PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati

1-2019

Comitato di direzione:
Ennio Amodio, Lorena Bachmaier Winter, 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

Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro gli enti
Minimum perspectives about punishment versus legal entity

Nuove contestazioni e messa alla prova
New indictments and probation

Automatismi penitenziari e tutela del minore
Penitentiary presumptions and protection of the child's interest

Astensione collettiva degli avvocati e procedimento con detenuti
Lawyer strike, prisoners and criminal proceeding

Passenger Name Records, privacy e accertamento penale
Passenger Name Records, privacy and criminal proceedings

L'autodifesa esclusiva nel processo penale statunitense
Self Representation in U.S.A. Criminal Trials

G. Giappichelli Editore – Torino

Processo penale e Giustizia: Rivista telematica bimestrale pubblicata da G. Giappichelli s.r.l. – Registrazione Tribunale di Torino n. 2/2015 – ISSN 20394527 – Direttore Responsabile Prof. Adolfo Scalfati

PROCESSO PENALE E GIUSTIZIA

Diretta da Adolfo Scalfati 1-2019

Comitato di direzione:
Ennio Amodio, Lorena Bachmaier Winter, 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 2019 - 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
Lorena Bachmaier Winter, professore ordinario di Diritto processuale, Università Complutense di Madrid
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

Nucleo di Coordinamento

Teresa Bene, professore ordinario di procedura penale, Università della Campania L. Vanvitelli (*Sezioni Unite Corte di cassazione*)
Marilena Colamussi, professore associato di procedura penale, Università di Bari Aldo Moro (*Rassegna bibliografica*)
Paola Corvi, professore associato di procedura penale, Università Cattolica di Piacenza (*Decisioni in contrasto*)
Donatella Curtotti, professore ordinario di procedura penale, Università di Foggia (*Corte costituzionale*)
Rosa Maria Geraci, professore associato di procedura penale, Università di Roma, Tor Vergata (*Corte di Giustizia europea*)
Mitja Gialuz, professore associato di procedura penale, Università di Trieste (*Corte di Giustizia europea*)
Vania Maffeo, professore associato di procedura penale, Università di Napoli Federico II (*Novità sovranazionali*)
Carla Pansini, professore associato di procedura penale, Università di Napoli Parthenope (*Novità legislative interne*)
Alessandra Sanna, professore associato di procedura penale, Università di Firenze (*Rassegna bibliografica*)
Nicola Triggiani, professore ordinario di procedura penale, Università di Bari Aldo Moro (*De jure condendo*)
Cristiana Valentini, professore associato di procedura penale, Università di Ferrara (*Corte europea dei diritti dell'uomo*)
Daniela Vigoni, professore ordinario di procedura penale, Università di Milano Statale (*Novità sovranazionali*)

Responsabili della redazione

Giuseppe Biscardi
Orietta Bruno
Laura Capraro
Ada Famiglietti

Redazione

Teresa Alesci, assegnista di ricerca, Università della Campania L. Vanvitelli – *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 – *Francesca Delvecchio*, dottore di ricerca in procedura penale, Università di Foggia – *Alessandro Diddi*, professore associato di procedura penale, Università della Calabria – *Ada Famiglietti*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *Rita Lopez*, 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 – *Nicola Russo*, magistrato – *Alessio Scarcella*, magistrato – *Paolo Troisi*, ricercatore di procedura penale, Università di Roma Tor Vergata – *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
Giuseppe Bellantoni, professore ordinario di procedura penale, Università Magna Grecia di Catanzaro
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
Nicola Triggiani, professore ordinario di procedura penale, Università di Bari Aldo Moro
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*

ADOLFO SCALFATI
Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro gli enti / *To punish or to reintegrate? Minimum perspectives about punishment versus legal entity* 7

Scenari | *Overviews*

Novità legislative interne / *National Legislative News* (ADA FAMIGLIETTI) 13
Novità sovranazionali / *Supranational News* (VALENTINA VASTA) 18
De jure condendo (ORIETTA BRUNO) 23
Corti europee / *European Courts* (MARCO BASTIANELLO) 29
Corte costituzionale (DONATELLA CURTOTTI) 37
Sezioni Unite (PAOLA GAROFALO) 40
Decisioni in contrasto (PAOLA CORVI) 43

Avanguardie in giurisprudenza | *Cutting Edge Case Law*

Sì alla sospensione del procedimento con messa alla prova a seguito di nuova contestazione di una circostanza aggravante
Corte costituzionale, sentenza 21 marzo 2018, n. 141 – Pres. e Rel. Lattanzi 46
Nuove contestazioni e messa alla prova: non ancora completo il quadro dei rapporti tra modifiche dell'imputazione e accesso ai riti alternativi / *New indictments and probation: not yet complete the framework of relationships between changes' indictment and access to alternative proceedings* (LEONARDO NULLO) 53

Illegittimi gli sbarramenti di accesso all'assistenza in esterno alla prole per le condannate *ex* art. 4-*bis* ord. penit.
Corte costituzionale, sentenza 4 luglio 2018, n. 174 – Pres. Lattanzi; Rel. Zanon 61
Automatismi penitenziari e tutela del minore: la Consulta detta i criteri di bilanciamento / *Penitentiary presumptions and protection of the child's interest: the Constitutional Court sets the balancing criteria* (MARIA CHIARA SAPORITO) 67

La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità della disciplina che subordina l'astensione del difensore alla volontà dell'imputato detenuto
Corte costituzionale, sentenza 27 luglio 2018, n. 180 – Pres. Lattanzi; Rel. Amoroso 78
Astensione collettiva e procedimento con detenuti. La decisione della Consulta e le ricadute processuali / *Lawyers strike, prisoners and criminal proceeding. The decision and the processual impact* (TERESA ALESCI) 91

La Grande Camera ritorna sulla confisca urbanistica fissandone i margini di compatibilità con il principio di legalità penale e la presunzione di innocenza
Corte E.D.U., Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. c. Italia 99

Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia. A) I profili sostanziali / *Prescription, confiscation and trial in the G.I.E.M. and others c. Italy. A) Substantial aspects* (MARCO LO GIUDICE) 122

Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia. B) I profili processuali / *Prescription, confiscation and trial in the G.I.E.M. and others v. Italy. B) Procedural aspects* (ANTONINO PULVIRENTI) 130

Le Sezioni Unite ribadiscono la necessità di motivare il sequestro probatorio

Corte di cassazione, Sez. un., sent. 27 luglio 2018, n. 36072 – Pres. Carcano; Rel. Andreazza 140

Sequestro del corpo del reato e onere motivazionale: dopo un tormentato dibattito intepretativo raggiunto "forse" un punto fermo / *Seizure for evidentiary purposes and motivational burden: after a tormented interpretative debate, "perhaps" a firm point has been set up* (MARIA FRANCESCA CORTESI) 150

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

Passenger Name Records*, *privacy* e accertamento penale / *Passenger Name Records, privacy and criminal proceedings (PAOLO TROISI) 159

La captazione dei colloqui difensivi: novità legislative e ruolo della polizia giudiziaria / *Interception of lawyer-client dialogues: legislative changes and role of the judicial police* (GIORGIA PADUA) 179

La legge sui testimoni di giustizia: non più figli di un Dio minore / *The law on the witnesses of justice n. 6 of 2018: no more children of a minor God* (NICOLA RUSSO) 189

Analisi e prospettive | *Analysis and Prospects*

I recenti orientamenti in tema di revisione delle sentenze di proscioglimento con condanna al risarcimento / *The recent case law on the revision of the judgments on damages* (FRANCESCA DELVECCHIO) 202

L'autodifesa esclusiva nel processo penale statunitense / *Self Representation in American Criminal Trials* (ROSANNA GAMBINI) 214

La testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto delle conversazioni intercettate: quando la prassi dimentica il valore del principio di legalità della prova / *Police officers as witnesses about conversations obtained by wiretapping: when practice forgets the value of the principle of legality of evidence* (AGATA CIAVOLA) 222

Le cd. indagini "anfibie": linee di fondo sul controverso legame tra attività ispettive e processo penale / *Amphibious investigations: considerations on the controversial relationship between administrative inspections and criminal trial* (MATTEO RAMPIONI) 232

La controversa natura delle soglie di punibilità / *The controversial juridical nature of the limits of penal liability* (CARLO LONGARI) 249

Indici | *Index*

Autori / *Authors* 268

Provvedimenti / *Measures* 269

Materie / *Topics* 271

Editoriale | *Editorial*

ADOLFO SCALFATI

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

Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro gli enti

To punish or to reintegrate? Minimum perspectives about punishment versus legal entity

Il contributo verte sulla possibilità di adottare nel procedimento contro gli enti le clausole che permettono risposte non tradizionali, già note nell'ambito del giudizio penale nei confronti dell'imputato.

The contribution relate about the possibility to adopt in proceding against legal entity the clauses that already allow non traditional answers notes in the circle of the penal judgment towards the accused.

L'ALTERNATIVA ALLA PUNIZIONE

Attualmente, avanza una condivisibile linea di pensiero secondo la quale, in ottica di fondo, il catalogo delle pene vada arricchito con strumenti di risocializzazione non carcerari o non concentrati unicamente sulla sanzione pecuniaria. Il precipitato di tale prospettiva, peraltro già adottata nei segmenti giudiziari minorili e "periferici" (giurisdizione di pace), consiste sia nell'introduzione di attività (consensuali) riparatorie, sia nell'allestimento di percorsi partecipativi volontari volti a rivelare la compiuta auto-analisi del comportamento antisociale (messa alla prova), sia infine nella rapida via di fuga dal circuito giudiziario se il fatto, astrattamente illecito, non merita una condanna per la sua particolare tenuità.

Naturalmente, la sostituzione alla pena tradizionale si concentra in ambiti delittuosi meno allarmanti, per quanto rappresenti un fertile terreno di sperimentazione in vista di un più sistemico ripensamento del catalogo sanzionatorio; per altro verso, è abbastanza chiaro che, se un principale obbiettivo di politica criminale risiede nell'evitare la recidiva, la minaccia della pena tradizionale, in specie per delitti più gravi, può ancora rispondere ad esigenze di prevenzione con la quale bisogna fare i conti.

In ogni caso, sarebbe ingenuo pensare che il menzionato (e piuttosto recente) rinnovamento legislativo risponda ad esclusive logiche "di mediazione" tra il reo, da un lato, e la vittima o la società, dall'altro [1]. In realtà – sebbene non sia il momento per approfondite il tema – il complesso delle vigenti previsioni che attenuano l'ottica carcero-centrica già nella fase cognitiva del processo non sono frutto di un percorso meditato, come s'intuisce da alcune norme che paiono svincolare la condotta riabilitativa dall'influenza della vittima [2]; piuttosto, sembrano prevalere interessi di funzionalità tesi ad accrescere una logica deflattivo-negoziale della giustizia penale.

Pur stando così le cose, messa alla prova dell'imputato adulto, estinzione del reato per condotte riparatorie e non punibilità per particolare tenuità del fatto rappresentano – forse di riflesso – un passo avanti verso l'idea che rieducare è meglio di punire *tout court*.

[1] Sul tema, anche per le relazioni tra diritto e processo, A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*.

[2] Per gli aspetti interpretativi, tra gli altri, E. Mattevi, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017 n. 103*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 42 ss.

Immaginando, ora, un trascinamento di tale tendenza tra le coordinate della disciplina relativa alla responsabilità degli enti, si può ipotizzare che anche qui emerga, non tanto la necessità di adottare misure esclusivamente punitive (patrimoniali, interdittive, ablatorie) – quasi un contrappasso verso condotte che, tramite la commissione di taluni reati, alterano gli equilibri economici –, ma l'esigenza di aprire percorsi di recupero per l'ente imputato che, a certe condizioni, impediscano la tradizionale risposta afflittiva.

In quest'ottica, l'intermediazione giudiziaria potrebbe essere il laboratorio nel quale, anziché pregiudicare, si "sani" la struttura dell'ente, peraltro, a beneficio del contesto sociale; dinanzi ad una scarsa flessibilità dell'apparato sanzionatorio, il rischio è la polverizzazione dell'ente processato, verso il quale già le misure cautelari provocano intuibili effetti sul terreno economico.

Oltre che affidarsi, al riguardo, alle future scelte legislative – la creazione di istituti capaci di risolvere il giudizio di responsabilità coniugando esigenze di prevenzione con il mantenimento in vita della struttura economica –, *de jure condito* bisognerebbe verificare quali potrebbero essere i rapporti tra gli istituti "non punitivi" escogitati per la disciplina penale relativa alla persona fisica e il composto normativo concernente la responsabilità degli enti; in che limiti, insomma, la particolare tenuità del fatto, le condotte riparatorie contemplate dalla disciplina generale e la messa alla prova influenzino la responsabilità degli enti, nel duplice profilo dell'effetto indiretto conseguente all'uso di tali figure nel processo contro la persona fisica e del possibile trasferimento di queste ultime nel circuito giudiziario proprio dell'ente.

Due regimi a "vasi" poco comunicanti

La disciplina contenuta nel d.lgs. n. 231 del 2001, quanto alle sue coordinate di fondo, nasce volutamente ambigua, al punto da far discutere animatamente sulla veste da attribuire all'illecito dell'ente, la cui morfologia appare senza dubbio complessa; all'opposto, è esplicitamente prescritto che, salvo deroghe, gli strumenti dell'accertamento siano mutuati dalle regole del processo penale.

La disputa sulla natura della responsabilità (amministrativa, penale, *tertium genus*) produce riflessi sulla trasferibilità al settore in esame – al di là di esplicite norme che lo permettono in via frammentaria (artt. 2, 3 e 4, d.lgs. n. 231 del 2001) – degli statuti generali della legge penale, inclusi i caratteri di offensività e colpevolezza. Non si trascuri, comunque, come la presenza di un fatto di reato colpevole e antigiuridico rappresenti una rilevante "quota" del precetto legislativo che esprime la responsabilità dell'ente; cosicché, l'assenza di uno o più elementi costitutivi della fattispecie penale impedisce, per conseguenza, l'integrazione dell'illiceità specifica.

Naturalmente, ai fini della responsabilità dell'ente, un conto è il mancato configurarsi di un fatto colpevole e antigiuridico, altro conto è l'assenza di condizioni per l'applicabilità della pena all'autore del reato "presupposto" (clausole soggettive o oggettive di non punibilità; estinzione della pena): in questo caso è più arduo sostenere che la mancata punizione del reo influenzi il giudizio sull'ente [3].

Proprio a tal riguardo, peraltro, l'art. 8, d.lgs. n. 231 del 2001 esprime un principio di autonomia della responsabilità dell'ente (rispetto a quella che colpisce l'autore del reato "presupposto") sancendola anche quando: a) la persona fisica non è imputabile o è ignota; b) si verifica un'eventuale estinzione del reato diversa dall'amnistia. Piccoli ma speciali legami emergono, invece, sul terreno dell'accertamento giudiziario, nel senso che l'improcedibilità si estende anche alla vicenda dell'ente e la prescrizione del reato preclude la contestazione dell'illecito (artt. 37 e 60, d.lgs. n. 231 del 2001).

Possibilità di reciproche influenze: estinzione del reato per condotte riparatorie

Riprendendo i rapporti tra le menzionate formule parapunitive previste per l'illecito penale e l'impalcatura della responsabilità degli enti, si tratta di tema sopravvenuto alla disciplina introdotta con d.lgs. n. 231 del 2001, considerato che le prime costituiscono il frutto di recenti innovazioni nel tessuto del codice penale (artt. 131-*bis*, 162-*ter*, 168-*bis* ss. c.p.) con le quali l'ordito positivo del 2001 non poteva misurarsi. Nondimeno, l'approfondimento di tali relazioni nasce dall'esigenza di valutare se e in che modo oggi tali formule interagiscano con la responsabilità dell'ente.

[3] Cfr., A. Bernasconi, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e responsabilità dell'ente*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 761 ss.

Quanto all'estinzione del reato per condotte riparatorie, considerato che l'ammissibilità della formula è limitata ai reati procedibili a querela (162-*ter* c.p.), essa troverebbe ridotto spazio tra i "reati presupposto" richiamati dal d.lgs. n. 231 del 2001; ma la tematica potrebbe riprendere vigore se il legislatore decidesse di ampliare il catalogo degli illeciti che postulano la responsabilità degli enti, coinvolgendo in modo più massiccio le ipotesi procedibili a querela.

In ogni caso, la clausola estintiva specifica sembra non interagire con la vicenda dell'ente per due ragioni: 1) per espressa esclusione dell'art. 8, d.lgs. n. 231 del 2001, laddove attribuisce rilevanza all'estinzione del reato per la sola amnistia; 2) a causa della disciplina speciale che richiama le condotte riparatorie (artt. 12 e 17 stesso decreto) quali premesse per attenuare il trattamento sanzionatorio [4]. Insomma, per quanto si tratti di previsione introdotta nel codice penale successivamente al composto positivo in esame – profilo che in astratto non ne escluderebbe la portata estensiva – la specialità delle disposizioni racchiuse nel d.lgs. n. 231 del 2001 rende difficile sostenere che l'estinzione riparatoria di cui beneficia la persona fisica generi analoghi effetti nei confronti dell'ente o che la clausola contemplata dal codice penale possa essere trasferita direttamente nella disciplina speciale.

Un ritocco legislativo al riguardo sarebbe largamente auspicabile. Ma l'esigenza di ripensare ad un effetto estintivo per l'ente dipendente dalle cd. condotte riparatorie nasce anche da un dubbio di compatibilità costituzionale della disciplina: mettere a disposizione il profitto per la confisca, rivedere i modelli di organizzazione e risarcire il danno costituiscono attività che l'ente deve effettuare in *limine litis* per beneficiare dello sconto di pena. Tale comportamento imposto all'ente implica che si individui un danno, che emerga un profitto illecito e che i modelli organizzativi non siano idonei; sul piano processuale, tutto ciò richiede la rappresentazione di un sostegno indiziario di colpevolezza che costituisce un pre-giudizio inevitabile rispetto alla successiva valutazione proscioglimento/condanna, aspetto poco compatibile con il valore di neutralità da attribuire alle condotte dell'incolpato quale requisito richiesto dall'art. 27, comma 2 Cost. [5].

Peraltro, anche la disciplina vigente (artt 12 e 17 d.lgs. n. 231 del 2001) meriterebbe un tagliando: la "riparazione" prevista dalla disciplina degli enti, anche posta a confronto con l'art. 162-*ter* c.p., determina qualche incertezza applicativa, al punto da meritare, di per sé sola, un ripensamento in vista di una maggiore funzionalità giudiziaria.

Può accadere, per esempio, che il risarcimento e l'elisione delle conseguenze dannose o pericolose praticate nel giudizio contro la persona fisica, pur provocando l'estinzione del reato, sia persino più deleterio se la riparazione e il risarcimento sono già state interamente effettuati e l'ente non può più procedere a riparare alcunché. Tenendo separati i due canali della responsabilità, l'assenza di una condotta attiva della persona giuridica potrebbe considerarsi come preclusione a beneficiare della premialità sanzionatoria, con ulteriori implicazioni relative al divieto dell'ente di accedere al patteggiamento dinanzi ad una pena interdittiva non temporanea (art. 63, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001).

Può darsi, invece, che la riparazione sia realizzata direttamente dall'ente, per conseguire l'effetto estintivo verso l'imputato; poiché la disciplina non preclude una condotta attiva del terzo a beneficio dell'imputato, perlomeno quando si tratta di fornire una prestazione economica, niente esclude che la riparazione giovi anche all'ente.

Ma anche solo esaminando i contenuti degli artt. 12 e 17, d.lgs. n. 231 del 2001, risarcire il danno e riparare le conseguenze dannose o pericolose, secondo un disposto normativo soggiogato da una certa fissità, può non essere sempre semplice [6]; cosicché, un intervento normativo sarebbe parimenti auspicabile indipendentemente dalle correlazioni tra tale disciplina e quella che regola il giudizio contro l'imputato.

Si evidenziano perlomeno tre problematiche.

1) Quando l'illecito dell'ente pregiudica una serie indeterminata di soggetti, la ricerca e l'individuazione dei danneggiati potrebbe essere molto difficile. Ora, poiché non sarebbe ragionevole pensare che la condotta riparatoria sia applicabile solo dinanzi a danneggiati ben determinati, occorre valorizzare la clausola normativa secondo cui la riparazione è rilevante ogni volta in cui l'ente si è "efficacemente

[4] In materia, anche per gli utili richiami alla letteratura di settore, G. Varraso, *Un utile approfondimento della Suprema Corte in tema di misure cautelari interdittive e condotte riparatorie nel d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3393 ss.

[5] I rapporti tra condotte riparative e presunzione di non colpevolezza è recentemente trattato da H. Belluta, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 107 ss.

[6] A tal riguardo, le indicazioni di E. Dinacci, *La riparazione delle conseguenze del reato nell'illecito dell'ente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, p. 991 ss.

adoperato" (art. 17, comma 1, lett. *a*), d.lgs. n. 231 del 2001), non potendosi pretendere condotte inesigibili; resta il nodo dell'ampia discrezionalità giudiziaria a tal riguardo.

2) Perché il risarcimento abbia effetto, occorre mettere a disposizione il *quantum* economico in modo che i danneggiati lo acquisiscano indipendentemente dalla manifestazione di un ulteriore atto di volontà da parte dell'ente; il che impone alla persona giuridica di escogitare un contenitore dove collocare temporaneamente le somme o i beni nella esclusiva disponibilità dei danneggiati, questione non facile da risolvere. Per esempio, è stato ritenuta incongrua la costituzione di un trust, sostenendo che le somme ivi gestite non siano svincolate dalla disponibilità dell'ente [7].

3) Resta non regolata l'ipotesi che il danneggiato non accetti la proposta di risarcimento; tuttavia, è impensabile che il danneggiato condizioni la scelta che ricade sul trattamento sanzionatorio (art. 27, comma 3 Cost.); così, bisognerebbe adottare, anche nel giudizio contro l'ente, la clausola di salvezza – stabilita dall'art. 162-*ter* c.p. [8] – secondo cui ha ugualmente efficacia l'offerta risarcitoria non accolta qualora il giudice la ritenga esaustiva.

Segue: messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Anche l'introduzione della *probation* per l'imputato adulto rappresenta una forma di reazione dell'ordinamento diretta a fronteggiare, senza punire, la frattura sociale determinata dal reato; modello già sperimentato nella procedura per i minorenni, la messa alla prova contempla un programma riabilitativo e, se possibile, il ristoro verso la vittima, quali fattori di "rielaborazione personale" del crimine su base volontaria. La struttura assume una dimensione ibrida [9]: nel produrre l'estinzione del reato per esito positivo della prova, presenta una matrice sostanzialistica; tuttavia, la natura delle norme che connota la sua adozione concreta, insieme all'ampio margine di discrezionalità giurisdizionale desumibile dalle disposizioni, affonda le radici nel terreno processuale.

Non è difficile sostenere che l'estinzione del reato, determinatosi a seguito della messa alla prova adottata dall'imputato-persona fisica, non produca lo stesso effetto nel giudizio contro l'ente stante l'arti. 8, d.lgs. n. 231 del 2001, secondo cui l'amnistia è l'unica causa estintiva rilevante in entrambi i settori.

Piuttosto, con uno sforzo interpretativo accidentato sul piano dei rapporti tra la disciplina penale e quella del d.lgs. n. 231 del 2001 [10] – ma assai utile sul versante della complessiva stabilità economica e del recupero sociale dell'ente – si potrebbe trasferire nella materia giudiziaria in esame, adattandola, la procedura di messa alla prova di recente conio: il programma "riabilitativo" richiesto dall'art. 168-*bis* c.p. potrebbe consistere, ad esempio, nella rimodulazione dei modelli di organizzazione e controllo, insieme ad una condotta riparatoria consistente nel mettere a disposizione le risorse dell'ente a scopi sociali. Considerando, peraltro, che l'accertamento della responsabilità degli enti mutua le disposizioni del codice di procedura penale, salvo deroghe esplicite o motivi d'incompatibilità, l'uniformità processuale dell'accertamento potrebbe in astratto non vietare la trasposizione della disciplina di *genus* nell'ambito della vicenda giudiziaria dell'ente [11].

Naturalmente, si tratterebbe di soluzione-ponte nell'ottica di stimolare un intervento legislativo sul tema [12].

Quanto alla particolare tenuità del fatto, la giurisprudenza ha escluso che il beneficio adottato per la persona fisica influisca sulla responsabilità dell'ente [13], postulando che il principio di autonomia fissato dall'art. 8, d.lgs. n. 231 del 2001 stabilisce, quale unico punto d'incontro tra i due regimi, l'estinzione del reato per amnistia. Inoltre, si sostiene che la non punibilità richiede la sussistenza di un fatto illecito e colpevole; cosicché non verrebbe meno la configurabilità in concreto del reato presupposto. Si tratta di

[7] Cass., sez. II, 9 febbraio 2016, n. 11209.

[8] Sulla quale, tra gli altri, C. Perini, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato* ex *art. 162* ter *c.p.: deflazione senza* restorative justice, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 10, p. 1279.

[9] Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272.

[10] Si leggano le considerazioni elaborate nel paragrafo successivo.

[11] Nega tale possibilità, Tribunale di Milano, ordinanza 27 marzo 2017, est. Corbetta.

[12] Intervento legislativo propugnato da R.A. Ruggiero, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 171 ss.

[13] Cass., sez. III, 28 febbraio 2018, n. 9072.

lettura supportata da un'alta dose di formalismo e, sotto tale profilo, difficilmente superabile che, tuttavia, lascia irrisolto il profilo della punizione anche in caso di scarsa offensività dell'illecito penale [14]. Del resto, è ragionevole pensare che il fatto colpevole particolarmente tenue generi un danno altrettanto tenue quale conseguenza delle omissioni imputabili all'ente, con ogni intuibile implicazione quanto ad un trattamento diversificato tra imputato e persona giuridica.

C'è infine un interrogativo affascinante, quanto complesso, da sciogliere che tuttavia postula disamine di fondo più approfondite, inesigibili in questa sede: se è possibile esportare nel sistema della responsabilità degli enti la clausola di non punibilità per tenuità del fatto prevista dall'art. 131-*bis* c.p.

Il tema è analogo a quanto già detto per l'istituto della messa alla prova e, pertanto, molti dei successivi rilievi sono estensibili; anche se la componente essenzialmente oggettiva dei requisiti contemplati per dichiarare la speciale clausola di non punibilità può essere più facilmente compatibile – rispetto ai più articolati contenuti dell'art. 168-*bis* c.p. – alla complessa fattispecie che genera la responsabilità dell'ente. In altri termini, gli elementi costitutivi della non punibilità per particolare tenuità non appaiono distonici con un quadro normativo, quello sulla responsabilità dell'ente, incentrato su una dimensione non antropomorfica dell'autore.

La soluzione, però, non è semplice e dipende da una pluralità di sovra-quesiti.

Innanzitutto ci si domanda se e in quali limiti gli istituti penalistici siano esportabili nel perimetro della vicenda giudiziaria contro l'ente, profilo che a sua volta è influenzato dal quesito sulla natura della responsabilità, se di tipo penale o di tipo diverso; con l'effetto che, ove la si ipotizzi come una responsabilità penale, l'adozione delle cause di esclusione della pena non può *a priori* ritenersi preclusa; inseguendo simile prospettiva, si potrebbe tentare un'equiparazione strutturale della responsabilità dell'ente ad un fatto illecito colposo dovuto a negligenza organizzativa [15].

Inoltre, ci si chiede se la natura della sanzione, economica (per quote) e interdittiva, quale effetto della responsabilità dell'ente, rientri nel significato di "pena" come conseguenza di un illecito di tipo penale; una risposta affermativa permetterebbe una più adeguata compatibilità delle clausole di esclusione della pena previste in via codicistica. Milita a favore di una scelta positiva la nozione di "pena" derivante dalla giurisprudenza di Strasburgo laddove impone l'estensione delle garanzie fondamentali anche ai tipi di sanzione che l'ordinamento nazionale non collocherebbe tra quelle propriamente "penali" [16].

In linea generale, non sarebbe insormontabile l'obiezione – volendo accogliere la proposta espansiva – che il principio di legalità impedirebbe una lettura analogica delle previsioni codicistiche, trattandosi di una trasposizione con adattamenti *in bonam partem*, aspetto che sfugge ai rigidi criteri di orientamento derivanti dall'art. 25, comma 2 Cost.

Per concludere, attuare un'ottica (non punitiva ma) di "recupero" dell'ente imputato significherebbe sfruttare al meglio le previsioni inserite nella parte generale del codice penale, influendo per via interpretativa su una prassi sinora poco incline a letture più aperte sulle relazioni tra i due sistemi.

Certo, sono auspicabili interventi normativi di adeguamento, ispirati ad una logica "ripristinatoria", non solo tesa a favorire condotte di ravvedimento quali suture della lesione inferta, ma diretta anche a consentire il salvataggio dell'ente nel tessuto economico di appartenenza; una soluzione che può realizzarsi tramite una serie di ritocchi alla disciplina che graduino il tipo di risposta giudiziaria in rapporto alla dimensione degli enti, alla tipologia di reato presupposto, alla realizzazione di condotte virtuose *post factum*, alla predisposizione di un salvacondotto giudiziario nelle ipotesi di scarso rilievo e, nel complesso, all'accrescimento premiale fondato su logiche consensuali.

[14] In chiave critica, cfr. i rilievi di C. Marinelli, *Il processo all'ente in esito al proscioglimento dell'imputato per particolare tenuità del fatto: un percorso accidentato tra incoerenze sistematiche ed effetti del giudicato*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2807 ss.

[15] Sulle le diverse impostazioni che tendono a delineare la responsabilità dell'ente come una figura penalistica, D. Piva, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente: vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Arch. pen*, 2016, 1, p. 2 ss.

[16] Cfr., M.A. Bartolucci, *L'art. 8 dlgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, p. 12 dell'elaborato.



Processo penale e giustizia n. 1 | 2019

Scenari

Overviews

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE
NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di *Ada Famiglietti*

CONVERSIONE IN LEGGE, CON MODIFICAZIONI, DEL DECRETO-LEGGE 4 OTTOBRE 2018, N. 113, RECANTE DISPOSIZIONI URGENTI IN MATERIA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE E IMMIGRAZIONE, SICUREZZA PUBBLICA, NONCHÉ MISURE PER LA FUNZIONALITÀ DEL MINISTERO DELL'INTERNO E L'ORGANIZZAZIONE E IL FUNZIONAMENTO DELL'AGENZIA NAZIONALE PER L'AMMINISTRAZIONE E LA DESTINAZIONE DEI BENI SEQUESTRATI E CONFISCATI ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA. DELEGA AL GOVERNO IN MATERIA DI RIORDINO DEI RUOLI E DELLE CARRIERE DEL PERSONALE DELLE FORZE DI POLIZIA E DELLE FORZE ARMATE

(*L. 1 dicembre 2018, n. 132*)

La l. 1 dicembre 2018, n. 132 (*G.U.*, Sr. gen., 3 dicembre 2018, n. 281) ha convertito con modificazioni il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (*G.U.*, Sr. gen., 4 ottobre 2018, n. 231, per il cui commento si rimanda a *Novità legislative interne*, in questa *Rivista*, 2018, 6, p. 1026). Si tratta di un provvedimento dai contenuti eterogenei e con un ambito operativo che spazia dall'immigrazione e protezione internazionale alla sicurezza pubblica, passando per la lotta al terrorismo, fino all'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati alla mafia. In esso si prevede anche una delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate.

Il decreto sicurezza, come convertito e modificato dalla l. n. 132 del 2018, è entrato in vigore il 4 dicembre 2018 ed è composto da quaranta articoli, suddivisi nei seguenti quattro titoli:

1. disposizioni in materia di rilascio di speciali permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario, protezione internazionale e immigrazione;

2. disposizioni in materia di sicurezza pubblica, prevenzione e contrasto al terrorismo e alla criminalità mafiosa;

3. disposizioni per la funzionalità del Ministero dell'interno, per l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata;

4. disposizioni finanziarie e finali.

Uno dei punti nodali del provvedimento concerne l'abolizione della protezione umanitaria insieme alla possibilità di revoca della cittadinanza, in caso di condanna definitiva per reati di terrorismo o legati all'appartenenza ad associazioni sovversive. Come da più parti sottolineato, le nuove norme sono volte a ridurre le possibilità di accoglienza introducendo canoni più stringenti. In tale ambito si inserisce, con la conversione, il monitoraggio dell'andamento dei flussi migratori, effettuato dal Ministro dell'interno entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge, con l'obiettivo della progressiva chiusura delle strutture temporanee disciplinate dall'art. 11 d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142. In materia di interventi relativi alla protezione internazionale, la provenienza da un paese ritenuto di origine sicuro rappresenterà motivo per dichiarare infondata la domanda di protezione. L'elenco dei paesi di origine sicuri verrà stilato, aggiornato periodicamente e notificato alla Commissione Ue. Inoltre, la concessione della cittadinanza italiana, ai sensi degli artt. 5 e 9, è subordinata al possesso, da parte dell'interessato, di un'adeguata conoscenza della lingua italiana, non inferiore al livello B1 del Quadro comune europeo di riferimento per la conoscenza delle lingue (QCER).

Tra le innovazioni apportate in sede di conversione, si segnala l'obbligo di comunicazione al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, inserito nell'art. 11-bis l. 26 luglio 1975, n. 354. Secondo la nuova disposizione, gli istituti penitenziari e gli istituti a custodia attenuata per madri detenute trasmettono semestralmente al procuratore della Repubblica l'elenco di tutti i minori collocati presso di loro, con l'indicazione specifica della località di residenza dei genitori, dei rapporti con la famiglia e delle condizioni psicofisiche del minore stesso. Il procuratore della Repubblica presso il tribu-

nale per i minorenni, ogni sei mesi effettua o dispone ispezioni negli istituti e in ogni istante può procedere a ispezioni straordinarie. Inoltre, i pubblici ufficiali, gli incaricati di un pubblico servizio, gli esercenti un servizio di pubblica necessità, che entrano in contatto con il minore, debbono riferire al direttore dell'istituto su condotte del genitore pregiudizievoli al minore medesimo, che a sua volta ne darà immediata comunicazione al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni.

Sul versante processuale penale, si segnala l'inserimento del nuovo art. 387-bis c.p.p., dedicato agli adempimenti della polizia giudiziaria nel caso di arresto o fermo di madre di prole minorenne. In tale ipotesi, la polizia giudiziaria che ha eseguito l'arresto, senza ritardo, ne deve dare notizia al pubblico ministero territorialmente competente, nonché al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo dell'arresto o del fermo.

Viene, inoltre, inserito un comma 4-bis all'art. 293 c.p.p., a norma del quale è sancito l'obbligo di comunicazione di copia dell'ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere, a carico della madre di prole di minore età, al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo di esecuzione della misura. Analogamente, l'ordine di esecuzione della sentenza di condanna a pena detentiva nei confronti di madre di prole di minore età è comunicato al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo di esecuzione della sentenza, secondo quanto previsto dall'art. 656, comma 3-bis, c.p.p.

Infine, è istituito un apposito nucleo di polizia penitenziaria a supporto delle funzioni del procuratore nazionale antimafia con l'inserimento dell'art. 4-ter al capo II, titolo I, norme att. c.p.p. Nell'esercizio delle funzioni di cui all'art. 371-bis, commi 1 e 2, c.p.p. e con specifico riferimento all'acquisizione, analisi ed elaborazione dei dati, e delle informazioni provenienti dall'ambiente penitenziario, il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo si avvale di un apposito nucleo costituito, fino a un massimo di venti unità, nell'ambito del Corpo di polizia penitenziaria e composto da personale del medesimo.

Alcune novità introdotte dalla legge di conversione sono relative alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza urbana. Tra esse vanno annoverate l'introduzione del reato di «esercizio molesto dell'accattonaggio», ai sensi dell'art. 669-bis c.p., secondo cui chiunque esercita l'accattonaggio con modalità vessatorie o simulando deformità o malattie, o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà, è punito con l'arresto da tre a sei mesi e l'ammenda da 3.000 a 6.000 euro, con seguente sequestro dei proventi e delle cose servite o destinate a commettere l'illecito. Altre misure interessano la sicurezza nei pubblici esercizi con l'introduzione di nuove norme sulla prevenzione dei disordini negli esercizi e nei locali pubblici. Il questore può imporre il divieto di accesso ai locali nei confronti di persone condannate (anche in appello) per reati commessi in occasione di gravi disordini in locali pubblici, per reati contro la persona o relativi a stupefacenti. Il Daspo va da sei mesi a due anni, e può essere limitato per fasce orarie. Il provvedimento è notificato ai genitori, nel caso in cui siano interessati minori ultraquattordicenni.

Modifiche del Codice della strada disciplinano il fermo amministrativo, il sequestro e la confisca dei veicoli, nonché la lotta ai parcheggiatori abusivi. A tal fine, si segnala che il novellato art. 7, comma 15-bis, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 impone che l'esercizio non autorizzato dell'attività di parcheggiatore o guardiamacchine sia punito con una sanzione amministrativa pecuniaria da 771 a 3.101 euro. In caso di recidiva o impiego di minori, l'illecito è punito con l'arresto da sei mesi a un anno, l'ammenda da 2.000 a 7.000 euro e la confisca delle somme percepite.

Infine, per il miglioramento della sicurezza e della funzionalità delle strutture penitenziarie, sono stati stanziati 2 milioni di euro nel 2018; 15 milioni per il 2019 e 25 milioni per ciascun anno dal 2020 al 2025.

* * *

Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103

(*D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123*)

La riforma dell'ordinamento penitenziario è stata portata a compimento dopo un lungo e accidentato cammino, culminato con l'emanazione dei tre decreti legislativi 2 ottobre 2018, n. 121, 123 e 124

(*G.U.*, Sr. gen., 26 ottobre 2018, n. 250, *suppl. ord.* n. 50). Si tratta di tre provvedimenti che hanno dato parziale attuazione alla l. delega 23 giugno 2017, n. 103, nota come riforma Orlando: il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni; il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, di riforma dell'ordinamento penitenziario e, infine, il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124, concernente le disposizioni sulla vita detentiva e il lavoro penitenziario.

In particolare, il d.lgs. n. 123 del 2018 non ha attuato la delega volta a facilitare l'accesso alle misure alternative e l'eliminazione degli automatismi preclusivi.

Il decreto di riforma dell'ordinamento penitenziario risulta, pertanto, costituito da un capo I, dedicato all'assistenza sanitaria, da un capo II sulla semplificazione delle procedure, un capo III, contenente modiche in tema di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria, e un capo IV sulle disposizioni in tema di vita penitenziaria. Pertanto, la riforma approvata nel 2018 appare come la riscrittura in forma ridotta di quella licenziata dal precedente Governo, più che un superamento dell'assetto complessivo della stessa.

In materia di assistenza sanitaria, il d.lgs. n. 123 del 2018 conforma l'ordinamento penitenziario ai principi di cui al d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230, concernente il riordino della medicina penitenziaria, con l'operatività del servizio sanitario nazionale negli istituti di pena. La scelta di fondo è la tutela del diritto alla salute in condizioni di parità tra detenuti e internati, e soggetti liberi nell'ambito del diritto a fruire delle prestazioni garantite dal servizio sanitario nazionale.

Alcune novità interessano la disciplina della visita medica generale all'ingresso nell'istituto; il medico, fermo l'obbligo di referto, deve registrare nella cartella clinica tutte le informazioni relative a possibili maltrattamenti o violenze subite, e darne comunicazione al direttore dell'istituto e al magistrato di sorveglianza. Inoltre, si introduce la possibilità per il detenuto o l'internato di essere visitato, a proprie spese, da un esercente la professione sanitaria di fiducia. A tal fine, i detenuti possono richiedere, a proprie spese, l'effettuazione di interventi chirurgici nei reparti clinici interni al carcere, d'intesa con la Asl competente, unitamente a controlli sanitari nell'istituto da parte della Asl.

Il d.lgs. n. 123 del 2018, inoltre, attua la delega in materia di semplificazione dei procedimenti della magistratura di sorveglianza, con numerose modifiche delle disposizioni sia dell'ordinamento penitenziario sia del codice di procedura penale (artt. 3-8). In primo luogo, è ridisegnata in maniera sensibile la gamma delle competenze dell'autorità giudiziaria a seconda che vi sia o meno una condanna definitiva. Si prevede, prima della sentenza definitiva, l'intervento del giudice procedente (giudice per le indagini preliminari o funzionalmente competente nella fase o grado del giudizio non definito) e dopo, a seconda dei casi, del magistrato di sorveglianza o del tribunale di sorveglianza. Nell'ordinamento previgente, invece, il magistrato di sorveglianza provvedeva nei confronti degli imputati anche dopo la pronuncia della sentenza di primo grado. Pertanto la novella individua nella sentenza di condanna definitiva lo spartiacque tra le competenze del giudice di cognizione e quelle della magistratura di sorveglianza

Sono significative le modifiche apportate al procedimento di sorveglianza, con l'ampliamento dei casi in cui il tribunale di sorveglianza procede con rito semplificato, e l'introduzione di una nuova procedura semplificata e a contraddittorio eventuale per la concessione in via provvisoria delle misure alternative richieste, quando la pena da scontare, anche residua, non sia superiore a un anno e sei mesi.

Infine il decreto detta disposizioni sulle competenze degli uffici di esecuzione penale esterna e della polizia penitenziaria (artt. 9 e 10).

In particolare, la riforma estende le competenze degli uffici locali di esecuzione penale esterna, con l'assegnazione delle attività di osservazione del comportamento per l'applicazione delle misure alternative alla detenzione. E' previsto, inoltre, l'ampliamento dei compiti della polizia penitenziaria, che dovrà controllare l'osservanza delle prescrizioni impartite dalla magistratura di sorveglianza. Infine specifiche disposizioni sono dettate sulla vita all'interno del carcere (artt. 11 e 12).

Sono poi disciplinate apposite misure per favorire l'integrazione dei detenuti stranieri, tra cui si segnala l'art. 19 ord. penit. che prevede «l'insegnamento della lingua italiana e la conoscenza dei principi costituzionali». Inoltre, sono garantiti: un'alimentazione rispettosa del credo religioso e l'inserimento, tra il personale amministrativo degli istituti penitenziari, dei mediatori culturali e degli interpreti.

Ulteriori disposizioni tutelano i bisogni e i diritti delle donne detenute, con la previsione di sezioni adeguate per lo svolgimento delle attività trattamentali e l'affermazione della parità di accesso delle donne alla formazione culturale e professionale.

La novella persegue, infine, l'obiettivo di garantire il rispetto della dignità umana e la conformità della vita penitenziaria a quella esterna, con l'ampliamento delle ore minime che i detenuti possono tra-

scorrere all'aperto, la vicinanza del recluso al luogo di residenza, sia in fase di assegnazione dell'istituto sia in sede di trasferimento. Infine specifiche garanzie sono previste per i detenuti che possano essere discriminati a causa del proprio orientamento sessuale o della propria identità di genere, unitamente all'ampliamento dei diritti di informazione e comunicazione.

* * *

Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103

(*D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124*)

Il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124 (*G.U.*, Sr. gen., 26 ottobre 2018, n. 250, *suppl. ord.* n. 50) attua la delega in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario. In particolare, il decreto novella alcune norme dell'ordinamento penitenziario per assicurare una più ampia tutela dei diritti di detenuti e internati, sulla base del contributo fornito dalla Commissione Giostra e delle indicazioni provenienti dagli Stati generali dell'esecuzione penale. Il provvedimento individua nel lavoro lo strumento fondamentale per la realizzazione del trattamento rieducativo dei condannati, con la modifica dell'art. 20, l. 26 luglio 1975, n. 354, in tema di lavoro all'interno del carcere, che ammette sia i detenuti ospitati nelle strutture penitenziarie, sia coloro che si trovano in altre strutture privative della libertà, superando l'obbligatorietà del lavoro penitenziario. Sono, inoltre, inserite nuove norme in materia di lavoro di pubblica utilità (art. 20-ter ord. penit.) e remunerazione (art. 22 ord. penit.). È garantita l'assistenza ai detenuti nell'accesso alle prestazioni previdenziali e assistenziali e, a pena espiata, all'assegno di ricollocazione. Come già accennato in premessa, la riforma dell'ordinamento penitenziario non ha attuato tutte le deleghe conferite al Governo dalla l. n. 103 del 2017. In particolare, con la nuova legislatura, oltre alla delega per la revisione delle modalità di accesso alle misure alternative e delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari, non sono state esercitate le deleghe concernenti: la giustizia riparativa e la mediazione reo-vittima, intese come tappe salienti del percorso di recupero sociale sia in ambiente intramurario, sia nell'esecuzione delle misure alternative (lett. f); l'affermazione del diritto all'affettività (lett. n); la garanzia del rapporto tra detenute e figli minori (lett. s); la difesa della libertà di culto (lett. v).

* * *

Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103

(*D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*)

Il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121 (*G.U.*, Sr. gen., 26 ottobre 2018, n. 250, *suppl. ord.* n. 50) attua la delega relativa all'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni e dei c.d. giovani adulti, ossia coloro che non abbiano ancora compiuto i venticinque anni. Obiettivo dell'intervento normativo è conformare l'ordinamento alle pronunce della Corte costituzionale e agli impegni assunti dall'Italia in sede internazionale ed europea. Si introducono le misure penali di comunità, specificamente indirizzate ai condannati minorenni e giovani adulti: affidamento in prova al servizio sociale, affidamento in prova con detenzione domiciliare, detenzione domiciliare, semilibertà e affidamento in prova in casi particolari, c.d. affidamento terapeutico. Competente all'ammissione e alla revoca della misura di comunità è il tribunale di sorveglianza per i minorenni; l'applicazione in via provvisoria è affidata al magistrato di sorveglianza del luogo in cui la misura deve essere eseguita. Il provvedimento è adottato su richiesta dell'interessato, del difensore o dell'esercente la potestà genitoriale, se il condannato è minorenne, o su proposta del p.m. o dell'ufficio di servizio sociale per i minorenni.

Sono poi fissate specifiche disposizioni in materia di formazione e organizzazione degli istituti penitenziari per i minorenni, con particolare riferimento alle caratteristiche delle camere di pernottamento, che dovranno ospitare non più di quattro persone; alle ore di permanenza all'aperto, che dovranno essere almeno quattro al giorno. Si stabilisce che i detenuti siano ammessi a frequentare i corsi di istruzione, formazione professionale, d'intesa con istituzioni, imprese, cooperative o associazioni**,** al fine di garantire ai minori un'adeguata preparazione per l'accesso al mondo lavorativo. Specifiche norme, inoltre, tutelano l'affettività dei minori reclusi, con la previsione di colloqui mensili, telefonici, supporto psicologico, visite prolungate con familiari. Infine particolare attenzione è dedicata alle regole di comportamento negli istituti penitenziari minorili, alla sorveglianza dinamica e alle forme di custodia attenuata. Infine, la fase di dimissione del detenuto minorenne viene preparata e curata nei sei mesi precedenti dall'ufficio di servizio sociale per i minori, in collaborazione con l'area trattamentale.

NOVITÀ SOVRANAZIONALI
SUPRANATIONAL NEWS

di *Valentina Vasta*

Gli accordi di estradizione e di assistenza giudiziaria tra l'Italia e gli Emirati Arabi Uniti

Con la l. 11 ottobre 2018, n. 125 (*Gazz. uff.*, 30 ottobre 2018, n. 252) il Parlamento ha autorizzato la ratifica e l'esecuzione del Trattato di estradizione – con il relativo scambio di note del 27 novembre 2017 e del 17 gennaio 2018 – e del Trattato di assistenza giudiziaria in materia penale tra l'Italia e gli Emirati Arabi Uniti, conclusi entrambi ad Abu Dhabi, il 16 settembre 2015.

Tali Accordi avviano «un processo di sviluppo estremamente significativo dei rapporti italo-emiratini», con l'obiettivo di porre in essere «una stretta e incisiva collaborazione tra i due Paesi nel campo della cooperazione giudiziaria penale», imposta «da sempre più frequenti ed estesi rapporti tra i due Stati in molteplici settori», che recano «inevitabilmente con sé anche lo sviluppo di fenomeni criminali» (cfr. *Relazione illustrativa, Camera dei deputati-Disegno di legge* n. 344, p. 2 e 4).

