comma 2-bis, c.p.p. – come già detto³⁰ – limita la proponibilità del ricorso per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento ai soli «motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza», al dichiarato scopo di «scoraggiare ricorsi meramente defatigatori»³¹.

Appare evidente che il controllo del giudice di legittimità sugli elementi accidentali della sentenza di patteggiamento – per effetto delle nuove disposizioni – risulta oggi limitato alle sole ipotesi in cui il giudice abbia irrogato una sanzione illegale (ovvero manifestamente erronea per denominazione o computo), essendo precluso, invece, ogni sindacato sulla concreta determinazione della misura.

Si registra, dunque, un preoccupante arretramento delle garanzie difensive rispetto alla soglia – peraltro già criticabile – della presunzione di congruità della “media edittale”, che consente di ottenere – sia pure entro limiti ristretti – la riforma delle statuizioni concernenti le sanzioni amministrative accessorie astrattamente ricomprese entro la cornice edittale, ma non aderenti, in concreto, alla gravità del fatto.

Sarebbe stato preferibile, pertanto, mantenere ferma la possibilità di proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento per denunciare eventuali vizi della motivazione che inficiano le statuizioni accessorie connotate da valutazioni di natura discrezionale.

In alternativa, si sarebbe potuta prevedere l'appellabilità – eventualmente circoscritta a specifiche censure, tassativamente predeterminate – della sentenza di patteggiamento, devolvendo, così, ad un giudice di merito la verifica sul corretto esercizio del potere discrezionale sotteso alle statuizioni sui profili sanzionatori non interessati dall'accordo delle parti. Così facendo, il controllo sull'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie sarebbe stato affidato ad un organo giurisdizionale – come la Corte di appello – sicuramente più attrezzato a rivedere le valutazioni di merito operate dal giudice di primo grado.

In altri termini, sulla scia della reintroduzione dell'appello avverso la sentenza di non luogo a procedere – prevista dalla stessa “riforma Orlando”³² – si sarebbe potuta ampliare l'area di appellabilità della sentenza di patteggiamento, al di là dell'ipotesi – già prevista dall'art. 448, comma 2, c.p.p. – del dissenso al patteggiamento espresso dal pubblico ministero.

²⁶ Con riferimento alla sospensione della patente di guida, v. Cass., sez. IV, 12 ottobre 2017, n. 48907, ined.; Id., sez. IV, 8 giugno 2017, n. 34905, ined.; Id., sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 21574, in C.E.D. Cass., n. 259211.

²⁷ In tal senso, Cass., sez. IV, 27 marzo 2012, n. 21194, in C.E.D. Cass., n. 252738; Id., sez. IV, 26 giugno 2007, n. 35670, in C.E.D. Cass., n. 237470; Id., sez. IV, 20 gennaio 1998, n. 2278, in C.E.D. Cass., n. 210385; Id., sez. IV, 24 aprile 1996, n. 8439, in C.E.D. Cass., n. 206297.

²⁸ Merita di essere segnalata, nell'ambito del richiamato orientamento, Cass., sez. IV, 12 marzo 2013, n. 35839, in Cass. pen., 2014, p. 2297, secondo cui «in tema di guida in stato di ebbrezza, il giudice, nel caso in cui intende fissare la durata della sospensione della patente di guida in misura notevolmente superiore al minimo o addirittura nel massimo, deve, anche in una sentenza di patteggiamento, congruamente motivare l'esercizio del suo potere discrezionale».

²⁹ Così, da ultimo, Cass., sez. IV, 12 ottobre 2017, n. 48907, cit.; Id., sez. IV, 8 giugno 2017, n. 34905, cit.

³⁰ *Supra*, § 1.

³¹ In questi termini si è espressa la *Relazione al d.d.l. n. 2798*, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti*, p. 27.

³² Per una ricognizione ragionata delle modifiche all'art. 428 c.p.p., v. G. Spangher, *La reintroduzione dell'appello e i conseguenti adeguamenti dell'impugnazione nei confronti della sentenza di non luogo a procedere*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, cit., p. 177 s.

Sugli elementi accidentali della sentenza di patteggiamento – caratterizzati dall’esercizio di un pieno potere discrezionale del giudice, in relazione al quale l’adempimento dell’obbligo di motivazione non dovrebbe subire contrazioni – verrebbe, così, garantito un controllo di merito sicuramente più efficace ed idoneo anche a deflazionare il successivo ricorso per cassazione, la cui previsione avrebbe potuto essere limitata alle sole violazioni di legge di cui alle lett. *a)*, *b)*, *c)* dell’art. 606 c.p.p., analogamente a quanto stabilito con riferimento alla sentenza di non luogo a procedere, secondo la *ratio* ispiratrice della riforma.

AUTORI / AUTHORS**Teresa Bene**

La effettività della funzione del pubblico ministero di direzione delle indagini e la legalità processuale / *The investigation's direction of prosecutor and the respect of legal rule* 7

Maria Ilia Bianco-Daniela Mainenti

Novità legislative interne / *National Legislative News* 19

Giada Bocellari

Decisioni in contrasto 47

Orietta Bruno

De jure condendo 32

L'obbligo della polizia giudiziaria di trasmettere ai vertici le notizie concernenti le informative di reato / *The new legislation on police crime report* 143

Andrea Chelo

Solo un provvedimento del giudice può trovare esecuzione con il mandato di arresto europeo / *Only a court order can be executed with the european arrest warrant* 53

Donatella Curtotti

Corte costituzionale 41

Giuseppe Della Monica

L'inappellabilità della sentenza di patteggiamento applicativa di sanzioni amministrative accessorie / *The plea bargain sentence that applies accessory administrative sanctions is not appealable* 183

Rosa Gaia Grassia

Nuove contestazioni "fisiologiche" e patteggiamento: l'ennesima declaratoria di incostituzionalità sul rapporto tra i riti alternativi e gli artt. 516-517 c.p.p. / *New contestations "physiological" and plea: the umpteenth declaration of unconstitutional on the relationship between alternative rites and arts. 516-517 c.p.p.* 67

Sezioni Unite 42

Federico Lucariello

I limiti alla riconducibilità dei provvedimenti del P.M. nella categoria degli atti abnormi / *The limits to the accountability of the Public Prosecutor's measures in the category of abnormal acts* 82

Natalia Rombi

La riforma di una sentenza di condanna esige la rinnovazione della prova dichiarativa in appello? / *Reforming a sentence of conviction requires the renewal of the trial evidentiary hearing in appeal?* 106

Francesca Ruggieri

Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale / *New Perspectives on Judicial Cooperation: the European Investigation Order in Criminal Matters* 131

Francesco Trapella

Corti europee / *European Courts* 35

Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000: una lunga gestazione e un destino incerto / <i>The implementation of Bruxelles Convention (2000): a long gestation, an uncertain fate</i>	114
Valentina Vasta	
Novità sovranazionali / <i>Supranational News</i>	25
PROVVEDIMENTI / MEASURES	
<i>Corte costituzionale</i>	
C. cost., sent. 17 luglio 2017, n. 206	60
C. cost., sent. 26 settembre 2017, n. 239	41
<i>Corte di Cassazione – Sezioni Unite penali</i>	
sentenza 13 ottobre 2017, n. 47374	42
sentenza 18 ottobre 2017, n. 47970	43
sentenza 19 ottobre 2017, n. 48126	44
sentenza 24 novembre 2017, n. 55390	45
<i>Corte di Cassazione – Sezioni semplici</i>	
Sezione VI, sentenza 25 agosto 2017, n. 39442	78
Sezione II, sentenza 12 settembre 2017, n. 41571	93
<i>Corte di Cassazione – Sezione feriale</i>	
Sentenza 1° settembre 2017, n. 39861	51
<i>Decisioni in contrasto</i>	
Sezione I, sentenza 10 ottobre 2017, n. 46562	47
Sezione I, sentenza 12 ottobre 2017, n. 47052	48
<i>Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	
Corte e.d.u., 5 ottobre 2017, <i>Ostrovençes c. Lettonia</i>	38
Corte e.d.u., 12 ottobre 2017, <i>Cafagna c. Italia</i>	35
Corte e.d.u., 12 ottobre 2017, <i>Pennino c. Italia</i>	39
Corte e.d.u., 26 ottobre 2017, <i>Azzolina e altri c. Italia</i>	37
<i>Corte di giustizia dell'Unione europea</i>	
C. giust. UE, 12 ottobre 2017, Causa C-278/16	39
<i>Atti sovranazionali</i>	
Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea pubblicato il 31 ottobre 2017	25
<i>Norme interne</i>	
Decreto legislativo 3 ottobre 2017, n. 149 «Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere»	19
Legge 30 novembre 2017, n. 179 «Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato»	21