Il Trattato di estradizione tra Italia ed Emirati Arabi Uniti

Come si legge nel preambolo, con il Trattato di estradizione gli Stati firmatari desiderano «promuovere un'efficace cooperazione tra i loro due Paesi con l'intento di reprimere la criminalità sulla base del reciproco rispetto della sovranità, dell'uguaglianza e del mutuo vantaggio».

Il Trattato, composto da 24 articoli, entrerà in vigore a decorrere dal trentesimo giorno successivo allo scambio degli strumenti di ratifica e si applicherà alle domande di estradizione presentate successivamente a tale data, anche se relative a reati commessi prima della sua entrata in vigore (art. 24).

Qualsiasi controversia sull'interpretazione o l'applicazione del Trattato dovrà essere risolta tramite consultazioni per via diplomatica (art. 23).

In ogni caso, le disposizioni contenute nel presente Atto non risultano incompatibili con altri Accordi in materia di estradizione a cui entrambe le Parti hanno aderito (art. 21).

L'art. 1 definisce il dovere reciproco di estradizione in capo a ciascuna Parte, ove l'altra ne faccia richiesta, delle persone che si trovino all'interno del proprio territorio e siano ricercate dalle Autorità giudiziarie dell'altro Stato, per sottoporle a procedimento penale o eseguire una condanna definitiva a pena detentiva o altro provvedimento privativo della libertà personale.

L'estradizione può essere concessa purché sia rispettata la c.d. clausola di "doppia incriminazione", ossia è necessario che il fatto costituisca reato in entrambi gli ordinamenti, senza che, a tal fine, rilevi la sua diversa qualificazione o denominazione giuridica nelle legislazioni nazionali (art. 2, par. 2). In ambito fiscale, tuttavia, l'estradizione è possibile anche nel caso di differenti discipline interne in materia di tasse, imposte, dazi e cambi (art. 2, par. 3).

È necessario, nel caso di estradizione processuale, che il reato per cui si procede sia punito, in entrambi gli Stati, con la pena detentiva non inferiore ad un anno (art. 2, par. 1, lett. *a*); nel caso di estradizione esecutiva, che la durata della pena o della restrizione della libertà personale sia, al momento della presentazione della richiesta, di almeno sei mesi (art. 2, par. 1, lett. *b*).

Ferma restando la previsione bilaterale del fatto, laddove la richiesta di estradizione riguardi più reati è sufficiente che per uno solo di essi siano rispettati i limiti fissati dall'art. 2, par. 1.

Se, invece, la domanda di estradizione ha ad oggetto un reato commesso al di fuori dello Stato richiedente, essa è concessa purché la legge dello Stato richiesto preveda la competenza dell'Autorità nazionale per un reato della stessa natura commesso al di fuori del suo territorio (art. 2, par. 4).

Il Trattato, rispettivamente agli articoli 3 e 4, distingue tra motivi di rifiuto obbligatori e facoltativi alla domanda di estradizione.

Nella prima categoria, in base all'art. 3, rientrano, in linea con i principi ormai consolidatisi nelle discipline pattizie internazionali (cfr. *Relazione illustrativa, Camera dei deputati-Disegno di legge*, n. 344, p. 2), i casi in cui: si proceda o si sia proceduto per reati di natura politica – tra i quali non rientrano quelli di terrorismo e, per gli Emirati Arabi Uniti, quelli di aggressione contro il Presidente dello Stato o del suo vice o contro il Capo del governo o un componente del Consiglio Supremo, o loro familiari, per l'Italia, quelli di omicidio o contro la vita, l'integrità fisica o la libertà di un Capo di Stato o di Governo o loro familiari, ed, infine, qualsiasi altro reato non considerato tale da trattati, convenzioni o accordi di cui sono parte gli Stati contraenti – (lett. *a*) o per un reato esclusivamente militare, nell'ordinamento dello Stato richiesto (lett. *i*); vi siano fondati motivi per ritenere che l'estradando possa essere perseguito o punito per ragioni di razza, sesso, religione, condizione sociale, nazionalità o opinioni politiche o che la sua posizione nel processo penale possa essere pregiudicata per uno di tali motivi (c.d. clausola di non discriminazione) (lett. *b*); l'accoglimento della domanda di estradizione da parte dello Stato richiesto potrebbe comprometterne la sovranità, la sicurezza, l'ordine pubblico, o altri suoi interessi essenziali, ovvero causare conseguenze contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento (lett. *k*).

Inoltre, la domanda di estradizione deve essere rifiutata se: la persona richiesta è già stata giudicata in via definitiva nello Stato richiesto (divieto di *bis in idem*) (lett. *g*); sia intervenuta la prescrizione del reato o della pena (lett. *h*); vi siano fondati motivi per ritenere che l'estradando sia stato o possa essere sottoposto a tortura o ad un trattamento crudele, inumano o degradante, ovvero ad un procedimento penale che non assicuri il rispetto dei diritti fondamentali di difesa (lett. *e*); le Autorità dello Stato richiedente abbiano emesso la sentenza in contumacia, quando la persona richiesta non sia stata sufficientemente informata del processo a suo carico, con la possibilità di predisporre la sua difesa, senza che sia prevista, per tali ipotesi, la possibilità che sia celebrato un nuovo processo in sua presenza (lett. *f*); lo Stato richiesto abbia concesso asilo politico all'estradando (lett. *j*).

Costituisce, infine, un motivo di rifiuto obbligatorio il fatto che per il reato per il quale viene richiesta l'estradizione sia prevista, nello Stato richiedente, una pena vietata in quello richiesto (lett. *c*), oppure sia punito con la pena di morte nel primo e non nel secondo, salvo che la stessa non sia stata inflitta o, se inflitta, la Parte richiedente si impegni a non eseguirla (lett. *d*). Tale ultima disposizione è stata oggetto di uno scambio di note interpretativo tra l'Ambasciata d'Italia in Abu Dhabi e il Ministero degli affari esteri e della cooperazione (MOFAIC) degli Emirati Arabi Uniti, in esito al quale i Governi hanno concordato che «qualora la pena di morte sia stata inflitta, l'estradizione potrà essere concessa solo se la parte richiedente ha adottato una decisione irrevocabile che commuti la pena di morte in una pena diversa, nel pieno rispetto della legge della parte richiesta». L'art. 3, par. 1, lett. *b*), così interpretato risulta essere conforme alla previsione contenuta nell'art. 698, comma 2, c.p.p., come sostituito dall'art. 5, comma 1, della l. 21 luglio 2016, n. 149 (cfr. *Analisi tecnico-normativa, Camera dei deputati–Disegno di legge*, n. 344, p. 16).

I motivi di rifiuto facoltativo, ai sensi dell'art. 4, riguardano i casi in cui, per il medesimo reato per cui l'estradizione è stata domandata, penda, o sarà avviato, un procedimento penale nei confronti della persona richiesta (lett. *a*), e sussistano motivi di carattere umanitario che, valutate l'età e le condizioni di salute dell'estradando, risultino incompatibili con l'accoglimento della domanda di estradizione, tenuto conto della gravità del reato e degli interessi dello Stato richiedente (lett. *b*).

Ai sensi dell'art. 5, la Parte richiesta può, altresì, rifiutare la consegna del proprio cittadino. In tali ipotesi, sottopone la persona richiesta a procedimento penale, in conformità al diritto interno e su domanda dello Stato di emissione, fornendogli le relative informazioni rispetto alle attività svolte.

La domanda di estradizione deve essere formulata per iscritto, nella lingua dello Stato richiedente, accompagnata da una traduzione nella lingua di quello richiesto o in inglese (art. 7, par. 3) e inviata per via diplomatica tramite le Autorità centrali, che l'art. 6 individua, per entrambe le Parti, nel Ministero della giustizia. La stessa, ai sensi dell'art. 7, par. 1, deve contenere: l'indicazione dell'Autorità richiedente; i dati anagrafici e le altre informazioni che servono ad indentificare la persona richiesta; la descrizione dei fatti oggetto della domanda; copia certificata del testo delle disposizioni di legge che qualificano il fatto come reato, prevedono il relativo trattamento sanzionatorio e disciplinano il regime della prescrizione; copia dell'ordinanza che applica le misure cautelari (in caso di estradizione processuale) e della sentenza di condanna e dell'ordine si esecuzione, con indicazione della pena inflitta e di quella residua da scontare (in caso di estradizione esecutiva).

Lo Stato di esecuzione può richiedere informazioni supplementari che devono essere fornite entro i successivi quarantacinque giorni, decorsi i quali la domanda di estradizione si intende rinunciata, ferma restando la facoltà di reiterare la richiesta per la medesima persona e per il medesimo reato (art. 8).

La decisione è adottata dalle Autorità dello Stato richiesto in conformità al diritto interno e deve essere prontamente comunicata alla Parte richiedente, anche nel caso di mancato accoglimento, con specifica indicazione dei motivi di rifiuto (art. 9).

In presenza di domande concorrenti nei confronti della medesima persona, provenienti da una Parte contraente e da Paesi terzi, per lo stesso o diversi reati, lo Stato richiesto dovrà decidere a quale dare esecuzione, valutati: la sussistenza di una convenzione in materia di estradizione; la gravità dei reati; il tempo e il luogo di commissione del fatto; la nazionalità e la residenza abituale dell'estradando; la data di presentazione delle relative richieste (art. 13).

All'art. 12, il Trattato prevede, inoltre, che nei casi di urgenza possa essere avanzata richiesta di arresto provvisorio – contenente le informazioni di cui all'art. 7, par. 1 – tramite le Autorità centrali o INTERPOL, unitamente alla dichiarazione che verrà successivamente presentata formale domanda di estradizione. La parte richiesta adotta le relative misure coercitive necessarie ad assicurare la custodia della persona richiesta (art. 12, par. 3). Le stesse, tuttavia, perderanno efficacia se la relativa domanda di estradizione non perverrà entro quarantacinque giorni – prorogabili di ulteriori quindici giorni su istanza della Parte richiedente – dall'arresto (art. 12, par. 4). Anche in tal caso, potrà comunque essere concessa l'estradizione nei confronti della medesima persona e per il medesimo reato, laddove venga presentata la relativa richiesta in conformità alle disposizioni del presente Trattato (art. 12, par. 5).

L'estradizione può essere concessa anche attraverso la procedura semplificata prevista dall'art. 16, sulla base della sola domanda di arresto provvisorio qualora l'arrestato presti il proprio consenso di fronte ad un'Autorità competente dello Stato richiesto, con l'assistenza di un difensore, previa informazione del carattere irrevocabile della propria dichiarazione, del diritto di avvalersi di un procedimento formale di estradizione e dell'applicazione del principio di specialità.

In ogni caso, se viene concessa l'estradizione, la consegna della persona richiesta deve avvenire entro trenta giorni nel luogo e con le modalità concordate dagli Stati. Se entro tale termine lo Stato di emissione non prende in consegna l'estradando, quest'ultimo deve essere rimesso in libertà – fatti salvi i casi di forza maggiore per cui gli Stati dovranno concordare una nuova data – e ciò costituisce motivo facoltativo di rifiuto di una successiva ed eventuale nuova richiesta di estradizione nei confronti del medesimo soggetto per lo stesso reato (art. 14).

Inoltre, nel caso in cui l'estradato fugga ritornando nel territorio dello Stato richiesto prima che si sia concluso il procedimento penale o la pena sia stata eseguita, lo stesso può essere nuovamente estradato in forza di una nuova richiesta per il medesimo reato, senza che sia necessario allegare la documentazione prevista dall'art. 7, par. 1 (art. 14, par. 5). Il periodo trascorso dalla persona richiesta in stato di custodia, compresi gli arresti domiciliari, tra la data dell'arresto e quella di consegna, è computato dallo Stato richiedente agli effetti della custodia cautelare, nelle ipotesi di estradizione processuale, e della pena da eseguire, in quelle di estradizione esecutiva (art. 14, par. 6).

Il Trattato dispone anche che la consegna possa essere differita qualora, all'interno dello Stato richiesto, sia in corso un procedimento penale o l'esecuzione di una pena, nei confronti dell'estradando, per un reato diverso da quello per cui è stata concessa l'estradizione, fino alla conclusione del procedimento o all'esecuzione della condanna (art. 15, par. 1). In tali ipotesi, però, lo Stato richiesto può anche procedere alla consegna temporanea del soggetto per consentire lo svolgimento del procedimento penale, per il tempo e secondo le modalità convenute dalle Parti. Il periodo di detenzione espiato nello Stato richiedente è computato ai fini della pena da eseguire in quello richiesto (art. 15, par. 2). La consegna può, inoltre, venire differita se il trasferimento dell'estradando nel territorio della Parte richiedente potrebbe metterne a rischio la vita o aggravarne le condizioni di salute (art. 15, par. 3).

Il presente Accordo, all'art. 17, prevede anche che lo Stato richiedente possa domandare il sequestro di cose pertinenti al reato che siano nella disponibilità della persona richiesta e che si trovino nel territorio dello Stato di esecuzione. La misura viene disposta in conformità e nei limiti della disciplina nazionale e la consegna delle cose sequestrate avviene nel caso in cui venga concessa l'estradizione, anche quando questa non possa aver luogo per morte, irreperibilità o fuga dell'estradando.

Laddove sussista, però, un pregiudizio per i diritti o gli interessi legittimi della Parte richiesta o di un terzo, lo Stato richiedente restituisce, senza oneri, le cose consegnate appena possibile dopo la conclusione del procedimento.

L'art. 18 disciplina specificamente il transito nel territorio di una delle Parti, di un soggetto estradato da uno Stato terzo verso uno degli Stati contraenti, a meno che non vi ostino ragioni di ordine pubblico.

Il Trattato enuncia, inoltre, all'art. 10, il principio di specialità: la persona estradata non può essere sottoposta, nello Stato richiedente, a procedimento penale, esecuzione di una pena o di qualunque altro provvedimento limitativo della libertà personale per un reato diverso da quello per cui l'estradizione è stata richiesta e commesso prima della consegna. Come di consueto, costituiscono eccezioni a tale regola le ipotesi in cui la persona estradata, una volta allontanatasi dal territorio dello Stato richiedente, vi faccia volontariamente ritorno (lett. *a*) oppure non lo lasci nei quarantacinque giorni successivi a quando avrebbe potuto farlo (lett. *b*). In questi casi non opera, per la Parte richiedente, il divieto di riestradizione ad uno Stato terzo previsto dall'art. 11.

La garanzia del principio di specialità, infine, non trova applicazione qualora lo Stato richiesto acconsenta a che quello richiedente persegua la persona estradata o proceda all'esecuzione di una condanna nei suoi confronti per un reato diverso rispetto a quello per cui l'estradizione è stata concessa (lett. *c*).

L'Accordo prevede, poi, che siano a carico dello Stato richiesto le spese sostenute per la procedura di estradizione (art. 19, par. 1) e quelle di custodia e mantenimento della persona richiesta nel proprio territorio (art. 19, par. 2), e a carico dello Stato richiedente quelle relative al trasporto e al transito dell'estradato e delle cose sequestrate (art. 19, par. 4); le Parti mantengano la riservatezza e la segretezza della documentazione e delle informazioni fornite o ricevute durante la procedura di estradizione e successivamente alla consegna (art. 22).

Lo Stato richiedente è impegnato a fornire a quello che ha concesso l'estradizione informazioni che riguardano il procedimento o l'esecuzione della pena a carico dell'estradato, così come l'eventuale sua estradizione ad uno Stato terzo (art. 20)

Il presente Trattato può essere modificato in via consensuale (art. 24, par. 3), mentre ciascuna Parte può, in ogni momento, deciderne la cessazione degli effetti tramite comunicazione all'altra per via diplomatica, che avrà effetto trascorsi sei mesi dalla data di esecuzione di quest'ultima, eccezion fatta per i procedimenti già iniziati precedentemente (art. 24, par. 4).

Il Trattato di assistenza giudiziaria in materia penale tra Italia ed Emirati Arabi Uniti

In base all'art. 1 del Trattato di assistenza giudiziaria, l'Italia e gli Emirati Arabi Uniti s'impegnano a prestarsi «reciprocamente assistenza in materia penale», e cioè, nello specifico, in relazione a investigazioni, indagini o procedimenti aventi ad oggetto un qualsiasi tipo di reato la cui competenza si radica in capo alle Autorità nazionali dello Stato richiedente, al momento in cui la domanda di assistenza venga da questi proposta (art. 1, par. 2). In ogni caso, il presente Trattato, da un lato, non produce effetti su eventuali altri obblighi già in essere tra l'Italia e gli Emirati Arabi Uniti, né impedisce di cooperare sulla base di altri accordi, intese o qualsiasi altra fonte (art. 4) e, dall'altro lato, non esonera le Parti dagli obblighi nascenti da altri trattati internazionali (art. 23). Eventuali controversie sorte in ordine all'interpretazione o all'applicazione del Trattato devono essere risolte dalle Autorità centrali o, in mancanza di una soluzione concordata, per via diplomatica (art. 24).

L'oggetto dell'assistenza è individuato dall'art. 1, par. 4, e comprende: l'acquisizione di prove o l'assunzione di dichiarazioni (lett. *a*); la trasmissione di documenti, atti, elementi di prova e informazioni, anche relative a conti bancari o presso istituti finanziari (lett. *b*); le informazioni su procedimenti penali pendenti, precedenti penali e condanne inflitte dalle Autorità dello Stato richiesto in relazione ai cittadini della Parte richiedente (lett. *h*); l'individuazione di cose o l'identificazione di persone (lett. *c*); la notifica di atti (lett. *d*); l'esecuzione di perquisizioni e sequestri (lett. *e*); gli accordi necessari per la citazione di soggetti, siano essi detenuti o meno, nei procedimenti penali in corso di fronte alle Autorità dello Stato richiedente (lett. *f*); l'individuazione, il sequestro preventivo, il pignoramento e la confisca dei proventi del reato e delle cose pertinenti al reato, nonché la loro eventuale restituzione (lett. *g*). La norma contiene, poi, una formula di chiusura, per la quale, conformemente alle disposizioni del presente Trattato ed alla legge dello Stato di esecuzione, l'assistenza si estende a «tutti gli atti ritenuti necessari dalla Parte richiedente» (lett. *i*).

Ai sensi dell'art. 2, le Parti possono, altresì, scambiare informazioni relative alle leggi nazionali e alle prassi giudiziarie in relazione all'applicazione dello stesso Accordo.

Rimangono, invece, esclusi dall'applicazione del Trattato l'arresto o la custodia di persone finalizzati alla loro estradizione, il trasferimento di procedimenti penali e di persone detenute a fini esecutivi, così come l'esecuzione delle sentenze penali, se non per quanto già consentito dalla legge interna dello Stato di esecuzione (art. 3).

La richiesta di assistenza giudiziaria deve essere formulata per iscritto e trasmessa in via diplomatica per il tramite delle Autorità centrali. Lo Stato richiedente, tuttavia, ha la facoltà di inviare, in via preliminare, la domanda a mezzo fax o tramite posta elettronica, dandone conferma entro trenta giorni per via ordinaria. La stessa deve recare il contenuto dettagliatamente previsto dall'art. 6, par. 2 e deve essere tradotta nella lingua ufficiale dello Stato richiesto oppure in inglese e presentare la firma ufficiale e il sigillo delle Autorità competenti, così come la relativa documentazione allegata (art. 6, par. 4).

Lo Stato di esecuzione può richiedere informazioni supplementari, qualora ritenga insufficienti quelle contenute nella domanda di assistenza, al fine di darvi corso (art. 7).

Ai sensi dell'art. 8, par. 1 costituiscono motivi di rifiuto obbligatori i casi in cui: l'assistenza venga domandata per un reato di natura politica (lett. *a*), o esclusivamente militare (lett. *b*), oppure in relazione al quale sia già stata pronunciata una sentenza definitiva di condanna o di assoluzione, scontata una pena o concessa la grazia (lett. *c*); si ritenga che la domanda sia stata avanzata per motivi discriminatori o possa compromettere la sovranità, la sicurezza, l'ordine pubblico o altri interessi fondamentali dello Stato. Il par. 2 prevede, invece, i motivi di rifiuto facoltativi, che sono: l'irrilevanza penale del fatto nell'ordinamento della Parte richiesta (lett. *a*); i casi di *bis in idem* – procedimento penale in corso o sentenza definitiva per il medesimo reato nello Stato richiesto – (lett. *b*); la contrarietà della domanda all'ordinamento interno (lett. *c*).

È, invece, espressamente previsto che l'assistenza non possa essere rifiutata in ragione del segreto imposto da banche o altri istituti finanziari o perché il reato si considera anche di natura fiscale (art. 8, par. 3).

In ogni caso, prima di rifiutare la richiesta, lo Stato di esecuzione deve vagliare la possibilità di concederla a determinate condizioni, che, se accettate, la Parte richiedente deve rispettare (art. 8, par. 5).

Laddove la richiesta sia rifiutata deve esserne data tempestiva comunicazione alla Parte richiedente, specificandone i motivi. Quando, invece, viene accettata è prontamente eseguita dalle Autorità dello Stato di esecuzione secondo la legge interna, o in conformità alle modalità indicate da quello richiedente, nella misura in cui ciò sia consentito dal diritto nazionale. Inoltre, le persone specificatamente indicate nella relativa domanda di assistenza possono essere presenti allo svolgimento degli atti richiesti purché ciò non contrasti con l'ordinamento interno (art. 9, par. 2).

La Parte richiesta può, altresì, rinviare l'esecuzione della domanda in due ipotesi: quando potrebbe interferire con un procedimento penale in corso nel proprio territorio, e nel caso abbia ad oggetto la consegna di documenti, necessari nell'ambito di procedimenti civili in corso, dovendone fornire, se domandata, copia autentica (art. 9, par. 4).

Il Trattato pone, poi, specifici obblighi in capo alla Parte richiedente, prevedendo che essa restituisca il materiale fornito dallo Stato di esecuzione quando non sia più necessario per ciò che era stato richiesto (art. 10); si adoperi affinché le informazioni e le prove siano protette da smarrimento, alterazione, divulgazione e accessi non autorizzati (art. 11, par. 5), non siano utilizzate per fini diversi da quelli per cui l'assistenza è stata domandata, senza il consenso dell'altra Parte (art. 11, par. 4).

Entrambi gli Stati, invece, devono garantire la riservatezza in ordine alla domanda di assistenza, alla relativa documentazione e agli atti compiuti (art. 11).

Seguono, poi, disposizioni di dettaglio con riferimento all'esecuzione dei singoli atti che possono essere oggetto della richiesta di assistenza giudiziaria.

L'art. 22, infine, prevede che lo Stato richiesto sia tenuto a predisporre quanto necessario per la rappresentanza di quello richiedente nell'ambito di tutti i procedimenti sorti in relazione alla domanda di assistenza giudiziaria, e a sostenere le spese per l'esecuzione della richiesta di assistenza, fatta eccezione per quelle di viaggio, soggiorno e indennità delle persone richieste per rendere testimonianza o fornire assistenza, e per quelle relative agli onorari dei periti e alla traduzione di documenti. Laddove, invece, l'esecuzione della richiesta comporti spese straordinarie, la relativa regolamentazione è rimessa agli accordi tra le Parti.

Con riguardo all'entrata in vigore, alla modifica e alla cessazione del Trattato, valgono le stesse regole già riferite *supra* (*sub* A) a proposito del Trattato di estradizione.

DE JURE CONDENDO

di *Orietta Bruno*

ISTITUZIONE DEGLI ALBI DEI CONSULENTI TECNICI E DEI PERITI PRESSO IL TRIBUNALE ORDINARIO

Tra le recenti proposte di legge si inserisce la numero C. 816, d'iniziativa degli on. Grimoldi, Ribolla e Lucchini, recante: «*Modifiche al codice di procedura civile, al codice di procedura penale e alle disposizioni per la loro attuazione, relative ai consulenti tecnici e ai periti iscritti negli albi presso i tribunali, nonché istituzione delle associazioni degli iscritti negli albi del tribunale*». È stata presentata il 28 giugno 2018, ma assegnata solo di recente (in data 29 ottobre 2018) alla Commissione Giustizia della Camera.

Assai numerosi sono i cambiamenti che vorrebbero apportarsi agli artt. 232 e 68 ss., rispettivamente del codice di rito penale e delle relative norme di attuazione; previsioni, queste, che disciplinano, l'una, la liquidazione del compenso al perito, le altre, annoverato l'art. 67 norme att. c.p.p., la creazione di albi dei consulenti tecnici e dei periti presso il singolo tribunale ordinario.

L'obiettivo è riempire di contenuti la dicitura «speciale» – riferita alla competenza nel proprio settore – quale requisito che l'interessato deve possedere per iscriversi nei menzionati elenchi. In effetti, spiega la *Relazione di accompagnamento al disegno di legge*, la genericità della locuzione in parola non permette di fissare, in maniera inequivoca, quali debbano essere le «capacità» che il richiedente deve possedere. Unitamente alla formazione scolastica o universitaria, «dovrebbero essere documentabili anche una significativa esperienza lavorativa nel settore di competenza, nonché una buona conoscenza delle (…) procedure giudiziarie, maturata e assimilata [pure attraverso] idoneo tirocinio». Insomma, dal momento che la relazione del tecnico è destinata ad un pratico del diritto, le deduzioni devono essere effettuate in maniera che possano essere utili all'accertamento. Peraltro, il parere del consulente o del perito incide, inevitabilmente, sulla decisione del magistrato, riflettendosi, a cascata, su coloro che pretendono di ottenere giustizia; ecco che l'incarico deve essere conferito a chi sa muoversi consapevolmente in ambito giudiziario. Sono queste le ragioni per cui è diventato indispensabile esplicare la nozione «speciale», attestando le cognizioni nel campo per il quale si chiede l'iscrizione, la padronanza delle disposizioni di legge che il tecnico non può, di fatto, ignorare e l'aver frequentato un periodo di *training*.

Altro presupposto necessario per l'inclusione negli albi dei tribunali è l'inserimento nel rispettivo ordine o collegio professionale, spesso mancante quando l'incarico è conferito ai pubblici dipendenti; l'innovazione, allora, vorrebbe superare ogni problematica al riguardo affiancando agli ordini e collegi professionali sia le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, sia le associazioni degli iscritti negli albi del tribunale, anch'esse di nuova configurazione, ove possono essere registrati coloro che non esercitano attività libero-professionale.

Da ultimo – si scorge nelle note illustrative – il d.d.l. in esame prospetta di rivisitare il tema dei compensi del consulente o perito: si intenderebbe correggere, per l'esattezza, il profilo circa i tempi di erogazione del corrispettivo e la sicurezza della riscossione, con l'innesto di regole semplici e chiare che dovrebbero impedire esegesi distinte manifestatesi nella prassi. Il mutamento di prospettiva consisterebbe nell'abolizione di ogni obbligo di legge sui pagamenti per il ruolo di consulente o perito giudiziario. Costoro, poi, all'atto della riscossione, dovrebbero emettere semplice quietanza.

I criteri che hanno guidato la stesura delle paventate novità sono comuni alle due procedure, civile e penale. Per quanto attiene quest'ultima, gli artt. 7, 8 e 9 d.d.l. integrano le norme di attuazione del codice di procedura penale; in particolare, l'art. 9 introduce il nuovo art. 69 *bis* che delinea le caratteristiche essenziali delle associazioni degli iscritti negli albi del tribunale. L'art. 10, infine, perfeziona l'art. 232 c.p.p., tracciando una puntuale disciplina della menzionata retribuzione del perito.

Scendendo nel concreto, è bene approfondire tratteggiando ogni singolo aspetto. L'art. 68 del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271, relativo alla formazione e revisione dell'albo dei periti, andrebbe sostituito nel modo che segue: «1. L'albo dei periti previsto dall'articolo 67 è tenuto a cura del presidente del tribunale ed è formato da un comitato da lui presieduto e composto dal procuratore della Repubblica presso il medesimo tribunale e dal presidente del consiglio dell'ordine forense. 2. Se il richiedente è iscritto a un ordine o collegio professionale, il corrispondente consiglio designa il proprio delegato presso il comitato. 3. Se il richiedente è iscritto nell'albo dei periti e degli esperti della camera di commercio, industria,

artigianato e agricoltura, quest'ultima designa il proprio delegato presso il comitato. 4. Se il richiedente non è iscritto in nessun albo professionale, deve essere iscritto all'associazione degli iscritti negli albi del tribunale, che provvede alla designazione. 5. Il comitato decide sulle richieste di iscrizione e di cancellazione dall'albo. 6. Il comitato può assumere informazioni e delibera a maggioranza dei voti. In caso di parità dei voti, prevale il voto del presidente. 7. Il comitato provvede ogni due anni alla revisione dell'albo, cancellando gli iscritti che si trovano nelle situazioni previste dall'articolo 69, comma 3, o per i quali è sorto un impedimento a esercitare l'ufficio di perito o che non hanno partecipato a nessun corso di formazione, di aggiornamento o di approfondimento organizzato dall'ordine o collegio professionale o dalla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o dall'associazione degli iscritti negli albi del tribunale».

Subirebbe una metamorfosi anche il disposto dell'art. 69 disp. att. c.p.p. volto a regolamentare i titoli imposti per l'iscrizione all'albo dei periti; come già anticipato, riportando i ragguagli che giustificano la voluta innovazione legislativa, il soggetto deve essere fornito di un *background* almeno quinquennale nel proprio campo, contezza dei principi che si pongono alla base degli incombenti peritali in seno alla procedura giudiziaria, partecipazione ad adeguato tirocinio. All'istanza per l'iscrizione, da presentarsi al presidente del tribunale, devono essere unite una serie di attestazioni quali l'estratto dell'atto di nascita, il certificato generale del casellario giudiziale e quello di residenza in un comune situato nella circoscrizione del tribunale, le qualifiche e la documentazione capace di dimostrare le cognizioni e la pregressa esperienza del richiedente. L'art. 69 disp. att., nella nuova formulazione, al comma 3, dovrebbe delineare i limiti alla iscrizione nell'albo; non possono ottenerla, si legge, le persone che abbiano riportato una condanna, con sentenza irrevocabile, alla pena della reclusione per un delitto non colposo, salvo che sia intervenuta la riabilitazione; quelle che si trovano in una delle situazioni di incapacità previste dall'art. 222, comma 1, lett. *a*), *b*) e *c*) c.p.p. e, infine, gli individui che, iscritti in un albo professionale, ne sono stati cancellati o radiati a seguito di provvedimento disciplinare definitivo. Testualmente, «La richiesta di iscrizione nell'albo resta sospesa per il tempo in cui la persona è imputata di delitto non colposo per il quale è consentito l'arresto in flagranza ovvero, se iscritta in un albo professionale, ne è sospesa».

Spetta alla norma di nuovo conio, l'art. 69 *bis*, disp att. c.p.p., elencare il materiale a cui si riferisce il precedente art. 69, comma 2, disp. att. c.p.p. Giova riportarne per intero il dettagliato contenuto per comprenderne la portata. Ebbene, i documenti dovuti sono quelli sull'«esperienza lavorativa maturata in almeno cinque anni di attività, rilasciati dai datori di lavoro presso i quali il richiedente ha esercitato la propria attività»; la «conoscenza delle regole che disciplinano le procedure giudiziarie e al tirocinio nel campo della perizia giudiziaria, rilasciati dalle associazioni degli iscritti negli albi del tribunale di ogni settore». V'è un comma 2 per il quale «È consentita una sola associazione degli iscritti negli albi del tribunale per ogni tribunale ordinario». Si continua: «3. Le associazioni degli iscritti negli albi del tribunale operano sotto il controllo del presidente del tribunale, hanno sede legale presso la cancelleria ed esercitano le seguenti funzioni: a) organizzazione e realizzazione dei corsi di base sulle consulenze e perizie giudiziarie, allo scopo di fornire un'informazione adeguata sulle regole procedurali, nonché la conoscenza delle norme dei codici rilevanti per il perito; b) organizzazione e realizzazione del tirocinio, che consiste nell'affiancare al tirocinante un esperto con funzioni di tutore; c) organizzazione e gestione di seminari di approfondimento o aggiornamento su questioni specifiche, nell'ambito degli aspetti rilevanti, per il perito, delle procedure giudiziarie. 4. Le associazioni, con proprio statuto e regolamento approvati dal presidente del tribunale competente, definiscono criteri e modalità di svolgimento dei corsi, dei tirocini e dei seminari, nonché criteri e modalità per l'accoglimento delle domande di iscrizione all'associazione. 5. Le associazioni svolgono i loro compiti senza oneri a carico del bilancio dello Stato, finanziandosi esclusivamente tramite i contributi degli iscritti all'associazione e le quote di partecipazione ai corsi, ai seminari e ai tirocini. 6. Le associazioni inviano annualmente al presidente del tribunale competente una relazione sull'attività svolta, l'elenco degli iscritti all'associazione, gli elenchi dei partecipanti ai corsi e ai seminari, i risultati delle attività di tirocinio e il rendiconto finanziario, che deve evidenziare entrate e uscite. 7. Su richiesta del giudice, l'associazione fornisce, per ogni iscritto negli albi, l'elenco dei corsi, dei tirocini e dei seminari di approfondimento e di aggiornamento cui l'iscritto ha partecipato. 8. Associazioni diverse possono concertare ed elaborare contenuti e modalità uniformi di realizzazione dei corsi di base e dei tirocini e formare un unico elenco dei periti che vi hanno partecipato. Tale elenco è annualmente messo a disposizione dei presidenti dei tribunali ordinari».

Altra norma da novellare sarebbe l'art. 232 c.p.p. riguardante, come detto in precedenza, la liquida-

zione del compenso al perito: «1. Il compenso al perito è liquidato, entro un mese dal deposito della perizia in cancelleria, con decreto del giudice che ha disposto la perizia, secondo le norme delle leggi speciali. Il compenso, esente da ogni incombenza di legge, deve essere erogato al perito entro un mese dalla data del decreto di liquidazione».

L'ultima novità (art. 11 d.d.l.) è dedicata alla disciplina transitoria, stabilendosi, alla lettera, che «Nelle more dell'istituzione delle associazioni degli iscritti negli albi del tribunale, il presidente del tribunale designa il membro del comitato di cui all'articolo 68, comma 4, delle norme di attuazione del codice di procedura penale, scegliendolo tra gli iscritti negli albi dei periti del tribunale». Allo stesso modo, il comma 3 dell'art. 11 stabilisce che «Nelle more dell'istituzione delle associazioni degli iscritti negli albi del tribunale, coloro che presentano domanda dopo la data di entrata in vigore della presente legge possono essere iscritti con la condizione che partecipino ai corsi di base e ai tirocini dopo la loro attivazione da parte delle associazioni».

Il progetto – che intreccia modifiche della normativa vigente e profili di autentico rinnovamento – anche se ambizioso, è da valutare positivamente. Considerata la valenza in sede processuale dell'opera del tecnico e i risvolti che ha a fini decisori, si attribuisce rilievo alla sua specializzazione che, solida, puntualmente comprovata e da coltivare nel tempo, deve diramarsi sino a ricomprendere pure un bagaglio nozionistico a livello processuale penale. Notevole apprezzamento deve esprimersi rispetto alle istituende associazioni degli "immatricolati" negli albi dei tribunali per la loro funzione d'ausilio al presidente di questi ultimi, di perno nella formazione e nell'aggiornamento degli iscritti o aspiranti tali e pianificazione di corsi base in ordine alle procedure giudiziarie vigenti negli Stati dell'UE ove molti esperti hanno interesse ad esercitare il lavoro; il tutto, in aderenza alla diffusione, nel nostro Paese, di una affannosa ricerca di professionalità nel circuito accertativo.

Abolizione della pena dell'ergastolo

«(…). Il carcere non ha, non può avere, una funzione solo punitiva. Deve averne anche una riabilitativa. E il diritto alla vita è il primo, intangibile, [di quelli] dell'uomo. (…) Anche nel caso dell'ergastolo lo Stato finisce, a ben vedere, per appropriarsi della vita di una persona e in questo vi è una sproporzione della pena nei confronti del reato, una irrimediabilità, che è difficile da comprendere, soprattutto pensando alla responsabilità delle istituzioni a che le pene inflitte siano sempre giuste e tendenti ad emendare il colpevole di un crimine. Nel pieno rispetto delle vittime dei reati, la presente proposta di legge prevede dunque l'abolizione della reclusione perpetua».

Così esordisce la *Relazione* che introduce il disegno di legge (voluto dagli on. Speranza e Conte) C. 834 dal titolo «*Modifiche al codice penale concernenti l'abolizione della pena dell'ergastolo*». Del resto, osservano i fautori del progetto, quella relativa all'ergastolo, è una problematica oggetto di discussione sin da quando fu scritto il terzo comma dell'art. 27 della Carta fondamentale che attribuisce alle sanzioni un fine rieducativo e pone il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità; il che, nella convinzione, da parte dei Costituenti, che a risolvere le questioni in materia dovesse essere il legislatore ordinario mediante una rivisitazione generale del sistema delle pene. Il nocciolo duro sta nell'incongruenza tra il recupero, cui la punizione dovrebbe tendere, e l'assenza di scopo (*rectius*: di un obiettivo che coincide con la morte del condannato). L'istituto in disamina striderebbe con uno Stato di diritto quale il nostro, ponendosi come una sorta di «corpo estraneo», in antinomia con la Costituzione in quanto comporta «un allontanamento definitivo» della persona dalla collettività senza che si ravveda e recuperi la dignità e quella «indispensabile dimensione sociale che caratterizza l'essere umano». Si rimanda, non a torto, alla pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo n. 3896 del 9 luglio 2013 che, per la prima volta, ha asserito: «l'ergastolo senza l'opportunità di liberazione anticipata o di revisione della pena è una violazione dei diritti umani, poiché l'impossibilità della scarcerazione è un trattamento degradante nei confronti del prigioniero, con conseguente violazione dell'art. 3 della» Cedu.

Di conseguenza, con una proposta ardita, che consta di sei previsioni, l'ultima delle quali dedicata all'entrata in vigore del provvedimento, si suggerisce di abolire l'ergastolo, sostituendolo con la reclusione per un periodo di anni trenta, la pena massima temporanea individuata dal sistema vigente. Sullo sfondo una *ratio* stringente: «Alla base del progetto della nostra democrazia repubblicana c'è la persona, ci sono le persone, con la loro dignità e la loro unicità. Esistono tutte le condizioni, oggi, per tenere fede a questo principio e per far compiere al nostro Paese un importante passo di civiltà».

Si parte dalla prevista sostituzione dell'art. 17 c.p. che dovrebbe essere mutato come segue: «(*Pene principali, altre pene e sanzioni sostitutive*). – Le pene principali stabilite per i delitti sono la reclusione e la multa. Le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono l'arresto e l'ammenda. La legge prevede i casi e le condizioni per l'applicazione di altre pene e di sanzioni sostitutive delle pene principali e ne determina la specie».

Dovrebbe essere intaccata anche la norma successiva del c.p., l'art. 18, che reciterebbe in questa maniera: «(*Denominazione e classificazione delle pene principali*). – Sotto la denominazione di pene detentive o restrittive della libertà personale la legge comprende la reclusione e l'arresto. Sotto la denominazione di pene pecuniarie la legge comprende la multa e l'ammenda».

Poi, si intenderebbe abrogare l'art. 22 c.p. Mentre gli artt. 4 e 5 del progetto di legge rappresentano entrambi l'autentica novella in argomento: il primo condensa che «La pena dell'ergastolo irrogata prima della data di entrata in vigore della presente legge è sostituita con la pena della reclusione per un periodo di trenta anni»; il secondo, «Fatto salvo quanto previsto dalla presente legge, nel codice penale e nel codice di procedura penale, nonché nelle altre disposizioni dei codici, delle leggi e dei regolamenti vigenti, il riferimento alla pena dell'ergastolo è da intendersi sostituito con il riferimento alla pena della reclusione per un periodo di trenta anni».

Quello analizzato è un d.d.l. destinato a scuotere le coscienze prima ancora che gli interpreti, gli operatori e la classe politica; di certo, farà dibattere, conducendo a spaccature nette tra coloro che sono favorevoli e gli altri contrari. Pertanto, giungere ad una sua approvazione sarà complicato. Si vuole evidenziare, al momento, rinviando a più approfondite discussioni, che, sebbene sia da rifiutare la (da varie parti reputata) sovrapposizione pena perpetua-pena di morte, l'ergastolo è una sanzione che, in linea teorica, urta con le finalità rieducative pretese dalla Costituzione e, in generale, di reinserimento del condannato: costui, privo di ogni spinta nel contesto carcerario, difficilmente comprenderà la gravità del suo comportamento, pentendosene e mettendosi nelle condizioni di essere ricollocato nella società.

La delega al governo per la riforma del codice di procedura penale

L'idea di ritoccare pesantemente il codice di procedura penale con un lavorio che partisse dalle radici, ha attraversato la vita politica degli ultimi anni. Si è assistito, nondimeno, ad operazioni di ortopedia legislativa di tipo settoriale che hanno generato distonie e incongruenze difficili da "correggere" sul piano applicativo.

Soltanto di recente si è abbozzato, per volontà degli on. Vitali e Mallegni, un disegno di legge, S. 802 – presentato il 19 settembre 2018 ed attribuito alla Commissione Giustizia del Senato in data 20 novembre 2018 – contenente, appunto, la «*Delega al Governo per la riforma del codice di procedura penale*».

Spicca tra le righe che illustrano i contenuti della proposta l'intento principale della stessa: riformare quei segmenti della disciplina processual-penalistica che servono a rafforzare le garanzie difensive e ad assicurare la ragionevole durata dell'*iter* accertativo che, per dettame costituzionale, connota il "giusto" processo. Una *guide-line*, questa, che non consente di perdere di vista la componente efficientistica del sistema e la salvaguardia dei diritti, anzitutto dell'imputato.

Non è revocabile in dubbio che il d.d.l. creerà discrasie in dottrina e in sede di eventuale dibattito legislativo. Alle mirabili motivazioni di fondo corrisponde, infatti, un intervento "a chiazze" non facilmente innestabile e coordinabile su e con quanto rimarrebbe inalterato. Colpisce, altresì, che alcuni dei segmenti del c.p.p. che si vorrebbero modificare sono stati oggetto di recente riordino mercé la c.d. "legge Orlando" e i d.lgs. che l'hanno attuata; lo sguardo cade principalmente sul comparto delle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni (la cui entrata in vigore è "slittata" al 2019) che è stato demolito per soddisfare il diritto alla riservatezza del singolo e dei terzi inconsapevolmente ascoltati, le medesime che, inspiegabilmente, costituirebbero, ancora una volta, la ragione di questo ulteriore affondo. Lo stesso deve dirsi per l'impianto delle impugnazioni che, emendato e snellito per assicurare i principi di ragionevole durata ed economia processuale, verrebbe di nuovo inciso in virtù di analoghi scopi. È facile presagire che dietro la innovazione si nasconda una mera idea politica di tessuto diverso e non la reale, ponderata volontà di architettare un processo penale "studiato" in linea con i disposti sovraordinati, comunitari e internazionali.

Venendo al testo e premesso che si segue la tecnica di fornire delle direttrici di delega, risultando opportuna una valutazione che partorisca un impianto sistematico, il progetto di legge è scandito in nove

articoli il primo dei quali reca l'elenco delle materie sulle quali agire: «Il Governo è [deputato] ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con l'osservanza dei principi e criteri (…) di cui agli articoli da 2 a 7, uno o più decreti legislativi per la riforma organica [di tali] istituti del codice di procedura penale: a) custodia cautelare; b) dibattimento; c) intercettazioni telefoniche; d) termini per le indagini preliminari; e) impugnazioni; f) esecuzione penale».

L'art. 2, invece, tocca l'esigenza cautelare dell'inquinamento probatorio; in ipotesi di applicazione del vincolo della custodia in carcere, si statuisce 1) l'obbligo di instaurare il giudizio immediato nel termine massimo di sessanta giorni dall'esecuzione della misura (autentica criticità in quanto la restrizione finisce per configurare una condanna anticipata); 2) il dovere, da parte del pubblico ministero, di depositare la documentazione completa di tutti gli atti compiuti al momento della richiesta della misura.

Piuttosto articolato si mostra l'art. 3 del disegno di legge dedicato al frangente dibattimentale i cui principi fondamentali, quali l'oralità, l'immediatezza, l'imparzialità e terzietà del giudice, sono rimasti lettera morta; la disposizione, poi, sancisce: che «l'udienza e il giudizio debbano concludersi nell'unità giornaliera fissata per l'inizio del dibattimento»; «in caso di impedimento delle persone che partecipano al processo», il rinvio dell'udienza al giorno immediatamente successivo alla cessazione dell'impedimento medesimo»; il rinvio «possa essere consentito solo per il tempo strettamente necessario allo svolgimento di atti istruttori complessi»; che «il fascicolo per il dibattimento debba contenere esclusivamente l'atto di rinvio a giudizio»; che l'utilizzabilità degli atti acquisiti nelle fasi precedenti sia trattata e decisa nella prima udienza dibattimentale»; la «limitazione [,] da parte del giudice del dibattimento [,] alla [verifica] dei risultati dell'istruzione condotta nel contraddittorio tra le parti»; la «delimitazione dei poteri [dell'organo giurisdizionale] in fase di ammissione della prova»; la soppressione dei poteri istruttori [del decidente] nell'acquisizione della prova»; la «immutabilità del capo di imputazione posto a base del giudizio dibattimentale»; il «superamento dell'udienza preliminare e istituzione di [un contenitore filtro] (…) in sede dibattimentale, dedicata alla programmazione dell'[istruttoria] (…) con introduzione dei mezzi di prova da ammettere liberamente, con la sola esclusione di quelli vietati dalla legge»; la «previsione del potere del giudice (…) di escludere i mezzi di prova solo allorché si rivelino, in concreto, superflui o irrilevanti»; «definizione della prova indiziaria e dei criteri della chiamata di correo».

Di particolare interesse l'art. 4 della proposta di cui si discute rivolto alle captazioni sonore. Ci si propone – lo si evince dalla *Relazione* che anticipa il d.d.l. – di contemperare le necessità investigative con il diritto dei cittadini a vedere tutelata la loro riservatezza, soprattutto quando estranei al procedimento. Il diritto all'intangibilità della vita privata e familiare e la libertà di ricevere e di comunicare informazioni o idee costituiscono valori fondamentali della persona, espressamente garantiti sia nella Costituzione (artt. 13 e 15 Cost.), sia nella Cedu (artt. 8 e 10). Sulla scia di tali principi, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che presupposti essenziali per garantire un'adeguata protezione della *privacy* sono la definizione delle categorie di persone assoggettabili ad intercettazione, la natura dei reati che vi possono dar luogo, la fissazione di un termine massimo per la durata delle operazioni e la salvaguardia degli interlocutori che siano casualmente attinti dalle captazioni senza aver alcun collegamento con l'oggetto delle indagini in corso di svolgimento. Questo, di conseguenza, il testo dell'articolo alla lettera che, tuttavia, per come architettato, volutamente o meno, si presenta alquanto generico e, se inteso restrittivamente, mal si presta a raggiungere le finalità prefigurate: «1. Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, lettera *c*), il Governo provvede a riformare (…) la disciplina delle intercettazioni telefoniche attenendosi [a ciò]: a) svolgimento [degli ascolti probatori] effettuabili nei confronti di un indiziato e loro sottoposizione a garanzie di rigido controllo giurisdizionale; b) subordinazione dell'utilizzabilità delle [risultanze], rispetto a qualunque decisione giurisdizionale, alla condizione dell'integrale trascrizione».

L'art. 5 reca una revisione dei termini dell'inchiesta preliminare, consentendo una maggiore efficienza del procedimento. L'articolo prevede, inoltre, l'introduzione di opportune sanzioni processuali qualora si verificassero ritardi nell'iscrizione delle notizie di reato. Si dice: «1. Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 1, lettera *d*), il Governo provvede a [rinnovare la tempistica delle] indagini (…): a) (…) il termine massimo per le [investigazioni è] di sei mesi prorogabili fino a un anno dalla data dell'iscrizione della [*notitia criminis*] nel registro generale delle notizie di reato, che non può avvenire oltre il termine di sette giorni dal ricevimento da parte del competente ufficio della procura della Repubblica; b) in caso di superamento di ognuno dei termini di cui alla lettera *a)*, nullità del procedimento e [mancata spendibilità] di tutti gli atti (…) compiuti; c) introduzione di [idonee conseguenze giuridiche] per il ritardo nelle iscrizioni delle notizie di reato nell'apposito registro generale o per altre condotte di elusione dell'obbligo di legge di immediata iscrizione».

Al fine di impedire che il procedimento possa svolgersi, magari per anni, prima che ne sia dichiarato un vizio, è stato pensato l'art. 6 che introduce procedure incidentali di impugnazione in ordine alle invalidità in grado di inficiare la prosecuzione del processo, da svolgere in tempi brevi e secondo cadenze definite in modo preciso e tassativo. Cosicché, si mette nero su bianco quello che il Governo dovrà fare: a) al fine di impedire che il processo possa protrarsi nel tempo, prima che ne sia dichiarato un vizio, [giova introdurre] una procedura incidentale di impugnazione in ordine [a quelli] in grado di inficiare la prosecuzione del processo; b) con riferimento all'appello: 1) [l']ampliamento del diritto alla prova delle parti nel giudizio di appello, al fine di consentire un pieno controllo del giudizio di primo grado; *2)* [l']inappellabilità, da parte del pubblico ministero, della sentenza di assoluzione dell'imputato; c) [in relazione] al giudizio in Cassazione: 1) [l']introduzione di un effettivo controllo di logicità del giudizio di merito; 2) un[a] rigoros[a] [valutazione] di correttezza argomentativa; 3) [una severa verifica] di natura sostanziale con riferimento agli errori nella ricostruzione del fatto, ai travisamenti, alle sviste e a tutte le errate conclusioni adottate dal giudice di merito».

L'art. 7 interviene sulla riforma dell'esecuzione penale permettendo a chi sia condannato ingiustamente di avviare il procedimento di esecuzione per rimuovere le situazioni giuridiche determinate dalla sentenza ingiusta. Da ultimo, l'art. 8 definisce le procedure per l'esercizio della delega e il successivo art. 9 dispone che dall'attuazione della legge e dei decreti legislativi da essa previsti non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

CORTI EUROPEE
EUROPEAN COURTS

di *Marco Bastianello*

ASSENZA DI UNO STRUMENTO RIPARATORIO CONTRO LA PERQUISIZIONE ARBITRARIA

(*Corte e.d.u., 27 settembre 2018, Brazzi c. Italia*)

Il caso verte su un ricorso presentato dal Sig. Marco Brazzi contro la Repubblica italiana: il ricorrente denunciava una violazione ingiustificata dell'inviolabilità del proprio domicilio, così come previsto dall'art. 8 Cedu. Viene qui alla luce una lacuna fondamentale del sistema nostrano: l'assenza di un controllo giurisdizionale – sia *ex ante*, sia *ex post* – sulla legalità e sulla necessità della perquisizione, compiuta in corso di indagini.

Nello specifico, il ricorrente fu sottoposto a verifica fiscale da parte della procura della Repubblica di Mantova: lo stesso era indagato per reati tributari, in quanto, nonostante fosse residente in Germania, aveva mantenuto il proprio domicilio fiscale in Italia, così non pagando l'Iva e l'imposta sul reddito per l'anno 2003.

Nel prosieguo di tale procedimento, il 6 luglio 2010 la guardia di finanza fu autorizzata dalla procura di Mantova ad entrare nell'abitazione del Brazzi per cercare documenti incriminanti, relativi alla sua situazione fiscale. Gli agenti si recavano, così, nella residenza del ricorrente e, vista la sua mancanza, richiedevano al fratello l'accesso al locale, senza, però, motivare in alcun modo la richiesta.

Il Brazzi per motivi familiari si trovava in Germania ed era legittimamente impossibilitato a presenziare: tanto bastava a fare cessare il primo tentativo di accesso da parte della forza pubblica.

Il 13 luglio 2010 il procuratore di Mantova, visti gli indizi che avevano raggiunto l'interessato, ordinava nuovamente la ricerca ed il sequestro dei documenti contabili, da reperirsi nel locale di disponibilità dell'attuale istante.

La polizia giudiziaria effettuava, così, una seconda perquisizione, stavolta compiuta alla presenza del padre, posto che – come s'è visto – il sig. Brazzi risiedeva in Germania, Paese nel quale regolarmente versava le imposte; detta ultima circostanza era dimostrata, poi, da una memoria difensiva, depositata dal difensore del richiedente il 30 agosto 2010. La nuova ricerca si rivelava del tutto infruttuosa, e il 15 settembre 2010 il procuratore presentava richiesta di inazione al giudice per le indagini preliminari, che archiviava il caso con decreto del 7 ottobre 2010.

Nell'agosto 2010 – e, quindi, prima di avere avuto contezza della chiusura del procedimento a suo carico – l'odierno istante presentava ricorso per cassazione, sostenendo l'illegittimità dell'ordinanza di perquisizione del 13 luglio 2010: a suo avviso, infatti, la verifica della sua situazione fiscale avrebbe potuto essere effettuata in altri modi, più efficaci e meno invasivi. Il ricorso venne dichiarato inammissibile dalla Suprema Corte; non è previsto, infatti, alcun tipo di doglianza avverso un provvedimento che dispone una perquisizione: esso poteva essere solamente oggetto di riesame, ai sensi dell'art. 257 c.p.p., qualora, espletato con esito positivo, vi avesse fatto seguito un sequestro. Non solo, secondo il Collegio, in caso di violazione delle norme relative allo svolgimento della perquisizione, erano possibili solo sanzioni disciplinari contro gli agenti di polizia tributaria operanti.

Il Sig. Brazzi proponeva, allora, un ricorso individuale davanti alla Corte e.d.u., sostenendo di avere subito una grave interferenza nel diritto all'inviolabilità domiciliare: in base alla sua prospettazione, i finanzieri italiani avrebbero fatto meglio – e con risultati più veloci ed efficaci – a consultare l'amministrazione tedesca, e questo in conformità della normativa bilaterale in materia fiscale, vigente tra Germania ed Italia e concernente casistiche relative proprio a questa tipologia di situazioni. Non solo, il Brazzi aveva specificato di essere completamente disposto a collaborare con le autorità italiane per fornire tutto l'aiuto possibile in tale vicenda, ma, nonostante ciò, le autorità persistevano nella volontà di procedere alla perquisizione, secondo istruzioni vaghe ed imprecise. Lo stesso ricorrente lamentava, quindi, di non avere potuto disporre di un controllo effettivo della misura istruttoria adottata nei suoi confronti.

Coerentemente con quanto sostenuto dal Brazzi, il governo non contestava che la perquisizione in argomento avesse costituito una ingerenza delle autorità nella vita privata e nel domicilio del ricorrente, ma riteneva che la misura in questione fosse stata predisposta rispettando i limiti di legge, in ossequio, quindi, all'art. 247 c.p.p., peraltro perseguendo gli scopi legittimi di cui si parla all'art. 8 § 2 della Convenzione.

Passando al contenuto della decisione in commento, la Corte ritiene che non sussistano dubbi sul fatto che la perquisizione *de qua* abbia costituito una «ingerenza delle autorità pubbliche» nel diritto alla vita privata dell'interessato. Il governo, del resto, non lo metteva in discussione ed anzi lo confermava, anche se offriva una giustificazione a tale condotta di disturbo. Una ingerenza siffatta viola la Convenzione se non soddisfa le esigenze dell'articolo 8 § 2. È, dunque, necessario determinare se l'atto in parola fosse «previsto dalla legge», se fosse ispirato da uno o più scopi legittimi tra quelli previsti in tale paragrafo e, naturalmente, «necessario in una società democratica».

Nel caso di specie, la Corte rileva che la perquisizione si basava sugli artt. 247 ss. c.p.p. e nulla aveva da obiettare sulla legittimità di tali norme. Approfondendo la seconda questione, relativa allo scopo legittimo necessario in una società democratica, i giudici europei specificano che, con riguardo alle perquisizioni, la legislazione interna deve offrire delle garanzie adeguate e sufficienti contro l'abuso e l'arbitrarietà della forza pubblica (così, ad esempio, Corte e.d.u., 15 ottobre 2013, *Gutsanovi c. Bulgaria*).

La Corte rammenta, inoltre, che, tra le garanzie in argomento, vi è l'esistenza di un «controllo effettivo» delle misure contrarie all'art. 8 Cedu, pur, però, non bastando a fornire una protezione sufficiente contro gli abusi il fatto che una richiesta di mandato sia stata oggetto di un – previo o postumo – controllo giurisdizionale.

La Corte deve esaminare le circostanze particolari del caso di specie e valutare se il quadro giuridico e i limiti applicati ai poteri all'epoca esercitati costituissero una protezione adeguata contro il rischio di ingerenze arbitrarie delle autorità. Pertanto, nonostante il margine di apprezzamento che riconoscono in materia agli Stati contraenti, i giudici strasburghesi devono censurare la condotta mantenuta nel contesto nazionale, quando il diritto interno autorizza le autorità a condurre una perquisizione senza un preliminare ordine del giudice: la protezione delle persone da attacchi arbitrari da parte del pubblico potere ai diritti dell'art. 8 Cedu richiede che tali prerogative siano rigorosamente inquadrate dal punto di vista giuridico, ed ovviamente limitate al necessario (come, peraltro, è l'orientamento ormai granitico della Corte: *ex plurimis*, Corte e.d.u., 16 dicembre 1977, *Camenzind c. Svizzera*).

La perquisizione a carico del Brazzi è intervenuta in una fase precoce del procedimento penale: secondo la Corte, la legislazione nazionale dovrebbe prevedere un controllo *ex ante* sulla legalità e sulla necessità di tale misura. Nella fattispecie, il codice di rito nostrano non stabilisce un simile vaglio durante le indagini preliminari. Nella sua qualità di magistrato incaricato dell'indagine, il pubblico ministero non è tenuto a chiedere l'autorizzazione di un giudice alla perquisizione o ad informarlo della propria decisione di procedere in tal senso; la ragione è legata tanto al fatto che si tratta di atti a sorpresa, quanto all'esigenza di velocità connaturata nell'istituto, sicché l'attesa di un responso giudiziale potrebbe pregiudicare il buon esito dell'attività investigativa. Nonostante ciò, proprio a causa della mancanza di questo controllo *ex ante*, dovrebbero esistere altre garanzie, capaci di controbilanciare le imperfezioni legate all'emissione e, eventualmente, al contenuto del decreto di perquisizione.

La Corte sostiene che tutto ciò può essere compensato dalla realizzazione di un controllo giurisdizionale *ex post facto*, vertente sulla legittimità e sulla necessità della misura. Ciò implica che le persone interessate possano ottenere un controllo giurisdizionale effettivo, tanto in fatto come in diritto, della misura in questione e delle modalità di svolgimento della stessa. Quando un'operazione considerata irregolare ha già avuto luogo, i rimedi disponibili devono permettere di fornire all'interessato una riparazione adeguata.

Il governo invocava la tutela espressa dall'art. 8 § 2 Cedu, ma è chiaro come questa non possa essere pertinente nel caso concreto, in quanto la perquisizione non ha permesso di raccogliere prove a carico e il procedimento è stato archiviato dal giudice per le indagini preliminari. Inoltre, la Corte osserva che, contrariamente a quanto afferma il governo, il giudice per le indagini preliminari non ha minimamente esaminato né la legittimità, né la necessità del mandato di perquisizione, essendosi limitato ad accogliere la domanda del procuratore di chiudere il procedimento nel merito. Peraltro, la Corte osserva che il ricorrente non è riuscito nemmeno ad ottenere il riesame della misura in argomento, poiché il rimedio specifico di cui all'art. 257 c.p.p. è previsto soltanto nel caso in cui la perquisizione sia stata seguita da un sequestro. Ne deriva l'assenza di un esame sulla legittimità e sulla necessità del decreto di perquisizione domiciliare a carico di Brazzi.

Pertanto, in assenza di un approfondimento siffatto e, se del caso, di una accertata irregolarità, l'interessato non ha potuto chiedere una riparazione adeguata del danno presumibilmente subito. La Corte ritiene, di conseguenza, che vi sia stata violazione dell'art. 8 Cedu, a ciò bastando il giudizio di insufficienza delle garanzie contro gli abusi o l'arbitrarietà della perquisizione. Nel caso di specie, l'interessato non ha potuto beneficiare di un controllo effettivo su tale strumento, come, invece, richiederebbe uno Stato di diritto. Con un maggiore grado di precisione, la Corte ritiene che l'ingerenza nell'inviolabilità del domicilio del ricorrente non fosse – come, d'altra parte, è stato argomentato dall'esecutivo italiano – «prevista dalla legge» ai sensi dell'articolo 8 § 2 Cedu.

È chiaro come attraverso questa decisione maturata dalla Corte e.d.u. viene a galla una gravissima mancanza nel sistema di indagini previsto dal codice di rito nostrano. Ci si chiede come una tale lacuna possa, quindi, passare inosservata: la carenza di un controllo – sia esso *ex ante* o *ex post* – sulla legittimità e sulla necessità della perquisizione può avere effetti estremamente deleteri nei confronti di chi la patisce.

Appare evidente, anche leggendo i lavori preparatori al codice di procedura, come nella regolamentazione della materia *de qua* il diritto sancito dall'art. 14 Cost. entri in contrasto con i principi che regolano le indagini preliminari, primo tra tutti, quello di completezza espresso dall'ormai nota sentenza costituzionale n. 88 del 1991. Per l'appunto, è lo stesso art. 14 Cost. a stabilire che il diritto all'inviolabilità del domicilio possa momentaneamente soccombere, nei casi e nei modi prescritti dalla legge «secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale». Di qui, un controllo *ex ante* sulla perquisizione può essere pure tralasciato a beneficio del risultato indagatorio; è, però, almeno controverso il fatto che non esista alcun tipo di controllo *ex post*. Per altro aspetto, ci si chiede come non si possa offrire tutela – giustappunto, in uno Stato di diritto – ad un soggetto che subisce una perquisizione, tradottasi in un esercizio abnorme dei poteri dell'autorità. E tanto, alla luce del fatto che tale accesso arbitrario non fornirà, poi, alcun tipo di supporto probatorio, riflettendosi, allora, in un'ingerenza fine a se stessa.

Nel nostro ordinamento è del tutto assente un congegno strutturato alla maniera appena descritta. Esso avrebbe come presupposto fondamentale l'archiviazione delle indagini, come peraltro suggerisce il caso qui affrontato. Una volta accertata, quindi, l'infondatezza della *notitia criminis*, dovrebbe essere offerta al soggetto che ha subito un'immotivata perquisizione, la possibilità di esaminare, davanti all'autorità giurisdizionale, la legittimità e la necessità dell'ingerenza, mediante un istituto similare a quello previsto – per le arbitrarie carcerazioni preventive – dagli artt. 314 e 315 c.p.p. ai fini di una equa riparazione. L'assenza, in questa casistica, di uno strumento in chiave riparatoria nei confronti dell'interessato pone seri dubbi di costituzionalità; è, allora, chiaro come la decisione in nota porti a riflettere su questa lacuna, divenendo, in effetti, propedeutica ad un serio dibattito sulla questione. Si auspica, quindi, che la sentenza Brazzi possa condurre all'attenzione degli addetti ai lavori questa incongruenza che, in effetti, aleggia nel sistema.

Illegittima prosecuzione del cd. "carcere duro" in presenza di gravi condizioni di salute del detenuto

(*Corte e.d.u., 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia*)

La Corte strasburghese condanna l'Italia per il caso di Bernardo Provenzano, noto boss mafioso italiano, destinatario del trattamento *ex* art. 41 *bis* ord. penit., rinnovatogli nel marzo 2016 senza un esame puntuale, per parte ministeriale, delle sue condizioni di salute: dice la Corte, occorre una «valutazione autonoma» della «gravità della situazione» in cui versa l'interessato, prima che gli si possa applicare per un periodo ulteriore il regime previsto per le situazioni di emergenza.

Com'è risaputo, il Provenzano si è mantenuto latitante per oltre quarant'anni ed è stato arrestato solamente nell'aprile del 2006. A seguito della cattura, egli veniva condannato a scontare molteplici ergastoli a causa dei numerosi crimini da lui compiuti prima e durante la sua latitanza. Nonostante ciò, altri procedimenti venivano perpetuati contro lo stesso e, in uno di questi contesti, il G.u.p. di Palermo, nel 2012, chiedeva una valutazione dello stato fisico e cognitivo dell'interessato. Questo, alla luce del fatto che una delle operazioni chirurgiche che lo avevano visto coinvolto sembrava averne compromesso la sfera conoscitiva. A seguito di tale accertamento, veniva constatato che, in effetti, il Sig. Provenzano

non si trovava nelle condizioni di partecipare – consciamente – all'udienza preliminare: il procedimento veniva, quindi, sospeso.

L'interessato si trovava comunque in stato detentivo, i suoi difensori presentavano istanze al giudice di sorveglianza, con lo scopo di ottenere la sospensione della pena detentiva per motivi medici ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p. Con una decisione del 3 maggio 2013, il tribunale di Bologna riteneva che non esistessero motivi per modificare la condanna del richiedente per ragioni di salute; rilevava, inoltre, che le condizioni mediche dell'interessato non erano così gravi, com'è richiesto per l'applicazione dell'art. 146 c.p. Il tribunale ribadiva che una corte che si impegna a decidere sulla sospensione di condanna, per motivi di salute, deve anche tenere conto della possibilità che l'istante possa mantenere un comportamento criminale. A questo proposito, il tribunale di Bologna considerava che il soggetto richiedente fosse una persona «socialmente pericolosa», visti i suoi numerosi crimini pregressi. Veniva, altresì, rilevato che la sospensione facoltativa della pena, di cui all'art. 147 c.p., non si basava su idonee cause di giustificazione. Riteneva, quindi, di non potere affermare che le condizioni mediche del ricorrente necessitassero di un trattamento che non poteva essere fornito in regime di custodia. Il richiedente impugnava, di conseguenza, la decisione dinanzi alla Corte di cassazione, la quale, il 4 aprile 2014, respingeva il ricorso. Nel farlo, ribadiva le motivazioni del tribunale di Bologna, sostenendo che le condizioni di salute dell'interessato venivano adeguatamente monitorate ed il necessario trattamento medico veniva somministrato nella struttura correzionale, con ricovero esterno, quando richiesto.

L'8 marzo 2013, con una richiesta indirizzata ai tre diversi giudici di Bologna, Roma e Parma, e al Ministro della Giustizia, il legale del Provenzano chiedeva la revoca del regime carcerario speciale previsto dall'art. 41 *bis* ord. penit.: l'argomento chiave della richiesta era il deterioramento delle funzioni cognitive del richiedente. Con una decisione del 27 agosto 2013, il tribunale di Roma dichiarava inammissibile la domanda, ritenendo che il potere di revocare l'imposizione del regime *ex* art. 41 *bis* ord. penit. spetta esclusivamente al Ministro della Giustizia. Successivamente a questa pronuncia, il guardasigilli dismetteva, comunque, la questione.

Allo stesso tempo veniva nominato il Sig. Angelo Provenzano – figlio dell'interessato – come amministratore di sostegno del padre, relegandogli, quindi, l'autorità delle decisioni che riguardassero lo stato di salute del genitore. Il richiedente soffriva di un certo numero di condizioni mediche croniche, compresa encefalopatia vascolare, epatopatia legata a HCV (il virus dell'epatite C), morbo di Parkinson e ipertensione arteriosa: una serie di patologie gravemente deterioranti.

Dal 2013 in avanti il Sig. Provenzano cominciava, viste le precarie condizioni di salute, una lunga serie di ricoveri che lo facevano spostare continuamente tra carcere e nosocomio. Queste continue e sempre più gravi visite ospedaliere portavano il ricorrente a prestarsi giornalmente ad esami sul suo stato di salute. Nel 2014, in uno degli innumerevoli controlli, i medici di guardia accertavano che le condizioni del Sig. Provenzano erano sempre più precarie e che sarebbe stato opportuno, per lo stesso, rimanere in ospedale. Proprio a seguito di ciò, nelle vesti di giudice competente *in executivis*, il tribunale di Milano nominava degli esperti medici, i quali, dopo aver preso in considerazione un riassunto della sua storia medica, fornivano un resoconto del loro esame del richiedente, consigliando che lo stesso venisse ricoverato nella divisione di medicina interna, nella sezione "41bis" dell'ala correttrice dell'ospedale di Milano.

Gli esperti descrivevano la situazione clinica del Provenzano come complessa e caratterizzata da molteplici patologie, anche se nessuna di queste era ancora giunta ad uno stadio acuto. Per quanto riguarda la continua degenza in ospedale del richiedente – anche se nel contesto di detenzione – e l'adeguatezza delle cure che riceveva, gli esperti asserivano che l'Ospedale San Paolo (Milano) garantiva un ottimo livello di trattamento. Non solo, la presenza di specialisti clinici avrebbe potuto assicurare interventi tempestivi in caso di complicanze. La mancanza di questo trattamento, a quel punto, avrebbe portato alla morte del Provenzano in brevissimo tempo.

Varie altre segnalazioni sono state emesse dai medici dell'Ospedale San Paolo tra l'aprile 2015 e il marzo 2016. Il postulante era costantemente costretto a letto e riceveva idratazione mediante supporto artificiale. Secondo i più recenti rapporti medici in archivio, pubblicati dalla precitata struttura ospedaliera, nel luglio 2016 le condizioni del Provenzano peggioravano ulteriormente, entrando, quindi, in una fase pre-terminale.

Molteplici, alla luce delle suddette problematiche di ordine sanitario, sono state le richieste di modifica del regime carcerario imposto dall'art. 41 *bis* ord. penit., l'ultima delle quali aveva luogo nel 2016. Il 23 marzo 2016 il Ministro della giustizia emetteva un ordine di rinnovo del trattamento carcerario spe-

ciale per altri due anni. Questo, alla luce del fatto che – a parere del Ministro – il ricorrente era ancora in grado di mantenersi in contatto con i membri dell'organizzazione criminale che erano ancora in libertà, tenendo conto oltretutto della sua «pericolosità particolare e concreta».

Con una decisione dell'11 luglio 2016 il magistrato di sorveglianza di Milano sosteneva che nessuna misura provvisoria urgente, comportante una sospensione dell'esecuzione della condanna del richiedente, era giustificata. Il giudice constatava, tra l'altro, che l'interessato veniva trattato in una struttura che garantiva eccellenti livelli di cura, che la stessa possedeva personale medico e infermieristico di grande qualità e che la sua detenzione in ospedale non era considerabile un trattamento contrario ai principi di dignità umana. Il 13 luglio 2016, infine, veniva accordato un permesso di visita ai parenti e il Provenzano moriva, poi, nello stesso giorno.

In seguito alla morte del padre, il Sig. Angelo Provenzano subentrava nel giudizio davanti alla Corte e.d.u., visto il legittimo interesse dello stesso nel procedimento *de quo*. Il richiedente recriminava che il regime di detenzione speciale, al quale era stato sottoposto il padre, in vita, fosse incompatibile con la sua età e con le condizioni di salute. Lamentava, inoltre, che le autorità italiane non avevano adottato tutte le misure necessarie per salvaguardare la sua salute e il suo benessere durante la detenzione. Non solo, egli si doleva che la continua imposizione del regime *ex* art. 41 *bis* ord. penit. comportava una violazione dell'art. 3 Cedu.

La Corte e.d.u. – nel contesto dell'adeguatezza delle cure mediche – afferma che il mero fatto che un detenuto sia visto da un medico non porta alla conclusione che l'assistenza sanitaria sia stata adeguata (Corte e.d.u., 29 novembre 2007, *Hummatov c. Azerbaijan*).

In situazioni del genere – questa è la massima evincibile dalle parole dei giudici europei – le autorità devono anche garantire che venga tenuto un registro completo sullo stato di salute del recluso e circa il suo trattamento durante la detenzione (Corte e.d.u., 26 ottobre 2006, *Khudobin c. Russia*); esse devono, altresì, assicurare che la diagnosi e la cura siano immediate e accurate (Corte e.d.u., 28 marzo 2006, *Melnik c. Ucraina*), e che, ove richiesto dalla natura della condizione medica, ci sia una regolare e sistematica supervisione della strategia terapeutica completa finalizzata al trattamento adeguato dei problemi di salute del carcerato o tale da impedirne l'aggravamento, senza, invece, affrontarli su base sintomatica.

La Corte europea, nel merito della questione, osserva la straordinaria gravità delle condizioni del Sig, Provenzano, costretto a letto dalla malattia e incapace di nutrirsi da solo. Sempre secondo l'autorità europea non c'era alcun dubbio sulla gravità e sul peggioramento di tali condizioni nel tempo e, così, la Corte ritiene necessario valutare l'adeguatezza delle cure fornite, al fine di determinare se i requisiti dell'art. 3 Cedu siano stati rispettati. La Corte di Strasburgo, analizzando i dettagli dell'*iter* medico e carcerario del Provenzano, non trova contrasto tra il regime di detenzione dell'interessato e le sue condizioni di salute, seppur gravi. Considera, inoltre, che la sua salute e il suo benessere siano stati adeguatamente protetti. Di conseguenza, il collegio strasburghese non considera violato l'art. 3 Cedu per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 41 *bis* ord. penit.

Ben più problematico risulta, però, l'accertamento della violazione dell'art. 3 Cedu alla luce del rinnovo del regime *ex* art. 41 *bis* ord. penit. nel marzo 2016, ovvero della sua perdurante imposizione nonostante il progressivo peggioramento fisico-cognitivo del Provenzano. Rimane, infatti, indiscusso che le restrizioni contestate erano formalmente in vigore, dopo nove consecutivi rinnovi, dal momento della prima incarcerazione del richiedente nel 2006 fino alla sua morte nel 2016.

La Corte riconosce gli argomenti del governo nostrano sulle finalità puramente preventive e di sicurezza – piuttosto che punitive – del regime carcerario speciale e il suo obiettivo di separare i contatti tra i detenuti e le loro reti criminali. Tuttavia, senza sottovalutare l'importanza delle considerazioni più sopra svolte e il loro peso in relazione alla valutazione se rinnovare o meno le restrizioni, la Corte non è persuasa che, nella fattispecie, questi rilievi potessero essere sufficienti, da soli, come giustificazione per il rinnovo delle misure. A tale riguardo, la Corte sottolinea che la situazione sanitaria del richiedente era caratterizzata da un serio deterioramento cognitivo che, innegabilmente, era peggiorato nel tempo. Questo aspetto, quindi, distingue il caso presente da quelli in cui i problemi del detenuto – seppure gravi– siano strettamente collegati alla sfera fisica e non a quella mentale.

La Corte di Strasburgo poteva statuire – come ha fatto in un certo numero di casi precedenti riguardanti proprio l'art. 41 *bis* ord. penit. – che il ricorrente non avesse presentato alcuna prova capace di concludere che l'estensione di tali restrizioni fosse ingiustificata (v. ad esempio, Corte e.d.u., 19 marzo 2013, *Riina c. Italia*). In questo contesto, dati i fatti specifici della presente causa, la Corte ritiene necessa-

rio indagare se l'autorità giudiziale, incaricata di decidere sul rinnovo dell'applicazione del regime *ex* art. 41 *bis* ord. penit., avesse intrapreso una vera e propria rivalutazione, tenendo conto di eventuali cambiamenti rilevanti nella situazione fisica e cognitiva del richiedente, che avrebbero potuto mettere in dubbio la continua necessità di imporre tali misure. Veniva constatato, di conseguenza, che l'ordine di rinnovo del 2014 era stato emesso senza dedicare molta attenzione al peggioramento cognitivo del ricorrente, nonostante l'evidente serietà delle sue condizioni.

I rapporti medici del 2015 e del 2016 presentati dal governo rivelavano un ulteriore declino progressivo delle sue funzioni cognitive. Come già asserito, l'interessato continuava ad essere costretto a letto e a ricevere idratazione e supporto nutrizionale attraverso un tubo di alimentazione fino a quando non è entrato in fase pre-terminale pochi mesi dopo l'emissione dell'ordine, a luglio 2016. Considerata la gravità della situazione, secondo la Corte, reiterando l'imposizione del regime prescritto dall'41 *bis* ord. penit. nel marzo 2016, avrebbe dovuto essere preso in considerazione il – quasi totale – deterioramento cognitivo del detenuto. L'ordine del governo forniva un forte dettaglio della storia criminale del richiedente, ma non esaminava *funditus* la situazione fisica e cognitiva dello stesso, risolvendosi, quindi, in una valutazione *de facto* incompleta.

Lo spazio limitato offerto a tali circostanze e la mancanza di un'analisi esplicita rendono difficile accertare in che modo e fino a che punto tali circostanze fossero state soppesate nel vagliare se rinnovare le restrizioni del cd. carcere duro.

Di conseguenza, la Corte non può che concludere che non vi sono prove sufficienti del compimento di un'effettiva e puntuale rivalutazione nel merito del declino cognitivo del Sig. Provenzano. Il governo, quindi, non dimostrava, in modo convincente, che il rinnovo della misura *ex* art. 41 *bis* ord. penit. fosse giustificata. Viene, allora, constatata una violazione dell'art. 3 Cedu nel ripetere la misura intramuraria speciale, compiuta il 23 marzo 2016.

La decisione della Corte europea si dimostra di fondamentale importanza, prescrivendo, quindi, un vaglio delle condizioni fisiche e cognitive del detenuto prima di imporre e rinnovare la misura del carcere duro. L'assenza di questa valutazione prescrive, in ogni caso, la violazione dell'art. 3 Cedu. La sentenza in esame ha generato molta confusione nell'opinione pubblica, parte della quale ha erroneamente intuito come la condanna della corte strasburghese vertesse sull'efficacia dell'art. 41 *bis* ord. penit. e non sulle ragioni determinanti il possibile rinnovo dello stesso. Difatti, la misura del cd. carcere duro è stata nuovamente considerata come rispettosa della disciplina della Cedu. Gli unici profili di dubbia applicazione del regime – solamente lambiti dalla decisione *de qua* – sono quelli temporali: un regime detentivo di rigore che implichi una forma di isolamento, anche se soltanto relativa, non può essere imposto a tempo indeterminato, per gli effetti dannosi che ne possono derivare sulla salute fisica e psichica del detenuto (Corte e.d.u., 18 marzo 2014, *Ocalan c. Turchia*).

La Corte strasburghese impone, quindi, una valutazione autonoma della gravità delle condizioni in cui versa il detenuto. Viene considerata illegittima la prosecuzione del cd. carcere duro senza un esame puntuale dello *status* medico del recluso, il quale non può vertere solamente sulla pericolosità sociale del reo e sulla continuazione dei suoi rapporti con organizzazioni criminali, ma deve, obbligatoriamente, considerare anche la salute – sia fisica, che mentale – del ristretto e dell'aggravarsi delle sue funzioni cognitive.

Doppio binario: sanzioni e misure di prevenzione o di sicurezza

(*Corte e.d.u., 8 novembre 2018, Serazin c. Croazia*)

La sentenza in nota induce ad interrogarsi nuovamente sul rapporto tra sanzioni penali e misure di prevenzione o di sicurezza: restrizioni, le prime, funzionali a punire il responsabile e, le seconde, ad arginare la pericolosità sociale di taluno.

Il caso riguarda un tifoso della Dinamo Zagabria, raggiunto da un provvedimento equivalente al DASPO nostrano: si scorgono, infatti, importanti analogie tra la disciplina della misura imposta dall'autorità croata e quella dettata dall'art. 6, l. 13 dicembre 1989, n. 401: per tal ragione, la pronuncia appare di estremo interesse anche per lo studioso italiano.

Il ricorrente era stato condannato per alcuni fatti violenti; in relazione ad essi gli veniva, poi, impedito di recarsi allo stadio per un anno, dovendosi, invece, presentare all'autorità di polizia nei giorni e agli orari delle partite.

L'istante lamentava, allora, la violazione del *ne bis in idem*: egli sarebbe stato – in base alla sua prospettazione – vittima di un duplice provvedimento limitativo della propria sfera di libertà, in ragione, però, di un *idem factum*.

I giudici strasburghesi rigettano la tesi dell'interessato – anzi, ne dichiarano la doglianza inammissibile – sulla scorta sia dei criteri *Engel*, sia – e soprattutto – della differente funzione espletata dalla pena e dall'ulteriore misura preventiva. Infatti, se della prima va esaltato l'aspetto di mera punizione di chi si renda responsabile di infrazioni criminali, per la seconda, invece, occorre considerare l'aspetto di tutela della pubblica sicurezza, onde evitare il ripetersi della condotta pericolosa. Tanto basta – secondo la Corte europea – a non potere considerare l'allontanamento dagli stadi nei termini di una sanzione *sostanzialmente* penale, giustappunto, venendo meno il requisito di severità che accompagna le previsioni autenticamente punitive della norma penale.

Presunzione di innocenza e questioni preliminari di rito

(*Corte di Giustizia U.E., Prima Sezione, 19 settembre 2018, causa C-310/18 PPU*)

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 3, 4 § 1 e 10 della direttiva 2016/343/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (9 marzo 2016) sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare ai processi penali, letti alla luce dei considerando nn. 16 e 48 della stessa, nonché dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tale domanda veniva presentata da tale Emil Milev, accusato di rapina e ristretto in custodia cautelare, nell'ambito del *sub*-procedimento avviato per la decisione sul mantenimento della misura.

Va utilmente premesso che la vicenda che ci riguarda fu sospesa e, poi, dopo dieci anni, riaperta con l'arresto dell'interessato.

Dapprima, quindi, nel primo grado del giudizio nazionale, la richiesta del pubblico ministero di applicare al Milev la misura della custodia cautelare veniva accolta, in quanto, «a prima vista», la deposizione del testimone, il sig. BP, era credibile. In secondo grado, la misura custodiale era confermata sulla base della deposizione dettagliata del sig. BP, peraltro consapevole delle conseguenze penali di un suo eventuale atto di mendacio.

A seguito degli sviluppi qui solo accennati, la questione è stata posta successivamente all'attuale giudice del rinvio, il quale riportava di aver ricevuto dal Sig. Milev un'istanza di riesame della legittimità della custodia cautelare di quest'ultimo.

Ad avviso della suddetta autorità, i due giudici investiti del procedimento penale *de quo* e di altro concernente sempre il Milev e aperto per associazione a delinquere esaminavano le dichiarazioni rese dal BP e le consideravano in modo isolato, senza operare un raffronto con altri elementi di prova a discarico dell'imputato. Inoltre, i giudici in questione avrebbero omesso di pronunciarsi sui motivi dedotti al riguardo dalla difesa.

Il giudice del rinvio spiegava inoltre che Milev riteneva che il requisito stabilito dalla normativa nazionale – al quale sono subordinati l'adozione e il mantenimento in vigore di una misura di custodia cautelare e relativo all'esistenza di «motivi plausibili» per ritenere che l'accusato abbia commesso un reato – dovesse essere interpretato conformemente alla definizione datane nella sentenza della Corte e.d.u. del 30 agosto 1990, *Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito*. Il Sig. Milev sosteneva, quindi, che tale requisito imponesse la sussistenza di dati oggettivi atti a persuadere un osservatore obiettivo del fatto che la persona interessata abbia probabilmente commesso il reato di cui trattasi. Il Milev adduceva, altresì, argomenti concreti riguardanti la mancanza di credibilità del testimone BP: la difesa depositava, infatti, numerose richieste di acquisizione probatoria al fine di verificare la credibilità delle dichiarazioni del Sig. BP.

Per quanto attiene alle altre disposizioni della direttiva 2016/343/UE menzionate dal giudice del rinvio, si deve osservare che, secondo l'art. 3, gli Stati membri debbono assicurare agli indagati e agli imputati il riconoscimento della presunzione di innocenza, fino a quando non ne sia stata legalmente provata la colpevolezza.

Il giudice del rinvio sottoponeva, quindi, questione pregiudiziale alla Corte di giustizia sull'interpretazione della direttiva 2016/343/UE.

A tale riguardo, l'art. 4, § 1 dispone che gli Stati membri debbano adottare le misure necessarie per garantire che, fino a quando la colpevolezza di un indagato o di un imputato non sia stata legalmente provata, le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole, lasciando impregiudicate le decisioni preliminari di natura procedurale adottate da autorità giudiziarie e fondate sul sospetto o su indizi di reità.

Tale disposizione deve essere letta alla luce del considerando n. 16 della direttiva 2016/343/UE, secondo il quale il rispetto della presunzione di innocenza non compromette le decisioni riguardanti la custodia cautelare, purché non presentino l'indagato o imputato come già colpevole. Ai sensi dello stesso considerando, prima di prendere una decisione preliminare di natura procedurale, l'autorità competente potrebbe anzitutto dover verificare che vi siano sufficienti prove a carico dell'indagato o imputato, tali da giustificare la decisione e quest'ultima potrebbe contenere un riferimento a tali elementi.

Inoltre, secondo il considerando n. 10 della direttiva 2016/343/UE, questa si limita a stabilire norme minime comuni sulla protezione dei diritti procedurali di indagati e imputati, al fine di rafforzare la fiducia degli Stati membri nei reciproci sistemi di giustizia penale e, quindi, di facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale.

A parere della Corte di giustizia risulta che – nell'ambito dei procedimenti penali – la direttiva 2016/343/UE e, in particolare, i suoi artt. 3 e 4, § 1, non ostino all'adozione di decisioni preliminari di natura procedurale, come quella di mantenere una misura di custodia cautelare adottata da un'autorità giudiziaria, fondate sul sospetto o su indizi di reità, purché tali *dicta* non presentino la persona detenuta come colpevole.

Inoltre, nella misura in cui, con le sue questioni, il giudice del rinvio chiedeva quali fossero le condizioni in cui una decisione di custodia cautelare possa essere adottata e si interrogava, in particolare, sul grado di convincimento che egli debba nutrire circa l'innocenza dell'autore del reato, la Corte constatava che tali questioni non sono disciplinate dalla direttiva in discorso, ma ricadono esclusivamente nella sfera applicativa del diritto nazionale.

CORTE COSTITUZIONALE

di *Donatella Curtotti*

Sull'allontanamento del padre ammesso alla detenzione domiciliare ordinaria

(*C. cost., sent. 25 ottobre 2018, n. 211*)

La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 47-*ter*, commi 1, lett. *b*), e 8, legge n. 354/1975 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non limita la punibilità, ai sensi dell'art. 385 c.p., al solo allontanamento che si protragga per più di dodici ore, come stabilito dall'art. 47-*sexies*, commi 2 e 4, della predetta legge sul presupposto, di cui all'art. 47-*quinquies*, comma 1, della medesima legge, che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti.

La questione di legittimità viene messa in dubbio dalla Corte d'Appello di Firenze, in riferimento all'art. 3 Cost. Nel richiamare l'art. 47-*ter* ord. penit. che consente, al comma 1, lett. *b*), che, in caso di decesso o impossibilità assoluta della madre a dare assistenza alla prole di età inferiore ad anni dieci, la detenzione domiciliare sia concessa al padre, nonché il successivo comma 8 che stabilisce che il condannato che si allontani dalla propria abitazione è punito ai sensi dell'art. 385 c.p. quale che sia la durata dell'allontanamento, secondo il giudice *a quo* tali disposizioni si porrebbero in contrasto con l'art. 3 Cost. in quanto l'allontanamento ingiustificato del padre ammesso alla detenzione domiciliare "ordinaria" per prendersi cura dei figli sarebbe regolato in modo deteriore rispetto a quello del padre ammesso alla diversa misura della detenzione domiciliare speciale in caso di decesso o impossibilità assoluta della madre, se non vi è modo di affidare ad altri la prole, ai sensi dell'art. 47-*quinquies*, comma 7, ord. penit. Infatti, in tale seconda ipotesi, secondo quanto disposto dal successivo art. 47-*sexies*, l'allontanamento dal domicilio, senza giustificato motivo, è punito, *ex* art. 385 c.p., solo se si protrae per più di dodici ore.

La Corte costituzionale ritiene fondata la relativa questione richiamando la sentenza n. 177/2009 in cui si evidenzia l'identica finalità perseguita dal legislatore attraverso la disciplina delle due forme di detenzione domiciliare, quella "ordinaria", quando concessa ai genitori di prole di età inferiore ai dieci anni con loro conviventi, e quella speciale.

A differenza della prima, peraltro, solo la detenzione domiciliare speciale (istituto più recente, previsto dalla legge 8 marzo 2001, n. 40, recante «Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori») è interamente ed esclusivamente diretta ai genitori di minori in tenera età ed è accompagnata da una disciplina più flessibile in caso di ritardo nel rientro nel domicilio, proprio per venire incontro ai contingenti e imprevisti bisogni derivanti dalla cura dei bambini (sentenza n. 177/2009). Infatti, l'art. 47-*sexies*, comma 2, ord. penit. dispone che incorre nel reato di evasione, di cui all'art. 385, primo comma, c.p., la condannata ammessa al regime della detenzione domiciliare speciale che rimane assente dal proprio domicilio, senza giustificato motivo, per più di dodici ore. Per assenze di durata inferiore il comma 1 dello stesso art. 47-*sexies* prevede invece che possa essere proposta per la revoca della misura: escluso ogni automatismo, viene lasciato al giudice il compito di esaminare caso per caso, attribuendo il giusto peso all'interesse del minore, l'opportunità di sanzionare con la revoca comportamenti della condannata non giustificabili dal punto di vista della doverosa osservanza delle prescrizioni che accompagnano il regime della detenzione domiciliare. Infine, il legislatore ha cura di escludere in radice qualunque disparità di trattamento tra madre e padre in ordine al regime dell'allontanamento senza giustificato motivo dal domicilio, prevedendo esplicitamente (art. 47-*sexies*, comma 4, ord. penit.) che il regime più tollerante si applica anche al padre detenuto, qualora la detenzione domiciliare speciale sia stata concessa a questo in luogo della madre. Invece, l'art. 47-*ter*, comma 8, ord. penit., con disposizione dettata per tutte le categorie di detenuti ammessi alla detenzione domiciliare "ordinaria", stabilisce semplicemente che il condannato che si allontana dalla propria abitazione è punito ai sensi dell'art. 385 c.p. Per questi casi, quindi, anche un breve ritardo rispetto alle prescrizioni che accompagnano la concessione della detenzione domiciliare "ordinaria" – e quale che sia la ragione di esso – integra il reato di evasione.

In definitiva, valgono per il padre ammesso alla detenzione domiciliare "ordinaria", al fine di pren-

dersi cura della prole in tenera età, le stesse esigenze naturalmente connesse alle attività rese indispensabili dalla cura dei bambini, come per il padre in detenzione domiciliare speciale. Tali esigenze possono, allo stesso modo, imporre l'allontanamento dal domicilio e risentono anch'esse, inevitabilmente, delle contingenze e degli imprevisti derivanti dal soddisfacimento dei bisogni dei minori (come per esempio la frequenza scolastica, le cure mediche, le attività ludiche e socializzanti: sentenza n. 177/2009). Ed è pertanto manifestamente irragionevole che anche agli allontanamenti dal domicilio del padre in tale condizione non si applichi il più flessibile regime previsto dall'art. 47-*sexies*, commi 2 e 4, ord. penit.

* * *

Cade il divieto di cucinare cibi per i detenuti in regime differenziato

(*C. cost., sent. 26 settembre 2018, n. 208*)

Con la sentenza n. 208/2018, la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. *f*), legge n. 354/1975 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), come modificato dall'art. 2, comma 25, lett. *f*), n. 3), legge n. 94/2009 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), lì dove impedisce ai detenuti in regime differenziato di "cuocere cibi".

Promosso dal Magistrato di sorveglianza di Spoleto, investito del reclamo (ai sensi degli artt. 35-*bis* e 69, comma 6, lett. *b*), ord. penit.) proposto da un detenuto sottoposto al regime *ex* art. 41-*bis* ord. penit., con il quale l'interessato si duoleva dei divieti, impostigli dall'amministrazione penitenziaria, di acquistare cibi che richiedono cottura, nonché di cucinare quelli di cui gli è consentito l'acquisto (poiché consumabili anche crudi), a pena della sottoposizione, in caso di violazione, ad una sanzione disciplinare, la questione di legittimità viene sollevata in riferimento agli artt. 3, 27 e 32 Cost. Quanto all'art. 3 Cost., il divieto di cuocere cibi in essa contenuto determinerebbe, secondo il giudice rimettente, una disparità di trattamento tra i detenuti "comuni", ai quali il divieto in esame non si applica, e quelli soggetti al regime carcerario differenziato. Relativamente all'art. 27 Cost., e in particolare al comma terzo che dispone che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, il divieto di cuocere cibi non troverebbe giustificazione né nella necessità di evitare che il detenuto continui a mantenere contatti con il gruppo criminale di appartenenza e ad impartire direttive ed ordini all'esterno dell'istituto né in quella di limitare l'esibizione di potere e carisma all'interno del carcere (obiettivo perseguito attraverso l'imposizione a tutti i detenuti di generali vincoli di spesa, relativi anche all'acquisto del cibo). Infine, in riferimento all'art. 32 Cost., il rimettente censura la norma lì dove impedirebbe a chi soffre di patologie che potrebbero esser tenute sotto controllo anche attraverso una particolare gestione della dieta (consistente nell'approntamento di cibi cotti con modalità di cui la casa circondariale non si farebbe carico) di tutelare la propria salute.

La Corte costituzionale accoglie le cesure mosse dal giudice *a quo* ritenendo la disposizione violata rispetto agli artt. 3 e 27 Cost., e ritenendo assorbita la violazione di cui all'art. 32 Cost.

Nel farlo richiama innanzitutto la *ratio* ispiratrice del regime differenziato di cui all'art. 41-*bis*, comma 2, ord. penit., così come ampiamente riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale, che è quella di contenere la pericolosità di singoli detenuti, proiettata anche all'esterno del carcere, in particolare impedendo i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà (sentenze n. 143 e 376, rispettivamente del 2013 e del 1997; ordinanze n. 417/2004 e n. 192/1998). Ricorda, poi, la *ratio* ispiratrice del comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis* ord. penit., così come novellato dalla legge n. 94/2009, che ha indurito il trattamento attraverso misure di elevata sicurezza interna ed esterna e, nello specifico, attraverso una serie di misure specifiche, costituenti il contenuto tipico e necessario del regime stesso (sentenza n. 122/2017). Tra queste, la lett. *f*) contempla l'adozione di accorgimenti di natura logistica sui locali di detenzione volti a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità, per i detenuti, di cuocere cibi. La *ratio* viene individuata "nella necessità di contrastare l'eventuale crescita di "potere" e prestigio criminale del detenuto all'interno del carcere, misurabile anche attraverso la disponibilità di generi alimentari di lusso". Si ricorda anche la circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia n. 286202 del 4 agosto 2009, che introduce il divieto di ricevere dall'esterno e di acquistare al cosiddetto "sopravvitto"

(lo spaccio interno al carcere) generi alimentari che per il loro utilizzo richiedano cottura e precisa che l'utilizzo dei fornelli personali, all'interno delle camere di detenzione, è consentito esclusivamente per riscaldare liquidi e cibi già cotti, nonché per la preparazione di bevande.

La Consulta sottolinea come tale regime si discosta dal diverso e meno restrittivo tenore applicato agli altri detenuti i quali possono acquistare al sopravvitto e possono ricevere dall'esterno anche generi alimentari di consumo comune da consumarsi previa cottura, potendo cucinare nelle camere di detenzione con fornelli personali secondo le prescrizione dei singoli regolamenti (art. 13, commi 4 e 7, d.P.R. n. 230/2000).

Non manca, la Corte, di passare in rassegna la propria giurisprudenza lì dove è attenta ad impedire che siano legittimate misure che, a causa del loro contenuto, non siano riconducibili alla *ratio* ispiratrice predetta, in quanto palesemente inidonee o incongrue rispetto alle finalità del provvedimento che assegna il detenuto al regime differenziato (sentenza n. 351/1996) e che non siano, considerate singolarmente e nel loro complesso, tali da vanificare del tutto la necessaria finalità rieducativa della pena (sentenza n. 149/2018) e da violare il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità (ancora sentenza n. 351/1996). Di qui, il riferimento alla necessità di contrastare attraverso regole dal sapore dimostrativo forme di "potere reale" dei detenuti rivela la propria palese incongruità se concretamente riferito al particolare divieto in esame, che consiste nell'impossibilità di cuocere cibi. "Intanto, la crescita di "potere" e di prestigio all'interno del carcere potrebbe derivare anche dalla disponibilità di generi alimentari "di lusso" da consumare crudi. Ma, anche al di là di questo ovvio rilievo, è la stessa ordinaria applicazione delle regole di disciplina specificamente previste a rendere pressoché impossibile qualunque abusiva posizione di privilegio o di "potere" all'interno del carcere collegata alla cottura del cibo". Inoltre, la Corte non ritiene che siano peculiari e differenziate esigenze di ordine e sicurezza (esterne o interne al carcere) ad imporre l'adozione del divieto in questione, con particolare riferimento, da un lato, alla necessità che il detenuto sottoposto al regime speciale non abbia contatti con le imprese esterne presso le quali acquista generi alimentari al sopravvitto e, dall'altro, alla potenziale pericolosità degli utensili (arnesi da cucina e fornello personale) necessari alla cottura dei cibi.