De jure condendo

Disegno di legge C. 4130 «*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale, concernenti i delitti di truffa e di circonvenzione di persona incapace commessi in danno di persone ultrasessantacinquenni*» 32

Disegno di legge C. 4376-A «*Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inapplicabilità e di svolgimento del giudizio abbreviato, nonché modifica all'articolo 69 del codice penale, in materia di concorso di circostanze aggravanti e attenuanti*» 33

MATERIE / TOPICS

Accertamenti tecnici irripetibili

✧ Sulle garanzie difensive in tema di rilievi tecnici irripetibili sul DNA (C. cost., sent. 26 settembre 2017, n. 239) 41

Appello

– *applicazione della pena su richiesta delle parti*

✧ L'inappellabilità della sentenza di patteggiamento applicativa di sanzioni amministrative accessorie / *The plea bargain sentence that applies accessory administrative sanctions is not appealable*, di Giuseppe Della Monica 183

– *rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*

✧ Assoluzione in appello ed obbligo di rinnovazione istruttoria (Cass., sez. II, 12 settembre 2017, n. 41571), con nota di Natalia Rombi 106

Applicazione della pena su richiesta delle parti

– *appello*

✧ L'inappellabilità della sentenza di patteggiamento applicativa di sanzioni amministrative accessorie / *The plea bargain sentence that applies accessory administrative sanctions is not appealable*, di Giuseppe Della Monica 183

✧ Fatto diverso oggetto di nuova contestazione dibattimentale e patteggiamento (C. cost., sent. 17 luglio 2017, n. 206), con nota di Rosa Gaia Grassia 67

Assistenza giudiziaria in materia penale (Unione europea)

✧ Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000: una lunga gestazione e un destino incerto / *The implementation of Bruxelles Convention (2000): a long gestation, an uncertain fate*, di Francesco Trapella 114

Atti

– *diritto dell'interprete*

✧ Diritto alla traduzione e all'interpretazione nei procedimenti penali (C. giust. UE, 12 ottobre 2017, Causa C-278/16) 39

– *invalidità*

– *abnormità*

✧ Abnormità ed atti del pubblico ministero (Cass., sez. VI, 25 agosto 2017, n. 39442), con nota di Federico Lucariello 78

Competenza

– *per connessione ("teleologica")*

✧ Configurabilità della connessione teleologica: non è necessaria l'identità tra gli autori dei reati (Cass., sez. un., 24 novembre 2017, n. 55390) 45

Confisca

- ✧ Bene confiscato con sentenza non definitiva: il terzo proprietario può chiederne la restituzione al giudice della cognizione (*Cass., sez. un., 19 ottobre 2017, n. 48126*) 44

Cooperazione giudiziaria**– Procura europea**

- ✧ Il Regolamento (UE) 2017/1939 istitutivo della Procura europea (Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea pubblicato il 31 ottobre 2017) 25

Dibattimento**– contestazioni (nuove)**

- ✧ Fatto diverso oggetto di nuova contestazione dibattimentale e patteggiamento (*C. cost., sent. 17 luglio 2017, n. 206*), con nota di Rosa Gaia Grassia 67

– letture

- ✧ Garanzie difensive nel giusto processo (*Corte e.d.u., 12 ottobre 2017, Cafagna c. Italia*) 35

Difesa e difensori

- ✧ Garanzie difensive nel giusto processo (*Corte e.d.u., 12 ottobre 2017, Cafagna c. Italia*) 35
- ✧ Sulle garanzie difensive in tema di rilievi tecnici irripetibili sul DNA (*C. cost., sent. 26 settembre 2017, n. 239*) 41

Diritti fondamentali (tutela dei)