La Corte ritiene che il divieto di cottura dei cibi, in quanto previsto in via generale ed astratta in riferimento ai detenuti soggetti al regime carcerario di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., sia privo di ragionevole giustificazione, ma non perché esiste un "diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella", bensì perché "anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art. 41-*bis* ord. penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale".

SEZIONI UNITE

di *Paola Garofalo*

Nessuna preclusione all'istanza di revoca della misura cautelare reale, e al conseguente appello, se non è stato proposto riesame

(*Cass., sez. un., 11 ottobre 2018, n. 46201*)

Con ordinanza del 13 marzo 2018, la terza sezione penale rimetteva alle Sezioni Unite la soluzione della seguente questione di diritto: «*se la mancata tempestiva proposizione, da parte dell'interessato, della richiesta di riesame avverso il provvedimento applicativo di una misura cautelare reale, legittimi il tribunale del riesame a dichiarare inammissibile il successivo appello cautelare non fondato su elementi nuovi, ma su argomenti tendenti a dimostrare, sulla base di elementi già esistenti, la mancanza delle condizioni di applicabilità della misura*».

Il tema riguardante il rapporto tra revoca e appello, da un lato, e il riesame dall'altro, era stato già risolto dal massimo consesso (Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29952) che aveva escluso preclusioni in materia cautelare personale.

Tale principio, già affermato da precedenti pronunce (sez. un., 8 luglio 1994, n. 13; sez. un., 8 luglio 1994, n. 12; sez. un., 8 luglio 1994, n. 11), risulta ancorato al dettato normativo di cui agli artt. 321, comma 3, e 299, comma 1, c.p.p.

Secondo un diverso orientamento giurisprudenziale (Cass., sez. V, 22 aprile 2015, n. 31725; Cass., sez. VI, 26 ottobre 2011, n. 5016; Cass., sez. III, 8 marzo 2007, n. 17364; Cass., sez. III, 11 giugno 2003, n. 29234), in materia di misure cautelari reali, è inammissibile l'appello con cui vengono per la prima volta proposti i motivi inerenti le condizioni genetiche di applicabilità della misura. In particolare, la contestazione della sussistenza del *fumus* del reato è riservata al riesame, rimanendo preclusa dalla sua mancata proposizione nei termini previsti.

La sentenza in esame ha avallato il primo indirizzo interpretativo, ritenendo doversi escludere l'inammissibilità dell'appello cautelare anche ove l'istanza di revoca sia fondata su elementi preesistenti l'adozione della misura e non proposti in sede di riesame. Invero, l'indirizzo esegetico seguito dalle Sezioni Unite si basa sull'individuazione di un parallelismo tra la revoca delle misure cautelari personali e quelle reali, alla luce dell'identico tenore letterale dell'art. 321, comma 3, c.p.p. rispetto a quello di cui all'art. 299 c.p.p.

La *ratio* dei due rimedi è, inoltre, la stessa consistendo nella necessità di una verifica costante della correlazione della misura ai principi di adeguatezza e proporzionalità.

Specificato il rapporto tra revoca e riesame, le Sezioni unite procedono ad analizzare il rapporto tra il riesame e l'appello. La differenza strutturale tra i due rimedi è di tutta evidenza in quanto con il riesame si può censurare il percorso valutativo del primo giudice, mentre con l'appello occorre osservare il principio devolutivo di cui all'art. 597 c.p.p. Pertanto, la mancata attivazione dello strumento di cui all'articolo 322 c.p.p. non determina l'inammissibilità di quello *ex* art. 322-*bis* c.p.p., tenuto anche conto che la mancata proposizione del riesame non può essere intesa come rinuncia all'appello, stante la tassatività delle previsioni di cui all'art. 591 c.p.p.

In conclusione, le Sezioni Unite affermano il seguente principio di diritto: «*la mancata tempestiva proposizione, da parte dell'interessato, della richiesta di riesame avverso il provvedimento applicativo di una misura cautelare reale non ne preclude la revoca per la mancanza delle condizioni di applicabilità, neanche in assenza di fatti sopravvenuti*».

Non è configurabile il reato di violazione degli obblighi inerenti la sorveglianza speciale senza rivalutazione della pericolosità quando l'esecuzione della misura sia stata sospesa per effetto di una detenzione di lunga durata

(*Cass., sez. un., 13 novembre 2018, n. 51407*)

Con ordinanza del 20 marzo 2018, la prima sezione penale rimetteva alle Sezioni unite la decisione

della seguente questione di diritto: «*se sia configurabile il reato di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale, la cui esecuzione sia stata sospesa per effetto di detenzione di consistente durata, anche qualora al momento della risottoposizione della misura non si sia proceduto di ufficio ad una rivalutazione dell'attualità e persistenza della sua pericolosità sociale ad opera del giudice della prevenzione, in base ai principi affermati dalla Corte Costituzionale n. 291 del 2013, e tale rivalutazione non sia stata dallo stesso sollecitata*».

Con sentenza del 1993 (Cass., sez. un., 25 marzo 1993, n. 6), le Sezioni unite affermarono l'applicabilità della sorveglianza speciale anche a persona detenuta in espiazione di pena e, rilevata l'incompatibilità del momento esecutivo della misura con lo stato detentivo, sancirono che la misura stessa potesse essere posta in esecuzione soltanto dopo la cessazione dello stato di detenzione, senza alcuna verifica circa la persistenza della pericolosità.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 291 del 2013, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (ora art. 15 del "codice antimafia"), «*nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura*».

Successivamente a tale pronuncia si sono registrati tre diversi indirizzi interpretativi di legittimità. Secondo un primo orientamento (Cass., sez. V, 13 giugno 2016, n. 3345; Cass., sez. I, 8 gennaio 2015, n. 22547; Cass., sez. I, 5 dicembre 2014, n. 6878), nell'ipotesi di prevenuto sottoposto a misura di prevenzione, che si trovi in stato di detenzione la cui durata è potenzialmente idonea ad incidere sul già pronunciato giudizio di pericolosità, occorrerà procedersi a cura del giudice della prevenzione ad nuova valutazione circa l'attualità della pericolosità sociale del soggetto nei cui confronti è stata disposta l'applicazione della misura. Tale valutazione costituisce, pertanto, presupposto di sussistenza dei reati previsti dall'art. 75 del d.lgs. n. 159 del 2011.

Un secondo orientamento (Cass., sez. I, 9 marzo 2017, n. 2790) ritiene che la mancata rivalutazione di pericolosità non determina di per sé una sospensione della misura di prevenzione, poiché il presupposto della pericolosità sociale ha la sua legittimazione nel titolo originario e pertanto continua ad esistere finché il giudice della prevenzione non provveda ad una rivalutazione di segno contrario.

Secondo un terzo orientamento (Cass., sez. I, 3 ottobre 2017, n. 11619), intermedio tra i primi due, la valutazione sulla persistente pericolosità sociale può essere incidentalmente effettuata anche dal giudice di merito chiamato a pronunciarsi sulla violazione degli obblighi inerenti la misura.

Le Sezioni unite, con la sentenza in esame, condividono il primo orientamento interpretativo. Il decorso di un apprezzabile intervallo temporale tra l'applicazione della misura e la sua esecuzione può dar luogo a rilevanti modifiche personologiche soprattutto quando il soggetto interessato è stato in condizione detentiva e ciò in considerazione della funzione rieducativa che la Costituzione assegna alla pena.

L'esigenza di una valutazione dell'attualità della pericolosità sociale è stata ribadita dalla Corte e.d.u. (Corte e.d.u., Grande Camera, 6 aprile 2000, Labita c. Italia), secondo cui i requisiti legittimanti l'applicazione della misura debbono permanere anche durante la fase esecutiva.

Con legge del 17 ottobre 2017 n. 161, che ha introdotto nell'art. 14 del codice antimafia i commi 2-*bis* e 2-*ter*, viene prevista, inoltre, la sospensione dell'esecuzione della sorveglianza speciale durante il periodo in cui l'interessato è in espiazione di pena, con l'obbligo per il giudice della prevenzione di rivalutare la pericolosità dopo la cessazione della detenzione che sia durata almeno due anni.

Tale nuova verifica sulla pericolosità della persona costituisce una condizione di efficacia della misura di prevenzione e, pertanto, in difetto di tale accertamento, non sussiste il reato di cui all'art. 75, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011.

Per tali ragioni, le Sezioni unite giungono ad affermare il seguente principio di diritto: «*nei confronti di un soggetto destinatario di una misura di sorveglianza speciale, la cui esecuzione sia stata sospesa per effetto di una detenzione di lunga durata, in assenza di una rivalutazione dell'attualità e persistenza della sua pericolosità sociale ad opera del giudice della prevenzione, al momento della nuova sottoposizione alla misura, non è configurabile il reato di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale, previsto dall'art. 75 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*».

L'APPELLO AVVERSO UNA MISURA INTERDITTIVA, REVOCATA PER EFFETTO DELLE CONDOTTE RIPARATORIE DI CUI ART. 17 D.LGS. N. 231 DEL 2001, SI CELEBRA IN UDIENZA CAMERALE E NON PUÒ ESSERE DICHIARATO INAMMISSIBILE *DE PLANO*

(*Cass., sez. un., 14 novembre 2018, n. 51515*)

Con ordinanza del 19 gennaio 2018, la sesta sezione penale rimetteva alle Sezioni unite l'esame del seguente quesito: «*se l'appello avverso un'ordinanza applicativa di una misura interdittiva disposta a carico di una società possa essere dichiarata inammissibile anche senza formalità ex art. 127, comma 9, cod. proc. pen., dal tribunale che ritenga la sopravvenuta mancanza di interesse a seguito della revoca della misura stessa*».

L'art. 568, comma 4, c.p.p., previsione di carattere generale, impone la persistenza di un interesse ad impugnare in capo all'appellante. Gli artt. 17 e 49 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 disciplinano il procedimento applicativo delle misure cautelari interdittive a carico degli enti. L'art. 47, comma 2, d.lgs. citato stabilisce che se la richiesta del Pubblico Ministero di applicazione della misura cautelare è presentata fuori udienza, il giudice delibererà garantendo un contraddittorio anticipato.

La misura cautelare non è, pertanto, disposta *de plano*, ma soltanto a seguito di un'udienza camerale in cui la parte interessata potrà anche prospettare condotte "riparatorie" e formulare istanza di sospensione della misura interdittiva ai sensi dell'art. 49 d.lgs. cit. Se il giudice della cautela ritiene di accogliere l'istanza, fissa una cauzione a carico dell'ente collettivo, dispone la sospensione della misura ed indica un termine per la realizzazione della condotta riparatoria. Se la società adempie nel rispetto delle prescrizioni dettate, il giudice dispone la revoca della misura; analogamente potrà disporre la revoca della misura, nel caso di sopravvenuta mancanza delle condizioni di applicabilità della misura.

L'art. 52, comma 1, d.lgs. cit. prevede la possibilità di proporre appello avverso i provvedimenti in materia, rinviando all'osservanza delle disposizioni di cui all'articolo 322-*bis*, commi 1-*bis* e 2 c.p.p. e 325 c.p.p.

Il sistema cautelare così delineato dimostra che la disciplina del d.lgs. n. 231 del 2001 riconosce specifica valenza al contraddittorio prevedendone l'attivazione anticipata anche al fine di contemperare le esigenze cautelari con eventuali ricadute sul piano economico ed occupazionale.

La sentenza in esame rileva, pertanto, che la richiesta di sospensione della misura non implica rinuncia ad impugnare il provvedimento applicativo ed il perdurante interesse all'appello va individuato non soltanto nella contestazione dell'originaria legittimità del provvedimento, ma anche nella restituzione delle somme versate dall'ente per ottenere la sospensione della misura.

Tali considerazioni inducono le Sezioni Unite ad escludere ogni automatismo tra la revoca della misura interdittiva e la carenza di interesse all'impugnazione. Il giudice dell'appello cautelare dovrà, altresì, deliberare previa instaurazione del contraddittorio camerale.

La Suprema Corte richiama i propri precedenti giurisprudenziali (Cass., sez. un., 14 aprile 2006, n. 14991; Cass., sez. un., 28 maggio 2003, n. 26156), nonché alcune decisioni della Corte e.d.u. (Corte e.d.u., 16 giugno 2015, Mazzoni c. Italia, n. 20485/06) utili a delineare diversi schemi procedimentali a seconda che si applichi il modello tipico dell'udienza camerale partecipata *ex* art. 127 c.p.p. o forme semplificate previste per il differente grado di garanzia del contraddittorio che deve essere assicurato.

Sulla scorta di tali univoci orientamenti, le Sezioni unite escludono la possibilità di una declaratoria *de plano* di inammissibilità dell'appello cautelare proposto dall'ente pur in presenza di una revoca della misura interdittiva, tenuto anche conto che soltanto il contraddittorio camerale pone la parte in condizione di sollecitare e svolgere accertamenti, spesso di natura complessa, utili a produrre vantaggi sostanziali per l'ente altrimenti non conseguibili.

In conclusione, le Sezioni unite affermano i seguenti principi di diritto: «*l'appello avverso una misura interdittiva, che nelle more sia stata revocata a seguito delle condotte riparatorie* ex *art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001, poste in essere dalla società indagata, non può essere dichiarato inammissibile de plano, secondo la procedura prevista dall'art. 127, comma 9, ma, considerando che la revoca può implicare valutazioni di ordine discrezionale, deve essere deciso nell'udienza camerale e nel contraddittorio delle parti, previamente avvisate. La revoca della misura interdittiva disposta a seguito di condotte riparatorie poste in essere* ex *art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001, intervenuta nelle more dell'appello cautelare proposto nell'interesse della società indagata, non determina automaticamente la sopravvenuta carenza di interesse all'impugnazione*».

DECISIONI IN CONTRASTO

di *Paola Corvi*

Le modalità di nomina del sostituto del difensore

(*Cass., Sez. I, 25 ottobre 2018, n. 48862*)

La facoltà di nominare un sostituto processuale è riconosciuta al difensore di fiducia e a quello di ufficio dall'art. 102 c.p.p. Ai sensi dell'art. 34 norme att. c.p.p., le forme da seguire nella designazione del sostituto sono quelle indicate dall'art. 96, comma 2, c.p.p.: la dichiarazione resa all'autorità procedente ovvero consegnata o trasmessa dal difensore con raccomandata all'autorità procedente.

Sulle modalità di conferimento della delega prevista dall'art. 102 c.p.p. si registrano tuttavia opinioni discordanti, anche in ragione della diversa lettura da parte della giurisprudenza di legittimità delle prescrizioni contenute nella legge professionale, riformata nel 2012.

Secondo una recente pronuncia della Cassazione (Cass. sez. V, 18 giugno 2018, n. 26606), in linea con una lettura della normativa risalente al previgente codice di rito (Cass., sez. III, 14 ottobre 1986, n. 1713; Cass., sez. III, 29 aprile 1986, n. 866), la delega al sostituto processuale deve essere conferita necessariamente per iscritto. L'art. 96, comma 2, c.p.p., infatti, richiede che la nomina sia resa oralmente all'autorità procedente e quindi inserita in un verbale oppure sia effettuata per iscritto e poi consegnata all'autorità procedente o trasmessa per raccomandata: per la designazione del sostituto, che deve avvenire nelle stesse forme, non è dunque ammissibile la forma orale, dovendosi documentare la qualità di difensore anche da parte di chi ne fa le veci. Alla medesima conclusione si giunge, peraltro, anche partendo dalla disciplina della professione forense contenuta nel r.d.l. n. 1578 del 1933, il quale all'art. 9 espressamente prevede che «il procuratore può, sotto la sua responsabilità, farsi rappresentare da un altro procuratore» e «che l'incarico è dato di volta in volta per iscritto negli atti di causa o con dichiarazione separata». Secondo questo orientamento, tale norma non sarebbe stata abrogata dalla riforma dell'ordinamento della professione forense contenuta nella l. n. 247 del 2012, poiché l'art. 65 di tale legge fa salve le norme anteriori fino all'entrata in vigore dei regolamenti previsti dalla stessa legge, non ancora emanati, e non risulta esercitata la delega prevista dall'art. 64 della medesima legge di riforma. Secondo l'orientamento in esame a tale conclusione non osterebbe neppure l'art. 14 della l. 247 del 2012, secondo cui gli avvocati possono farsi sostituire o coadiuvare da un altro avvocato con incarico anche verbale, in quanto l'art. 14 va inteso restrittivamente, nel senso che la sostituzione può avvenire oralmente, ma al di fuori del processo. Peraltro anche qualora si ritenesse abrogato l'art. 9 r.d.l. n. 1578 del 1933, si dovrebbero applicare gli artt. 96, comma 2, c.p.p. e 34 norme att. c.p.p., posto che le disposizioni codicistiche di natura speciale non sarebbero toccate da norme disciplinanti in via generale la professione forense.

La sentenza in commento, al contrario, ritiene pienamente rituale la designazione del sostituto del difensore titolare, operata da quest'ultimo verbalmente. La pronuncia da un lato sottolinea che l'art. 96, comma 2, c.p.p. esclude forme rigorose nella designazione del sostituto, come emerge anche dalla giurisprudenza di legittimità, sempre attenta a favorire l'esplicazione del diritto di difesa, escludendo la necessità di autenticazione (Cass., sez. V, 18 gennaio 2018, n. 8205; Cass., VI, 11 febbraio 2011, n. 15577; Cass., sez. III, 9 novembre 2006, n. 234), o affermando la validità di nomine effettuale senza il rispetto puntuale delle formalità richieste dalla norma (Cass., sez. VI, 7 novembre 2017, n. 54041; Cass., sez. V, 3 febbraio 2017, n. 36885; Cass., sez. II, 10 novembre 2016, n. 52529); dall'altro evidenzia come l'art. 14 della l. n. 247 del 2012 preveda ora espressamente il conferimento orale della delega per la sostituzione. Secondo questo orientamento, infatti, la l. 247 del 2012 è pienamente vigente, indipendentemente dal mancato riordino dell'intera materia previsto dall'art. 64 della medesima legge e conseguentemente ha implicitamente abrogato l'art. 9 r.d.l. n. 1578 del 1933: la disposizione transitoria – l'art. 65 che prevede l'applicabilità delle disposizioni vigenti non abrogate fino alla entrata in vigore dei regolamenti previsti dalla riforma – riguardando fonti di carattere secondario, non può in alcun modo giustificare la permanente vigenza del citato art. 9 che si colloca tra le fonti primarie. Del resto è da escludere l'interpretazione restrittiva avanzata dal contrapposto orientamento giurisprudenziale, essendo pacifico che la

nuova disciplina dettata dall'art. 14 riguardi il processo, come si ricava dall'esegesi della norma e dall'analisi dei lavori parlamentari. Il dato testuale, l'esigenza di semplificazione sottesa alla riforma dell'ordinamento della professione forense, lo sguardo comparatistico alla legislazione di altri Paesi di tradizione affine a quella italiana, portano dunque la Corte ad affermare nella pronuncia in esame la validità della delega orale al sostituto processuale: gli artt. 96, comma 2, c.p.p. e 34 norme att. c.p.p. devono infatti essere interpretati nel senso che il difensore titolare possa farsi sostituire per l'udienza, o per l'atto processuale da compiere, conferendo incarico anche solo orale al sostituto, senza essere necessariamente presente, e senza altro onere diverso dalla formale dichiarazione resa al giudice dal sostituto e raccolta a verbale, ferma restando naturalmente la sua responsabilità sul piano penale, civile e deontologico, per il caso di dichiarazione mendace.



Processo penale e giustizia n. 1 | 2019

Avanguardie in giurisprudenza

Cutting Edge Case Law

Sì alla sospensione del procedimento con messa alla prova a seguito di nuova contestazione di una circostanza aggravante

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 21 MARZO 2018, N. 141 – PRES. E REL. LATTANZI

È costituzionalmente illegittimo l'art. 517 c.p.p., nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1.– Il Tribunale ordinario di Salerno, in composizione monocratica, con ordinanza del 24 marzo 2016 (r.o. n. 40 del 2017), ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 517 del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevede che, contestata nel corso del giudizio dibattimentale una circostanza aggravante fondata su elementi già risultanti dagli atti di indagine, l'imputato abbia facoltà di richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova [ai] sensi degli artt. 168 *bis* c.p. e 464 *bis* e ss. c.p.p. relativamente al reato oggetto della nuova contestazione».

Il Tribunale rimettente riferisce che il Giudice per le indagini preliminari dello stesso Tribunale aveva emesso nei confronti dell'imputato un decreto penale di condanna «in data 12/13.2.2014» per il «reato p. e p. dall'art. 186 comma 2 lettera b) e comma 2-*sexies* del Codice della Strada, perché guidava alle ore 03.30 circa del giorno 01.05.2013 l'autovettura […] in stato di ebbrezza alcolica», e che contro tale decreto, il 18 marzo 2014, era stata proposta opposizione con la richiesta dell'applicazione della pena, ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., nella misura di quattordici giorni di arresto e 600,00 euro di ammenda, da sostituirsi con quella del lavoro di pubblica utilità, ai sensi dell'art. 186, comma 9-*bis*, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada).

Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Salerno aveva rigettato la richiesta di applicazione della pena perché dall'esame degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero era emerso che l'imputato aveva provocato un incidente stradale con feriti, con la conseguente configurabilità dell'aggravante dell'art. 186, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 285 del 1992, ostativa all'applicazione della sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità.

Nell'udienza camerale del 20 novembre 2014, fissata «per la delibazione dell'istanza di patteggiamento», il difensore dell'imputato, munito di procura speciale, aveva presentato una richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, ai sensi dell'art. 168-*bis* del codice penale, ma il Giudice per le indagini preliminari, dopo la pronuncia di rigetto della richiesta di patteggiamento, aveva rimesso ogni ulteriore determinazione sulla nuova richiesta al «primo giudice (quello che aveva emesso il decreto penale)», il quale, a sua volta, aveva dichiarato «non luogo a provvedere» e rimesso la decisione al giudice del dibattimento, emettendo il decreto di giudizio immediato.

Nell'udienza dibattimentale del 28 ottobre 2015, dopo la costituzione delle parti, il difensore dell'imputato, assente ai sensi dell'art. 420-*bis* cod. proc. pen., aveva nuovamente chiesto la sospensione del procedimento con messa alla prova e il giudice *a quo*, preso atto del parere favorevole del pubblico ministero, si era riservato di decidere, disponendo, nell'udienza del 19 novembre 2015, l'acquisizione di ulteriore documentazione per «completare il quadro informativo necessario alla delibazione della questione».

Nell'udienza del 25 novembre 2015, il pubblico ministero aveva contestato all'imputato assente

l'aggravante prevista dall'art. 186, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 285 del 1992 e il difensore aveva reiterato la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova.

In un'udienza successiva, fissata per la decisione su tale richiesta, il Tribunale ha sollevato le questioni di legittimità costituzionale sopra indicate.

Il giudice *a quo* ha ricordato che, a norma dell'art. 464-*bis*, comma 2, cod. proc. pen., nel procedimento per decreto la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova deve essere presentata con l'atto di opposizione e che nella specie ciò non era avvenuto perché l'opposizione era stata anteriore all'emanazione della legge 28 aprile 2014, n. 67 (Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili), che aveva introdotto il nuovo istituto. Poi nel dibattimento, tardivamente, perché già risultava dagli atti delle indagini, era stata contestata all'imputato, a norma dell'art. 517 cod. proc. pen., la circostanza aggravante prevista dall'art. 186, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 285 del 1992, e, secondo il giudice *a quo*, la nuova contestazione avrebbe dovuto consentire all'imputato di chiedere la messa alla prova, così come gli consentiva di chiedere il patteggiamento e il giudizio abbreviato.

Ad avviso del Tribunale rimettente, l'art. 517 cod. proc. pen., prevedendo «la contestazione della circostanza aggravante c.d. tardiva», senza dare all'imputato la possibilità di chiedere la messa alla prova, contrasterebbe con gli artt. 3 e 24 Cost., e le relative questioni di legittimità costituzionale sarebbero rilevanti, dato che non sussisterebbero ragioni per negare la messa alla prova.

La stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 240 del 2015, avrebbe rilevato che il nuovo istituto ha effetti sostanziali ma è connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio e destinato ad avere un rilevante effetto deflattivo.

In considerazione dei suoi effetti premiali, la possibilità di accedere a tale procedimento costituirebbe un'estrinsecazione del diritto di difesa garantito dall'art. 24, secondo comma, Cost.

Il Tribunale rimettente ricorda che, con la sentenza n. 184 del 2014, la Corte costituzionale ha già riconosciuto all'imputato il diritto di chiedere il procedimento speciale previsto dagli artt. 444 e seguenti cod. proc. pen. nel caso in cui il pubblico ministero opera una modificazione dell'imputazione contestando una circostanza aggravante già risultante dagli atti di indagine, e ha ritenuto che l'opzione per un rito di carattere premiale costituisce una declinazione del diritto di difesa.

Dopo aver richiamato altre pronunce di questa Corte relative agli artt. 516 e 517 cod. proc. pen., il giudice *a quo* ha osservato che con esse la Corte ha rilevato «il pregiudizio del diritto di difesa, connesso all'impossibilità di rivalutare la convenienza del rito alternativo in presenza di una variazione sostanziale dell'imputazione, intesa ad emendare precedenti errori od omissioni del pubblico ministero nell'apprezzamento dei risultati delle indagini preliminari», e ha stigmatizzato la violazione del principio di eguaglianza «correlata alla discriminazione cui l'imputato si trova esposto a seconda della maggiore o minore esattezza e completezza di quell'apprezzamento».

Nel caso in esame la situazione processuale sarebbe assimilabile a quelle esaminate dalla Corte con le pronunce richiamate, e non sarebbe possibile, a fronte del disposto dell'art. 517 cod. proc. pen. e dell'art. 464-*bis* cod. proc. pen., procedere ad interpretazioni volte ad adeguare le chiare previsioni normative ai principi costituzionali.

2.– È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, e ha chiesto che le questioni siano dichiarate inammissibili e comunque non fondate.

L'Avvocatura dello Stato ha ricordato che la richiesta di sospensione del procedimento avrebbe dovuto essere contenuta nell'atto di opposizione, ai sensi dell'art. 464-*bis* cod. proc. pen., ma che in quel momento non era possibile presentarla perché la legge che ha dato vita al nuovo istituto non era ancora stata emanata. D'altro canto la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 240 del 2015, ha ritenuto che, in mancanza di una disciplina transitoria, rimane preclusa la messa alla prova nei procedimenti in cui al momento dell'entrata in vigore della legge n. 67 del 2014 era già stata superata la fase processuale nella quale la richiesta sarebbe stata proponibile.

Ne discenderebbe che la reiterazione della richiesta «al momento dell'apertura del dibattimento non avrebbe potuto avere corso» e dunque che le questioni non sarebbero rilevanti, non potendo la decisione della Corte incidere sul giudizio *a quo*. Né inciderebbe sulla rilevanza delle questioni il fatto che l'imputazione era stata modificata.

Secondo l'Avvocatura dello Stato, «la contravvenzione oggetto del procedimento, sia nella forma o-

riginariamente contestata, che in quella derivante dalla modifica, avrebbe in ipotesi consentito l'accesso al rito speciale, se non già precluso dalla scansione temporale evidenziata nell'ordinanza di rimessione», e quindi non ci si troverebbe in presenza di una situazione come quelle oggetto delle decisioni di questa Corte richiamate dal Tribunale rimettente, in cui, per l'errore del pubblico ministero che non aveva a suo tempo effettuato una contestazione conforme agli elementi già acquisiti, l'imputato aveva subito un pregiudizio, non avendo chiesto, come avrebbe potuto fare, il procedimento speciale.

Nel caso in questione l'imputato al momento dell'opposizione non avrebbe potuto chiedere la messa alla prova, e di conseguenza anche in seguito la richiesta gli era preclusa, sicché la mancata contestazione dell'aggravante non gli aveva arrecato alcun pregiudizio.

In conclusione, secondo l'Avvocatura dello Stato, «[n]ella fattispecie si può adeguatamente sostenere che la modificazione tardiva dell'imputazione, mediante contestazione della circostanza aggravante di cui all'art. 186 comma 2-*bis* del codice della strada, già emergente in fase di indagine, è inidonea a determinare una variazione sostanziale ai fini della rivalutazione difensiva per l'accesso al rito alternativo. E ciò perché si tratta di variazione non incidente sulle condizioni di ammissibilità stabilite dai commi 1 e 5 dell'art. 168-*bis* c.p., senza dunque che sia prospettabile alcuna violazione dei diritti difensivi, in un contesto in cui l'accesso al rito alternativo è precluso in mancanza di disciplina transitoria della legge n. 67/2014».

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.– Il Tribunale ordinario di Salerno, in composizione monocratica, con ordinanza del 24 marzo 2016 (r.o. n. 40 del 2017), ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 517 del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevede che, contestata nel corso del giudizio dibattimentale una circostanza aggravante fondata su elementi già risultanti dagli atti di indagine, l'imputato abbia facoltà di richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova [ai] sensi degli artt. 168 *bis* c.p. e 464 *bis* e ss. c.p.p. relativamente al reato oggetto della nuova contestazione».

Il Tribunale rimettente procede in seguito all'opposizione a un decreto penale di condanna e la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova non era stata formulata con l'atto di opposizione perché in quel momento la legge che ha introdotto il nuovo procedimento speciale non era ancora stata emanata.

Con il decreto penale di condanna era stato contestato all'imputato «il reato p. e p. dall'art. 186 comma 2 lettera b) e comma 2-*sexies* del Codice della Strada perché guidava […] l'autovettura […] in stato di ebbrezza», e in udienza, prima ancora dell'apertura del dibattimento, il pubblico ministero, a norma dell'art. 517 cod. proc. pen., aveva integrato la contestazione con l'aggravante dell'art. 186, comma 2-*bis*, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), perché l'imputato aveva provocato un incidente stradale con feriti. Questa circostanza precludeva la sostituzione della pena dell'arresto e dell'ammenda con quella del lavoro di pubblica utilità, ai sensi dell'art. 186, comma 9-*bis*, d.lgs. n. 285 del 1992.

Secondo il giudice *a quo* la nuova contestazione avrebbe dovuto consentire all'imputato di chiedere la messa alla prova, così come gli consentiva di chiedere il patteggiamento e il giudizio abbreviato.

Ad avviso del Tribunale rimettente, la norma censurata viola l'art. 3 Cost., per la discriminazione cui l'imputato si trova esposto «a seconda della maggiore o minore esattezza e completezza» dell'apprezzamento dei risultati delle indagini preliminari da parte del pubblico ministero. Inoltre sarebbe violato l'art. 24 Cost., perché di fronte a «evenienze patologiche che immutano in modo sostanziale la situazione fattuale-processuale originariamente prospettatasi all'imputato e al suo difensore» risulterebbe «lesivo del diritto di difesa dell'imputato precludere l'accesso ai riti speciali».

2.– L'Avvocatura generale dello Stato ha eccepito l'inammissibilità delle questioni per difetto di rilevanza, osservando che non era stato possibile presentare la richiesta di messa alla prova con l'atto di opposizione, come vuole l'art. 464-*bis*, comma 2, cod. proc. pen., perché la legge all'origine del nuovo istituto non era stata ancora emanata, e che quindi, in mancanza di una norma transitoria in tal senso, questa richiesta non avrebbe potuto essere presentata successivamente, nonostante l'avvenuta modificazione dell'imputazione e la sua "tardività". Perciò un'eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale non sarebbe in grado di determinare l'accoglimento della richiesta di messa alla prova.

L'eccezione è infondata.

Secondo il giudice rimettente, non consentire all'imputato di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova, dopo che il pubblico ministero gli ha contestato una nuova circostanza aggravante, dà luogo a una lesione del diritto di difesa e a una violazione dell'art. 3 Cost., ed è per questa ragione che egli ha chiesto una pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 517 cod. proc. pen. volta a consentire all'imputato di presentare tale richiesta al giudice del dibattimento, indipendentemente dalle ragioni per le quali non era stata presentata in precedenza.

Tanto basta per rendere rilevanti le questioni, mentre attiene alla valutazione sulla loro fondatezza stabilire se il giudice può accogliere la richiesta di messa alla prova, benché non sia stato possibile presentarla al momento dell'opposizione al decreto penale di condanna.

3.– Le questioni, oltre che ammissibili, sono fondate.

3.1.– L'istituto della messa alla prova, introdotto con gli artt. 168-*bis*, 168-*ter* e 168-*quater* del codice penale, «ha effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova» (sentenza n. 240 del 2015).

L'art. 464-*bis*, comma 2, cod. proc. pen. stabilisce i termini entro i quali, a pena di decadenza, l'imputato può formulare la richiesta di messa alla prova. Sono termini diversi, articolati secondo le sequenze procedimentali dei vari riti, e la loro disciplina è «collegat[a] alle caratteristiche e alla funzione dell'istituto, che è alternativo al giudizio ed è destinato ad avere un rilevante effetto deflattivo» (sentenza n. 240 del 2015).

Come negli altri riti, anche nel procedimento per decreto la mancata presentazione della richiesta nel termine stabilito dall'art. 464-*bis*, comma 2, cod. proc. pen., e cioè con l'atto di opposizione, determina una decadenza, sicché, nel giudizio conseguente all'opposizione, l'imputato che prima non l'abbia chiesta non può più chiedere la messa alla prova (sentenza n. 201 del 2016).

Nel caso in esame, come si è visto, l'imputato, al momento dell'emanazione della legge 28 aprile 2014, n. 67 (Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili), priva di normativa transitoria, non era più in termini per richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova, ma la contestazione, da parte del pubblico ministero, dell'aggravante di cui all'art. 186, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 285 del 1992 ha indotto il giudice a ritenere che, in presenza della nuova situazione accusatoria, impedire all'imputato di chiedere la messa alla prova costituisca una lesione delle sue facoltà difensive e sia in contrasto con l'art. 3 Cost.

Il giudice rimettente si duole, più specificamente, della mancata previsione della facoltà di accesso al nuovo rito speciale della sospensione del procedimento con messa alla prova, in presenza di una contestazione suppletiva cosiddetta "tardiva" o "patologica" di una circostanza aggravante, cioè di una contestazione basata non sulle nuove risultanze dell'istruzione dibattimentale, ma su elementi che già emergevano dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

Occorre dunque verificare nuovamente la legittimità della preclusione per l'imputato di un rito alternativo a contenuto premiale nonostante la sopravvenienza di nuove contestazioni dibattimentali, posto che non può non valere anche per il nuovo procedimento speciale della messa alla prova il complesso dei principi enucleati al riguardo da questa Corte per gli altri riti alternativi.

3.2.– La giurisprudenza costituzionale sulla facoltà dell'imputato di chiedere il patteggiamento o il giudizio abbreviato dopo nuove contestazioni a norma degli artt. 516 e 517 cod. proc. pen. è andata evolvendo nel tempo in modo significativo.

In una prima fase, relativa agli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice di rito, questa Corte ha ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto le norme sulle nuove contestazioni e ha escluso ogni possibilità di superare l'ordinario limite processuale fissato per la richiesta dei riti alternativi.

Esaminando le questioni sollevate, con riferimento, ora al giudizio abbreviato, ora al patteggiamento, la Corte ha ritenuto infondato il dubbio di legittimità costituzionale in parola, rilevando – sulla scia di quanto già affermato in rapporto alla norma transitoria dell'art. 247 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271 (Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale) (sentenza n. 277 del 1990; ordinanze n. 477 e n. 361 del 1990) – che l'interesse dell'imputato a beneficiare dei vantaggi che discendono dall'instaurazione di tali riti speciali trova tutela «solo in quanto la sua condotta consenta l'effettiva adozione di una sequenza procedimentale, che, evitando il dibattimento», per-

metta di raggiungere «quell'obiettivo di rapida definizione del processo» che il legislatore ha inteso perseguire attraverso l'introduzione dei riti speciali (sentenza n. 593 del 1990, relativa ad una richiesta di giudizio abbreviato; nello stesso senso, sentenza n. 316 del 1992, relativa ad una richiesta di rito abbreviato; sentenza n. 129 del 1993, relativa ad una richiesta di patteggiamento; ordinanza n. 107 del 1993, relativa ad una richiesta di giudizio abbreviato; ordinanza n. 213 del 1992, relativa ad una richiesta di patteggiamento). Di conseguenza si è ritenuto che se per l'inerzia dell'imputato (che ha omesso di richiedere tempestivamente il rito alternativo) tale scopo non può più essere pienamente raggiunto, essendosi ormai pervenuti al dibattimento, sarebbe del tutto irrazionale procedere egualmente con il rito speciale in base alle contingenti valutazioni dell'imputato (sentenze n. 316 del 1992 e n. 593 del 1990; ordinanze n. 107 del 1993 e n. 213 del 1992).

Si è anche affermato che «[n]ell'ipotesi […] di reato concorrente – ma analoghe considerazioni valgono in quelle di modifica dell'imputazione (art. 516) e di circostanza aggravante – l'esclusione di tale possibilità è giustificata dal rilievo che la contestazione è evenienza, per un verso, non infrequente in un sistema processuale imperniato sulla formazione della prova in dibattimento (cfr. ordinanza n. 213 del 1992), e ben prevedibile, dato lo stretto rapporto intercorrente tra l'imputazione originaria e il reato connesso» e che «il relativo rischio rientra naturalmente nel calcolo in base al quale l'imputato si determina a chiedere o meno tale rito, onde egli non ha che da addebitare a se medesimo le conseguenze della propria scelta» (sentenza n. 316 del 1992; in senso analogo, sentenza n. 129 del 1993; ordinanze n. 107 del 1993 e n. 213 del 1992).

Successivamente però la giurisprudenza costituzionale è andata gradualmente evolvendo, e, già con la sentenza n. 265 del 1994, sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi gli artt. 516 e 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedevano 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 o al reato concorrente quando questo ha formato oggetto di contestazione "tardiva".

Nella ricordata pronuncia, questa Corte ha rilevato che le valutazioni dell'imputato circa la convenienza del rito alternativo vengono a dipendere anzitutto dalla concreta impostazione data al processo dal pubblico ministero; sicché, «quando, in presenza di una evenienza patologica del procedimento, quale è quella derivante dall'errore sulla individuazione del fatto e del titolo del 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». In questo caso, secondo la Corte, è violato anche il principio di eguaglianza, «venendo l'imputato irragionevolmente discriminato, ai fini dell'accesso ai procedimenti speciali, in dipendenza della maggiore o minore esattezza o completezza della discrezionale valutazione delle risultanze delle indagini preliminari operata dal pubblico ministero».

3.3.– Alle stesse conclusioni, con la sentenza n. 184 del 2014, questa Corte è giunta nel caso, analogo a quello in questione, della contestazione suppletiva di una circostanza aggravante, rilevando che la motivazione della sentenza n. 265 del 1994 poteva riferirsi anche alla contestazione "tardiva" di una o più circostanze aggravanti, in quanto «anche la trasformazione dell'originaria imputazione in un'ipotesi circostanziata (o pluricircostanziata) determina un significativo mutamento del quadro processuale». Le circostanze aggravanti possono, infatti, incidere in modo rilevante «sull'entità della sanzione» – tanto più quando si tratti di circostanze ad effetto speciale – e talvolta «sullo stesso regime di procedibilità del reato, o, ancora, sull'applicabilità di alcune sanzioni sostitutive», come nel caso oggetto del giudizio a quo (sentenza n. 184 del 2014).

L'imputato che si vede contestare in dibattimento una circostanza aggravante già risultante dagli atti di indagine si trova in una situazione non dissimile da quella del destinatario della contestazione "tardiva" di un fatto diverso, «evenienza che in realtà potrebbe costituire per l'imputato anche un pregiudizio minore». Sicché, secondo questa Corte, una volta divenuta ammissibile la richiesta di "patteggiamento" nel caso di modificazione dell'imputazione a norma dell'art. 516 cod. proc. pen., la preclusione di essa nel caso di contestazione di una nuova circostanza aggravante, ai sensi dell'art. 517 cod. proc. pen., sarebbe causa di ingiustificate disparità di trattamento (sentenza n. 184 del 2014).

Per le stesse ragioni, con la sentenza n. 139 del 2015, questa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui, nel caso di contestazione di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato oggetto della nuova contestazione.

4.– Con le decisioni ricordate, questa 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)» (sentenza n. 206 del 2017), ma nella successiva evoluzione giurisprudenziale questo requisito è stato superato e la Corte con tre sentenze più recenti ha riconosciuto all'imputato la facoltà di accedere ai riti alternativi del patteggiamento e del giudizio abbreviato anche in seguito a nuove contestazioni "fisiologiche", collegate cioè non a elementi acquisiti nel corso delle indagini ma alle risultanze dell'istruzione dibattimentale.

Così, con la sentenza n. 237 del 2012 è stato 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 prevedeva la facoltà dell'imputato di chiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il reato concorrente, emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale. Con la sentenza n. 273 del 2014 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di chiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il fatto diverso, emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale. Con la sentenza n. 206 del 2017 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di chiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena, a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., per il fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale.

Nelle tre ricordate pronunce questa Corte ha precisato che in seguito alla contestazione, ancorché "fisiologica", del fatto diverso o di un reato concorrente «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)» (sentenze n. 273 del 2014 e n. 206 del 2017).

Si è perciò ritenuto che, sia quando all'accusa originaria ne viene aggiunta una connessa, sia anche 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) e richiedere il giudizio abbreviato.

Analoga affermazione è stata fatta per il "patteggiamento", procedimento in cui 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)» (sentenza n. 206 del 2017). Sicché, 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).

Questa Corte ha aggiunto 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 e, di conseguenza, sull'incidenza quantitativa dell'effetto premiale connesso al rito speciale.

Sono stati considerati non 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 rito alternativo), del rischio della modificazione dell'imputazione per effetto di sopravvenienze. Questa Corte ha rilevato che l'accesso al rito alternativo dopo l'inizio del dibattimento rimane comunque idoneo a produrre un'economia processuale, anche se attenuata, e che in ogni caso le ragioni della deflazione processuale debbono recedere di fronte ai princìpi 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).

5.– In un quadro complessivo di principi, quale quello che, come è stato ricordato, si è andato delineando in modo sempre più nitido attraverso l'evoluzione giurisprudenziale, è chiaro che, nel caso di contestazione suppletiva di una circostanza aggravante, non prevedere nell'art. 517 cod. proc. pen. la facoltà per l'imputato di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova si risolve, come è stato ritenuto per il patteggiamento e per il giudizio abbreviato, in una violazione degli artt. 3 e 24 Cost.

La richiesta dei riti alternativi infatti «costituisce […] una 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), e si determinerebbe una situazione in contrasto con il principio posto dall'art. 3 Cost. se nella medesima situazione processuale fosse regolata diversamente la facoltà di chiederli.

Né rileva la circostanza, dedotta dall'Avvocatura dello Stato, che, nel momento processuale in cui nel procedimento *a quo* avrebbe dovuto essere presentata la richiesta, la legge n. 67 del 2014 non era ancora stata emanata. Infatti per valutare l'ammissibilità della richiesta non è a quel momento che occorre fare riferimento, ma al momento in cui è avvenuta la contestazione suppletiva, dato che, come si è visto, il riconoscimento della facoltà di chiedere il rito speciale non deve più ritenersi condizionato dalla "tardività" della contestazione.

Se si dovesse riconoscere tale facoltà solo nel caso in cui gli elementi alla base della contestazione suppletiva erano già presenti al momento in cui la richiesta avrebbe dovuto essere presentata, la sua ammissibilità in seguito a tale contestazione costituirebbe il recupero di una facoltà difensiva non potuta esercitare a suo tempo per l'errore compiuto dal pubblico ministero, e quindi si potrebbe argomentare che non esistendo all'epoca quella facoltà nessun recupero sarebbe configurabile. Se però, come ha riconosciuto questa Corte con la più recente giurisprudenza, la facoltà di chiedere un rito speciale deve riconoscersi all'imputato anche quando la contestazione suppletiva è determinata, come del resto dovrebbe normalmente avvenire, da una sopravvenienza dibattimentale, allora è nella sopravvenienza, e soprattutto nella correlativa contestazione suppletiva, che trova fondamento la facoltà di chiedere un rito speciale.

Il dato rilevante insomma è la sopravvenienza di una contestazione suppletiva, quali che siano gli elementi che l'hanno giustificata, esistenti fin dalle indagini o acquisiti nel corso del dibattimento, ed è ad essa che deve ricollegarsi la facoltà dell'imputato di chiedere un rito alternativo, indipendentemente dalla ragione per cui la richiesta in precedenza è mancata.

È nel diritto di difesa che la "nuova" facoltà trova il suo fondamento, perché, se, come si è ricordato, la richiesta dei riti alternativi costituisce una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio di tale diritto, occorre allora che la relativa facoltà sia collegata anche all'imputazione che, per effetto della contestazione suppletiva, deve effettivamente formare oggetto del giudizio.

6.– In conclusione, per il contrasto con gli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., l'art. 517 cod. proc. pen. va dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova.

PQM

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 del codice di procedura penale, nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova.

[*Omissis*]

LEONARDO NULLO

Cultore di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Perugia

Nuove contestazioni e messa alla prova: non ancora completo il quadro dei rapporti tra modifiche dell'imputazione e accesso ai riti alternativi

New indictments and probation: not yet complete the framework of relationships between changes' indictment and access to alternative proceedings

La Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità, per contrasto con gli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova. Superata la distinzione tra contestazioni patologiche e fisiologiche, sono ancora molti gli interrogativi in sospeso.

The constitutional Court decides the constitutional unlawfulness, in contrast to the arts. 3 and 24, secondo comma, Cost., of the art. 517 c.p.p., where it does not provide, in the case of new contestation of an aggravating circumstance, the defendant's power to request the trial court the probation. Outdated the differentiation between "physiological" and "pathological" contestations, there are many not answered question marks.

IL CASO CONCRETO

La sentenza che si annota ha censurato l'art. 517 c.p.p. nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova.

Nel caso di specie, era stato emesso un decreto penale di condanna nei confronti dell'imputato per il reato di guida in stato di ebbrezza alcolica (art. 186 comma 2 lett. *b* e comma 2-*sexies*, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, Codice della Strada). La difesa, proponendo opposizione al decreto penale, richiedeva l'applicazione della pena *ex* art. 444 c.p.p., nella misura di quattordici giorni di arresto e 600,00 euro di ammenda, da sostituirsi con quella del lavoro di pubblica utilità, ai sensi dell'art. 186, comma 9-*bis*, d.lgs. n. 285 del 1992. Il giudice per le indagini preliminari rigettava tale richiesta poiché, dall'esame degli atti del fascicolo d'indagine, era emerso che l'imputato aveva provocato un incidente stradale con feriti e si configurava, perciò, la circostanza aggravante di cui all'art. 186, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 285 del 1992, ostativa all'applicazione della sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità.

Successivamente, nel corso dell'udienza dibattimentale, il difensore proponeva istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova per il suo assistito. Tuttavia, proprio in tale fase processuale, il pubblico ministero aveva tardivamente contestato all'imputato assente l'aggravante prevista dall'art. 186, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 285 del 1992[1].

Reagiva il Tribunale, dunque, che sollevava la questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. 517 c.p.p., mettendo in evidenza come, ai sensi dell'art. 464-*bis*, comma 2, c.p.p., nel procedimento per decreto la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova debba essere presentata tramite l'atto di opposizione e che, nel caso di specie, ciò non era avvenuto perché l'opposizione era stata anteriore all'emanazione della l. 28 aprile 2014, n. 67, con cui si introduceva nell'ordinamento il nuovo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli imputati adulti. Inoltre, –

[1] L'aggravante *de qua* contempla l'ipotesi che dalla guida in stato d'ebbrezza derivi un incidente stradale.

ha evidenziato il giudice *a quo* –, nel dibattimento, all'imputato è stata contestata tardivamente (posto che già risultava dagli atti delle indagini), a norma dell'art. 517 c.p.p., la circostanza aggravante prevista dall'art. 186, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 285 del 1992. Secondo il giudice *a quo*, la nuova contestazione avrebbe dovuto consentire all'imputato di chiedere la messa alla prova, così come gli consentiva di chiedere il patteggiamento e il giudizio abbreviato, pena la violazione degli artt. 3 e 24 Cost.

Il rimettente, posto il carattere premiale del rito, sollecitava quindi il Giudice delle leggi ad allinearsi alla sentenza n. 184 del 2014, con la quale era stato riconosciuto all'imputato il diritto di chiedere il c.d. patteggiamento nel caso in cui il pubblico ministero contesti una circostanza aggravante già risultante dagli atti di indagine, ritenendosi, appunto, che l'opzione per un rito di carattere premiale costituisca una declinazione del diritto di difesa. In altra pronuncia, nella sostanza, tanto era stato riconosciuto anche rispetto al giudizio abbreviato. D'altra parte, evidenziava il Tribunale, verrebbe in gioco anche il principio di eguaglianza, in quanto l'imputato sarebbe discriminato a seconda della maggiore o minore esattezza e completezza dell'apprezzamento del pubblico ministero degli atti d'indagine, rilevando così il tema, cui attentamente si volgerà attenzione nel prosieguo, delle c.d. contestazioni patologiche.

La trama argomentativa della Consulta: il lento adeguamento costituzionale delle contestazioni suppletive

Il Giudice delle leggi, accogliendo la questione di legittimità costituzionale come sopra esposta, ha segnato l'ennesimo passo di un lungo percorso di sentenze additive di principio sull'art. 517 c.p.p., le quali, con il tempo, in assenza di una scelta legislativa a riguardo [2], sono andate equilibrando il rapporto tra modifiche dell'imputazione e diritto di accesso ai riti speciali. I binari argomentativi disegnati dalla Consulta percorrono itinerari non ignoti, al punto che, proprio in forza delle incostituzionalità che la precedono, tale declaratoria doveva ritenersi pressoché inevitabile.

Si osservi come, nel caso in oggetto, il quadro fosse destinato a subire una maggiore complicazione in forza della "frammentaria e claudicante" [3] disciplina dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova – introdotta con l. n. 67 del 2014 – alla cui ricostruzione la stessa Corte costituzionale ha contribuito. L'abbrivio viene conferito, appunto, dalla constatazione che l'istituto *de quo* «ha effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova» [4].

Ebbene, posto che il legislatore ha inteso introdurre un nuovo rito speciale, ad effetto deflattivo [5],

[2] All'indomani dell'entrata in vigore del codice, aveva messo bene in luce la lacuna M. Nobili, *La nuova procedura penale, Lezioni agli studenti*, Bologna, Clueb, 1989, p. 343, il quale evidenziava che "una contestazione accettata o subita al dibattimento comporterebbe o comporta altresì l'impossibilità, per l'imputato, di ottenere i benefici sanzionatori legati a quei riti con conclusione anticipata".

[3] L'espressione è di A. Nappi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Un rito affidato all'impegno degli interpreti*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 13 novembre 2015, p. 5. Sull'innovata disciplina, cfr. M. Montagna, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, Cedam, 2014, p. 369 ss.; A. Scarcella, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., p. 339 ss.; N. Triggiani, *Dal* probation *minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 13 ss.

Di "trapianto" della disciplina parlano criticamente A. Macchia-P. Gaeta, *Messa alla prova ed estinzione del reato: criticità di sistema ed adattamenti funzionali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 ottobre 2018, p. 136.

[4] Cfr. Corte cost., sent. 7 ottobre 2015, n. 240, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2193, con nota di O. Mazza, *Il regime intertemporale della messa alla prova*, p. 2196 ss.

[5] Sulla finalità deflattiva del rito, si veda G. Tabasco, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *www.archiviopenale.it*, 20 aprile 2015, p. 2, il quale osserva come il nuovo istituto sia "alimentato dal drammatico sovraffollamento delle carceri e dalla condanne della Corte europea dei diritti dell'uomo per la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea" e come esso sembri "ispirato a decongestionare la organizzazione detentiva-penitenziaria nel solco del rigoroso rispetto della dignità umana"; nella stessa direzione anche A. Macchia-P. Gaeta, *Messa alla prova ed estinzione del reato: criticità di sistema ed adattamenti funzionali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 ottobre 2018, p. 135, i quali vedono nella "deflazione del carico penale" e nella "decarcerizzazione" i fini sottesi alla normativa che ha introdotto l'istituto.

con carattere premiale [6], pareva evidente come il solco garantista già tracciato in passato per il c.d. patteggiamento e per il giudizio abbreviato fosse destinato ad aprirsi anche per la messa alla prova. Proprio il carattere spiccatamente premiale del rito – rimesso alla scelta dell'imputato [7] – rappresenta, infatti, il parametro entro il quale si iscrive la rilevanza del principio di eguaglianza e del diritto di difesa: questi sarebbero potenzialmente lesi se, a seguito di una nuova contestazione dibattimentale del pubblico ministero, non si restituisse all'imputato il diritto di opzione per un percorso procedimentale più favorevole, qual è quello offerto, appunto, dall'istituto della messa alla prova.

Tanto affermato, le considerazioni di apertura della Consulta suggeriscono già l'esito, ampiamente prevedibile [8], cui era destinata a pervenire la questione di costituzionalità affrontata dal decidente: in punto di modifica dell'imputazione, "il complesso dei principi enucleati da questa Corte per gli altri riti alternativi", si dice, "non può non valere anche per il nuovo procedimento speciale della messa alla prova". L'elaborazione di detto prisma assiologico, tuttavia, rappresenta l'approdo di una parabola giurisprudenziale che, pur nei suoi passaggi essenziali, merita di essere ripercorsa, risalendo il medesimo *iter* argomentativo tracciato dal Giudice delle leggi.

Orbene, il polo d'origine di tale oscillazione interpretativa era notoriamente restrittivo. Come anche il decidente evidenzia, nel 1990 si era ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 247 disp. trans. c.p.p., nella parte in cui non consentiva l'accesso al giudizio abbreviato in quei procedimenti in cui, al momento dell'entrata in vigore del codice, fossero già state compiute le formalità d'apertura del dibattimento di primo grado. A conforto di tale tesi si poneva «l'inscindibile unità finalistica» [9] della censurata disposizione, la quale, impedendo l'abbreviato per i procedimenti ormai giunti alla fase dibattimentale, avrebbe tutelato, confermandola, la logica di tale rito speciale: proporre uno sconto di pena con l'obiettivo di risparmiare energie processuali. Di conseguenza, l'apertura del dibattimento segnava un ostacolo non superabile per ogni irrazionale regressione procedimentale. Il binomio premialità/deflazione, dunque, doveva ritenersi indissolubile. Considerazioni, queste, suggestive di una logica utilitaristica di difficile apprezzamento, arricchita in successivi arresti giurisprudenziali, ove le ragioni della preclusione vennero individuate nell'inerzia dell'imputato, il quale, non essendosi attivato tempestivamente per richiedere l'abbreviato, non poteva più avanzare la pretesa a dibattimento avviato [10]. In sfregio alle pesanti conseguenze in punto di diritto di difesa, le scuri di questa mancata *chance*, è evidente, cadevano esclusivamente sull'imputato.

«Successivamente», afferma la Corte, «la giurisprudenza costituzionale è andata gradualmente evolvendo». In occasione della sentenza n. 265 del 1994 [11], infatti, si tracciò una prima, parziale, apertura

[6] La premialità del rito deve ravvisarsi ora nel trattamento sanzionatorio non detentivo cui è sottoposto l'imputato che accede al rito, ora nell'estinzione del reato conseguente al buon esito della prova. Per maggiori approfondimenti circa le funzioni dell'istituto, che fonde istanze specialpreventive e premiali, si veda R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 661 ss.; ed anche A. Marandola, *Ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, *ibidem*, p. 674 ss.

[7] Sulla centralità del consenso dell'imputato, anche rispetto ai profili di incostituzionalità dell'istituto, si sofferma C. Migliaccio, *La postmodernità del diritto: il vaglio di legittimità costituzionale della messa alla prova in un processo senza pena con finalità specialpreventive*, in questa *Rivista*, 2018, p. 1074 ss. È escluso, comunque, che dalla volontà dell'imputato discenda un automatismo applicativo. Invero, il giudice, in ogni caso, deve valutare l'idoneità del trattamento e la prognosi di non recidiva, così R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento*, cit., p. 665.

[8] Di incostituzionalità "prevedibile" parla A. Zappulla, *La prima (ma non ultima) pronuncia d'incostituzionalità in tema di modifica dell'imputazione e messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 ottobre 2018, p. 241.

[9] Cfr. Corte cost., sent. 23 maggio 1990, n. 277, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1678.

[10] Cfr. Corte cost., sent. 28 dicembre 1990, n. 593, in *Giur. cost.*, 1990, p. 3312, ove il Giudice delle leggi precisò che "l'interesse dell'imputato trova […] tutela solo in quanto la sua condotta consenta l'effettiva adozione di una sequenza procedimentale, che, evitando il dibattimento e contraendo la 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", prosegue la Corte, "quando ormai per l'inerzia dell'imputato tale scopo non può più essere pienamente raggiunto – in quanto si è già pervenuti a dibattimento – sarebbe del tutto irrazionale consentire che, ciononostante, a quel giudizio si addivenga in base alle contingenti valutazioni dell'imputato sull'andamento del processo". Così anche Corte cost., sent. 8 luglio 1992, n. 316, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2623, con nota di G. Conti, *Nuove contestazioni dibattimentali e preclusione al rito abbreviato*, p. 2626 ss.; Corte cost., sent. 1° aprile 1993, n. 129, in *Arch. n. proc. pen.*, p. 226 ss., con nota di L. Cremonesi, *Compatibilità tra le contestazioni suppletive dopo l'apertura del dibattimento e l'adozione di riti speciali*, p. 228 ss.

[11] Cfr. Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2153 ss., con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità degli artt. 516 e 517 c.p.p. nella parte in cui non prevedono la facoltà di richiedere al giudice del dibattimento l'appli-

all'ammissibilità di una procedura negoziata dopo la modifica dibattimentale dell'accusa, pur limitatamente alla contestazione di un fatto diverso o di un reato concorrente. Venne evidenziato, intanto, come precludere all'imputato il diritto di accedere a riti speciali a seguito di una modifica del capo d'imputazione avrebbe comportato una lesione del diritto di difesa. L'intervento, d'altra parte, scontava una manifesta parzialità circa il suo raggio di azione. Anzitutto, la Corte costituzionale ne circoscrisse il tiro solo con riferimento all'applicazione della pena su richiesta delle parti, e non anche al giudizio abbreviato. Ciò in forza di un'asserita inconciliabilità tra la procedura di quest'ultimo con quella dibattimentale [12]. Sicché veniva riportata nella sfera di discrezionalità legislativa il merito della scelta operata, la quale, pur opinabile da un punto di vista tecnico-giuridico, proprio al nomoteta doveva essere rimessa [13].

Inoltre e non secondariamente, non ci si discostò da quella tesi che saldava congiuntamente la meritevolezza delle prerogative dell'imputato alle circostanze che avevano determinato la contestazione. Invero, solo in ipotesi di contestazione patologica o tardiva, ossia afferente ad un fatto già risultante dagli atti d'indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, l'imputato poteva fondatamente rivendicare l'opzione per un rito alternativo: in tale evenienza, infatti, un viziato governo dell'azione penale per opera di chi ne era titolare aveva, a sua volta, viziato la volontà dell'imputato in ordine alla scelta del rito. Con la conseguenza che un'eventuale preclusione avrebbe violato il diritto di difesa ma anche quello di eguaglianza, poiché l'imputato sarebbe stato discriminato, ai fini dell'accesso ai procedimenti speciali, «in dipendenza dalla maggiore o minore esattezza o completezza della discrezionale valutazione delle risultanze delle indagini preliminari operata dal Pubblico Ministero» [14]. Diversamente, a tali conclusioni non poteva pervenirsi in ipotesi di contestazione fisiologica, ossia determinata non da atti delle indagini preliminari negletti dall'organo della pubblica accusa, ma dalle risultanze dell'istruttoria dibattimentale. Si argomentava affermando che «la modifica dell'imputazione […] è una eventualità non infrequente in un sistema processuale imperniato sulla formazione della prova in dibattimento, sicché il relativo rischio deve ritenersi liberamente assunto dall'imputato» [15], con la conseguenza che, una volta optato per il rito ordinario, egli non poteva dolersi del prevedibile [16] sviluppo dell'addebito. Unica eccezione a tale quadro si ravvisava nel caso in cui l'imputato avesse tempestivamente presentato richiesta di patteggiamento per l'imputazione originaria e questa non fosse stata accolta [17]: come in quello delle contestazioni tardive, anche in questo caso, infatti, la non celebrazione del rito speciale non era dipesa da una libera scelta dell'imputato.

È appena il caso di osservare che, a compimento di un passo intermedio verso una più pregnante apertura esegetica intervenne la sentenza n. 333 del 2009 [18] – implicitamente richiamata dalla motivazione della sentenza che si commenta [19] – con la quale la Consulta, perfezionando un vero *revirement* [20],

---

cazione di pena a norma dell'art. 444 c.p.p., relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale ovvero quando l'imputato ha tempestivamente e ritualmente proposto la richiesta di applicazione di pena in ordine alle originarie imputazioni, con nota di V. Retico, *Contestazione suppletiva e limiti cronologici per il patteggiamento*, p. 2166 ss.; alla medesima linea giurisprudenziale si ascrive Corte cost., sent. 29 dicembre 1995, n. 530, in *Giur. cost.*, 1995, p. 4415 ss., che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di presentare domanda di oblazione se in dibattimento viene contestato un fatto diverso, con nota di V. Pini, *Modifica dell'imputazione e diritto ai riti speciali*, p. 4419 ss.

[12] Cfr. Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, cit., p. 2165, ove si rileva come "non potrebbe, quindi, ritenersi scelta costituzionalmente obbligata, allo stato dell'ordinamento processuale, un simile meccanismo di trasformazione del rito".

[13] Cfr. Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, cit., p. 2165.

[14] Cfr. Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, cit., p. 2163.

[15] Cfr. Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, cit., p. 2162; sulla stessa linea anche Corte cost., sent. 8 luglio 1992, n. 316, cit., p. 2625.

[16] Si interroga criticamente sulla prevedibilità della contestazione di un reato concorrente T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 205.

[17] Cfr. Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, cit., p. 2163.

[18] Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4944 ss., con nota di M. Caianiello, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni dibattimentali. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, p. 4957 ss.

[19] In forza della centralità della decisione del 2009, la precisazione non è superflua: molti degli argomenti ora fatti propri dalla Corte costituzionale sono tratti da Corte cost., sent. 26 ottobre 2012, n. 237, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3548 ss., (con nota di M. Caianiello, *Modifiche dell'imputazione e giudizio abbreviato. Verso un superamento della distinzione tra contestazioni fisiologiche e patologiche*, p. 3563 ss.), che, a sua volta, richiamava, appunto, il *revirement* operato con Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333, cit.

estese gli effetti della declaratoria del 1994 al giudizio abbreviato, finalmente [21] ammissibile a seguito di contestazione di un fatto diverso o di reato concorrente già risultante dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

Nell'ottica di un necessario adeguamento della disciplina delle contestazioni al prisma costituzionale, il merito di una feconda presa di posizione [22] in materia deve essere accordato alla sentenza n. 237 del 2012 [23], ove il Giudice delle leggi, storicamente, ha stigmatizzato la prospettata distinzione tra contestazioni patologiche e fisiologiche, censurando l'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la facoltà per l'imputato di richiedere il rito abbreviato a seguito di contestazione di un reato concorrente emerso nel corso dell'istruttoria dibattimentale. La Corte, recuperando le argomentazioni spese in quell'occasione, rimarca che «in seguito alla contestazione, ancorché "fisiologica", del fatto diverso o di un reato concorrente 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». Ebbene, demolito, nel 2012, il criterio della prevedibilità dell'evoluzione dibattimentale dell'imputazione, in quanto opinabile e inidoneo a giustificare un diverso regime di accesso ai riti speciali [24], erano ormai aperte le porte ad una più compiuta riscrittura dei rapporti tra modifica dell'imputazione e accesso ai riti speciali.

Il diritto di difesa al centro del sistema

Superata la prospettiva ermeneutica chiusa nella dicotomia tra contestazione tardiva e fisiologica, lo spettro dell'incostituzionalità ha esercitato una notevole forza espansiva: rispetto al patteggiamento e al giudizio abbreviato, si è, di recente, inserito un ulteriore tassello, essendo stata riconosciuta la facoltà dell'imputato di chiedere l'accesso a tali riti a seguito di contestazione fisiologica di un fatto diverso [25].

Con riferimento alla decisione che si annota, tuttavia, è soprattutto con la sentenza n. 184 del 2014 che si sono coerentemente arricchiti i termini della questione, avendo la Corte censurato l'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di accedere al patteggiamento a seguito di nuova contestazione tardiva di una circostanza aggravante [26]. A tal proposito, si è correttamente riconosciuto che tanto

[20] Come anche il decidente rileva, condividendone le asserzioni, la declaratoria del 2009 superò drasticamente il binomio premialità/deflazione – prima ritenuto ostativo all'instaurazione dell'abbreviato in sede dibattimentale – rappresentando che "l'accesso al rito alternativo per il reato oggetto della contestazione suppletiva «tardiva», difatti, anche quando avvenga in corso di dibattimento, risulta comunque idoneo a produrre un effetto di economia processuale", ritenendosi altresì "eccentrica e incongrua", quale soluzione, la restituzione degli atti al pubblico ministero, così Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333, cit., p. 4955.

[21] Di "attesa e inevitabile" incostituzionalità parla G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2572; così anche M. Caianiello, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni dibattimentali. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, cit., p. 4957. Tra gli argomenti della Corte costituzionale a conforto della configurabilità, anche in fase dibattimentale, del giudizio abbreviato, si annovera il richiamo alla legge n. 479 del 1999, che deve ritenersi "un intervento legislativo volto a comporre le interferenze tra giudizio abbreviato e giudizio dibattimentale", cosicché, prosegue il Giudice delle leggi, "a fronte dell'attuale assetto dell'istituto, il giudizio abbreviato non può più considerarsi incompatibile con l'innesto della fase dibattimentale". In tal senso, Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333, cit., p. 4954.

[22] Di *overruling* parla P. Troisi, *Nuove contestazioni e riti alternativi: il lento percorso di adeguamento della disciplina codicistica ai principi costituzionali*, in *www.archiviopenale.it*, 20 dicembre 2015, p. 14.

[23] Corte cost., sent. 26 ottobre 2012, n. 237, cit.

[24] Cfr. Corte cost., sent. 26 ottobre 2012, n. 237, cit., p. 3558, ove si evidenzia che «a ben guardare, infatti, il diritto di difesa rischia di essere posto in crisi più dalle modifiche dell'imputazione conseguenti a novità probatorie emerse *ab erupto* nel corso dell'istruzione dibattimentale, che non da quelle basate su elementi già acquisiti al termine delle indagini preliminari: elementi che l'imputato, grazie al deposito degli atti che precede l'esercizio dell'azione penale (art. 415-*bis* cod. proc. pen.), "ha già avuto modo di conoscere e valutare […] anche sotto il profilo della loro idoneità a propiziare incrementi dell'imputazione"».

[25] Per il giudizio abbreviato si veda Corte cost., sent. 5 dicembre 2014, n. 273, in *Giur. cost.*, 2014, p. 4645 ss., con nota di A. Tassi, *La Corte riconosce il diritto al giudizio abbreviato nel caso di contestazione "fisiologica" del fatto diverso in dibattimento*, p. 4662 ss.; per il patteggiamento si veda Corte cost., sent. 17 luglio 2017, n. 206, in *Giur. cost.*, 2017, con nota di T. Rafaraci, *Illegittima la preclusione della richiesta di "patteggiamento" in caso di contestazione dibattimentale "fisiologica" del fatto diverso*, p. 1815 ss. In riferimento alla sentenza costituzionale n. 206 del 2017, v. anche G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e diritto di difesa: un ulteriore tassello nella parabola dei riti speciali*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3907 ss.

[26] Riguardo al patteggiamento, cfr. Corte cost., sent. 25 giugno 2014, n. 184, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2875 ss., con nota di A. Tas-

quanto il fatto diverso e il reato concorrente, anche le circostanze aggravanti possono significativamente incidere sulla fisionomia dell'imputazione, al punto da rendere necessario, anche in tali ipotesi, il riconoscimento di una riserva a favore dell'imputato per meditare sopraccorse scelte procedimentali.

Entrando nel cuore della questione dedotta dal rimettente, il Giudice delle leggi rimarca, più precisamente, che «la trasformazione dell'originaria imputazione in un'ipotesi circostanziata (o pluricircostanziata) determina un significativo mutamento del quadro processuale. Le circostanze aggravanti possono, infatti, incidere in modo rilevante sull'entità della sanzione – tanto più quando si tratti di circostanze ad effetto speciale – e, talvolta, sullo stesso regime di procedibilità del reato, o, ancora, sull'applicabilità di alcune sanzioni sostitutive, come nel caso oggetto del giudizio *a quo*».

Premesse, queste, che valgono a suggerire una scelta pressoché necessitata. «In un quadro complessivo di principi, quale quello che, come è stato ricordato, si è andato delineando in modo sempre più nitido attraverso l'evoluzione giurisprudenziale, è chiaro che», rileva fondatamente il decidente, «nel caso di contestazione suppletiva di una circostanza aggravante, non prevedere nell'art. 517 cod. proc. pen. la facoltà per l'imputato di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova si risolve, come è stato ritenuto per il patteggiamento e per il giudizio abbreviato, in una violazione degli artt. 3 e 24 Cost».

Accanto al principio di eguaglianza, carattere centrale assume il perno argomentativo che ruota attorno al diritto di difesa, di cui la richiesta dei riti alternativi «costituisce una modalità tra le più qualificanti». Ed infatti, posta l'idoneità delle circostanze aggravanti a modificare sensibilmente l'imputazione originaria, è d'uopo inferire proprio la rilevanza del diritto di difesa a seguito della loro contestazione, patologica o fisiologica che sia, venendo in gioco, in ogni caso, la facoltà dell'imputato di difendersi rinunciando al dibattimento. «Il dato rilevante», rimarca significativamente il Giudice delle leggi nella sentenza annotata, «è la sopravvenienza di una contestazione suppletiva, quali che siano gli elementi che l'hanno giustificata, esistenti fin dalle indagini o acquisiti nel corso del dibattimento, ed è ad essa che deve ricollegarsi la facoltà dell'imputato di chiedere un rito alternativo, indipendentemente dalla ragione per cui la richiesta in precedenza è mancata»[27]. Si ribadisce, pertanto, che il limite delle contestazioni tardive non vale ad inficiare il diritto di difesa allorché l'imputazione subisca un mutamento, anche per opera di una circostanza aggravante, con ogni conseguenza rispetto al diritto dell'imputato di riconsiderare nuove scelte procedimentali.

In forza di tali concludenti asserzioni, ne deriva, per il contrasto con gli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., l'incostituzionalità dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova.

Riflessioni conclusive: prospettive di incostituzionalità

L'intervento della Corte costituzionale si colloca, dunque, in una più ampia opera di riscrittura sostanziale degli artt. 516 e 517 c.p.p., ben presto disvelatisi, all'indomani dell'introduzione del nuovo codice di rito, di dubbia compatibilità costituzionale.

Principio di eguaglianza e diritto di difesa i due architravi su cui il nuovo edificio[28] delle contesta-

si, *Ammesso il patteggiamento in caso di contestazione tardiva delle circostanze aggravanti: vecchi schemi e nuovi scenari dei riti premiali*, p. 2884 ss.; per il giudizio abbreviato si veda Corte cost., sent. 9 luglio 2015, n. 139, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1197 ss., con nota di T. Rafaraci, *Nuove contestazioni "patologiche" e accesso al giudizio abbreviato: la Corte rimuove* de plano *l'ultima preclusione*, p. 1207 ss. Si osservi come, in occasione della sentenza n. 139 del 2015, la Consulta abbia invece dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, sempre in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevede che, in caso di una nuova contestazione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante già risultante dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, l'imputato abbia la facoltà di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato anche per reati diversi da quelli oggetto della nuova contestazione.

[27] Merita segnalare come la Corte costituzionale spenda la suddetta argomentazione avverso i rilievi dell'Avvocatura di Stato – intervenuta in giudizio quale rappresentante del Presidente del consiglio dei ministri – la quale evidenziava come, poiché al momento dell'opposizione al decreto penale di condanna l'istituto della messa alla prova non fosse ancora legislativamente previsto, l'imputato non potesse richiedere l'instaurazione del rito successivamente.

[28] Criticando la solidità del già esaminato criterio della prevedibilità, proprio di "edificio" parla F. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 novembre 2012, p. 19.

zioni è stato eretto. La scelta di un rito alternativo, è indubbio, costituisce una delle più qualificanti estrinsecazioni del diritto di difesa. Del pari indubitabile è la circostanza che l'imputato si determini in ordine a tale scelta in base al contenuto dell'imputazione. Ne deriva che una modifica di quest'ultima deve altresì implicare la facoltà per l'imputato di riconsiderare un rito premiale, proprio alla luce del *novum* che gli viene contestato.

La Corte costituzionale rimarca a chiare lettere tali indefettibili prospettive assiologiche, elaborate per il patteggiamento e il giudizio abbreviato e coerentemente estese anche alla messa alla prova. Tale istituto, infatti, non poteva rimanere fuori dalla quadratura del cerchio. Sicché deve ormai ritenersi pacifico che una nuova contestazione, di là dalla sua patologica o fisiologica genesi, comporti, in ogni caso, un'evoluzione dell'accusa non irrilevante sul piano del diritto di difesa, la cui "avanzata tutela" [29] deve tradursi nella concreta possibilità dell'imputato di ripiegare su di un rito premiale – patteggiamento, giudizio abbreviato o messa alla prova – a fronte del sopraggiungere di una diversa descrizione del fatto, di un reato concorrente o di una circostanza aggravante.

Non può tacersi, tuttavia, come a tanto si sia pervenuti solo mediante un progressivo ripensamento della materia che, a ben vedere, è ancora in atto. Invero, l'approccio casistico del Giudice delle leggi – che si è quasi sempre limitato ad esaminare la sola questione dedotta dal rimettente [30] – ha dato vita ad un mosaico composito, di modo che il quadro di compatibilità costituzionale circa i rapporti tra modifiche dell'imputazione e accesso ai riti speciali resta tutt'oggi frammentario. Infatti, proprio poiché tali questioni non sono ancora state sottoposte allo scrutinio di costituzionalità, è ancora esclusa la facoltà dell'imputato di chiedere il giudizio abbreviato a seguito di nuova contestazione fisiologica di una circostanza aggravante, il patteggiamento a seguito di nuova contestazione fisiologica di un reato concorrente e di una circostanza aggravante e, infine, l'oblazione a seguito di contestazione di una circostanza aggravante [31]. In definitiva, pur segnato, resta ancora sospeso il destino del diritto di difesa in tali ipotesi, rispetto alle quali, è evidente, si attendono nuove sentenze additive di principio. Un novero di pronunce che è destinato ad arricchirsi anche per la sospensione del procedimento con messa alla prova, quest'ultima, ad oggi, toccata nella sola ipotesi – qui in commento – di contestazione patologica di una circostanza aggravante. Pare evidente, proprio alla luce del percorso esegetico segnato, che quella a fuoco in questa sede non possa essere un'isolata sortita giurisprudenziale. È certamente alle porte una nuova stagione di declaratorie di incostituzionalità, le quali vadano a coerentemente estendere quanto stabilito per il patteggiamento ed il giudizio abbreviato anche alla messa alla prova [32]. Non solo. V'è chi ha adombrato la possibilità che, sulla scorta di un'identità di *ratio*, possa pervenirsi a conclusioni non dissimili anche rispetto all'estinzione del reato per condotte riparatorie, ferma, nondimeno, la natura sostanziale dell'istituto che l'art. 162-*ter* c.p. disciplina [33].

Infine, a complicare il quadro si aggiungono le frizioni che la materia è idonea a generare in ottica convenzionale. Si osservi come il tema, già di per sé delicato, possa intersecarsi con quello altrettanto spinoso del mutamento *ex officio iudicis* della qualificazione giuridica del fatto [34]. Non è un mero eserci-

[29] L'espressione è di G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e diritto di difesa: un ulteriore tassello nella parabola dei riti speciali*, cit., p. 3908.

[30] Il Giudice delle leggi ben avrebbe potuto affrontare il problema *in nuce*, ricorrendo all'illegittimità costituzionale conseguenziale, come avvenne, in materia di oblazione, nella sola occasione della sentenza 29 dicembre 1995, n. 530, cit. Sullo strumento dell'illegittimità costituzionale conseguenziale si veda, in generale, A.M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi – La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 69 ss.; E. Rossi-R. Tarchi, *La dichiarazione di illegittimità conseguenziale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 633 ss.; R. Romboli, *Illegittimità costituzionale conseguenziale e formazione giurisprudenziale delle disposizioni processuali*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 4368 ss.

[31] Sui rapporti tra nuove contestazioni e accesso all'oblazione si rinvia a P. Troisi, *Nuove contestazioni e riti alternativi: il lento percorso di adeguamento della disciplina codicistica ai principi costituzionali*, cit., p. 10 ss.

[32] A medesime conclusioni perviene A. Zappulla, *La prima (ma non ultima) pronuncia d'incostituzionalità in tema di modifica dell'imputazione e messa alla prova*, cit., p. 255.

[33] Così osserva G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e diritto di difesa: un ulteriore tassello nella parabola dei riti speciali*, cit., p. 3913.

[34] Il punto, com'è noto, è stato sottoposto all'attenzione della Corte EDU nel "caso Drassich". Per una ricostruzione delle problematiche inerenti alla materia *de qua* si veda, di recente, A.F. Melis, *La corretta qualificazione giuridica del fatto*, in F. Giunchedi (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, Pisa University Press, 2018, p. 381 ss. Sulle varianti e identità del fatto si esprime, autorevolmente, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 459; nonché A. Tucci, sub *art. 516 c.p.p.*, in Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, II, Milano, Ipsoa, 2017, p. 2529 ss.

zio speculativo, allora, domandarsi quale tutela possa essere approntata per il diritto di difesa ove l'attività del giudice incida significativamente sul volto dell'imputazione, soprattutto in un modello processuale privo di qualsivoglia istituto rimediale a tal proposito [35]. Non è irragionevole ipotizzare, anche in tal caso, la configurabilità di un diritto dell'imputato di accedere ad un rito alternativo. Un nodo, questo, che si va ad aggiungere a quelli che già costellano la disciplina delle contestazioni, la cui vocazione alla problematicità darà certamente lo spunto per altre riflessioni di compatibilità costituzionale.

[35] Rileva l'assenza di "un obbligo di preventiva contestazione – o, comunque, comunicazione – funzionale all'esercizio del diritto di difesa" P. Troisi, *Nuove contestazioni e riti alternativi: il lento percorso di adeguamento della disciplina codicistica ai principi costituzionali*, cit., p. 22.

Illegittimi gli sbarramenti di accesso all'assistenza in esterno alla prole per le condannate *ex* art.4-*bis* ord. penit.

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 4 LUGLIO 2018, N. 174 – PRES. LATTANZI; REL. ZANON

È costituzionalmente illegittimo l'art. 21-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui, attraverso il rinvio al precedente art. 21, con riferimento alle detenute condannate alla pena della reclusione per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*, della legge n. 354 del 1975, non consente l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci oppure lo subordina alla previa espiazione di una frazione di pena, salvo che sia stata accertata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 58-*ter* della medesima legge.

[*Omissis*]

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 21-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), promosso dal Magistrato di sorveglianza di Lecce e Brindisi, nel procedimento su reclamo di M. D.D., con ordinanza del 22 maggio 2017, iscritta al n. 142 del registro ordinanze 2017 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 42, prima serie speciale, dell'anno 2017.

Udito nella camera di consiglio del 4 luglio 2018 il Giudice relatore Nicolò Zanon.

RITENUTO IN FATTO

1.– Con ordinanza del 22 maggio 2017, iscritta al n. 142 del registro ordinanze 2017, il Magistrato di sorveglianza di Lecce e Brindisi ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 21-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui tale disposizione, facendo rinvio all'art. 21 della medesima legge n. 354 del 1975, esclude dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci il detenuto condannato «per reato ostativo» che non abbia ancora espiato almeno un terzo della pena.

1.1.– Le questioni di legittimità costituzionale sono state sollevate dal giudice chiamato a decidere il reclamo presentato, ex art. 35-bis della legge n. 354 del 1975, da M. D.D., condannata alla pena di quattro anni e dieci mesi di reclusione per i delitti di cui agli artt. 73 e 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), con fine pena al 30 maggio 2021.

Il giudice a quo ricorda che la condannata, in quanto madre di tre figli (due gemelli di cinque anni e un figlio di tre anni), ha chiesto all'amministrazione penitenziaria di essere ammessa all'assistenza all'esterno dei figli minori ai sensi dell'art. 21-bis della legge n. 354 del 1975, ma che tale istanza è stata rigettata, in quanto M. D.D. non ha ancora espiato un terzo della pena. Tale requisito è previsto dall'art. 21, comma 1, cui rinvia la disposizione da ultimo citata, per i detenuti condannati per uno dei reati elencati all'art. 4-bis, commi 1, 1-ter e 1-quater, della legge n. 354 del 1975. Il difensore di M. D.D., nell'insistere per l'accoglimento del reclamo, ha dedotto l'illegittimità costituzionale del ricordato art. 21-bis.

Il giudice rimettente osserva che le questioni di legittimità costituzionale eccepite dalla parte sarebbero rilevanti, atteso che, con il reclamo presentato ex art. 35-bis, è stato lamentato – ai sensi dell'art. 68, comma 2, lettera b) [recte: art. 69, comma 6, lettera b)], della legge n. 354 del 1975 – l'attuale e grave

pregiudizio determinato dall'adozione di un atto di rigetto dell'ammissione al beneficio da parte dell'amministrazione penitenziaria, la quale ha assunto la propria decisione sulla base dell'art. 21-bis della legge n. 354 del 1975.

Evidenzia, inoltre, il giudice a quo che, sebbene a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 76 del 2017 la detenuta possa avanzare istanza per l'accesso alla detenzione domiciliare speciale ex art. 47– quinquies della legge n. 354 del 1975, ella «in concreto» non risulterebbe «ancora nelle condizioni di merito per accedere alla misura alternativa, attesa l'esiguità della pena espiata e la valutazione di prematurità per l'avvio di una progettualità in esternato, espressa anche dall'Equipe di Osservazione».

Ad avviso del rimettente, la misura alternativa alla detenzione prevista dal citato art. 47-quinquies costituirebbe uno strumento trattamentale non sovrapponibile, bensì complementare e progressivo, rispetto a quello dell'assistenza all'esterno dei figli minori, che conserva carattere inframurario.

Ne consegue – secondo il rimettente – che la detenuta ha interesse alla fruizione del beneficio penitenziario previsto dall'art. 21-bis della legge n. 354 del 1975 pur successivamente alla decisione della Corte costituzionale n. 76 del 2017.

1.2.– Nel merito, il rimettente ricorda che la disposizione censurata fu introdotta dalla legge 8 marzo 2001, n. 40 (Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori), ossia da una legge preordinata a tutelare il diritto del minore a mantenere, nella prima infanzia, un sano e corretto rapporto con la madre detenuta in un contesto diverso da quello carcerario, del tutto inadatto a tale scopo.

La disposizione censurata, contenendo quel che il rimettente definisce un «automatismo di preclusione assoluta» all'accesso al beneficio, si porrebbe, invece, in contrasto con gli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost. e, in particolare, con il diritto del minore a mantenere un rapporto con la madre all'esterno del carcere (diritto, peraltro, già riconosciuto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007). In particolare, l'art. 21-bis della legge n. 354 del 1975 sarebbe in contrasto con il principio secondo cui il «superiore e preminente» interesse del minore può essere «limitato», in occasione di decisioni assunte «da autorità pubbliche o istituzioni private», solo a seguito di un bilanciamento con interessi contrapposti (come quelli di difesa sociale sottesi all'esecuzione della pena).

Affermando di non ignorare che tale bilanciamento è rimesso a scelte discrezionali di politica legislativa, il giudice a quo lamenta, tuttavia, che la disposizione censurata si limiterebbe «a fissare una preclusione rigida» e che essa impedirebbe la concessione del beneficio prima che sia stato espiato un congruo periodo di pena, senza che possa essere verificata in concreto la sussistenza di una prevalente ragione che alla concessione di tale beneficio si opponga.

La disposizione censurata si inserirebbe, inoltre, disarmonicamente in un sistema che consente alle madri condannate per delitti ostativi di essere da subito ammesse, a prescindere dall'entità della pena da espiare, alla misura alternativa della detenzione domiciliare ordinaria, nelle ipotesi in cui è possibile disporre il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 del codice penale (art. 47– ter, comma 1-ter, della legge n. 354 del 1975) e, in forza della sentenza della Corte costituzionale n. 76 del 2017, alla misura della detenzione domiciliare speciale (art. 47-quinquies, comma 1-bis, della legge n. 354 del 1975). In tale contesto, il censurato art. 21-bis si porrebbe «come ultimo tassello normativo costituzionalmente illegittimo», in quanto esclude dal beneficio, sia pur temporaneamente, le condannate per reato ostativo, con una presunzione di assoluta immeritevolezza.

Precisa, infine, il giudice a quo che la circostanza che la detenuta possa chiedere di essere ammessa alla misura della detenzione domiciliare speciale non inciderebbe sulla rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale così formulate. Infatti, l'art. 47-quinquies della legge n. 354 del 1975, comportando la formale scarcerazione, prevede un regime differente e meno contenitivo rispetto alla concessione del beneficio di cui all'art. 21-bis, che, invece, comporta solo una differente modalità di trattamento inframurario. Nella prospettiva del rimettente, la «previsione di una progressività di trattamento», la cui valutazione è demandata alla magistratura di sorveglianza, dovrebbe logicamente comportare che ai due menzionati istituti la detenuta sia ammessa sulla base di identici presupposti, opportunamente valutabili in relazione al caso concreto e sulla base della pericolosità sociale di una condannata, che, come accade nel caso di specie, abbia da poco iniziato ad espiare la pena per uno dei reati elencati all'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.– Il Magistrato di sorveglianza di Lecce e Brindisi dubita della legittimità costituzionale dell'art. 21-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui tale disposizione, facendo rinvio a quanto disposto al precedente art. 21 della medesima legge n. 354 del 1975, esclude dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci il detenuto condannato «per reato ostativo» che non abbia ancora espiato almeno un terzo della pena.

La disposizione censurata, al comma 1, prevede che le condannate e le internate possono essere ammesse a tale beneficio alle condizioni previste dal precedente art. 21. Quest'ultimo, in tema di accesso dei detenuti al lavoro all'esterno, al comma 1, dispone che, in caso di condanna alla pena della reclusione per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater, dell'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975, il beneficio può essere concesso dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena in carcere e, comunque, di non oltre cinque anni. Nei confronti dei condannati all'ergastolo l'assegnazione al lavoro all'esterno può avvenire dopo l'espiazione di almeno dieci anni.

Secondo il rimettente, l'esclusione dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli minori per la detenuta condannata «per reato ostativo» che non abbia ancora espiato almeno una parte di pena – esclusione derivante dal sistema normativo appena descritto – si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, 29, 30 e 31 della Costituzione. La disposizione censurata finirebbe infatti per contenere un «automatismo di preclusione assoluta» all'accesso al beneficio e impedirebbe al giudice, laddove non sia ancora stata espiata una parte di pena, di bilanciare le esigenze di difesa sociale con l'interesse del minore, pregiudicando il diritto di quest'ultimo a mantenere un rapporto con la madre all'esterno del carcere (diritto, peraltro, già riconosciuto dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007).

Secondo il giudice a quo, inoltre, la disposizione censurata si inserirebbe disarmonicamente in un sistema che già consente alle madri condannate per delitti ostativi di essere da subito ammesse, a prescindere dall'entità della pena da espiare, sia alla misura alternativa della detenzione domiciliare ordinaria, nelle ipotesi in cui è possibile disporre il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 del codice penale (art. 47-ter, comma 1-ter, della legge n. 354 del 1975), sia, in forza della sentenza della Corte costituzionale n. 76 del 2017, alla misura della detenzione domiciliare speciale (art. 47– quinquies, comma 1-bis, della legge n. 354 del 1975).

2.– La questione è fondata.

2.1.– L'art. 21-bis della legge n. 354 del 1975 è stato introdotto dall'art. 5 della legge 8 marzo 2001, n. 40 (Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori), al fine di ampliare le possibilità, per la madre detenuta che non abbia ottenuto la detenzione domiciliare ordinaria o la detenzione domiciliare speciale, di provvedere alla cura dei figli, in un ambiente non carcerario, per un periodo di tempo predeterminato nel corso della giornata.

Come emerge dai lavori preparatori della legge n. 40 del 2001 (ed in particolare dalla Relazione illustrativa al disegno di legge C-4426 presentato alla Camera dei deputati il 24 dicembre 1997) il legislatore, da un lato, ha inteso ampliare le modalità che assicurano la continuità della funzione genitoriale, dall'altro, ha ritenuto che i compiti di cura dei figli minori abbiano «lo stesso valore sociale e la stessa potenzialità risocializzante dell'attività lavorativa». Per tale ragione, le condizioni alle quali è possibile ottenere il beneficio dell'assistenza all'esterno ai figli di età non superiore agli anni dieci coincidono con quelle previste per l'accesso al lavoro all'esterno. L'art. 21-bis della legge n. 354 del 1975, quindi, rinvia al precedente art. 21, che prevede, per i condannati alla pena della reclusione per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater, dell'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario, che l'accesso al lavoro all'esterno sia subordinato alla previa espiazione di almeno un terzo della pena detentiva, e comunque di non oltre cinque anni, oppure almeno di dieci anni in caso di condannati alla pena dell'ergastolo.

Alla luce di questa ricostruzione, le sollevate questioni sulla disposizione in tema di accesso all'assistenza all'esterno ai figli in tenera età pongono il seguente quesito: se sia costituzionalmente corretto che i requisiti previsti per ottenere un beneficio prevalentemente finalizzato a favorire, al di fuori della restrizione carceraria, il rapporto tra madre e figli in tenera età siano identici a quelli prescritti per l'accesso al diverso beneficio del lavoro all'esterno, il quale è esclusivamente preordinato al reinserimento sociale del condannato, senza immediate ricadute su soggetti diversi da quest'ultimo.

2.2.– Per inquadrare correttamente le questioni sottoposte all'esame della Corte, occorre premettere che l'art. 21, nella parte in cui regola l'accesso al beneficio per i condannati per uno dei delitti elencati all'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975, deve essere interpretato in base a quanto disposto dagli artt. 4-bis e 58-ter della medesima legge.

Tali due ultime disposizioni consentono un accesso ai benefici penitenziari differenziato a seconda del titolo di reato per i quali i condannati scontano la pena, nonché a seconda della condizione in cui essi si trovano in punto di collaborazione con la giustizia.

In base al citato art. 4-bis i condannati per i delitti elencati nel comma 1 del medesimo articolo (tra i quali è da annoverare la madre detenuta di cui si tratta nel giudizio a quo) possono accedere ai benefici previsti dall'ordinamento penitenziario solo qualora collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-ter della stessa legge.

Per parte sua, l'art. 58-ter prevede, tra l'altro, con riferimento alle persone condannate per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater, dell'art. 4-bis, che l'aver scontato almeno la parte di pena detentiva prevista al comma 1 dell'art. 21 non costituisce presupposto necessario per l'accesso al lavoro all'esterno (e dunque, per quel che qui interessa, all'assistenza all'esterno ai figli minori) se, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati.

L'operare congiunto delle tre disposizioni ricordate (dell'art. 21, nonché degli artt. 4-bis, comma 1, e 58-ter della legge n. 354 del 1975) comporta, in definitiva, che l'accesso al lavoro all'esterno – e, di conseguenza, all'assistenza all'esterno dei figli minori – sia soggetto a requisiti differenziati, a seconda che il detenuto sia stato condannato per uno dei delitti elencati all'art. 4-bis, comma 1 (delitti cosiddetti di prima fascia), comma 1-ter (cosiddetti di seconda fascia) o comma 1-quater (cosiddetti di terza fascia), nonché a seconda della condizione in cui il detenuto si trovi in punto di collaborazione con la giustizia.

In particolare, i condannati per uno dei delitti elencati ai commi 1-ter (di "seconda fascia") e 1-quater (di "terza fascia") dell'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975, per accedere al beneficio, dovranno, alternativamente, scontare la parte di pena prevista dall'art. 21, oppure potranno ottenerlo immediatamente se collaborano attivamente con la giustizia ex art. 58-ter.

Invece, stante il perentorio contenuto letterale della disposizione, i condannati per i delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 (di "prima fascia"), se non collaborano con la giustizia non potranno accedere al beneficio neppure dopo aver scontato un terzo di pena (o dieci anni in caso di condanna all'ergastolo); se, invece, essi tale collaborazione assicurino seguendo le modalità previste dall'art. 58-ter, comma 1, della legge n. 354 del 1975, potranno accedervi senza dover previamente scontare una frazione di pena, secondo una soluzione interpretativa già individuata da questa Corte (sentenza n. 504 del 1995; nello stesso senso, Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 3 febbraio 2016, n. 37578, e sentenza 12 luglio 2006, n. 30434).

In base ad una interpretazione letterale delle ricordate disposizioni, debbono invece scontare una frazione di pena prima di accedere al beneficio i condannati per uno dei delitti di "prima fascia" che si trovino nelle condizioni previste dal comma 1-bis dell'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975. In altre parole, la previsione secondo cui è necessario scontare un terzo di pena, o dieci anni in caso di ergastolo, prima di poter accedere al beneficio del lavoro all'esterno (e, per ciò che qui interessa, all'assistenza all'esterno dei figli minori) si applica a quei condannati per uno dei delitti elencati all'art. 4-bis, comma 1, per i quali un'utile collaborazione con la giustizia risulti inesigibile a causa della limitata partecipazione al fatto criminoso accertata nella sentenza di condanna, ovvero risulti impossibile, per l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con la sentenza irrevocabile; nonché nei casi in cui la collaborazione offerta dal condannato si riveli «oggettivamente irrilevante» (sempre che, in questa evenienza, sia stata applicata al condannato taluna delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, numero 6, 114 o 116 cod. pen.), e comunque «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

2.3.– Qualunque sia la scelta della madre detenuta in punto di collaborazione con la giustizia, la disposizione censurata esibisce un contenuto normativo in contrasto con l'art. 31, secondo comma, Cost.

2.4.– In primo luogo, infatti, per le detenute per uno dei reati elencati all'art. 4-bis, comma 1, della legge n. 354 del 1975 l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori è subordinato, quale requisito imprescindibile, a tale collaborazione, svolta secondo le indicazioni contenute nell'art. 58-ter ordin. penit. Infatti, quand'anche la condannata abbia scontato una parte della pena, in assenza di collaborazione non potrà accedere al beneficio.

In tal caso, la situazione della detenuta, madre di figli di età non superiore agli anni dieci, ricade nelle valutazioni compiute da questa Corte nella sentenza n. 239 del 2014. In quest'ultima, si è affermato che l'incentivazione alla collaborazione con la giustizia, quale strategia di contrasto con la criminalità organizzata, può perseguirsi impedendo la fruizione di benefici penitenziari costruiti in funzione di un progresso individuale del condannato verso l'obbiettivo della risocializzazione. Si è altresì chiarito che la conclusione deve essere ben diversa quando una simile strategia non si limiti a produrre effetti sulla condizione individuale del detenuto, ma, impedendo a quest'ultimo l'accesso a un beneficio, finisca per incidere anche su terzi, e in particolare su soggetti, come i minori in tenera età, ai quali la Costituzione esige siano garantite le condizioni per il migliore e più equilibrato sviluppo psico-fisico.

Nella sentenza n. 239 del 2014 si è anche precisato che l'interesse del minore a beneficiare in modo continuativo dell'affetto e delle cure materne non forma oggetto di una protezione assoluta, insuscettibile di bilanciamento con contrapposte esigenze, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena. Ma si è aggiunto che, affinché l'interesse del minore non resti irragionevolmente recessivo rispetto alle esigenze di protezione della società dal crimine, «occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata [...] in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi [...] che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni».