- ✧ Ancora sui fatti del G8 di Genova: il divieto di tortura nei suoi aspetti sostanziali e procedurali (*Corte e.d.u., 26 ottobre 2017, Azzolina e altri c. Italia*) 37
- ✧ Reati commessi dalle forze dell'ordine (I) (*Corte e.d.u., 5 ottobre 2017, Ostrovençes c. Lettonia*) 38
- ✧ Reati commessi dalle forze dell'ordine (II) (*Corte e.d.u., 12 ottobre 2017, Pennino c. Italia*) 39

Esecuzione penale

- ✧ Non è ammessa l'interpretazione evolutiva nel settore penale: in attesa dell'attuazione della delega, il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione resta fissato a tre anni (*Cass., sez. I, 10 ottobre 2017, n. 46562*) 47

Estradizione

- ✧ Disposizioni di modifica del libro XI del codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniera (*D.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 «Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere»*) 19

Giudizio abbreviato

- ✧ Le restrizioni dell'ambito applicativo del giudizio abbreviato (*D.d.l. C. 4376-A «Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inapplicabilità e di svolgimento del giudizio abbreviato, nonché modifica all'articolo 69 del codice penale, in materia di concorso di circostanze aggravanti e attenuanti»*) 33

Impugnazioni de libertate**– riesame**

- ✧ Giudizio di rinvio a seguito di annullamento: la decisione del tribunale del riesame va depositata in trenta giorni anche in caso di particolare complessità della motivazione (*Cass., sez. un., 18 ottobre 2017, n. 47970*) 43

Indagini preliminari

- ✧ La effettività della funzione del pubblico ministero di direzione delle indagini e la legalità processuale / *The investigation's direction of prosecutor and the respect of legal rule*, di Teresa Bene 7

Mandato di arresto europeo (MAE)

- ✧ Il provvedimento a base del mandato di arresto europeo (*Cass., sez. fer., 1° settembre 2017, n. 39861*), con nota di Andrea Chelo 51

Misure cautelari personali**– criteri di scelta**

- ✧ I nuovi delitti di truffa e circonvenzione di persona incapace in danno di persone ultrasessantacinquenni: le ripercussioni sul c.p.p. (*D.d.l. C. 4130 «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale, concernenti i delitti di truffa e di circonvenzione di persona incapace commessi in danno di persone ultrasessantacinquenni»*) 32

Misure cautelari reali**– impugnazioni****– riesame**

- ✧ Riesame e misure cautelari reali: la richiesta può essere presentata anche nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trovano le parti private o i loro difensori (*Cass., sez. un., 13 ottobre 2017, n. 47374*) 42

OEI

- ✧ Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale / *New Perspectives on Judicial Cooperation: the European Investigation Order in Criminal Matters*, di Francesca Ruggieri 131

Ordinamento penitenziario

- ✧ L'istanza riparatoria di cui all'art. 35 ter ord. pen. proposta dal detenuto in affidamento in prova al servizio sociale deve essere presentata al magistrato di sorveglianza e non al tribunale civile (*Cass., sez. I, 12 ottobre 2017, n. 47052*) 48

Polizia giudiziaria**– informativa (alla "scala gerarchica")**

- ✧ L'obbligo della polizia giudiziaria di trasmettere ai vertici le notizie concernenti le informative di reato / *The new legislation on police crime report*, di Orietta Bruno 143

Polizia ministero

- ✧ Il Regolamento (UE) 2017/1939 istitutivo della Procura europea (*Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea pubblicato il 31 ottobre 2017*) ... 25
- ✧ La effettività della funzione del pubblico ministero di direzione delle indagini e la legalità processuale / *The investigation's direction of prosecutor and the respect of legal rule*, di Teresa Bene 7

Responsabilità degli enti

- ✧ Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato (*L. 30 novembre 2017, n. 179 «Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato»*) ... 21

Ricorso per cassazione– *giudizio di rinvio*

- ✧ Giudizio di rinvio a seguito di annullamento: la decisione del tribunale del riesame va depositata in trenta giorni anche in caso di particolare complessità della motivazione (*Cass., sez. un., 18 ottobre 2017, n. 47970*) ... 43

Rogatorie

- ✧ Disposizioni di modifica del libro XI del codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniera (*D.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 «Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere»*) ... 19

Sentenze

- ✧ Disposizioni di modifica del libro XI del codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniera (*D.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 «Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere»*) ... 19