Se queste considerazioni vengono riferite al caso dell'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori di cui all'art. 21-bis della legge n. 354 del 1975, la conclusione è obbligata. Subordinare la concessione di tale beneficio alla collaborazione con la giustizia significa condizionare in via assoluta e presuntiva la tutela del rapporto tra madre e figlio in tenera età ad un indice legale del "ravvedimento" della condannata. E se pur sia possibile condizionare alla collaborazione con la giustizia l'accesso ad un beneficio, laddove quest'ultimo abbia di mira in via esclusiva la risocializzazione dell'autore della condotta illecita, una tale possibilità non vi è quando al centro della tutela si trovi un interesse "esterno", e in particolare il peculiare interesse del figlio minore, garantito dall'art. 31, secondo comma, Cost., ad un rapporto quanto più possibile normale con la madre (o, in via subordinata, con il padre).

Per identiche ragioni, tra l'altro, la disposizione censurata si pone in contrasto con il parametro costituzionale da ultimo ricordato anche nella parte in cui condiziona alla collaborazione con la giustizia l'immediato accesso al beneficio per i condannati per uno dei delitti elencati all'art. 4-bis, commi 1-ter e 1-quater, della legge n. 354 del 1975 (cosiddetti di seconda o di terza fascia).

Ciascuna delle ipotesi considerate, infatti, finisce per subordinare l'accesso all'assistenza all'esterno al figlio minore ad una scelta in tema di collaborazione con la giustizia, in palese contrasto con quanto affermato da questa Corte nella sentenza n. 239 del 2014.

2.5.– L'art. 21-bis della legge n. 354 del 1975 si pone, infine, in contrasto con l'art. 31, secondo comma, Cost. anche per le conseguenze che determina in capo alle madri detenute per uno dei reati ex art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., la cui collaborazione con la giustizia sia impossibile, inesigibile o irrilevante.

Tali detenute – come ricordato – debbono sempre scontare una parte di pena prima di accedere al beneficio. L'amministrazione penitenziaria prima, e il giudice poi, si trovano, così, al cospetto di una presunzione assoluta e insuperabile, non essendo loro concesso di bilanciare in concreto, a prescindere da indici legali presuntivi, le esigenze di difesa sociale rispetto al migliore interesse del minore.

Ciò è in contrasto con i principi affermati da questa Corte nella sentenza n. 76 del 2017, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 47-quinquies, comma 1-bis, della legge n. 354 del 1975, nella parte in cui imponeva alle condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis della medesima legge di scontare una frazione di pena in carcere prima di poter accedere alla detenzione domiciliare speciale, cioè ad altra misura finalizzata a garantire il rapporto tra la madre detenuta e il figlio in tenera età.

In tale sentenza si è affermato che se il legislatore, tramite il ricorso a presunzioni insuperabili, nega in radice l'accesso della madre a modalità agevolate di espiazione della pena, impedendo al giudice di valutare la concreta sussistenza, nelle singole situazioni, di esigenze di difesa sociale, bilanciandole con il migliore interesse del minore in tenera età, si è al cospetto dell'introduzione di un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta il totale sacrificio di quell'interesse.

Tale conclusione non può che essere ora ribadita con riferimento all'accesso al beneficio dell'assistenza all'esterno ai figli di età non superiore agli anni dieci per le detenute per uno dei reati ex art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., la cui collaborazione con la giustizia sia impossibile, inesigibile o irrilevante.

2.6.– In definitiva, i requisiti legislativi previsti per l'accesso a un beneficio prevalentemente finaliz-

zato a favorire, al di fuori della restrizione carceraria, il rapporto tra madre e figli in tenera età, non possono coincidere con quelli per l'accesso al diverso beneficio del lavoro all'esterno, il quale è esclusivamente preordinato al reinserimento sociale del condannato, senza immediate ricadute su soggetti diversi da quest'ultimo.

L'art. 21-bis della legge n. 354 del 1975, operando invece un rinvio al precedente art. 21, e parificando i requisiti in discorso, si pone in contrasto con l'art. 31, secondo comma, Cost., poiché, salvo che sia stata accertata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 58-ter della medesima legge, con riferimento alle detenute condannate alla pena della reclusione per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis, commi 1, 1-ter e 1-quater, non consente l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli minori oppure lo subordina alla previa espiazione di una frazione di pena.

Restano assorbite le questioni sollevate in riferimento agli altri parametri evocati dal rimettente.

2.7.– Osserva, infine, questa Corte che la presente pronuncia di accoglimento non pregiudica le esigenze di difesa sociale sottese alla previsione di limiti all'accesso al beneficio di cui all'art. 21-bis della legge n. 354 del 1975 per i condannati per taluno dei reati elencati all'art. 4-bis della medesima legge (siano essi la madre detenuta o, in via subordinata, il padre ex art 21-bis, comma 3). La concessione del beneficio resta pur sempre affidata al prudente apprezzamento del magistrato di sorveglianza, chiamato ad approvare il provvedimento disposto dall'amministrazione penitenziaria (ai sensi degli artt. 21, comma 4, e 69, comma 5, della legge n. 354 del 1975). In tale sede, infatti, l'autorità giudiziaria deve «tenere conto del tipo di reato, della durata, effettiva o prevista, della misura privativa della libertà e della residua parte di essa, nonché dell'esigenza di prevenire il pericolo che l'ammesso al lavoro all'esterno [nel nostro caso: all'assistenza all'esterno ai figli] commetta altri reati» (art. 48, comma 4, del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, intitolato «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà»).

PQM

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui, attraverso il rinvio al precedente art. 21, con riferimento alle detenute condannate alla pena della reclusione per uno dei delitti di cui all'art. 4-bis, commi 1, 1-ter e 1-quater, della legge n. 354 del 1975, non consente l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci oppure lo subordina alla previa espiazione di una frazione di pena, salvo che sia stata accertata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 58-ter della medesima legge.

[*Omissis*]

MARIA CHIARA SAPORITO

Cultrice di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Firenze

Automatismi penitenziari e tutela del minore: la Consulta detta i criteri di bilanciamento

Penitentiary presumptions and protection of the child's interest: the Constitutional Court sets the balancing criteria

La pronuncia si inserisce nel solco di una copiosa giurisprudenza costituzionale tesa alla rimozione degli automatismi penitenziari che irragionevolmente comprimono il diritto dell'infante a godere delle cure della madre detenuta. La censura investe, questa volta, la disciplina di accesso al beneficio dell'assistenza della prole in esterno, la quale, escludendo alcune categorie di recluse sulla base di presunzioni assolute, lede irrimediabilmente gli interessi del minore anche quando non ricorrano, in concreto, esigenze preventive tali da giustificarne il totale sacrificio. Al *vulnus* che ne deriva, la Corte offre rimedio formulando cd. delega di bilanciamento, ossia legittimando l'interprete ad accordare preferenza, quando lo imponga la specificità del caso, a valori costituzionali che, altrimenti, la rigida formulazione della norma oblitererebbe.

The judgement forms part of a copious amounts of Constitutional Court's rulings aimed at removing penitentiary presumptions that unresasonably compress the child's right to mothering. The decision concerns the rules for access to the external assistance of children that, absolutely excluding some types of inmates, harm the child's interest even if there are not social security needs. The constitutional breach is solved by the Court delegating to the judge the power to prefer, depending on the case, rights that otherwise would be neglected.

LA QUESTIONE

Con la pronuncia in commento, la Corte Costituzionale torna a censurare il sistema degli automatismi preclusivi di benefici penitenziari.

Oggetto della decisione è l'art. 21-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (di seguito ord. penit.) – norma di riferimento per l'accesso delle detenute madri all'assistenza all'esterno dei figli minori di dieci anni – nella parte in cui, attraverso il rinvio al precedente art. 21, preclude del tutto la concessione del beneficio alle recluse per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* ord. penit. oppure la subordina alla previa espiazione di una frazione di pena, salvo che ricorra la condotta collaborativa di cui all'art. 58-*ter* ord. penit. A fondamento dell'incostituzionalità della norma, la Consulta ne assume il contrasto con l'art. 31, comma 2, Cost., dichiarando invece assorbiti i motivi sollevati dal giudice *a quo* con riferimento agli artt. 3, 29, 30 Cost.

La questione origina nell'alveo di un procedimento attivato dinanzi al magistrato di sorveglianza di Lecce e Brindisi da una detenuta, condannata a quattro anni e dieci mesi di reclusione per i delitti di cui agli artt. 73 e 74 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, cui era stata rifiutata l'ammissione all'assistenza esterna dei figli. A motivare il diniego dell'amministrazione penitenziaria la circostanza che la ricorrente non avesse espiato almeno un terzo della pena; condizione, questa, espressamente formulata dall'art. 21 ord. penit. per l'accesso al lavoro esterno di detenuti condannati per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter*, 1-*quater* ord. penit. e operativa, in forza del rinvio svolto dall'art. 21-*bis*, anche per il beneficio in questione.

In sede di reclamo *ex* art. 35-*bis* ord. penit., la ricorrente deduceva l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* per violazione degli artt. 3, 27, 29, 30, 31 della Carta fondamentale. Appuratane la non manifesta infondatezza e la rilevanza nel giudizio *a quo*[1], il giudice di sorveglianza sollevava quindi que-

[1] Nel vagliare la rilevanza della questione, il giudice *a quo* osservava come fosse stato dedotto, con il reclamo, l'attuale e

stione di legittimità costituzionale. Nel merito, il magistrato ricordava come l'art. 21-*bis* ord. penit. fosse stato introdotto, unitamente alla detenzione domiciliare speciale, dalla legge 8 marzo 2001, n. 40 allo scopo di tutelare il diritto del minore a godere, nella prima infanzia, di un sano e corretto rapporto con la madre al di fuori del contesto carcerario. Mediante il richiamo alla disciplina di accesso al lavoro esterno, la disposizione censurata poneva, tuttavia, un divieto assoluto di concessione del beneficio alle detenute per reati ostativi che non avessero scontato almeno un terzo della pena (o almeno dieci anni in caso di ergastolo), giungendo così a ledere l'interesse del minore anche in assenza di una prevalente ragione di sicurezza sociale. Condividendo le conclusioni già raggiunte dalla giurisprudenza costituzionale in tema di detenzione domiciliare [2], il giudice *a quo* definiva siffatto assetto contrario, oltre che ai parametri costituzionali già citati, al principio, di derivazione sovranazionale, per cui l'interesse del minore, qualificato come "superiore e preminente", può subire limitazioni, in occasione di decisioni assunte da autorità pubbliche o istituzioni private, solo all'esito di una valutazione di bilanciamento con gli interessi ad esso contrapposti, quali quelli di difesa sociale.

La norma censurata non offriva invece spazi per tale operazione di bilanciamento, precludendo in radice al minore la possibilità di godere della cura genitoriale al di fuori del carcere sulla base del solo presupposto costituito dalla mancata espiazione del periodo di pena indicato.

Il rimettente metteva poi in campo argomenti di natura sistematica, evidenziando come l'art. 21-*bis* si inserisse in maniera distonica all'interno di un complesso normativo che ammette da subito le condannate per delitti ostativi alla detenzione domiciliare c.d. umanitaria [3], nonché – in forza della sentenza della Corte costituzionale n. 76 del 2017 [4] – alla detenzione domiciliare cd. speciale.

Si osservava, infine, come il beneficio dell'assistenza in esterno avesse, al contrario della detenzione domiciliare speciale, carattere inframurario e fosse, pertanto, rispetto ad essa più contenitivo. Stante il rapporto di progressività trattamentale intercorrente tra i due istituti, identici sarebbero dovuti essere i presupposti di ammissibilità, da apprezzare in relazione al caso concreto e all'effettiva pericolosità sociale della condannata.

L'inquadramento sistematico dell'assistenza in esterno della prole

La Corte ricostruisce la disciplina censurata muovendo dalla sua genesi: introdotto nell'ordinamento penitenziario dalla legge n. 40/2001, l'art. 21-*bis* funge da valvola di sfogo per tutte quelle situazioni

grave pregiudizio derivante da un provvedimento di rigetto fondato proprio sull'art. 21-*bis* e come, pertanto, la questione di incostituzionalità risultasse pregiudiziale per la definizione del procedimento di sorveglianza.

Sempre in punto di rilevanza, il rimettente sottolineava che la donna, pur potendo avanzare istanza per la detenzione domiciliare speciale – istituto epurato della preclusione ai condannati per reati ostativi dalla sentenza n. 76 del 2017 della Corte Costituzionale –, risultava in concreto carente delle condizioni di merito per accedervi, avendo scontato solo una parte esigua della pena ed essendo stata valutata dall'Equipe di osservazione non ancora pronta per una proiezione del trattamento in esternato.

[2] Il riferimento è a C. cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 239, in *www.cortecostituzionale.it*, con cui il Giudice delle leggi ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. nella parte in cui includeva, nel catalogo dei benefici penitenziari preclusi ai condannati per uno dei reati di prima fascia, la misura della detenzione domiciliare c.d. "speciale", omologandola di fatto alle altre misure alternative aventi esclusivamente finalità rieducative. L'automatismo veniva censurato perché irragionevolmente lesivo dell'interesse del minore a godere della figura genitoriale nel proprio percorso di crescita. Onde evitare irragionevoli sperequazioni, la Corte estendeva il giudizio d'illegittimità anche al divieto di detenzione domiciliare ordinaria in precedenza posto dallo stesso art. 4-*bis*, comma 1 per le detenute di prima fascia. La strategia decisoria adottata nella sentenza in oggetto è, come si vedrà, una costante delle pronunce sugli automatismi dell'art. 4-*bis*, comma 1: eliminato l'automatismo, la Corte ne ammette la sostituzione con una valutazione giudiziale tale da garantire, caso per caso, un bilanciamento effettivo e concreto degli interessi in gioco.

[3] E ciò nei soli casi in cui possa essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione. Per un approfondimento sull'istituto del rinvio (artt. 146 e 147 c.p.), *infra*, nota 10.

[4] Nella pronuncia C. cost., sent. 8 marzo 2017, n. 76, in *www.cortecostituzionale.it*, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-*bis* ord. penit., limitatamente alle parole «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*». Il comma 1-*bis* del citato art. 47-*quinquies*, inserito dall'art. 3 della legge n. 62 del 2011, consente alle madri detenute, previa verifica di talune condizioni soggettive e oggettive, di scontare la reclusione in casa o in un luogo di assistenza ed accoglienza fin dall'inizio, in deroga al regime generale che prescrive, per l'accesso della detenzione domiciliare speciale, la previa espiazione di un terzo della pena. Tale "specialissima" misura alternativa di esecuzione era, prima dell'intervento della Corte Costituzionale, appunto applicabile «salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*» della stessa legge n. 354/1975.

che, seppur meritevoli di protezione, non trovavano tutela nella detenzione domiciliare, ordinaria o speciale. Rispetto a queste ultime misure, il beneficio dell'assistenza in esterno alla prole si presenta assai meno favorevole perché modifica ma non elide la condizione detentiva della madre, la cui permanenza in carcere viene semplicemente intervallata da uscite programmate in funzione dell'accudimento del bambino [5].

Pur nella diversità di regime, gli istituti in parola condividono un'identica *ratio*: quella, esplicitata dalla stessa Corte, di favorire il rapporto madre-figlio in un contesto non segregante.

Per meglio comprendere il dato assiologico della misura in esame, è opportuno osservare come essa non rappresenti che un tassello di un più ampio progetto di riforme, avviato negli anni '80 con lo scopo di estromettere progressivamente le detenute madri dall'ambiente penitenziario. A spingere in questa direzione evolutiva, la maturata consapevolezza che maternità e infanzia rappresentino valori non adeguatamente salvaguardati negli istituti di reclusione e che le misure che vi favoriscono l'ingresso anche dell'infante, per quanto animate dal nobile intento di non recidere bruscamente il legame materno, presentino più controindicazioni che utilità. Misure di tal genere, già contemplate nella legge sull'ordinamento penitenziario del 1975 [6], non risolvono ma solamente posticipano il distacco dalla madre, rendendolo, se possibile, ancor più traumatico. Peraltro, è la stessa permanenza, anche provvisoria, in un ambiente punitivo, povero di stimoli e nel quale la figura genitoriale è defraudata di ogni autorevolezza, a mostrarsi dannosa per lo sviluppo psicofisico del bambino.

Riconosciuta l'inadeguatezza, se non la nocività, degli strumenti inframurari a tutela della maternità, il legislatore ha cominciato a volgere lo sguardo verso misure alternative alla detenzione in carcere. La condizione delle madri detenute veniva così inserita, ad opera della legge n. 663/1986 (c.d. legge Gozzini), nel testo dell'art. 47-*ter* ord. penit. come uno dei presupposti per l'inedita misura della detenzione domiciliare cd. umanitaria. Quest'ultima, nella sua attuale formulazione, consente alle donne incinta o madri con figli di età inferiore ai dieci anni di espiare nella propria abitazione, o in altro luogo di accoglienza, la pena della reclusione, purché non superiore ai quattro anni, anche se parte residua di maggior pena [7].

Nel medesimo solco, la legge n. 40/2001 ha successivamente consentito anche alle condannate soggette a una pena maggiore di quattro anni di ricorrere alla cd. detenzione domiciliare speciale, a condizione però di aver scontato almeno un terzo della pena, o almeno quindici anni se ergastolane.

Il regime detentivo in abitazione è in questo caso disposto, come recita l'art. 47-*quinquies* ord. penit., «al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli» [8]. La precipua finalizzazione della misura all'assolvimento della funzione genitoriale, anche al di fuori delle mura domestiche, spiega le ulteriori condizioni a cui vi è subordinato l'accesso: l'assenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e la possibilità di ripristinare la convivenza con il figlio/a [9].

Infine, la stessa legge n. 40/2001 ha potenziato il preesistente istituto del rinvio dell'esecuzione della pena [10] e ha coniato *ex novo* quello dell'assistenza alla prole, operando un significativo rinvio alla rego-

[5] Le modalità temporali di permanenza al di fuori del carcere risultano stabilite, in funzione dell'età e delle specifiche esigenze dei minori, in un programma di trattamento disposto dall'amministrazione penitenziaria e approvato, ai sensi degli artt. 21, comma 4, e 69, comma 5, ord. penit., dal magistrato di sorveglianza.

[6] L'art. 11, comma 7, nel testo originario della legge n. 354/1975 consentiva la permanenza dei bambini molto piccoli (fino all'età di tre anni) affianco alle madri presso gli istituti di reclusione, all'interno del cui organico venivano inclusi specialisti quali ostetriche, ginecologi e pediatri.

[7] L'attuale normativa è frutto di successive modifiche che hanno visto ampliato il limite edittale: da due anni a tre anni ad opera della legge 12 agosto 1993, n. 296 e, in seguito, da tre anni a quattro anni in forza dell'art. 4 della legge 27 maggio 1998, n. 165 (Legge Simeone-Saraceni). Anche l'età della prole è stata innalzata: dai tre anni dell'originaria formulazione ai cinque previsti dalla prima legge citata, e, infine, ai dieci stabiliti dalla seconda.

[8] Il Tribunale di sorveglianza stabilisce le modalità di attuazione della misura e può prescrivere restrizioni ai contatti e alle comunicazioni con persone diverse da quelle che coabitano o assistono la condannata. Ed è sempre il Tribunale di sorveglianza a dover precisare il periodo di tempo che la persona può trascorrere all'esterno del domicilio.

[9] La prognosi viene svolta sulla base delle eventuali esperienze positive registrate in occasione della fruizione dei permessi.

[10] Si fa riferimento al rinvio dell'esecuzione della pena. Ai sensi dell'art. 146 c.p., il rinvio deve essere oggi obbligatoriamente concesso alle donne incinte o madri di bambini di età inferiore ad un anno (anziché sei mesi come nella precedente disciplina). A discrezione dell'autorità giudicante il rinvio può anche essere disposto, a norma dell'art. 147 c.p., nei confronti di condannate madri di figli minori di tre anni. Il regime anteriore alla legge Finocchiaro limitava invece il rinvio facoltativo alle donne che avessero partorito da più di sei mesi ma da meno di un anno, oggettivamente impossibilitate ad affidare il figlio ad altri.

lamentazione del lavoro in esterno. Le ragioni di siffatto rinvio sono, ad avviso della Corte Costituzionale, da rintracciare nella circostanza che, come si ricava chiaramente dalla lettura dei lavori preparatori, il legislatore del 2001 abbia inteso attribuire ai compiti di cura dei figli minori «lo stesso valore sociale e la stessa potenzialità risocializzante dell'attività lavorativa» [11].

Merita osservare che tale attribuzione è perfettamente coerente con il contesto socio-culturale in cui la riforma ebbe modo di maturare. Il ruolo materno aveva ormai compiuto il suo processo di emancipazione da espressione pre-codificata di una cultura patriarcale a frutto di una scelta libera e consapevole. Parallelamente, anche il contenuto di tale ruolo non poteva più ritenersi circoscritto all'accudimento materiale del minore, investendo piuttosto la sua formazione culturale, sociale ed etica. Alla luce di questa moderna prospettiva, la genitorialità diviene strumento responsabilizzante e come tale trova spazio anche nel mondo dell'esecuzione penale come strumento di reinserimento sociale della detenuta [12].

Di qui la scelta di includere [13] tra i requisiti di accesso al neonato beneficio dell'assistenza alla prole quelli già sanciti per il lavoro in esterno, misura risocializzante per eccellenza, tra cui la necessaria espiazione di una quota di pena per le detenute condannate per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'articolo 4-*bis* [14]. Ma se il beneficio in esame persegue – accanto alla tutela dell'infante – i medesimi scopi rieducativi del lavoro in esterno, occorre chiedersi se sia corretto che le condizioni per accedervi coincidano con quelle di un diverso istituto preordinato, invece, al solo reinserimento sociale del condannato e improduttivo di riflessi su soggetti terzi.

La legislazione d'emergenza e il diritto premiale multilivello

Individuata la *ratio* del beneficio dell'assistenza alla prole, la Corte illustra i nodi che il richiamo all'art. 21 ord. penit. comporta con riferimento alla situazione delle detenute per i reati enunciati dall'art. 4-*bis* ord. penit. ai commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* (cd. ostativi). L'accesso di queste persone al lavoro in esterno è condizionato, a norma del citato art. 21 ord. penit., alla previa espiazione di un terzo della pena, o di dieci anni in caso di ergastolo. Dalla lettura congiunta della norma con gli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit emergono, tuttavia, ulteriori sbarramenti legati alla collaborazione con la giustizia.

Come è noto, l'introduzione, all'indomani della stagione stragista del 1991-1992, degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit. ha segnato l'esautoramento del principio di uguaglianza dei condannati in fase esecutiva [15] a favore di un sistema trattamentale diversificato in funzione del *Tatertypus*: [16] detenuti "comuni", collaboratori di giustizia e detenuti per delitti di mafia non collaboranti. Muovendosi su direttrici di intervento diverse ma convergenti nello scopo [17], il decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella legge 12 luglio 1991, n. 203 [18], da un lato ha stabilito divieti e limitazioni ai benefici penitenziari nei con-

[11] In principio configurato come modalità di esecuzione della pena, il lavoro in esterno ha gradualmente assunto i caratteri di una misura alternativa alla detenzione, disciplinata dall'art. 21 ord. penit. e dall'art. 48 del d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230. L'attività lavorativa all'esterno, di carattere permanente e abituale, ha lo scopo di favorire una graduale risocializzazione del condannato.

[12] Il carattere innovativo degli orientamenti culturali sottesi alla riforma viene evidenziato da F. Petrangeli, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri*, in *Rivista Aic*, 2012, 4, p. 3.

[13] La misura risulta altresì subordinata alla condizione che i figli abbiano età non superiore a dieci anni e che la madre non sia stata dichiarata decaduta dalla potestà sugli stessi, a norma dell'art. 330 c.c.

[14] Dal rinvio all'art. 21 ord. penit. discende, inoltre, la preclusione del beneficio nei confronti di persona sottoposta al "divieto di concessione dei benefici", *ex* art. 58-*quater* ord. penit. o al regime di sorveglianza particolare indicato all'art. 14-*bis* ord. penit.

[15] Come ben riassume M. Pavarini, *Lo scambio penitenziario, Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Bologna, Edizioni Martina, 1996, p. 258, la disciplina prodotta nella stagione emergenziale «diverge[nte] dai dettami costituzionali di una pena che deve tendere alla rieducazione del reo, di un procedimento di sorveglianza di natura "giurisdizionale" in cui sia salvaguardato il diritto di difesa del detenuto, di una posizione di sostanziale ed oggettiva uguaglianza tra coloro che sono comunque assoggettati ad una sentenza penale di condanna».

[16] L'espressione, con cui in generale si indica il "tipo normativo di autore", è utilizzata per il tema in esame da F. Fiorentin, *I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia: alcune annotazioni alla luce della prima applicazione della legge n. 45/01*, in *Diritto&Diritti*, aprile 2003.

[17] Sintetizzabile nella formula della cd. "premialità in negativo": il "premio" per la scelta collaborativa, infatti, non è che il superamento delle preclusioni dell'art. 4-*bis* ord. penit. e, quindi, la riappropriazione delle tradizionali prerogative riconosciute a qualsiasi detenuto. Cfr. F. Fiorentin, *op. cit*.

[18] Il quadro normativo delineato dalla legge n. 203/1991 è stato successivamente arricchito con l'introduzione, da parte della

fronti degli autori di delitti riguardanti la criminalità organizzata, dall'altro ha istituito un privilegio di esclusione dal suddetto regime per quelli tra di loro che avessero collaborato con la giustizia a norma dell'art. *58-ter* ord. penit.

Pur se soggetto negli anni a frequenti ed estese interpolazioni [19], l'art. 4-*bis* ord. penit. ha mantenuto il suo scheletro originario, presentandosi ancora oggi come un catalogo di reati, ordinati secondo un criterio di pericolosità e "ostatività" decrescente [20].

Il disegno tracciato dall'art. 4-*bis* ord. penit. è arricchito nel dettaglio dalle singole disposizioni inerenti i benefici e le misure alternative cui la disciplina restrittiva si applica. In particolare, l'art. 21 ord. penit., con riferimento ai detenuti per tutti i reati di cui all'art. 4-*bis*, subordina l'accesso al lavoro esterno all'avvenuta espiazione di un *quantum* di pena, stabilito in un terzo della pena o dieci anni per i condannati all'ergastolo. Si tratta tuttavia di un filtro selettivo che, a norma dell'art. 58-*ter*, non si attiva quando il detenuto per reato ostativo abbia prestato la propria piena ed utile collaborazione nella ricostruzione dei fatti da parte dell'autorità e nell'individuazione o cattura di criminali concorrenti nel delitto ovvero nel far sì che il reato non sia portato a conseguenze ulteriori [21].

La complessità dei nessi tra gli artt. 4-*bis*, 58-*ter* e 21 ord. penit. ha spinto la Corte a ripercorrere in motivazione tutti gli scenari possibili.

L'*excursus* muove dalla categoria dei condannati c.d. di prima fascia, i quali, per combinato disposto dei citati articoli, possono conseguire tramite la collaborazione benefici altrimenti preclusi senza, per di più, sottostare al vincolo di aver scontato preventivamente una frazione di pena [22]. Non vale però il contrario: essendo la collaborazione *condicio sine qua non* per la concessione delle misure premiali, questa

---

legge 7 agosto 1992, n. 356, dell'art. 41-*bis*, norma che consente in presenza di determinati requisiti, la sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario e l'imposizione di condizioni di detenzione particolarmente afflittive per i detenuti di mafia. Ciò con l'ovvio intento di rafforzare l'efficacia deterrente della custodia in carcere nei confronti degli associati ancora in libertà.

[19] Tanto da meritarsi l'appellativo di "mostro normativo": C. Fiorio, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la "collaborazione" come presupposto per i benefici*, in *Giur. cost.*, 1993, 3, p. 2506. Per un'analisi approfondita delle modifiche susseguitesi nel tempo: C. Cesari, G. Giostra, *sub art. 4-bis*, in V. Grevi-G. Giostra-F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2011, p. 47 ss.; C. Cesari, *sub art. 58-ter*, *ivi*, p. 845 ss.; C. Fiorio, *sub art. 4-bis*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, t. III, Milano, Ipsoa, 2010, p. 10166 ss.; R. Fonti, *sub art. 58-ter*, *ivi*, p. 10641 ss.

[20] Così il comma 1 contempla i delitti "assolutamente ostativi"[20], o anche detti di prima fascia, per i quali la concessione dei benefici penitenziari ivi indicati è subordinata alla circostanza che il detenuto abbia offerto la propria collaborazione alla giustizia. Si tratta di fattispecie di reato tutte particolarmente gravi, che, nonostante le diversità, sono assimilabili in quanto solitamente espressione dell'attività delle organizzazioni criminali. Segue un secondo comma (1-*bis*) dedicato alle ipotesi di collaborazione irrilevante, impossibile e inesigibile, ricorrendo le quali la fruibilità delle misure alternative e premiali dipende dalla prova – a carico del detenuto – dell'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata; cui si aggiunge, nel caso di collaborazione irrilevante, l'ulteriore condizione dell'applicazione di una delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, n. 6 (avvenuto risarcimento del danno), 116 comma 2 (limitato o attenuato concorso) e 114 c.p. (limitato ruolo del condannato all'interno dell'organizzazione criminale). Al comma 1-*ter* viene poi descritta una seconda fascia di reati, cosiddetti "relativamente ostativi", con riferimento ai quali il detenuto è ammesso a godere dei benefici a patto che, in fase istruttoria, non siano stati acquisiti elementi tali da far ritenere l'attualità di contatti con la criminalità organizzata, terrroristica o eversiva. L'onere probatorio è qui posto in capo alla pubblica accusa, che potrà soddisfarlo dimostrando un «qualsivoglia rapporto o relazione con ambienti o persone appartenenti alla criminalità organizzata»: in questo senso Cass., sez. I, 26 giugno 1992, n. 3083, in *Cass. pen.*, 1994, p. 400. Con riguardo al *quantum* probatorio, la Cassazione non ritiene necessario che delle suddette relazioni sia data prova inconfutabile, essendo invece sufficienti meri indizi: si veda Cass., sez. I, 24 settembre 1992, n. 3556, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1651. Infine, con il comma 1-*quater*, di più recente conio, si delinea un terzo ed ultimo circuito per i cd. *sex offenders* (autori di determinati reati sessuali), ammessi ai benefici solo previa positiva valutazione della personalità a seguito di un'osservazione della durata minima di un anno.

[21] L'art. 58-*ter* ord. penit., seguendo una traccia già individuata nel diritto penale sostanziale (si vedano, ad esempio, l'art. 630, comma 5, c.p e l'art. 74, comma 7, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309), definisce la collaborazione utile come la condotta *post delictum* di chi si adoperi affinché il reato non sia portato ad ulteriori conseguenze ovvero di chi aiuti concretamente l'autorità di polizia o giudiziaria alla costruzione dei fatti o all'individuazione o alla cattura degli altri criminali che abbiano partecipato alla commissione del delitto. In presenza dei suddetti comportamenti, il Tribunale di sorveglianza non è tenuto ad accertare anche la mancanza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, giacché la collaborazione è ritenuta di per sé idonea a provare l'antagonismo e l'allontanamento di colui che la presti rispetto all'organizzazione di provenienza: C. Cesari, *sub art. 5-ter. Persone che collaborano con la giustizia*, in V. Grevi-G. Giostra-F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, Cedam, 2011, p. 850.

[22] L'affermazione per cui i detenuti di prima fascia, una volta prestata la propria collaborazione, possano fruire dei benefici senza dover previamente espiare una frazione di pena è approdo consolidato nella stessa giurisprudenza costituzionale: *ex plurimis*, C. cost., sent. 14 dicembre 1995, n. 504 in *www.cortecostituzionale.it*. Concorde anche: Cass., sez. I, 3 febbraio 2016, n. 37578, in *CED Cass.*, n. 268250 e Cass., sez. I, 12 luglio 2006, n. 30434, in *CED Cass.*, n. 235266.

dovrà essere negata al detenuto che, pur avendo scontato parte della condanna, non abbia prestato la condotta richiesta.

Le conseguenze positive della collaborazione si rivelano meno dirompenti rispetto ai condannati per delitti di cui ai commi 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 4-*bis*; delitti che, per sé stessi, sono solo "relativamente" ostativi alle misure di favore. Per simili categorie di reclusi – cd. di seconda e terza fascia – la concessione dei benefici penitenziari dipende infatti dalla sola espiazione di parte della pena e prescinde invece dalla collaborazione, che, pertanto, non costituisce una strada obbligata ma tuttalpiù preferenziale, in quanto utile per accedere al beneficio eludendo la permanenza, anche temporanea, in carcere.

Infine, con riferimento ai reclusi per delitti di "prima fascia" che versino nelle condizioni previste dal comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* (collaborazione inesigibile, impossibile o irrilevante), la Corte, sulla base di un'interpretazione letterale delle ricordate disposizioni, conclude che, oltre a fornire prova dell'assenza di legami con ambienti di grave criminalità, il richiedente debba aver previamente scontato la pena necessaria.

Il sacrificio dell'interesse del minore insito nell'automatismo legislativo

Quale che sia il suo *status* in base alla classificazione "interna" offerta dall'art. 4-*bis*, il detenuto per reato ostativo si vedrà sempre negato il beneficio premiale nell'ipotesi in cui non abbia prestato la condotta collaborativa o non abbia parzialmente scontato la pena. La normativa di riferimento non lascia spazio per interpretazioni correttive ed esibisce una tecnica legislativa – quella degli automatismi – che, come si avrà modo di dire, è da tempo oggetto di critiche da parte dello stesso giudice costituzionale.

La censura qui mossa dalla Corte riguarda la trasposizione anche al beneficio dell'assistenza alla prole del complesso sistema di preclusioni inderogabili descritto in precedenza. A generare perplessità sono le divergenze che il beneficio in esame e il lavoro in esterno registrano sul piano assiologico. Pur condividendo con il lavoro esterno le aspirazioni rieducative nei confronti della madre, l'assistenza all'esterno della prole appare votata prioritariamente a preservare il figlio dalla perdita della figura genitoriale in una fase nevralgica del proprio sviluppo. Scopo primo dell'istituto è, quindi, la tutela del minore, soggetto distinto dalla detenuta e le cui istanze trovano riconoscimento sul piano costituzionale e sovranazionale. Si vedano in proposito le disposizioni della Carta fondamentale a tutela della famiglia come società naturale, del diritto-dovere all'educazione dei figli e della protezione dell'infanzia (artt. 29, 30 e 31 Cost.). Nella stessa prospettiva, fonti internazionali quali la Convenzione sui diritti del fanciullo, adottata a New York il 20 novembre 1989[23] e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, esprimono, nel complesso, il principio generale per cui il "superiore" interesse del minore può risultare soccombente, nelle decisioni assunte da autorità pubbliche o istituzioni private, solo in esito ad un'operazione di bilanciamento con gli altri interessi in gioco[24].

Preso atto dello statuto di tutela di cui gode il minore, la Corte ha ribadito le osservazioni già espresse nella sentenza n. 239 del 2014 con riferimento all'esclusione, ad opera dell'art. 4-*bis*, comma 1, delle detenute non collaboranti dalla detenzione domiciliare speciale. In quell'occasione si era infatti affermato che, mentre la fruizione dei benefici penitenziari "tradizionali" – caratterizzati, cioè, per una spiccata *ratio* risocializzante – può essere subordinata all'avvenuta collaborazione[25], simili strategie di incentivazione devono essere più attentamente ponderate quando alla specialprevenzione si associ altra finalità esogena, di pari o superiore rilievo costituzionale. In tal caso il meccanismo presuntivo si mostra di per sé potenzialmente lesivo dell'interesse concorrente ed è, per ciò, da accantonare in favore di una valutazione giudiziale del caso concreto.

Nella disciplina sottoposta al vaglio della Consulta il conflitto sorge tra la piena realizzazione del diritto del minore a beneficiare in modo continuativo delle cure materne e le istanze di difesa sociale sottese all'esecuzione della pena in carcere. Affinché il "costo" di tali istanze non gravi su un soggetto terzo[26], estraneo tanto al crimine quanto alla scelta della detenuta di non collaborare con la giustizia, oc-

[23] Nel cui Preambolo si afferma che «il fanciullo, ai fini dello sviluppo armonioso e completo della sua personalità, deve crescere in un ambiente familiare, in un clima di felicità, di amore e di comprensione», così prescrivendo uno *standard* qualitativo di vita difficilmente realizzabile all'interno di una struttura penitenziaria.

[24] Principio espressamente enunciato dal paragrafo 1 dell'art. 3 della Convenzione di New York.

[25] Collaborazione che in tal caso assume valore di indice "legale" di ravvedimento.

[26] Già in precedenza, la Corte costituzionale aveva elaborato il principio per cui deve considerarsi illegittima l'esecuzione di

corre che al giudice sia data facoltà di accertare se e in che misura ricorrano nell'ipotesi concreta le suddette esigenze preventive.

Sulla scorta di tali osservazioni, la Corte ritiene l'art. 21-*bis* ord. penit. contrastante con l'art. 31 Cost., comma 2, nella parte in cui fa dipendere dalla scelta collaborativa la concessione del beneficio ai detenuti per reati c.d. di prima fascia, privilegiando, mediante il richiamo all'art. 4-*bis*, comma 1, la lotta alla criminalità organizzata e precludendo al giudice determinazioni autonome che gli consentano – sulla base di una concreta prognosi di futura astensione dalla commissione di altri reati – di autorizzare la detenuta ad assistere il figlio all'esterno. In altri termini, nell'impostazione accolta dalla Corte, la normativa è censurabile in quanto presume dalla scelta della non collaborazione una pericolosità sociale che, per essere idonea a giustificare la compressione dei diritti del minore, dovrebbe invece essere verificata in concreto.

Le medesime obiezioni vengono rivolte con riferimento ai limiti previsti per l'accesso immediato (senza previa espiazione della pena) degli autori di reati di "seconda" o "terza fascia", anch'esso subordinato alla scelta collaborativa. E sempre sulla base dell'eterogeneità di scopi che connota l'assistenza all'esterno, differenziandola da altre misure preordinate al solo reinserimento sociale del condannato, la Corte dichiara illegittimo il regime stabilito per le detenute la cui collaborazione risulti impossibile, inesigibile o irrilevante *ex* art. 4-*bis*, comma 1-*bis*. Anche per quest'ultime, infatti, la fruibilità al beneficio è sottoposta a una condizione – la previa espiazione della quota di pena – in assenza della quale l'interesse del minore è destinato inevitabilmente a recedere. Nel ribadire i *dicta* della sentenza n. 76 del 2017, di poco precedente, la Corte sposa la conclusione per cui anche la parziale esecuzione della pena, richiesta come presupposto per l'accesso al beneficio dell'assistenza all'esterno per effetto del rinvio all'art. 21 ord. penit., si pone in contrasto con l'art. 31, comma 2 Cost.

I MECCANISMI PRESUNTIVI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Che il tema degli automatismi giunga con tanta frequenza all'attenzione della Consulta non sorprende: esso non è che l'altra faccia dell'eterna questione circa i limiti del giudice nell'interpretazione della legge penale. Tentando di semplificare, si può affermare che la discussione verte sulla ricerca di un accettabile equilibrio tra le due anime del diritto, «quella sapienziale, che vorrebbe ancorare la decisione giudiziale all'apprezzamento quasi equitativo delle esigenze che emergono nel caso concreto; e quella formalistica, se non legalistica, che aspira alla certezza del diritto e alla prevedibilità delle decisioni giudiziali adottate sulla base di norme generali e astratte» [27]. Se è vero che, in ossequio al principio di legalità, l'attività creatrice del diritto resta prerogativa delle istituzioni rappresentative, non si può, tuttavia, negare che la tutela di altri principi di pari valore costituzionale pare oggi richiedere al formante giurisprudenziale un ruolo sempre più incisivo. Lo stimolo a riconoscere in capo al giudice taluni margini di autonomia rispetto alle previsioni della legge proviene, innanzitutto, dall'urgenza di dare attuazione al principio di uguaglianza, o, meglio, di realizzare la c.d. dimensione negativa di tale principio, che impone di trattare diversamente situazioni tra loro difformi. Ma è la stessa funzione rieducativa della pena, predicata dall'art. 27, comma 3, Cost., a vietare la strumentalizzazione del singolo a fini general-preventivi di deterrenza e ad esigere una modulazione del trattamento sanzionatorio sulla base del fatto e alle caratteristiche del suo autore. Nonostante la portata di tali *input*, l'indirizzo assunto dal legislatore negli ultimi anni nei confronti del potere giudiziario è stato più restrittivo che concessorio [28].

---

una pena che non tenga conto dei diritti costituzionalmente tutelati di soggetti diversi dal condannato. In questo senso: C. cost., sent. 13 aprile 1990, n. 215, in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 1887; C. cost., sent. 5 dicembre 2003, n. 350, in *G.U.*, I serie spec., 2003, n. 12.

[27] G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 2007, 28, p. 220.

[28] Sul piano processuale basti ricordare la modifica che l'art. 2, comma 1, del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, ha apportato al comma 3 dell'art. 275 c.p.p., stabilendo una presunzione assoluta di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere per i soggetti autori di determinati reati, per ciò solo, ritenuti pericolosi. Com'è noto, la presunzione è stata travolta da un nutrito numero di pronunce di incostituzionalità (C. cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, in *Guida dir.*, 2010, 35, p. 60; C. cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3722; C. cost., sent. 22 luglio 2011, n. 231, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2965; C. cost., sent. 3 maggio 2012, n. 110, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1619; C. cost., sent. 18 luglio 2013, n. 213, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4325; C. Cost., sent. 23 luglio 2013, n. 232, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, p. 625), da ultimo, anche con riferimento ai responsabili del delitto di associazione di tipo mafioso, seppur nella sola declinazione del concorso esterno (C. cost., sent. 25 febbraio 2015, n. 48, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2015). Nel diritto penale sostanziale, l'apice del processo di

E terreno elettivo di questa tendenza alla compressione è stato proprio il diritto punitivo, che, per il suo valore anche simbolico [29], si è ritenuto necessitasse, più di altri, di essere reso impermeabile a pericolose interferenze nel momento applicativo.

L'ordinamento ha visto così progressivamente proliferare i cd. automatismi legislativi: disposizioni che radicalizzano il normale rapporto di consequenzialità fra apodosi (se A) e protasi (allora B), proprio in generale di ogni norma, con una formulazione che preclude al giudice di modulare l'ambito di applicazione della disciplina ai soli casi in cui ne ricorra la ragione giustificatrice prevista *ex lege*. In altri termini, l'automatismo non consente all'operatore del diritto di «includere o escludere casi, soggetti o fattispecie che risultano, rispettivamente, non rilevanti o rilevanti rispetto alla *ratio*» [30]. È bandita quindi qualsiasi operazione interpretatrice o analogica atta a correggere il difetto di tipizzazione della protasi, la quale potrà quindi risultare sovrainclusiva (rispetto ai casi per i quali la disciplina non sarebbe giustificata) o sottoinclusiva (rispetto ai casi per i quali viceversa sarebbe giustificata). Il ruolo del giudice, privato di poteri correttivi nella descrizione giuridica della fattispecie, si esaurisce nella fedele applicazione delle conseguenze sancite in protasi.

Dinanzi alle perdite che siffatti meccanismi presuntivi inevitabilmente producono sul terreno della ragionevolezza, l'intervento del Giudice delle leggi era annunciato. All'intensa produzione di automatismi da parte del legislatore, la Consulta ha così opposto un'ostinata opera demolitrice delle previsioni rivelatesi contrarie all'art. 3 Cost. [31]. Il sindacato di irragionevolezza ha investito due specie di automatismi: quelli carenti di solide basi statistiche [32] e quelli che comprimono irragionevolmente interessi da considerare costituzionalmente prioritari. In questa seconda categoria si inserisce la pronuncia di inco-

compressione si è registrato con la legge 5 dicembre 2005, n. 251, la quale aveva introdotto, nell'art. 62-*bis*, comma 2, c.p., il divieto per il giudice di riconoscere attenuanti generiche in favore del recidivo reiterato dichiarato colpevole di un grave delitto, sulla base di considerazioni concernenti l'intensità del dolo o la capacità a delinquere del reo anche in relazione alla «condotta contemporanea o susseguente al reato». Come ben sintetizza G. Leo, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in R. Garofoli-T. Treu (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto 2014*, Ist. Enc. Treccani, Roma, 2014: «La *ratio* della norma si fondava su un doppio ragionamento presuntivo, cioè che i recidivi reiterati esprimono sempre una pericolosità elevata, tanto da non risultare mai credibilmente ridotta alla luce dei fattori attenuanti "oscurati" dal legislatore».

Anche questa disposizione non ha retto al vaglio della Corte costituzionale, che ne ha dichiarato l'illegittimità sull'assunto che «la recidiva rinviene nel fatto di reato il suo termine di riferimento, la condotta susseguente si proietta nel futuro e può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali»: C. cost., sent. 7 giugno 2011, n. 183, in *Guid. dir.*, 2011, 27, p. 52.

[29] Come osserva L. Pace, *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. Cost.*, 2014, 5, p. 3948: «Nel momento in cui la norma deve esplicare la sua azione essenzialmente sul piano ideologico e culturale, devono ridursi al minimo le possibilità di intervento di un soggetto terzo, in questo caso il giudice, che con l'esercizio della sua discrezionalità possa rendere inefficace tali funzioni. In altri termini, se deve punirsi l'autore del reato o più in generale il soggetto pericoloso per la collettività, il giudice non può avere spazio di azione nell'accertamento del fatto e tanto meno nella modulazione delle conseguenze giuridiche». Sul tema anche: A. Pace, *Misure di sicurezza e pericolosità sociale presunta*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 196 e G. Giostra, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 4904, il quale mette in evidenza che «soprattutto nell'ultimo ventennio e soprattutto nel settore penale, quasi mai si è legiferato per assicurare adeguata tutela ad un interesse emergente o in effettiva carenza di protezione», ma piuttosto per far «guadagnare popolarità a buon mercato» alla classe politica.

[30] L. Pace, *op. cit.*, p. 3948.

[31] Per un'analisi del fenomeno: A. Tesauro, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 4909 ss.; E. Crivelli, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. Butturini-M. Nicolini (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, E.s.i., 2014, p. 85 ss.; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 194 ss.

[32] Si è già detto della sequenza di decisioni della Consulta che ha investito l'art. 275, comma 3 (cfr. *supra* nota 30) sviluppatasi sull'assunto per cui le presunzioni assolute non sono vietate dall'art. 3 Cost. ma richiedono una "base empirica" di grandissima affidabilità, affinché sia ridotta al minimo la possibilità che venga incluso nella disciplina un caso concreto nel quale non ricorrano le condizioni per una ragionevole applicazione della stessa. Nello stesso senso la Corte si era già espressa in C. cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, in *Giust. pen.*, 2011, 1, p. 214; C. cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. cost.*, 2010, 4, p. 3169; C. Cost., sent. 16 aprile 2010, n. 139, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1643, statuendo che «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa».

stituzionalità dell'art. 21-*bis*, nonché le precedenti che hanno corretto, sempre in chiave di protezione dell'infanzia e di sostegno alla genitorialità, l'assetto preclusivo risultante dall'art. 4-*bis* e 58-*ter*. Tale assetto non solo si fonda su di una presunzione legale – quella di particolare pericolosità sociale attribuita di *default* agli autori di delitti ostativi – ma è potenziato da un'altra generalizzazione di carattere assoluto: quella per cui, in assenza di collaborazione processuale, non può ritenersi avviata alcuna riflessione critica sul reato, tale da giustificare l'accesso a misure premiali.

Da più parti si è fatto notare come l'imposta equivalenza tra mancata collaborazione e mancato ravvedimento, peraltro opinabile nella sua attendibilità [33], possa finire per neutralizzare gli effetti di un percorso di ripensamento delle proprie condotte che sia stato invece intrapreso dal detenuto non collaborante, con palese violazione dell'art. 27, comma 3, Cost. [34]. Quello appena descritto costituisce, peraltro, solo uno dei molti sospetti di incostituzionalità che gravano sull'automatismo in esame [35]. Ciò nonostante, la giurisprudenza costituzionale, fino ad oggi, si è sempre rifiutata di censurare in modo radicale la regola "*carceratus tenetur alios detegere*" [36] che vige per i detenuti del 4-*bis*, non ravvisandovi alcuna incompatibilità sostanziale rispetto ai principi di uguaglianza e ragionevolezza ovvero ai parametri che assicurano la funzione rieducativa della pena (la Corte si è così pronunciata, ad esempio, nelle sentenze n. 273 del 2001 [37] e n. 135 del 2003 [38]).

Un'eccezione a questa tendenza conservativa tuttavia si è registrata con riferimento alle ipotesi in cui l'automatismo, privilegiando in modo incondizionato gli scopi della legislazione securitaria, trascuri completamente interessi di pari rilevanza, come quello del minore. L'avversione che la giurisprudenza costituzionale esprime nei confronti delle presunzioni di cui all'art. 4-*bis* – giova sottolinearlo – non è quindi generalizzata ma direttamente proporzionale al valore degli interessi che restano sacrificati [39].

Emblematiche a riguardo le parole con cui la Consulta, dichiarando illegittimo l'art. 569 c.p. nella parte in cui prescriveva l'automatica applicazione della pena accessoria della decadenza dalla potestà

---

[33] La collaborazione di giustizia da parte del condannato e la prova, di per sé "diabolica", della cesura dei legami con la criminalità organizzata non costituiscono dimostrazione certa dell'avvio di un percorso rieducativo. Sottolinea, infatti, B. Spricigo, *La "riflessione critica sul reato" e l'automatismo ostativo di cui all'art. 4-bis ord. penit.*, in *Criminalia*, 2014, p. 625: «l'ostatività connessa alla mancanza dei suddetti elementi assieme al carattere 'negoziale' della disciplina (informazioni investigative e/o operative in cambio di un regime penitenziario ordinario) inquinano la genuinità dei comportamenti *post delictum* e/o *post sententiam*». Così anche per L. Eusebi, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1221 ss.; A. Picciani, *La premialità nel sistema penale*, in S. Armellini-G. Di Giandomenico (a cura di), *Ripensare la premialità*, Torino, Giappichelli Editore, 2002, p. 318 ss. La stessa Corte costituzionale in C. cost, sent. 11 luglio 1993, n. 306, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1177 ha ammesso che la condotta collaborativa «può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione».

[34] Suggerisce L. Eusebi, *op. cit*., p. 1222, che per eliminare gli aspetti di incostituzonalità della norma, il giudice competente dovrebbe poter «valutare – secondo una lettura costituzionalmente compatibile dell'art. 4-*bis* ord. penit. – se sussistano circostanze che escludano la rilevanza in concreto dell'indisponibilità a collaborare da parte del detenuto quale indizio di non avvenuta rieducazione». In questo senso anche la proposta di modifica dell'art. 4-*bis*, comma 1-*bis* ord. penit. e dell'art. 2 comma 1, del d.l. 203/1991 avanzata dalla Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo. A tal riguardo si veda anche: F. Palazzo, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 febbraio 2014.

[35] Per la cui trattazione analitica si rinvia a L. Eusebi, *op. cit.*, p. 1220 ss.

[36] L. Filippi-G. Spangher, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 188.

[37] Con la sentenza C. cost., sent. 5 luglio 2001, n. 273, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2288, la Consulta ha rigettato la questione di incostituzionalità sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Sassari con riferimento al divieto, per i condannati di prima fascia non collaboranti, di accedere alla liberazione condizionale. In quell'occasione i Giudici hanno ritenuto che la scelta di non collaborare costituisca indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, del mancato ravvedimento del condannato. Presunzione questa che è vincibile solo nei casi di oggettiva impossibilità o inesigibilità della collaborazione (C. cost., sent. 22 febbraio 1995, n. 68, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1777 e C. cost., sent. 27 luglio 1994, n. 357, in *Cass. pen.*, 1994, p. 496).

[38] La sentenza si segnala per aver "risolto" il delicato problema del cd. ergastolo ostativo. Il comma I dell'art. 4-*bis* sancisce che, in assenza di collaborazione, la condanna all'ergastolo preclude la concessione dei benefici e, quindi, anche della liberazione condizionale, unica *chance* di fuoriuscita dal carcere. Con la pronuncia n. 135 del 2003, in *Consultaonline*, la Consulta ha salvato la disposizione affermando che l'ostatività «non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare pur essendo nelle condizioni di farlo».

[39] F. Siracusano, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giur. Cost.*, 2014, 5, p. 3940.

genitoriale agli autori di delitti contro lo stato di famiglia [40], preannunciava altre future incursioni nell'*enclave* degli automatismi legali: «la nota problematica che affligge i perduranti caratteri di automatismo (...) assume (...) una dimensione di particolare acutezza, proprio perché viene a proporsi in tutto il suo risalto, come necessario termine di raffronto, la salvaguardia delle esigenze educative e affettive del minore: esigenze che finirebbero per essere inaccettabilmente compromesse, ove si facesse luogo a una non necessaria interruzione del rapporto fra il minore e i propri genitori in virtù di quell'automatismo e di quella fissità». Coerentemente con quanto osservato in quell'occasione, la Corte si è, in seguito, pronunciata colpendo gli automatismi penitenziari dell'art. 4-*bis* ord. penit. proprio in virtù del loro contrasto con un diritto – quello dell'infante – che per la sua valenza costituzionale e sovranazionale, esige di essere bilanciato, caso per caso, con le istanze di sicurezza sociale [41].

Può, quindi, affermarsi che la censura nei confronti delle presunzioni fondate sull'art. 4-*bis* sia finora dipesa dalla portata dei beni ingiustamente compressi. In tali casi, peraltro, la Consulta non si è mai espressa a favore della prevalenza dell'uno o dell'altro interesse in gioco, ma si è limitata a indicare i criteri con cui una simile valutazione deve essere compiuta dal singolo giudice [42]. Detto altrimenti, non si predetermina una regola generale di composizione del conflitto, bensì si restituisce all'interprete il potere, negatogli dal legislatore, di procedere a valutazioni coerenti con la specificità del caso, tramite la c.d. delega di bilanciamento in concreto [43]. Si assiste così a una singolare distribuzione verticale del potere decisionale: da un lato, alla Corte costituzionale il compito di fissare *standard* di bilanciamento generali, caratterizzati da un basso livello di vincolatività *ex ante* ("pericolosità concreta", "interesse superiore del minore"), dall'altro, ai giudici di merito l'onere di precisarne nel dettaglio le condizioni applicative caso per caso (*one case at the time*) [44]. La scelta di adottare criteri di bilanciamento "per grandi categorie", riservandone la definizione contenutistica alla discrezionalità dell'operatore, tende evidentemente al recupero in sede giudiziale di quel principio di ragionevolezza disatteso dall'automatismo.

Il *modus operandi*, per quanto divenuto ormai una costante nella giurisprudenza costituzionale, viene guardato con diffidenza da alcuni autori, i quali osservano che le dichiarazioni di incostituzionalità degli automatismi, censurando la generalità e l'astrattezza della norma, colpirebbero i tratti caratteristici della legge, ossia «una legge perché ... legge», così determinando il crollo del mito ottocentesco della "legge uguale per tutti" [45].

Ebbene, è pacifico che la norma nasca come generalizzazione: l'oggetto della disciplina non è che un paradigma, costruito valorizzando alcuni degli aspetti che il fenomeno può assumere nella realtà e trascurandone altri. Tale processo di astrazione comporta una regola che è geneticamente sovra-inclusiva o sotto-inclusiva rispetto ad alcune ipotesi concrete, giacché, per quanto possa risultare vera in alcuni o in gran parte dei casi, non potrà necessariamente esserlo per tutti [46]. Si può convenire, quindi, che la di-

[40] Cfr., a tal proposito, C. cost., sent. 23 febbraio 2015, n. 31, in *Giur. it.*, 2012, marzo, p. 493, con riferimento al reato di alterazione di stato e C. cost., sent. 23 gennaio 2013, n. 7, in *Giur. cost.*, 2013, p. 169, con riferimento al reato di soppressione di stato.

[41] Un'anomalia in questo orientamento a tutela dell'infanzia si rinviene per le presunzioni in tema di custodia cautelare. La Corte Costituzionale ha infatti più volte affermato che, anche quando si discute dell'identico interesse del minore a conservare un rapporto extra-carcerario con la madre, il trattamento della misura cautelare e quello della esecuzione possono essere diversi. Citando la sentenza più recente in tema (C. cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 17, in *Giur. cost.*, 2017, p. 88): «le misure cautelari, a differenza della pena, [sono] volte a presidiare i *pericula libertatis*, cioè ad evitare la fuga, l'inquinamento delle prove e la commissione di reati […] se le rispettive esigenze di difesa sociale sono di natura profondamente diversa, ne consegue che il principio da porre in bilanciamento con l'interesse del minore è, nei due casi, differente. E non raggiunge, pertanto, il livello della irragionevolezza manifesta la circostanza che il bilanciamento tra tali distinte esigenze e l'interesse del minore fornisca esiti non coincidenti».

[42] In altri termini non viene contestata «la plausibilità empirico-criminologica o tecnico-scientifica di predicati fattuali e generalizzazioni prescrittive a base della presunzione legale» ma solo la loro predicata assolutezza. Così si esprime A. Tesauro, *op. cit.*, p. 4909.

[43] La fortunata espressione si deve a R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 88-93, p. 120-131. Sullo stesso tema anche: Bin, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. Cost.*, 1991, p. 3574; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffè, 2001, pp. 342-347.

[44] In questo senso, A. Tesauro, *op. cit.*, p. 4909.

[45] T. Groppi, *La sentenza n. 253 del 2003: La Corte e il "diritto mite"*, in *www.forumquadernicostituzionali*.it, 29 luglio 2003. Sul punto si veda anche G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 210.

[46] F. Schauer, *Playing by the rules. A philosophical examination of Rule-Based-Decision-Making in Law and Life*, Oxford, 1991, trad. it. *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 47 ss.

scrasia tra il mondo fattuale e quello descritto dalla norma costituisca un dato ineliminabile nell'esercizio della potestà legislativa.

A questa considerazione se ne affianca però un'altra: il principio di supremazia costituzionale impone di censurare la norma ordinaria quando essa, pur astrattamente conforme alla Costituzione, presenti una formulazione rigida che la renda in concreto non conforme ai valori della Carta.

La censura costituzionale degli automatismi legislativi è appunto circoscritta a quelle fattispecie in cui, per usare le parole della stessa Consulta, «l'apprezzamento da parte del giudice della situazione concreta ... è apparso l'unico modo per realizzare il bilanciamento di diverse esigenze costituzionali» [47]. La critica non è, quindi, rivolta in generale all'astrattezza propria di ogni meccanismo legale, ma a quella singolare impermeabilità alle valutazioni giudiziali che connota l'automatismo anche quando ragioni di rilievo costituzionale richiederebbero l'intervento "casistico" del giudice. In discussione è, quindi, quell'ideale di legge cui ambiva l'Illuminismo giuridico e che il principio di supremazia costituzionale impone di abbandonare. L'automatismo, infatti, altro non è che l'anacronistico tentativo di realizzare l'*optimum* di matrice giusnaturalista [48]: norme giuridiche chiare e uniformi, vere e proprie briglie all'attività del giudice, ridotto a "*bouche de la lois*".

Tale modello legale può risultare gravemente inadeguato [49] in un ordinamento che è retto da principi superiori – quelli consacrati nella Carta Costituzionale – a cui la norma ordinaria deve tentare di dare massima attuazione [50]. Quello che si richiede al legislatore è di privilegiare opzioni normative che offrano il massimo grado di garanzia possibile ad interessi costituzionalmente tutelati. Con la categoria degli automatismi si realizza, invece, una scelta del tutto opposta, che, nel sottrarre al giudice ogni margine di correzione della sovra/sottoinclusività tipica della norma, giunge talora per sacrificare in modo irrimediabile un diritto di rango costituzionale. Nell'eventualità descritta, la Corte è chiamata ad intervenire sulla forma legale mal concepita [51], per investire il giudice di una "delega di bilanciamento" capace di ripristinare gli equilibri imposti dalla Costituzione. D'altro canto, la frequenza di simili interventi nell'attuale contesto storico si spiega in chiave reattiva all'azione di un legislatore che, nell'ansia di fornire certezze nei settori del diritto politicamente più sensibili [52], finisce per negare tutela a diritti fondamentali della persona.

[47] C. cost., sent. 18 luglio 2003, n. 253, in *Giur. cost.*, 2017, p. 2109.

[48] G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *op. cit.*, p. 210.

[49] Le considerazioni che seguono sono di L. Pace, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, Tesi di dottorato, Scuola dottorale internazionale "Tullio Ascarelli", Università degli Studi "Roma Tre", a.a. 2014-2015, relatore G. Sergies.

[50] Come si legge in F. Modugno, *L'invalidità della legge*, II, Milano, Giuffrè, 1970, p. 335, le leggi devono ritenersi «tutte positivamente vincolate al fine, sia pure generico, di realizzare la Costituzione».

[51] C. Mezzanotte, *Le fonti tra legalità e legittimità*, in *Queste istituzioni*, 1991, p. 51.

[52] Si pensi, ad esempio, alla legislazione in materia di misure di sicurezza, rispetto alla quale, già in tempi passati, A. Pace, *Misure di sicurezza e costituzione*, in *op. cit.*, p. 193, segnalava come «sotto il manto delle presunzioni legali si nascondono non già comuni esperienze ma astratte scelte di politica legislativa». L'Autore, più recentemente, è tornato ad occuparsi del tema in A. Pace, *Libertà e sicurezza cinquant'anni dopo*, in *Dir. soc.*, 2013, p. 177 ss.

La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità della disciplina che subordina l'astensione del difensore alla volontà dell'imputato detenuto

CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA 27 LUGLIO 2018, N. 180 – PRES. LATTANZI; REL. AMOROSO

È costituzionalmente illegittimo l'art. 2-*bis* della legge 13 giugno 1990, n. 146, nella parte in cui consente che il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati adottato in data 4 aprile 2007 dall'Organismo Unitario dell'Avvocatura (OUA) e da altre associazioni categoriali (UCPI, ANF, AIGA, UNCC), valutato idoneo dalla Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali con delibera n. 07/749 del 13 dicembre 2007 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 3 del 2008, nel regolare, all'art. 4, comma 1, lett. *b*), l'astensione degli avvocati nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare, interferisca con la disciplina della libertà personale dell'imputato. Interferenza ravvisabile nella previsione secondo cui l'imputato sottoposto a custodia cautelare può richiedere, o no, in forma espressa, di procedere malgrado l'astensione del suo difensore, con l'effetto di determinare, o meno, la sospensione, e quindi il prolungamento, dei termini massimi (di fase) di custodia cautelare, con conseguente lesione della riserva di legge posta dall'art. 13, comma 5, Cost.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1.– Il Tribunale ordinario di Reggio Emilia, con ordinanza del 23 maggio 2017 (r.o. n. 75 del 2018), ha sollevato, in riferimento agli artt. 1,3,13,24,27,70,97,102 e 111 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2-bis della legge 13 giugno 1990, n. 146 (Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge), nella parte in cui consente che il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati (valutato idoneo dalla Commissione di garanzia con delibera n. 07/749 del 13 dicembre 2007, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 3 del 2008) stabilisca (art. 4, comma 1, lettera b) che nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione, analogamente a quanto previsto dall'art. 420-ter, comma 5, del codice di procedura penale, si proceda malgrado l'astensione del difensore solo ove l'imputato lo consenta.

Il rimettente – premesso che innanzi a sé si sta celebrando un processo con centocinquanta imputati per il reato di associazione per delinquere «di stampo 'ndranghetistico» e di molteplici reati fine – riferisce che all'udienza del 23 maggio tutti i difensori, con il consenso degli imputati in stato di custodia cautelare in carcere, hanno aderito all'astensione proclamata dall'Organismo Unitario dell'Avvocatura (OUA). Il tribunale ordinario dà atto di aver – in una precedente analoga occasione – investito la Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali (da ora: la Commissione) perché si pronunciasse su una serie di temi; in particolare, se il rinvio dell'udienza – sulla base della previsione del codice di autoregolamentazione che consente agli avvocati di dare corso alla dichiarazione di astensione in un processo con rilevante numero di imputati detenuti (oltre venti), in qualche caso sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis della legge 26 aprile 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), là dove gli imputati prestino il consenso all'iniziativa dei propri difensori – presenti profili da sottoporre in via preliminare all'autonoma valutazione della Commissione affinché la stessa possa rivalutare il consenso dato al codice di autoregolamentazione, sulla base degli strumenti e delle forme che alla stessa Commissione sono conferiti dalla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Il rimettente – dopo aver esaminato la normativa ri-

sultante dalla disposizione censurata (art. 2-bis della legge n. 146 del 1990) e dall'art. 4, primo comma, lettera b), del codice di autoregolamentazione – dà poi conto ampiamente della sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite penali, 27 marzo 2014 – 29 settembre 2014, n. 40187, che, per un verso, ha ribadito la valenza cogente *erga omnes* delle norme del codice di autoregolamentazione aventi forza e valore di normativa secondaria e regolamentare; per altro verso, ha escluso la configurabilità nell'attuale assetto normativo di un potere giudiziale di bilanciamento tra il diritto all'astensione e gli altri diritti e valori di rilievo costituzionale, essendo tale bilanciamento già stato operato dal legislatore. Il Tribunale rimettente, dopo aver precisato che la legge, integrata dal codice di autoregolamentazione approvato dalla Commissione, consente ai difensori nei processi penali di astenersi anche in processi con detenuti in custodia cautelare, a meno che gli imputati non chiedano espressamente che si proceda nonostante i difensori abbiano aderito all'astensione collettiva dalle udienze, afferma che la questione di legittimità costituzionale «è rilevante in relazione alla decisione che il tribunale deve adottare di disporre il rinvio dell'odierna udienza nella quale tutti i difensori hanno ritualmente dichiarato di aderire all'astensione collettiva proclamata dall'associazione delle Camere penali». Pertanto, in presenza di un'astensione collettiva conforme al codice di autoregolamentazione, «il tribunale secondo il diritto vivente non ha alcuna possibilità di valutare autonomamente la legittimità dell'astensione e di bilanciare il diritto all'astensione con altri beni e valori costituzionalmente rilevanti ma deve disporre il rinvio, nonostante sia evidente il pregiudizio per altri fondamentali diritti della persona e del cittadino imputato, producendo conseguentemente gli effetti che si connettono al rinvio determinato dall'astensione dei difensori».

Il rimettente reputa illegittima la disciplina che è chiamato ad applicare in quanto i valori costituzionali – quali la libertà personale, il diritto di difesa dell'imputato *in vinculis*, il giusto processo, la garanzia che il processo con imputati detenuti si svolga in tempi compatibili con la presunzione di non colpevolezza e quindi il giusto contemperamento tra esigenze di sicurezza, tempi processuali e tempi della custodia – risultano considerati come subvalenti rispetto al diritto di astensione. Secondo il Collegio rimettente vi sarebbe violazione dell'art. 13, primo e quinto comma, Cost. in relazione all'art. 27 Cost., nella parte in cui stabilisce l'inviolabilità della libertà personale e la rigorosa definizione per via legislativa dei casi in cui l'imputato deve essere sottoposto a misura di custodia cautelare in carcere durante lo svolgimento del processo. L'imputato non può subire il protrarsi della restrizione della libertà personale per motivi diversi da quelli considerati espressamente dalla legge, con riferimento a quegli essenziali interessi pubblici che giustificano, per l'imputato, presunto non colpevole, il ricorso alla custodia cautelare in carcere. La presunzione di non colpevolezza che accompagna l'imputato fino al momento della sentenza definitiva comporta che non solo i casi di restrizione della libertà per esigenze processuali e di sicurezza nella fase processuale siano tassativamente definiti dalla legge, ma anche che la stessa durata della custodia sia fissata dal legislatore nell'esclusiva considerazione delle esigenze che giustificano un ragionevole contemperamento del diritto di libertà fino a sentenza irrevocabile. La tassatività dei casi di restrizione della libertà personale si estende anche alla durata della stessa, nel senso che le sole ragioni che possono giustificare per i tempi stabiliti dal legislatore la privazione della libertà devono essere espressamente considerate da quest'ultimo. Sotto altro profilo, la disciplina dell'astensione dalle udienze degli avvocati in processi con imputati detenuti confliggerebbe con il quinto comma dell'art. 13 Cost., in relazione al principio di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), nonché al principio di subordinazione del giudice alla legge (art. 101 Cost.). Solo il legislatore potrebbe stabilire il tempo massimo assegnato all'autorità giudiziaria per concludere il processo a carico di imputati detenuti. Il legislatore ha previsto un termine massimo per la pronuncia di una sentenza irrevocabile con imputato detenuto, contemperando le esigenze cautelari e l'esigenza pubblica di perseguire i reati con il diritto alla libertà personale. Nei processi con imputati detenuti la custodia cautelare non può oltrepassare, in relazione a tutti i gradi di giudizio, i termini di durata complessiva fissati nell'ultimo comma dell'art. 303 cod. proc. pen. Ciò significa che il rinvio delle udienze nel primo grado di giudizio, a seguito dell'astensione dei difensori nei processi con imputati detenuti, non sarebbe affatto neutro, quanto agli effetti sulla possibilità di definire il giudizio nei diversi gradi entro i termini massimi complessivi, ma finisce con l'erodere il tempo che il legislatore ha ritenuto e assegnato come ragionevole per definire tempestivamente il processo prima della scadenza dell'invalicabile termine cumulativo dei termini massimi di fase. L'ordinanza di rimessione mette anche in evidenza la torsione che la norma sull'astensione dalle udienze con imputati detenuti produce sul diritto di difesa. Far dipendere dall'imputato detenuto la scelta di consentire al proprio difensore se astenersi, o meno, metterebbe sullo stesso piano soggetti che sono su un piano diverso, imponendo all'imputato detenuto, e quindi in condizioni di minorità, una

scelta estranea al proprio interesse, che sarebbe quello alla definizione più rapida possibile del processo. Vi sarebbe poi violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo dell'intrinseca irragionevolezza della previsione normativa che finisce, nel solo caso degli avvocati, con attribuire alla manifestazione di protesta e alla rivendicazione di categoria un peso abnorme e sproporzionato, ben diverso e superiore rispetto a quello di altre categorie di lavoratori autonomi e professionisti. Ancora sotto il profilo della violazione del principio di eguaglianza, l'ordinanza considera che la legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali prevede una ben più cogente disciplina dello sciopero dei dipendenti del Ministero della giustizia, addetti al servizio di assistenza all'udienza penale. Le prestazioni che tali dipendenti sono tenuti ad assicurare ai sensi degli artt. 1 e 2 della legge n. 146 del 1990, pur in costanza di astensione, sono sia l'assistenza alle udienze di convalida di arresti e fermi, sia le udienze con imputati detenuti. Anche il codice di autoregolamentazione dello sciopero dei magistrati stabilisce che l'astensione non è consentita nei procedimenti e processi con imputati detenuti. Un ultimo profilo di intrinseca irragionevolezza della norma impugnata sta nel fatto che il codice di autoregolamentazione prevede, alla lettera a) dello stesso art. 4, il divieto di astensione degli avvocati nei casi di assistenza al compimento degli atti di perquisizione e sequestro, alle udienze di convalida dell'arresto e del fermo, a quelle afferenti a misure cautelari, agli interrogatori ex art. 294 cod. proc. pen., all'incidente probatorio ad eccezione dei casi in cui non si verta in ipotesi di urgenza, come ad esempio di accertamento peritale complesso, al giudizio direttissimo e al compimento degli atti urgenti di cui all'art. 467 cod. proc. pen. Le differenze tra gli istituti sopra indicati e i processi con imputati detenuti non appaiono, al Tribunale rimettente, tali da giustificare la disciplina differenziata.

2.– Il medesimo Tribunale ordinario di Reggio Emilia, con successiva ordinanza del 13 giugno 2017 (r.o. n. 76 del 2018), ha sollevato, in riferimento agli artt. 1,3,13,24,27,70,97,102 e 111 Cost., questioni di legittimità costituzionale del medesimo art. 2-bis della legge n. 146 del 1990, in termini e per motivi analoghi a quelli espressi nella precedente ordinanza. Osserva, in particolare, il Tribunale rimettente che l'ulteriore proclamazione dell'astensione collettiva – la quinta in cinque mesi e mezzo – ha riguardato le udienze dal 12 al 16 giugno 2017, nel cui intervallo cade l'udienza del 13 giugno. Anche in relazione a tale ordinanza il rimettente precisa che la questione del citato art. 2-bis della legge n. 146 del 1990 è rilevante in relazione alla decisione che il tribunale deve adottare in ordine al rinvio dell'udienza del 13 giugno. Al riguardo sono ribadite le argomentazioni svolte nell'ordinanza r.o. n. 75 del 2018. Parimenti, il Collegio sottolinea che non si può valutare il consenso dell'imputato al prolungamento della privazione della libertà personale oltre il tempo strettamente necessario alla celebrazione del processo. I tempi della custodia cautelare non possono essere ricondotti alla logica privatistica del consenso dell'avente diritto, essendo la durata della custodia cautelare regolata da norme imperative di diritto pubblico, rispetto alle quali, secondo i rispettivi codici di autoregolamentazione, non è ammessa alcuna interferenza della volontà dell'imputato.

3.– Con atto del 5 giugno 2018, è intervenuto nei giudizi di legittimità costituzionale il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha chiesto alla Corte di dichiarare inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate dal Tribunale di Reggio Emilia. In primo luogo, le questioni sarebbero inammissibili perché non avrebbero ad oggetto una norma di legge primaria, bensì una disposizione, come l'art. 4, comma 1, lettera b), del codice di autoregolamentazione, a cui la legge n. 146 del 1990 e la giurisprudenza (segnatamente la citata sentenza delle Sezioni unite penali n. 40187 del 2014) attribuiscono natura di fonte subprimaria, sostanzialmente regolamentare. Le censure del rimettente, infatti, non riguarderebbero tanto l'art. 2-bis della legge n. 146 del 1990, nella parte in cui è rimesso ai codici di autoregolamentazione, valutati idonei, il contemperamento con i diritti della persona costituzionalmente tutelati; bensì si appuntano sulla modalità concreta con cui il codice in questione ha contemperato il diritto del difensore, discendente dalla libertà di associazione ex art. 18 Cost., di aderire a una protesta collettiva e quindi di astenersi dalle udienze, con i diritti fondamentali dell'imputato in stato di detenzione. Conseguentemente, il giudice stesso avrebbe potuto procedere alla disapplicazione della disciplina di autoregolamentazione per contrasto con la legge n. 146 del 1990 e con i principi costituzionali invocati nell'ordinanza di rimessione. Nel merito, la difesa dello Stato ritiene che la questione sia infondata. Ai sensi dell'art. 304, comma 6, cod. proc. pen., il termine di durata massima della custodia cautelare in una determinata fase è sospeso. Da ciò la difesa statale deduce che ci sarebbe un'adeguata remora a che l'imputato in stato di custodia cautelare accetti l'astensione del proprio difensore. La gravità della conseguenza della sospensione del termine richiederebbe che l'interessato manifesti il proprio consenso solo dopo attenta ponderazione.

4.– Con atti depositati in data 4 e 5 giugno 2018, si sono costituiti in entrambi i giudizi di legittimità costituzionale alcuni imputati nel giudizio a quo (V.P., P.R., G.B. e M.V.). La difesa delle parti private sostiene che le questioni di costituzionalità sollevate dal Tribunale di Reggio Emilia siano inammissibili in quanto le censure si dirigono direttamente nei confronti della disciplina in concreto adottata dal codice di autoregolamentazione, il quale è un atto di normazione secondaria. Il rimettente, inoltre, richiederebbe (inammissibilmente) una sentenza additiva non «a rime obbligate». La difesa delle parti private pone, altresì, in rilievo un ulteriore profilo di inammissibilità incentrato sulla avvenuta sospensione solo delle due udienze del 23 maggio 2017 e del 13 giugno 2017, anziché di tutto il processo ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale). Nel merito, poi, non vi sarebbe la lesione del diritto dell'imputato detenuto in custodia cautelare, perché la disposizione censurata contiene un bilanciamento a favore di quest'ultimo, tant'è che se l'imputato chiede espressamente di procedere malgrado l'astensione del difensore, il diritto del difensore di astenersi recede. Peraltro, si osserva che in caso di rinvio per astensione in un processo con imputati sottoposti a custodia cautelare, si ha la sospensione dei relativi termini massimi di custodia cautelare e di prescrizione dei reati; ciò risponde all'esigenza di evitare che la forzata inattività processuale si risolva in un ingiustificato vantaggio per l'imputato.

5.– Con atto depositato in data 4 giugno 2018, è intervenuta nei giudizi di legittimità costituzionale l'Unione delle Camere Penali Italiane (d'ora in avanti: UCPI) chiedendo alla Corte, in primo luogo, di dichiarare l'ammissibilità dell'intervento e, poi, l'inammissibilità o la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale. In punto di ammissibilità dell'intervento, si evidenzia innanzi tutto che l'UCPI è l'associazione riconosciuta come maggiormente rappresentativa dell'avvocatura penale, che promuove la conoscenza, la diffusione, la concreta realizzazione e la tutela dei valori fondamentali del diritto penale e del giusto processo. Inoltre, l'UCPI, che ha sottoscritto il codice di autoregolamentazione, afferma di avere un interesse specifico e qualificato immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio. In punto di ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale e di non fondatezza, l'UCPI formula argomentazioni analoghe a quelle svolte dalle parti costituite.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.– Il Tribunale ordinario di Reggio Emilia, con due ordinanze del 23 maggio 2017 e del 13 giugno 2017, di contenuto sostanzialmente analogo ed emesse nel corso dello stesso procedimento penale, ha sollevato, in riferimento a numerosi parametri (artt. 1,3,13,24,27,70,97,102 e 111 della Costituzione), questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2-bis della legge 13 giugno 1990, n. 146 (Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge), nella parte in cui consente che il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati – adottato in data 4 aprile 2007 dall'Organismo Unitario dell'Avvocatura (di seguito: OUA) e da altre associazioni categoriali (Unione camere penali italiane-UCPI, Associazione nazionale forense-ANF, Associazione italiana giovani avvocati-AIGA, Unione nazionale camere civili-UNCC), valutato idoneo dalla Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali con delibera n. 07/749 del 13 dicembre 2007, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 3 del 2008 – stabilisca (all'art. 4, comma 1, lettera b) che nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione, analogamente a quanto previsto dall'art. 420-ter, comma 5, del codice di procedura penale, si proceda malgrado l'astensione del difensore solo ove l'imputato lo consenta. In particolare, il Tribunale rimettente ritiene che sia violato l'art. 13, primo e quinto comma, Cost., in relazione all'art. 27 Cost., in quanto, derivando dal rinvio dell'udienza l'effetto della sospensione dei termini di custodia cautelare ai sensi dell'art. 304 cod. proc. pen., l'imputato, presunto non colpevole, subisce restrizioni della libertà personale per motivi diversi da quelli espressamente considerati dalla legge. La durata della custodia cautelare è fissata nell'esclusiva considerazione delle esigenze che giustificano una ragionevole limitazione del diritto della libertà personale fino alla sentenza irrevocabile. Non è quindi possibile che sia rimessa alla volontà dell'imputato la scelta in ordine alla restrizione della propria libertà personale, atteso che la durata della custodia cautelare in carcere può e deve dipendere dalla legge. Solo le esigenze cautelari e i tempi ragionevoli dell'accertamento giudiziale possono determinare la durata della custodia cautelare e non anche il rinvio dell'udienza per consentire al difensore di aderire all'astensione collettiva, che esprime un valore, pur tutelato a livello costituzionale,

subvalente rispetto al diritto di libertà dell'imputato. Inoltre, secondo il Tribunale rimettente è violato l'art. 13, quinto comma, Cost., in relazione al principio di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), nonché al principio di subordinazione del giudice alla legge e alla sovranità popolare (art. 101 Cost.), parametro da integrarsi con riferimento agli artt. 1,70 e 102 Cost., in quanto è di esclusiva competenza del legislatore, espressione della sovranità popolare, stabilire il tempo massimo assegnato all'autorità giudiziaria per concludere il processo a carico di imputati detenuti, non potendo rilevare, sulla gestione e sulla durata dei tempi processuali, fattori diversi da quelli espressamente considerati dal legislatore nella previsione della ragionevole durata. Il rinvio delle udienze nel primo grado di giudizio, a seguito dell'astensione dei difensori nei processi con imputati detenuti, incide sulla definibilità dello stesso prima della scadenza dell'invalicabile termine complessivo di durata della custodia cautelare. Ad avviso del rimettente, è altresì violato l'art. 24 Cost., sotto il profilo della lesione del diritto di difesa, in quanto far dipendere dall'assenso dell'imputato l'esercizio del diritto all'astensione dalle udienze del difensore, nella consapevolezza del "costo" che tale astensione determina per l'imputato, comporta una marcata alterazione della relazione tra quest'ultimo e il suo difensore. Inoltre, sarebbe violato l'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'intrinseca irragionevolezza, in quanto la censurata previsione normativa attribuisce, alla manifestazione di protesta e alla rivendicazione di categoria degli avvocati, «un peso abnorme e sproporzionato». Parimenti, sarebbe violato, secondo il rimettente, l'art. 3 Cost., sotto il profilo della lesione del principio di uguaglianza, ponendosi in comparazione l'astensione collettiva degli avvocati con quella dei dipendenti del Ministero della giustizia addetti al servizio di assistenza all'udienza penale, nonché con quella dei magistrati, per i quali l'astensione non è consentita nei procedimenti e nei processi con imputati detenuti. Il Tribunale denuncia, poi, la non giustificata diversità di disciplina prevista rispettivamente alla lettera a) e alla lettera b) dello stesso art. 4 del codice di autoregolamentazione, nonché la violazione del principio di buon andamento dell'amministrazione della giustizia (art. 97 Cost.).

2.– Le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dal Tribunale di Reggio Emilia con le due menzionate ordinanze, sono in larga parte sovrapponibili e quindi si rende opportuna la loro trattazione congiunta mediante riunione dei giudizi.

3.– In entrambi i giudizi è intervenuta l'Unione delle Camere Penali Italiane (d'ora in avanti: UCPI), che non è parte in alcuno dei giudizi *a quibus*, chiedendo in via preliminare che il suo intervento sia dichiarato ammissibile.

4.– L'intervento è ammissibile. È vero che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte (*ex plurimis*, ordinanze allegate alle sentenze n. 16 del 2017, n. 237 e n. 82 del 2013, n. 272 del 2012, n. 349 del 2007, n. 279 del 2006 e n. 291 del 2001), la partecipazione al giudizio incidentale di legittimità costituzionale è circoscritta, di norma, alle parti del giudizio a quo, oltre che al Presidente del Consiglio dei ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della Giunta regionale (artt. 3 e 4 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale). Però a tale disciplina è possibile derogare – senza venire in contrasto con il carattere incidentale del giudizio di costituzionalità – quando l'intervento è spiegato da soggetti terzi che siano titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma oggetto di censura. In tal caso, ove l'incidenza sulla posizione soggettiva dell'interveniente sia conseguenza immediata e diretta dell'effetto che la pronuncia della Corte costituzionale produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio a quo, l'intervento è ammissibile (*ex multis*, sentenza n. 345 del 2005). Nella specie si ha che la posizione dell'interveniente, pur estranea al giudizio a quo, è suscettibile di restare direttamente incisa dall'esito del giudizio della Corte. Infatti, l'interveniente è una delle associazioni che hanno sottoposto alla Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati, poi valutato idoneo dalla Commissione stessa con delibera n. 07/749 del 13 dicembre 2007, il cui art. 4, lettera b), è richiamato dal Tribunale di Reggio Emilia nell'ordinanza di rimessione. È innegabile che un'eventuale pronuncia di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sul giudizio a quo produrrebbe necessariamente un'immediata incidenza sulla posizione soggettiva dell'UCPI, ente rappresentativo degli interessi della categoria degli avvocati penalisti. Pertanto, l'UCPI è portatore di un interesse specifico a contrastare le prospettate questioni di legittimità costituzionale e non già di un interesse solo generico (*ex plurimis*, sentenza n. 178 del 2015 e allegata ordinanza letta all'udienza del 23 giugno 2015; sentenza n. 171 del 1996; ordinanza n. 200 del 2015 e allegata ordinanza letta all'udienza del 22 settembre 2015). Deve quindi ritenersi ammissibile l'intervento dell'UCPI.

5.– Preliminarmente, la difesa delle parti private costituite ha eccepito l'inammissibilità delle questioni di costituzionalità perché il tribunale ordinario a quo, con ciascuna delle due ordinanze di rimessione rese nello stesso procedimento penale in sede dibattimentale, ha sospeso non già l'intero giudizio, ma soltanto l'attività processuale che era prevista (e che altrimenti sarebbe stata compiuta) nelle udienze alle quali si riferiva la dichiarazione dei difensori di adesione all'astensione collettiva proclamata dall'OUA. La prima ordinanza ha sospeso l'attività processuale dell'udienza del 23 maggio 2017 e non anche quella calendarizzata nelle udienze immediatamente successive, già in precedenza fissate. Parimenti, la seconda ordinanza ha sospeso l'attività processuale dell'udienza del 13 giugno 2017 e non anche quella delle udienze successive. La questione che quindi si pone è se la sospensione limitata all'attività processuale – da svolgersi nelle udienze che hanno visto i difensori aderire all'astensione collettiva, proclamata dall'OUA ai sensi e con le modalità dell'art. 2-bis della legge n. 146 del 1990, e in occasione delle quali il tribunale ordinario era chiamato ad applicare la disposizione censurata – abbia inficiato, o no, la ritualità e quindi l'ammissibilità della (contestualmente) sollevata questione di costituzionalità in ragione della circostanza che la sospensione stessa non sia stata estesa anche a tutta l'attività processuale da svolgersi nelle udienze già fissate in date successive, pur non interessate dall'astensione collettiva.

6.– Questa Corte ha più volte ritenuto l'irrilevanza di ogni vicenda successiva all'ordinanza di rimessione, affermando che il giudizio incidentale, «una volta iniziato in seguito ad ordinanza di rinvio del giudice rimettente, non è suscettibile di essere influenzato da successive vicende di fatto concernenti il rapporto dedotto nel processo che lo ha occasionato» (sentenza n. 120 del 2013; nello stesso senso, sentenze n. 264 del 2017, n. 242 e n. 162 del 2014). Non di meno, nella specie, la vicenda processuale successiva alle ordinanze di rimessione ha innegabili punti di contatto con la sollevata eccezione di inammissibilità delle questioni di costituzionalità, dei quali non può non darsi conto. Risulta dagli atti che la difesa delle parti private costituite ha proposto ricorso per cassazione avverso la prima ordinanza (quella del 23 maggio 2017), lamentando la «abnormità» – vizio di matrice giurisprudenziale deducibile con ricorso diretto ex art. 111, settimo comma, Cost. – per non aver il Tribunale rimettente sospeso l'intero giudizio e quindi sostenendo la nullità dell'attività processuale svolta nelle udienze successive al 23 maggio 2017. La Corte di cassazione, sezione quinta penale, con la sentenza 30 marzo 2018 – 5 giugno 2018, n. 25124, ha accolto il ricorso argomentando sulla base di un precedente di quella stessa Corte (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 17 aprile 1996 – 3 luglio 1996, n. 8), che aveva ritenuto che il giudice rimettente (in specie, tribunale per il riesame), dopo aver sollevato una questione incidentale di costituzionalità in un procedimento penale a carico di un imputato detenuto in stato di custodia cautelare sospendendo l'intero giudizio, fosse privo di *potestas decidendi* e, quindi, non fosse competente a provvedere sull'istanza di scarcerazione per asserito, sopravvenuto, spirare di un termine di decadenza, essendo invece competente il giudice per le indagini preliminari. La citata sentenza n. 25124 del 2018 ha ritenuto che, parimenti, il rimettente Tribunale di Reggio Emilia non avesse più *potestas decidendi* dopo aver sollevato le questioni incidentali di legittimità costituzionale e quindi non potesse svolgere le attività processuali previste nelle udienze successive a quella del 23 maggio 2017 in cui era stato promosso l'incidente di costituzionalità. In questa parte – e solo in questa parte – l'ordinanza del 23 maggio 2017 è stata annullata dalla Corte di cassazione, come emerge dalla motivazione della pronuncia, nonché dalla testuale indicazione finale secondo cui, nell'ipotesi in cui le sollevate questioni di costituzionalità non fossero accolte da questa Corte, si avrebbe allora che il vizio dell'attività processuale svoltasi quando il giudizio avrebbe dovuto invece essere interamente sospeso – ossia nelle udienze successive a quella del 23 maggio 2017 – comporterebbe la nullità degli atti posti in essere dal tribunale ordinario con conseguente regressione del processo penale. È da escludere, quindi, che la Corte di cassazione abbia inteso annullare l'intera ordinanza di rimessione facendo venir meno l'atto di promovimento del giudizio incidentale di costituzionalità, che non è suscettibile di alcuna impugnazione, né può essere annullato da alcun giudice, spettando solo a questa Corte di verificarne la ritualità e l'idoneità ad attivare tale giudizio. È in questo contesto fattuale e normativo che la difesa delle parti private costituite sostiene l'inammissibilità delle questioni di costituzionalità sollevate sia con l'ordinanza del 23 maggio 2017, alla quale si riferisce la recente citata pronuncia della Corte di cassazione, sia con l'ordinanza del 13 giugno 2017, che invece né le parti costituite, né le parti intervenute hanno riferito essere stata impugnata con analogo ricorso per cassazione. L'Avvocatura generale dello Stato, nella sua difesa orale, ha avversato tale sollevata eccezione sostenendone l'infondatezza.

7.– L'eccezione – come correttamente deduce l'Avvocatura generale – è infondata. Il giudizio inci-

dentale di costituzionalità ha necessariamente carattere pregiudiziale nel senso che la relativa questione si pone come antecedente logico di altra questione che il giudice rimettente deve decidere (art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, recante «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale»). Ciò comporta che il giudice non può definire l'attività processuale fin quando questa Corte non abbia deciso la questione pregiudicante. Pertanto, il giudice – riservata la decisione della questione pregiudicata, sulla quale egli delibererà solo dopo che questa Corte costituzionale avrà deciso l'incidente di costituzionalità – «sospende il giudizio in corso» (art. 23, secondo comma, citato), nel disporre l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale. Nell'ipotesi, però, in cui il giudizio si svolga in distinti momenti o segmenti processuali, identificabili in ragione del fatto che la rilevanza della questione di costituzionalità possa ragionevolmente circoscriversi solo ad uno di essi, si ha che, pur restando che la pendenza della questione di costituzionalità condiziona la decisione dell'intero giudizio, è sufficiente che il giudice rimettente sospenda anche solo quel distinto momento processuale in cui la questione è rilevante, e che possa essere effettivamente isolato nella sequenza procedimentale del giudizio a quo. Il citato art. 23 della legge n. 87 del 1953, interpretato alla luce del principio della ragionevole durata del processo che pervade ogni giudizio – civile, penale, o amministrativo che sia –, non esclude che il giudice rimettente possa limitare il provvedimento di sospensione al singolo momento o segmento processuale in cui il giudizio si svolge, ove solo ad esso si applichi la disposizione censurata e la sospensione dell'attività processuale non richieda di arrestare l'intero processo, che può proseguire con il compimento di attività rispetto alle quali la questione sia del tutto irrilevante. Resta fermo il controllo da parte di questa Corte dell'effettiva possibilità di circoscrivere la rilevanza della questione, che rimane pur sempre incidentale e che, come tale, è pregiudiziale rispetto ad una decisione del giudice rimettente. Nel caso in esame, il giudizio penale pervenuto alla fase dibattimentale si articola in distinte udienze secondo un fitto calendario predeterminato tipico dei processi con numerosi imputati (cosiddetti maxi-processi). In ogni udienza, la presenza del difensore dell'imputato è necessaria, ma può accadere che specifiche udienze cadano nell'intervallo temporale dell'astensione collettiva dalle udienze, proclamata da un'associazione categoriale della professione forense. La questione dello svolgimento, o no, di attività processuale in quell'udienza in ragione dell'adesione del difensore all'astensione collettiva si pone solo in riferimento a tale udienza e non anche nelle molte altre udienze non interessate da alcuna proclamazione di astensione collettiva. L'attività processuale in queste successive udienze è del tutto estranea alla questione di costituzionalità, nel senso che non è influenzata dal suo esito. È, quindi, possibile isolare – come distinti momenti o segmenti processuali – le udienze in cui ci sia stata, in concreto, l'adesione del difensore all'astensione collettiva. Solo con riferimento a queste udienze il giudice è chiamato ad applicare una normativa – quale appunto nella specie l'art. 2-bis della legge n. 146 del 1990, integrato dall'art. 4, comma 1, lettera b), del codice di autoregolamentazione – della cui legittimità costituzionale egli dubita e solo in queste udienze la pregiudizialità della questione incidentale di costituzionalità richiede che l'attività processuale sia sospesa. Sicché, il giudice non si trova di fronte a quella che sarebbe un'estrema alternativa tra rispettare il principio di legalità costituzionale, sollevando l'incidente di costituzionalità, al prezzo di determinare un arresto di tutto il processo, oppure proseguire nell'attività processuale per rispettare il principio della ragionevole durata del processo, tenendo in non cale un dubbio di legittimità costituzionale che pure egli nutre in ordine alla norma che va ad applicare.

Il principio di economia degli atti processuali, che deriva da quello di ragionevole durata del processo, verrebbe in sofferenza se il dubbio di costituzionalità in ordine ad un determinato atto processuale da compiere in una singola udienza – quello che dispone o nega il rinvio della stessa in ragione dell'adesione del difensore all'astensione collettiva – dovesse comportare una stasi generalizzata di ogni attività processuale anche nelle udienze su cui il dubbio di costituzionalità non rileva (perché il difensore può essere regolarmente presente in mancanza della proclamazione di alcuna astensione collettiva). Sarebbero frustrati sia il diritto dell'imputato alla rapida verifica processuale della presunzione di non colpevolezza, sia l'istanza punitiva riconducibile all'esercizio dell'azione penale che tende anch'essa alla rapida conclusione del processo.

Ciò è tanto più vero se l'imputato – così come nella specie – sia in stato di custodia cautelare, atteso che, secondo la giurisprudenza di legittimità (a partire da Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 6 luglio 1990 – 23 ottobre 1990, n. 9), il termine della sua durata massima, sia di fase che complessiva, non è suscettibile di sospensione per il solo fatto del promovimento dell'incidente di costituzionalità e della conseguente sospensione del giudizio.

8.– Le considerazioni finora espresse convergono verso un'interpretazione costituzionalmente adeguata

dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953 (nella parte in cui prevede che il giudice rimettente «sospende il giudizio in corso») – disposizione di rango primario, come tale anch'essa suscettibile di sindacato di costituzionalità (ordinanza n. 130 del 1971) – in sintonia, peraltro, con l'art. 18 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale il quale – considerando l'ipotesi della (sopravvenuta) «sospensione [...] del processo principale» come non produttiva di effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale – implica che non possa escludersi un'attività processuale nel giudizio a quo successiva all'ordinanza di rimessione.

Può aggiungersi che nella giurisprudenza di questa Corte si rinvengono già affermazioni che possono intendersi in sintonia con quanto sopra argomentato (sentenza n. 77 del 2018).

Se, invece, manca del tutto la statuizione circa la sospensione del giudizio a quo, allora viene meno tout court la pregiudizialità della questione di costituzionalità che, pertanto, è inammissibile (ordinanze n. 5 del 2012 e n. 285 del 1994).

9.– In conclusione, avendo il Collegio rimettente limitato – come poteva fare sul piano del giudizio incidentale di costituzionalità (per quanto finora argomentato) – la sospensione dell'attività processuale alle sole due udienze (del 23 maggio 2017 e del 13 giugno 2017) in cui i difensori degli imputati detenuti in custodia cautelare, con l'assenso di questi ultimi, si sono astenuti dal partecipare per aver aderito all'astensione collettiva di categoria, si ha che la rilevanza delle sollevate questioni va verificata con riferimento a tali udienze.

Deve allora considerarsi che il Tribunale rimettente non ha provveduto – e dovrà provvedere (ora per allora) – in ordine alla richiesta di rinvio dell'udienza presentata dal difensore in ragione dell'adesione all'astensione collettiva. Ciò di per sé già assicura la rilevanza della questione perché il tribunale dovrà applicare proprio la disposizione censurata (sentenza n. 162 del 2014).

Ma vi è anche che la durata temporale tra ciascuna delle due udienze in cui il difensore ha esercitato il suo diritto di aderire all'astensione collettiva di categoria e l'udienza rispettivamente successiva avrà un diverso regime quanto alla sospensione, o no, del termine di prescrizione dei reati contestati e del termine massimo di custodia cautelare, perché se il rinvio dell'udienza sarà dal tribunale, seppur ex post, ascritto al legittimo esercizio del diritto del difensore di aderire all'astensione collettiva, i due termini suddetti saranno da considerare sospesi; al contrario, ove l'istanza dovesse essere rigettata, i due termini suddetti non potrebbero considerarsi sospesi.

10.– Ancora in via preliminare, l'Avvocatura dello Stato ha eccepito l'inammissibilità delle questioni sotto un diverso profilo.

Sostiene la difesa erariale che le censure di incostituzionalità, contenute nell'ordinanza del rimettente, ancorché testualmente indirizzate nei confronti di una norma primaria (art. 2-bis della legge n. 146 del 1990), in realtà riguardano la disciplina contenuta nell'art. 4, primo comma, lettera b), del citato codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze. Disposizione quest'ultima che, in ragione della sua natura di norma subprimaria, non è suscettibile di sindacato di costituzionalità ad opera di questa Corte, ma dà luogo, in caso di violazione di legge o, a maggior ragione, di violazione di un parametro costituzionale, alla sua disapplicazione ad opera del giudice comune.

Un'analoga eccezione era stata sollevata dall'Avvocatura in un precedente giudizio incidentale avente ad oggetto (anche) la stessa disposizione di legge attualmente censurata (art. 2-bis); eccezione implicitamente superata da questa Corte (ordinanza n. 116 del 2008) che ha invece dichiarato manifestamente inammissibile la questione perché in quel giudizio l'ordinanza di rimessione mirava a una pronuncia additiva a rime non obbligate.

11.– L'eccezione non è fondata.

Non è condivisibile la tesi dell'Avvocatura dello Stato che, non dubitando della natura normativa del codice di autoregolamentazione, sostiene che l'oggetto delle censure del Tribunale rimettente sia in realtà la disciplina posta dall'art. 4, comma 1, lettera b), del medesimo codice per l'ipotesi in cui il processo abbia ad oggetto un imputato in custodia cautelare o detenuto.

Il tenore testuale ed il contenuto sostanziale delle ordinanze di rimessione smentiscono tale ricostruzione.

Il rimettente ha censurato la norma primaria (l'art. 2-bis) nella parte in cui consente alla norma subprimaria (l'art. 4, comma 1, lettera b) di regolare l'esercizio del diritto del difensore di astenersi dall'udienza, in ipotesi di processo penale con imputato in custodia cautelare, in adesione all'astensione collettiva proclamata dall'associazione di categoria, individuando le prestazioni indispensabili in termini tali che la regolamentazione così posta interferisce con la disciplina della libertà personale ed entra in conflitto con numerosi parametri costituzionali.

La censura, pertanto, è diretta proprio alla norma primaria che non avrebbe dovuto consentire ciò che poi la norma subprimaria ha regolamentato.

12.– Un ulteriore profilo di dedotta inammissibilità delle questioni di costituzionalità riguarda il petitum del Tribunale rimettente che – secondo la difesa delle parti costituite, le quali hanno formulato in proposito distinta eccezione – sarebbe non ben definito e comunque non a rime obbligate.

Anche questa eccezione di inammissibilità non è fondata.

Dal tenore complessivo della motivazione delle ordinanze di rimessione emerge con sufficiente chiarezza il verso delle sollevate questioni, che converge nella censura dell'art. 2-bis citato nella parte in cui consente al codice di autoregolamentazione di porre il divieto di astensione dalle udienze solo quando è lo stesso imputato, che si trovi detenuto in custodia cautelare, a dare l'assenso espresso o tacito (non formulando la richiesta espressa che si proceda malgrado l'astensione del suo difensore) in tal modo interferendo con la disciplina della libertà personale. Secondo il tribunale ordinario rimettente la disposizione censurata, per essere rispettosa dei parametri evocati, dovrebbe precludere al codice di autoregolamentazione una tale interferenza.

Il petitum è, quindi, ben chiaro, mentre solo la sua indeterminatezza o ambiguità comporterebbero l'inammissibilità della questione (*ex pluribus*, sentenza n. 32 del 2016; ordinanze n. 227 e n. 177 del 2016 e n. 269 del 2015).

Né alle parti che hanno eccepito l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sotto tale profilo giova l'ordinanza n. 116 del 2008 di questa Corte, relativa a una precedente questione incidentale di legittimità (anche) della stessa disposizione attualmente censurata. Infatti, la fattispecie allora esaminata era ben diversa, perché in quel giudizio il rimettente lamentava che il difensore, che aderisse all'astensione collettiva, non sopportava alcun peso economico per la sua scelta, a differenza del lavoratore subordinato che perde la retribuzione quando aderisce allo sciopero. Chiedeva, quindi, che fosse introdotto un contrappeso, una misura di remora, anche per gli avvocati. Ciò che, all'evidenza, mostrava l'assoluta genericità del petitum.

Nella specie, invece, il petitum è – come già rilevato – sufficientemente determinato nel suo verso perché mira a eliminare l'interferenza del codice di autoregolamentazione nella disciplina della libertà personale.

Non sussiste, pertanto, neppure sotto tale profilo, una ragione d'inammissibilità delle sollevate questioni di costituzionalità.

13.– Passando al merito, le due ordinanze, lette congiuntamente in ragione del loro contenuto sostanzialmente sovrapponibile, indicano numerosi parametri e pongono plurime questioni. Ma è possibile ricondurre le censure essenzialmente a tre profili, il primo dei quali attiene al diritto di libertà dell'imputato sottoposto a custodia cautelare (art. 13 Cost.); il secondo al canone della ragionevole durata del processo, che esprime una regola di maggior rigore nel caso di imputato detenuto (art. 111 Cost.); il terzo riguarda la ragionevolezza intrinseca della disciplina censurata e la sua coerenza con il principio di eguaglianza in riferimento ad altre fattispecie indicate in comparazione (art. 3 Cost.).

Va precisato che le censure sono circoscritte alla fattispecie del processo penale con imputato sottoposto a custodia cautelare. Infatti, tutto lo sviluppo argomentativo delle ordinanze di rimessione e la fattispecie all'esame del rimettente, in ordine al quale questi deve pronunciarsi (legittimità, o no, dell'astensione dichiarata dal difensore in adesione all'astensione collettiva), mostra chiaramente che la fattispecie in riferimento alla quale sono mosse le censure di costituzionalità è quella specifica dell'imputato in custodia cautelare nel processo per il quale si procede, e non già, in generale, dell'imputato detenuto, che può esser tale per altra causa estranea al processo in corso.

La questione posta in riferimento all'art. 13, quinto comma, Cost. è fondata nei limiti e nei termini che seguono, con conseguente assorbimento degli altri profili di dedotta illegittimità costituzionale.

14.– Occorre prendere le mosse dalla sentenza n. 171 del 1996 di questa Corte che ha riconosciuto che «l'astensione dalle udienze degli avvocati e procuratori è manifestazione incisiva della dinamica associativa volta alla tutela di questa forma di lavoro autonomo», in relazione alla quale è identificabile, più che una mera facoltà di rilievo costituzionale, un vero e proprio diritto di libertà. È necessario, però, un bilanciamento con altri valori costituzionali meritevoli di tutela, tenendo conto che il secondo comma, lettera a), dell'art. 1, della legge 146 del 1990 indica fra i servizi pubblici essenziali «l'amministrazione della giustizia, con particolare riferimento ai provvedimenti restrittivi della libertà personale ed a quelli cautelari ed urgenti nonché ai processi penali con imputati in stato di detenzione».

Nel bilanciamento tra questi valori e il diritto del difensore di aderire all'astensione collettiva, i pri-

mi hanno una «forza prevalente». Ha ammonito questa Corte, con la sentenza da ultimo citata, che «[q]uando la libertà degli avvocati e procuratori si eserciti in contrasto con la tavola di valori sopra richiamata, essa non può non arretrare per la forza prevalente di quelli». Sicché, è da privilegiare l'interpretazione costituzionalmente orientata che riconosce «al giudice il potere di bilanciare i valori in conflitto e, conseguentemente, di far recedere la "libertà sindacale" di fronte a valori costituzionali primari»; bilanciamento che nel processo penale non può dirsi realizzato con la nomina del difensore d'ufficio. La legge n. 146 del 1990, che non ha operato tale bilanciamento non avendo affatto previsto l'astensione collettiva dei professionisti, è risultata (all'epoca) carente in quanto non apprestava una razionale e coerente disciplina che includesse tutte le altre manifestazioni collettive capaci di comprimere detti valori primari. Con la sentenza n. 171 del 1996, quindi, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1 e 5, della legge n. 146 del 1990, nella parte in cui non prevedeva, nel caso dell'astensione collettiva dall'attività defensionale degli avvocati e dei procuratori legali, l'obbligo d'un congruo preavviso e di un ragionevole limite temporale dell'astensione e, altresì, nella parte in cui non prevedeva gli strumenti idonei a individuare e assicurare le prestazioni essenziali durante l'astensione stessa, nonché le procedure e le misure conseguenziali nell'ipotesi di inosservanza.

15.– A seguito di questa pronuncia di incostituzionalità il legislatore avrebbe dovuto introdurre «misure idonee ad evitare che vengano compromessi i beni primari della convivenza civile che non tollera la paralisi della funzione giurisdizionale e, quindi, esige prescrizioni volte ad assicurare, durante l'astensione dell'attività giudiziaria, le prestazioni indispensabili» (sentenza n. 171 del 1996).

A tal fine, il Governo ha inizialmente presentato un disegno di legge (A.S. 1268), che elencava una serie di fattispecie di «prestazioni indispensabili» da assicurare in caso di astensione collettiva degli avvocati, prevedendo, in particolare, che l'astensione non era consentita nei procedimenti relativi ad imputati in stato di custodia cautelare. La disciplina proposta era quindi interamente di fonte legale.

Il legislatore, però, è intervenuto solo qualche anno dopo, con la legge 11 aprile 2000, n. 83 (Modifiche ed integrazioni della legge 12 giugno 1990, n. 146, in materia di esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e di salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati), inserendo nella legge n. 146 del 1990 il censurato art. 2-bis. La scelta di fondo, che appartiene alla discrezionalità legislativa, è stata diversa: non più una disciplina diretta da parte della legge delle fattispecie che richiedono l'effettuazione di «prestazioni indispensabili», ma il coinvolgimento delle associazioni di categoria mediante il richiamo del «codice di autoregolamentazione» in un'ottica, più avanzata, di assetto partecipativo degli strumenti di composizione del conflitto, insito nella proclamazione dell'astensione collettiva di categoria. Il legislatore, da una parte, ha riconosciuto, in linea di continuità con la citata sentenza n. 171 del 1996, il diritto di astensione collettiva anche a lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, ma, d'altra parte, ha chiamato in causa le loro associazioni rappresentative per individuare le fattispecie di «prestazioni indispensabili» che comunque devono essere assicurate perché non siano lesi i diritti della persona costituzionalmente tutelati, indicati dall'art. 1 della stessa legge n. 146 del 1990, concernenti segnatamente, per quanto qui rileva, «l'amministrazione della giustizia, con particolare riferimento ai provvedimenti restrittivi della libertà personale ed a quelli cautelari ed urgenti, nonché ai processi penali con imputati in stato di detenzione». La disciplina di fonte legale è quindi destinata a saldarsi con quella eteroprodotta dal codice di autoregolamentazione.

16.– In questa diversa ottica si ha che la norma primaria (art. 2-bis) si limita a definire il perimetro di riferimento: riconosce il diritto (sindacale) di «astensione collettiva dalle prestazioni, a fini di protesta o di rivendicazione di categoria» e fissa, al contempo, il principio del necessario «contemperamento con i diritti della persona costituzionalmente tutelati», ma poi coinvolge gli stessi destinatari di questo bilanciamento richiedendo l'adozione, da parte «delle associazioni o degli organismi di rappresentanza delle categorie interessate», di «codici di autoregolamentazione». In particolare – oltre ad indicare un criterio molto puntuale, essendo prescritto che il codice deve in ogni caso prevedere un termine di preavviso non inferiore a quello indicato al comma 5 dell'art. 2 (dieci giorni) e l'indicazione della durata e delle motivazioni dell'astensione collettiva – l'art. 2-bis fissa nel resto, in termini ampi, la missione affidata al codice: assicurare in ogni caso un livello di prestazioni compatibile con le finalità di cui al comma 2 dell'art. 1 della medesima legge.

Il meccanismo di questo rinvio – che è formale perché rimette alla disciplina subprimaria il completamento della regolamentazione, ossia l'individuazione delle fattispecie di «prestazioni indispensabili», e non già materiale, che richiede invece che «il richiamo sia indirizzato a norme determinate ed esattamente individuate dalla stessa norma che lo effettua» (sentenza n. 311 del 1993; ordinanza n. 484 del

1993) – si articola nella promozione, da parte della Commissione di garanzia, del codice di autoregolamentazione delle associazioni o degli organismi di rappresentanza delle categorie interessate e nella successiva valutazione di idoneità ad opera della stessa Commissione. È quest'ultima – deputata ad esercitare una funzione eminentemente pubblicistica – che con la delibera di idoneità del codice attrae quest'ultimo, tipico atto di autonomia privata, nell'orbita delle fonti (subprimarie) del diritto.

17.– Quindi, il codice di autoregolamentazione, ove ritenuto "idoneo" dalla Commissione di garanzia, costituisce una vera e propria normativa subprimaria e non già solo un atto di autonomia privata delle associazioni categoriali che raggruppano gli avvocati nell'esercizio del diritto di associarsi (art. 18 Cost.). In tal senso, è l'univoco orientamento della giurisprudenza di legittimità nella sua massima espressione nomofilattica costituita dalle sezioni unite, nella specie penali, della Corte di cassazione (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 30 maggio 2013 – 19 giugno 2013, n. 26711, e soprattutto Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 27 marzo 2014 – 29 settembre 2014, n. 40187), che ha in particolare sottolineato l'esigenza di uniformità (id est applicabilità *erga omnes*) della disciplina delle prestazioni indispensabili nei servizi pubblici essenziali; esigenza presente parimenti in caso di vero e proprio sciopero nell'area del lavoro privato e pubblico (sentenza n. 344 del 1996).

Ciò è coerente con il sistema delle fonti del diritto. Una norma primaria può autorizzare un'altra fonte, come tale sottordinata e quindi subprimaria, a dettare una determinata disciplina avente carattere generale ed astratto; fonte che può anche originare nell'ambito dell'autonomia privata, se mediata da un atto di ricezione, derivazione o validazione di natura pubblicistica. In passato si è ritenuto in giurisprudenza (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 20 dicembre 1993, n. 12595) che tipici atti di autonomia privata, quali gli accordi collettivi nazionali per il personale sanitario a rapporto convenzionale, acquisissero natura di normazione subprimaria, in ragione della dichiarazione di esecutività, con decreto del Presidente della Repubblica (ex art. 48 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, recante «Istituzione del servizio sanitario nazionale»).

Nella fattispecie in esame è la stessa disposizione censurata (art. 2-bis della legge n. 146 del 1990) ad assegnare alla Commissione di garanzia, quale autorità amministrativa indipendente, il potere di verificare la "idoneità" dei codici di autoregolamentazione per le categorie previste dalla stessa disposizione (lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori) e, in caso di ritenuta inidoneità del codice categoriale ovvero di mancata presentazione dello stesso da parte della categoria interessata, di deliberare la «provvisoria regolamentazione». Tale valutazione di idoneità del codice di autoregolamentazione dell'astensione collettiva dalle prestazioni di una determinata categoria (nella specie, quella forense), sussume al livello di normazione subprimaria questo codice che altrimenti rimarrebbe un tipico atto di autonomia privata (quale, ad esempio, si ritiene che sia il codice deontologico forense: Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 25 giugno 2013, n. 15873).

Si ha allora che, costituendo il codice di autoregolamentazione, qualificato idoneo dalla Commissione di garanzia, una normazione subprimaria valida *erga omnes*, il giudice è tenuto ad applicarne le disposizioni in quanto conformi alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) ed è nei confronti della legge – come sopra rilevato – che è rivolta la questione di legittimità costituzionale.

Costituisce, quindi, regola di diritto quella che il Tribunale rimettente è chiamato ad applicare per stabilire se la richiesta di rinvio del difensore, che dichiari di aderire all'astensione collettiva, sia legittima, o no.

Da una parte, l'art. 2-bis della legge n. 146 del 1990 prevede che, in caso di astensione collettiva dalle prestazioni, a fini di protesta o di rivendicazione di categoria, da parte di lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, vanno rispettate le misure dirette a consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili per assicurare la funzionalità dei servizi pubblici essenziali, quale l'amministrazione della giustizia «con particolare riferimento ai provvedimenti restrittivi della libertà personale ed a quelli cautelari ed urgenti, nonché ai processi penali con imputati in stato di detenzione».

Dall'altra parte, l'art. 4, comma 1, lettera b), del codice di autoregolamentazione prescrive che l'astensione non è consentita nella materia penale in riferimento ai «procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione, ove l'imputato chieda espressamente, analogamente a quanto previsto dall'art. 420-ter, comma 5 (introdotto dalla legge n. 479/1999) del codice di procedura penale, che si proceda malgrado l'astensione del difensore». In tal caso, il difensore di fiducia o d'ufficio non può legittimamente astenersi ed ha l'obbligo di assicurare la propria prestazione professionale.

18.– La disposizione del codice di autoregolamentazione (art. 4, comma 1, lettera b) richiama in par-

ticolare l'art. 420-ter, comma 5, cod. proc. pen. che stabilisce che il giudice provvede a norma del comma 1, rinviando ad una nuova udienza, nel caso di assenza del difensore, quando risulta che l'assenza stessa è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento, con conseguente sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare ai sensi dell'art. 304 cod. proc. pen., salvo che l'imputato chieda che si proceda in assenza del difensore impedito.

Espressamente, quindi, la disposizione del codice di autoregolamentazione mira ad introdurre – ed introduce – una fattispecie analoga e parallela a quella legale che, dando rilievo all'assenso dell'imputato, incide parimenti sul prolungamento, o no, dei termini di durata massima della custodia cautelare, e finisce per toccare proprio la disciplina legale di tali termini.

Mentre lo stesso art. 4, comma 1, alla lettera a), si limita a prevedere che l'astensione del difensore non è consentita in una serie di ipotesi relative, tra l'altro, alle misure cautelari, e quindi anche ai procedimenti ed ai processi aventi ad oggetto proprio la stessa custodia cautelare, rimanendo regolati per legge i termini della sua durata massima e la loro sospensione o proroga, invece, nell'ipotesi della lettera b), concernente i procedimenti e i processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione, non si limita a fare il contemperamento tra diritto del difensore di aderire all'astensione collettiva e i diritti della persona costituzionalmente tutelati, ma introduce una regolamentazione dell'assenso dell'imputato sottoposto a custodia cautelare che ha una diretta ricaduta sul suo stato di libertà.

19.– Orbene, con riferimento al primo dei tre richiamati profili delle censure di illegittimità costituzionale, è decisiva la prescrizione della riserva di legge, di carattere assoluto, che pone l'art. 13, quinto comma, Cost.: è la legge che stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva, oggi custodia cautelare (sentenza n. 293 del 2013).

La libertà personale, diritto fondamentale espressamente definito inviolabile (art. 13, primo comma, Cost.), è presidiata da un'ampia riserva di legge che riguarda innanzi tutto i casi ed i modi in cui è ammessa la detenzione con atto motivato dell'autorità giudiziaria (art. 13, secondo comma, Cost.) o con provvedimento provvisorio dell'autorità di pubblica sicurezza (art. 13, terzo comma, Cost.), e concerne poi, in particolare, i limiti massimi della custodia cautelare (art. 13, quinto comma, Cost.).

La tutela della libertà personale, che si realizza attraverso i limiti massimi di custodia cautelare, che l'art. 13, quinto comma, Cost. demanda alla legge di stabilire, è «un valore unitario e indivisibile, che non può subire deroghe o eccezioni riferite a particolari e contingenti vicende processuali» (sentenza n. 299 del 2005).

Il codice di rito prevede un'articolata disciplina dei termini di durata, fissando termini finali complessivi, in funzione di limite massimo insuperabile, sì da coprire l'intera durata del procedimento, garantendo, da un lato, un ragionevole limite di durata della custodia cautelare, e, dall'altro, attribuendo al giudice una discrezionalità vincolata nella valutazione della sussistenza dei presupposti per la sua sospensione ex art. 304 cod. proc. pen. (sentenza n. 204 del 2012).

Questa Corte ha precisato che i «limiti che deve incontrare la durata della custodia cautelare, discendono direttamente dalla natura servente che la Costituzione assegna alla carcerazione preventiva rispetto al perseguimento delle finalità del processo, da un lato, e alle esigenze di tutela della collettività, dall'altro, tali da giustificare, nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è ancora stato giudicato colpevole in via definitiva» (sentenze n. 219 del 2008 e n. 229 del 2005).

20.– La riserva di legge di cui all'art. 13, quinto comma, Cost. è strettamente funzionale a disegnare lo statuto di tutela della libertà personale, collocato a livello di normazione primaria.

È solo la legge che deve assicurare il minor sacrificio della libertà personale, cui ripetutamente ha fatto riferimento questa Corte a partire dalla fondamentale sentenza n. 64 del 1970; la quale – aprendo la via alla vigente disciplina in tema di termini massimi (di fase, complessivi e finali) della custodia cautelare – ha evidenziato che con l'art. 13, quinto comma, la Costituzione ha voluto evitare che il sacrificio della libertà determinato dalla custodia cautelare «sia interamente subordinato alle vicende del procedimento; ed ha, pertanto, voluto che, con la legislazione ordinaria, si determinassero i limiti temporali massimi della carcerazione preventiva, al di là dei quali verrebbe compromesso il bene della libertà personale, che [...] costituisce una delle basi della convivenza civile».

21.– In conclusione, la disposizione censurata viola la riserva di legge posta dall'art. 13, quinto comma, Cost. nella parte in cui consente al codice di autoregolamentazione di interferire nella disciplina nella libertà personale; interferenza consistente nella previsione che l'imputato sottoposto a custodia

cautelare possa richiedere, o no, in forma espressa, di procedere malgrado l'astensione del suo difensore, con l'effetto di determinare, o no, la sospensione, e quindi il prolungamento, dei termini massimi (di fase) di custodia cautelare.

22.– Ciò, però, non comporta – come ritiene l'Avvocatura dello Stato – la disapplicazione della norma subprimaria ad opera del giudice comune e quindi anche del Tribunale rimettente.

La disposizione del codice di autoregolamentazione si è mossa nell'ampio perimetro assegnatole dalla norma primaria che – come già ricordato – le aveva demandato di assicurare in ogni caso un livello di prestazioni compatibile con le finalità di salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati.

La regola sulle «prestazioni indispensabili» da assicurare in caso di procedimento o processo nei confronti di imputato detenuto in custodia cautelare, regola che finisce per interferire nella disciplina della libertà personale, è posta dalla disposizione subprimaria (art. 4, comma 1, lettera b, citato), che si muove nel perimetro tracciato dalla norma primaria, fonte della sua legittimazione. Ma, nella parte in cui la norma primaria ha consentito ciò, è essa stessa in contrasto con l'art. 13, quinto comma, Cost. che prescrive che la legge stabilisce i limiti massimi della custodia cautelare.

Nella specie, l'art. 2-bis della legge n. 146 del 1990 è costituzionalmente illegittimo proprio perché consente – nel senso che non preclude – al codice di autoregolamentazione di andare ad incidere sulla disciplina legale dei limiti di restrizione della libertà personale, prevedendo una facoltà dell'imputato – quella di richiedere, o no, che si proceda malgrado la dichiarazione di astensione del suo difensore che abbia aderito all'astensione collettiva – con diretta ricaduta sui termini di durata della custodia cautelare. Quindi, non è (nell'immediato) un problema di disapplicazione della disposizione subprimaria, in ipotesi illegittima per violazione dei limiti posti dalla norma primaria, ma è innanzi tutto una questione di costituzionalità della norma primaria nella parte in cui ha consentito a quella subprimaria di incidere sulla durata della custodia cautelare prevedendo tale facoltà dell'imputato detenuto.

23.– L'illegittimità costituzionale della disposizione censurata per violazione dell'art. 13, quinto comma, Cost. comporta – come già rilevato – che rimangono assorbiti gli ulteriori parametri evocati dal rimettente nelle due ordinanze di promovimento dell'incidente di costituzionalità.

24.– Va, quindi, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2-bis della legge n. 146 del 1990, nella parte in cui consente che il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati – adottato in data 4 aprile 2007 dall'OUA e da altre associazioni categoriali (UCPI, ANF, AIGA, UNCC), valutato idoneo dalla Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali con delibera n. 07/749 del 13 dicembre 2007, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 3 del 2008 – nel regolare, all'art. 4, comma 1, lettera b), l'astensione degli avvocati nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare, interferisca con la disciplina della libertà personale dell'imputato.

Restano fermi, per il passato, i provvedimenti di sospensione del termine di custodia cautelare stante il rinvio dell'attività processuale su richiesta del difensore ovvero a causa della sua mancata presentazione o partecipazione.

PQM

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

1) dichiara ammissibile l'intervento spiegato dall'Unione delle Camere Penali Italiane (UCPI);

2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2-bis della legge 13 giugno 1990, n. 146 (Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge), nella parte in cui consente che il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati – adottato in data 4 aprile 2007 dall'Organismo Unitario dell'Avvocatura (OUA) e da altre associazioni categoriali (UCPI, ANF, AIGA, UNCC), valutato idoneo dalla Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali con delibera n. 07/749 del 13 dicembre 2007 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 3 del 2008 – nel regolare, all'art. 4, comma 1, lettera b), l'astensione degli avvocati nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare, interferisca con la disciplina della libertà personale dell'imputato.

TERESA ALESCI

Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Astensione collettiva e procedimento con detenuti. La decisione della Consulta e le ricadute processuali

Lawyers strike, prisoners and criminal proceeding. The decision and the processual impact

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione contenuta nell'art. 2-*bis*, l. n. 146/1990, nella parte in cui consente che il codice di autoregolamentazione delle astensioni degli avvocati interferisca con la disciplina della libertà personale, permettendo all'imputato, sottoposto a custodia cautelare, di chiedere o meno, in forma espressa, di procedere malgrado l'astensione del suo difensore. L'analisi della decisione, invero, mostra diverse perplessità e consente di riflettere sulle conseguenze processuali. Nonostante il clamore sollevato, la decisione lascia irrisolti diversi aspetti problematici, colmabili solo attraverso l'intervento legislativo.

*The Constitutional Court declares the illegitimacy of art. 2-*bis, *l. 146/1990, that it allows the self-regulation code of the lawyers strike to interfere with the discipline of personal freedom. The analysis of the decision, indeed, shows various perplexities and allows reflection on the consequences of the proceedings. the decision leaves many problematic aspects unresolved, which can only be filled by legislative intervention.*

IL *CASUS BELLI*. L'ASTENSIONE DEL DIFENSORE NEI PROCESSI CON IMPUTATI DETENUTI

Con due ordinanze di contenuto sostanzialmente analogo, emesse nell'ambito del medesimo procedimento penale [1], il Tribunale di Reggio Emilia sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 2-*bis*, l. 13 giugno 1990, n. 146, nella parte in cui consente che il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati [2] stabilisca all'art. 4, comma 1, lett. *b*), che «*nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione, analogamente a quanto previsto dall'art. 420* ter *comma 5 c.p.p.*», si proceda malgrado l'astensione del difensore solo ove l'imputato lo consenta. Secondo il rimettente la disposizione citata viola diversi parametri costituzionali, dalla libertà personale, derivante dalla sospensione dei termini di custodia cautelare, che non potrebbe essere condizionata dalla prestazione del consenso dell'imputato, al diritto di difesa, laddove la scelta dell'imputato *in vinculis* di celebrare l'udienza limiterebbe il diritto all'astensione dalle udienze del difensore. È possibile, invero, delineare anche ulteriori tre profili di censura: dal canone della ragionevole durata del processo, che esprime una regola di maggior rigore nel caso di imputato detenuto, alla ragionevolezza intrinseca della disciplina censurata ed alla sua coerenza con il principio di uguaglianza.

Con la sentenza in esame, dunque, riaffiora la complessità del tema della astensione collettiva del difensore, nonostante i ripetuti interventi della Corte costituzionale [3] prima, e delle Sezioni Uni-

[1] Pendente presso il Tribunale di Reggio Emilia, nel procedimento penale n. 555/2016/16, cosiddetto "Processo Aemilia".

[2] Il codice di autoregolamentazione è stato approvato dalla Commissione di Garanzia nell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali il 13 giugno 2007, considerato idoneo ai sensi dell'art. 13 lett. *a*), della l. 12 giugno 1990, n. 146, come modificata dalla l. 11 aprile 2000, n. 83. Secondo L. Carlassare, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. cost*., 1990, p. 7 ss., il codice di autoregolamentazione può essere incluso tra i regolamenti attuativi o integrativi la cui peculiare funzione di eterointegrazione ha consentito a taluni di definirli "norme sostanzialmente primarie". Si veda A. Vallebona, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 29 ss.; sul punto si veda anche A. Buratti, *Nuovi problemi del diritto di sciopero: la commissione di garanzia tra contemperamento di diritti e spontaneità sociale*, in *www.rivistaaic.it*.

[3] Con la sentenza n. 171 del 1996, la Corte riconosceva l'astensione come manifestazione della dinamica associativa volta alla tutela di questa forma di lavoro autonomo, rientrando nei diritti di libertà dei singoli e dei gruppi secondo i principi contenuti

te [4] poi, che sembravano aver assicurato un equilibrio esegetico. La problematicità dell'argomento investe diversi profili, dall'individuazione della natura giuridica [5] del diritto di sciopero e del suo spazio applicativo alla valenza da attribuire alle disposizioni del codice di autoregolamentazione intervenute a disciplinarla, nonché al rapporto tra quest'ultime e le norme codicistiche [6]. Se con la sentenza Ucciero del 2013 [7], le Sezioni Unite avevano attribuito alle disposizioni del codice di autoregolamentazione la natura di "*normativa secondaria alla quale occorre conformarsi*", essendo destinate a realizzare il contemperamento con i diritti della persona costituzionalmente tutelati, *ex* art. 1, l. n. 146/1990 [8], è con la sentenza Lattanzio del 2014 [9] che si esclude un potere giudiziale di bilanciamento tra il diritto all'astensione e gli altri diritti e valori di rilievo costituzionale. In particolare tale sentenza ha valorizzato l'impossibilità di ricondurre il fenomeno dell'astensione al legittimo impedimento, essendo libera la scelta dell'avvocato di aderire o meno alla protesta di categoria. Di consegenza l'adesione alla astensione di categoria non costituisce una mera libertà riconducibile all'art. 18 Cost., ma un vero e proprio diritto avente fondamento costituzionale [10].

In primis, dunque, va chiarito che, solo apparentemente, l'oggetto della rimessione attiene al diritto di astensione degli avvocati nei procedimenti con detenuti [11]; invero, la Consulta è stata chiamata a valutare il rispetto del principio di gerarchia delle fonti nonché ad operare un bilanciamento tra i diritti costituzionali rilevanti nel caso di specie.

Le questioni preliminari: dall'intervento dell'Ucpi alla rilevanza della vicenda processuale sul giudizio di legittimità

In via preliminare, appare opportuno sottolineare il riconoscimento dell'intervento dell'Unione delle Camere penali nel giudizio innanzi alla Corte costituzionale, nonostante l'associazione non fosse parte in alcuno dei giudizi *a quibus*. Il diritto di partecipazione è stato riconosciuto in forza di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio. L'apertura per l'intervento di

nella prima parte della Costituzione. Si veda G. Di Chiara, *Nota a Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171*, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1028; G. Frigo, *I limiti di legittimità dell'astensione collettiva degli avvocati dalle attività giudiziarie indicati dalla Corte costituzionale,* in *Gazz. giur.*, 1996, 5, p. 25.

[4] Cfr. V. Pazienza, *L'astensione del difensore nelle udienze penali*, in *Cass. Pen.*, 2015, suppl. 4, p. 156 ss.

[5] In dottrina, prima dell'intervento della Corte costituzionale del 1996, invero, si alternavano opinioni contrastanti. Alcuni ritenevano si trattasse esclusivamente di un diritto di sciopero (O. Roselli, *La dimensione costituzionale dello sciopero. Lo sciopero come indicatore delle trasformazioni costituzionali*, Cedam, Padova, 2005, p. 88 ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III, Cedam, Padova, 2003, p. 167), altri un diritto di associazione (M. Menghini, *L'astensione dalle udienze da parte degli avvocati ed il problema dell'estensibilità del diritto di sciopero oltre i limiti della subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, II, 1997, p. 112; G. Pino, *Conflitto ed autonomia collettiva*, Torino, 2005, p. 47 e 292 ss.), mentre altri ancora lo hanno ricompreso nell'area di esplicazione della libertà di iniziativa economica, volta a salvaguardare la potenzialità economica della professione (Cfr. G. Colavitti, *La libertà sindacale e il diritto di sciopero*, in R. Nania-P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Giappichelli, Torino, 2006, p. 993, secondo cui le astensioni forensi difetterebbero *tout court* del carattere di autotutela degli interessi degli appartenenti alla categoria professionale.).

[6] Si veda T. Bene, *A proposito del regime di sospensione del corso della prescrizione: il concomitante impegno del difensore e l'effettività della difesa tecnica*, in *Proc. pen. giustizia*, 2015, 4, p. 58 ss.

[7] Cass., sez. un., 30 maggio 2013, n. 26711, in *Mass. Uff.*, n. 255346.

[8] Superando la precedente interpretazione che riduceva la natura della fonte a mero atto vincolante i soli associati; si veda Cass., sez. un., 30 maggio 2013, in *Mass. Uff.*, n. 255346. Si veda A. Gaito, *Legittima l'adesione del difensore a manifestazioni di categoria con astensione dalle udienze camerali*, in *Giur. it.*, 2014, 2, p. 409.

[9] Cass., sez. un., 27 marzo 2014, n. 40187, in *Mass. Uff.*, n. 259926.

[10] La sentenza in oggetto, invero, ha affermato altresì ulteriori principi: l'avvenuto bilanciamento tra il diritto di astenersi e gli altri diritti e valori di rilievo costituzionale; la possibilità di attribuire al giudice un potere di bilanciamento giudiziale solo in ipotesi eccezionali, quali il venir meno della vigenza delle fonti secondarie, o l'emersione di diritti e valori costituzionali ulteriori, non potendosi ritenere sufficiente il richiamo a generiche "esigenze di giustizie".

[11] Si veda G. Pecorella, *Una sentenza della Corte costituzionale (apparentemente oscura). Può ancora esercitarsi il diritto di astensione nei processi con imputati detenuti?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 3. In particolare, l'A. esclude che l'oggetto della rimessione riguardasse la legittimità dell'astensione nei procedimenti con detenuti, per tre ordini di motivi. In primo luogo il diritto di astensione è riconosciuto da una disposizione non sottoposta al vaglio della Consulta (art. 1, l. n. 140/1990); la stessa Corte costituzionale, con la citata sentenza del 1996, ha elevato il diritto all'astensione a diritto costituzionalmente protetto; infine, con la decisione in commento, la Corte ribadisce la sussistenza di tale diritto, nei limiti della disciplina prevista dal codice di autoregolamentazione.

terzi rispetto alle parti tradizionalmente ammesse al procedimento di legittimità costituzionale non può, invero, essere circoscritta solo al caso di specie, sebbene la Corte si avvalga della tecnica del *distinguishing* per limitare la portata della decisione [12]. La motivazione che giustifica l'intervento, seppur ermetica, svela prospettive di più ampio respiro. Ciò che caratterizza l'UCPI, in tal caso, rispetto a qualunque altro ente esponenziale rappresentativo della categoria dei destinatari della norma in oggetto, è che l'associazione risulta coautrice delle norme del codice di autoregolamentazione, cui rinvia la disposizione censurata. Il ruolo "paralegislativo" affidato all'organismo di categoria, dunque, giustifica il suo coinvolgimento, in quanto, quale ente esponenziale, subirebbe "direttamente e irrimediabilmente" gli effetti della sentenza.

In secondo luogo, la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile la questione, nonostante il Tribunale avesse sospeso i termini in relazione non all'intero procedimento, ma alle sole udienze in cui i difensori avevano aderito all'astensione collettiva, proclamata dall'associazione di categoria secondo le modalità indicate dalla normativa primaria. La difesa delle parti private costituite, infatti, aveva eccepito l'inammissibilità delle questioni di costituzionalità, poiché il tribunale ordinario, nel giudizio a *quo*, non avrebbe sospeso l'intero procedimento, ma soltanto l'attività processuale che era prevista nelle udienze alle quali si riferiva la dichiarazione dei difensori di adesione all'astensione collettiva. La prima ordinanza di rimessione della questione alla Corte costituzionale, infatti, aveva sospeso l'attività processuale del 23 maggio e non anche le altre udienze già calendarizzate. La questione, nelle more del giudizio di legittimità, era stata rimessa all'attenzione della Suprema Corte, chiamata a valutare l'abnormità di tale provvedimento. La Corte di Cassazione, ricordando quanto già sostenuto dalle Sezioni Unite, secondo cui «*la pregiudiziale costituzionale, per espressa previsione normativa,* ex *art. 23, comma 2, l. 11 marzo 1953, n. 87, determina la sospensione obbligatoria del procedimento che priva il giudice della* potestas decidendi *fino alla definizione della pregiudiziale medesima, né alle parti è attribuito alcun potere di rimuovere tale stasi processuale, essendo immodificabili ed insindacabili sia l'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale sia il pedissequo provvedimento di sospensione*» [13], nell'accogliere il ricorso, statuisce che «*per effetto dell'evidente mancanza di autonomia, nel caso all'esame, tra il giudizio principale e il giudizio incidentale sulla richiesta di rinvio, in ipotesi di mancato accoglimento dell'eccezione di costituzionalità, la regressione del procedimento determinata dalla nullità assoluta per violazione del diritto di difesa sino all'udienza per la quale avrebbe dovuto essere disposto il rinvio, imposta ai sensi dell'art. 185 c.p.p., comma 3, determinerebbe un inutile dispendio di attività processuali – non altrimenti recuperabili, non essendosi dato atto di ragioni di urgenza del tipo di quelle prese in considerazione dall'art. 467 c.p.p. –, in spregio del principio di ragionevole durata del processo*». Dichiarata l'abnormità del provvedimento di sospensione, dunque, la Suprema Corte annulla gli atti compiuti successivamente all'ordinanza viziata [14].

La Corte costituzionale, aderendo a precedenti decisioni [15], ed in linea con la decisione della Supre-

[12] In materia, la giurisprudenza nel tempo ha mutato prospettiva interpretativa. In un primo periodo, dal 1956 ai primi anni novanta, infatti, la Corte ha mostrato un atteggiamento di chiusura fondato sul principio della corrispondenza formale tra parti del giudizio *a quo* e parti del giudizio *ad quem*. Successivamente, la Corte ha mostrato timidi approcci di apertura, consentendo l'intervento di persone fisiche che avrebbero subito direttamente gli effetti della decisione nel giudizio a quo, e la cui ammissione era fondata sul diritto di difesa (Corte cost., n. 314/1992; nonché Corte cost., n. 315/1992). Successivamente, ha iniziato ad ammettere la partecipazione di associazioni di categoria, senza l'individuazione di criteri certi e predefiniti, cosicché l'ammissibilità della loro partecipazione era rimessa alla valutazione discrezionale e casistica della giurisprudenza. Negli anni 2000, invece, con una tendenziale inversione di tendenza, la Corte costituzionale ha ridimensionato l'intervento dei terzi nel procedimento di valutazione della legittimità, nonostante la codificazione degli interventi del terzo nelle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale", avvenuta nel 2004. L'ammissibilità dell'intervento dei terzi è circoscritta in favore di persone la cui sfera giuridica può essere direttamente lesa dagli esiti della pronuncia sul giudizio *a quo*.

[13] Cass., sez. un., 17 aprile 1996, n. 8, in *Mass. Uff.*, n. 205258, secondo cui, tuttavia, nell'ipotesi in cui venga obbligatoriamente sospeso un procedimento in cui sia in corso di applicazione una misura cautelare, il soggetto ad essa sottoposto che ritenga di aver maturato il diritto a riacquistare lo *status libertatis* per il verificarsi di una delle cause estintive del provvedimento coercitivo di cui all'art. 306 c.p.p., non incontra alcun ostacolo a far valere la sua pretesa in giudizio e può quindi promuovere davanti al giudice per le indagini preliminari, o ad uno dei giudici competenti per i vari gradi ai sensi dell'art. 279 c.p.p., un'azione di accertamento finalizzata alla declaratoria della sopravvenuta caducazione della misura ed all'ottenimento dell'ordinanza di immediata liberazione o di cessazione della misura estinta, secondo quanto dispongono, rispettivamente, il primo e il secondo comma del predetto art. 306 c.p.p.; trattasi, invero, di azione di natura dichiarativa, rivolta alla tutela di un diritto assoluto ed inviolabile, esperibile in ogni tempo salvo il limite della preclusione ove la questione abbia già formato oggetto di giudicato cautelare nelle sedi proprie".

[14] Cass., sez. V, 30 maggio 2018, n. 25124.

[15] Corte cost., 5 giugno 2013, n. 120, in *Giur. Cost.* 2013, 3, p. 1936; Corte cost., 13 dicembre 2017, n. 264, in *www.cortecostituzionale.it*.

ma Corte di Cassazione, sancisce l'irrilevanza di ogni vicenda successiva all'ordinanza di rimessione, affermando che il giudizio incidentale, «una volta iniziato in seguito ad ordinanza di rinvio del giudice rimettente, non è suscettibile di essere influenzato da successive vicende di fatto concernenti il rapporto dedotto nel processo che lo ha occasionato». Secondo la Consulta, dunque, la decisione della Corte di cassazione non ha annullato l'intera ordinanza di rimessione facendo venir meno l'atto di promovimento del giudizio incidentale di costituzionalità; del resto l'atto introduttivo di causa non è soggetto ad alcuna impugnazione, né può essere annullato da alcun giudice, spettando solo alla Corte Costituzionale verificarne la ritualità e l'idoneità ad attivare tale giudizio.

D'altro canto, il citato art. 23, l. n. 87/1953, interpretato alla luce del principio della ragionevole durata del processo che pervade ogni giudizio – civile, penale, o amministrativo che sia –, non esclude che il giudice rimettente possa limitare il provvedimento di sospensione al singolo momento o segmento processuale in cui il giudizio si svolge, ove solo ad esso si applichi la disposizione censurata e la sospensione dell'attività processuale non richieda di arrestare l'intero processo, che può proseguire con il compimento di attività rispetto alle quali la questione sia del tutto irrilevante [16]. Solo con riferimento a queste udienze il giudice è chiamato ad applicare una normativa – quale appunto nella specie l'art. 2-*bis*, l. n. 146/1990, integrato dall'art. 4, comma 1, lett. *b*), del codice di autoregolamentazione – della cui legittimità costituzionale egli dubita e solo in queste udienze la pregiudizialità della questione incidentale di costituzionalità richiede che l'attività processuale sia sospesa. Sicché il giudice non si trova di fronte a quella che sarebbe un'estrema alternativa tra rispettare il principio di legalità costituzionale, sollevando l'incidente di costituzionalità, al prezzo di determinare un arresto di tutto il processo e proseguire nell'attività processuale per rispettare il principio della ragionevole durata del processo.

La valutazione, inoltre, deve essere compiuta tenendo conto del particolare stato detentivo dell'imputato, dal momento che, secondo la giurisprudenza di legittimità [17], il termine della sua durata massima, sia di fase che complessiva, non è suscettibile di sospensione per il solo fatto del promovimento dell'incidente di costituzionalità e della conseguente sospensione del giudizio.

Il bilanciamento dei diritti nella prospettiva della gerarchia delle fonti

La Corte costituzionale fonda il ragionamento sulla sentenza n. 171 del 1996 [18]. In quella occasione, la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1 e 5, l. n. 146/1990, nella parte in cui non prevedeva, nel caso dell'astensione collettiva dell'attività defensionale degli avvocati e dei procuratori legali, l'obbligo di un congruo preavviso e di un ragionevole limite temporale dello sciopero e gli strumenti idonei ad individuare e assicurare le prestazioni essenziali durante l'astensione stessa, nonché le procedure e le misure conseguenziali nell'ipotesi di inosservanza. La Corte stabilì, dunque, che l'esercizio del diritto del difensore di aderire all'astensione collettiva deve comunque essere soggetto ad un bilanciamento con altri valori costituzionali meritevoli di tutela, valori che, ove si tratti di processi penali con imputati in stato di detenzione, devono considerarsi prevalenti.

In linea con la pronuncia della Corte costituzionale, il legislatore, con la l. 11 aprile 2000, n. 83, inserì nella l. n. 146/1990 il censurato art. 2-*bis*, non prevedendo una disciplina di rango primario delle fattispecie che richiedono l'effettuazione di prestazioni indispensabili, ma coinvolgendo le associazioni di categoria mediante il richiamo al codice di autoregolamentazione in un'ottica di assetto partecipativo degli strumenti di composizione del conflitto, insito nella proclamazione dell'astensione collettiva di categoria.

[16] Secondo la Corte, infatti, il giudizio penale pervenuto alla fase dibattimentale si articola in distinte udienze secondo un fitto calendario predeterminato tipico dei processi con numerosi imputati (cosiddetti maxi-processi). In ogni udienza, la presenza del difensore dell'imputato è necessaria, ma può accadere che specifiche udienze cadano nell'intervallo temporale dell'astensione collettiva dalle udienze, proclamata da un'associazione categoriale della professione forense. La questione dello svolgimento, o no, di attività processuale in quell'udienza in ragione dell'adesione del difensore all'astensione collettiva si pone solo in riferimento a tale udienza e non anche nelle molte altre udienze non interessate da alcuna proclamazione di astensione collettiva. L'attività processuale in queste successive udienze è del tutto estranea alla questione di costituzionalità, nel senso che non è influenzata dal suo esito. È, quindi, possibile isolare – come distinti momenti o segmenti processuali – le udienze in cui ci sia stata, in concreto, l'adesione del difensore all'astensione collettiva.

[17] Cass., sez. un., 2 ottobre 1990, n. 9.

[18] Per una recente disamina sul tema si rinvia a E. Mariucci, *L'astensione degli avvocati tra punti fermi e qualche impasse*, in *Proc. pen. giustizia*, 2015, 6, p. 123 ss.

Per effetto del rinvio operato dalla norma censurata al codice di autoregolamentazione, nel caso di adesione del difensore all'astensione collettiva delle prestazioni, l'art. 4, comma 1, lett. *b*), concernente i procedimenti e i processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare, condiziona la libertà di adesione del difensore alla prestazione del consenso implicito ovvero esplicito dell'imputato.

Su tale previsione si annida il vizio di legittimità costituzionale poiché la Corte, con la pronuncia in esame, condivide le censure del giudice rimettente, relativamente alla violazione dell'art. 13, comma 5 Cost., «nella parte in cui prevede una riserva assoluta di legge nella definizione dei limiti massimi della carcerazione preventiva, oggi custodia cautelare».

La Corte osserva che «la disposizione del codice di autoregolamentazione mira ad introdurre, ed introduce, una fattispecie analoga e parallela a quella legale che, dando rilievo all'assenso dell'imputato, incide parimenti sul prolungamento, o no, dei termini di durata massima della custodia cautelare e finisce per toccare proprio la disciplina legale di tali termini», protetta dalla prescrizione costituzionale della riserva di legge assoluta. Del resto, il rapporto sussistente tra la fonte regolamentare e la fonte primaria risulta ispirato al principio di sussidiarietà orizzontale [19].

La Corte costituzionale, dunque, compie un bilanciamento tra valori costituzionali, tra il diritto di libertà del difensore all'astensione e il diritto alla amministrazione della giustizia, con particolare riferimento ai provvedimenti restrittivi della libertà personale ed a quelli cautelari ed urgenti, nonché ai processi penali con imputati in stato di detenzione. Ad una attenta analisi, però, sembra che la prevalenza del diritto costituzionale previsto dall'art. 13 Cost., invero, non sia determinata dal bilanciamento tra diversi diritti costituzionali, ma conseguenza della violazione della riserva di legge assoluta.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale, dunque, risulta condizionata dalla scelta legislativa di affidare alla normativa secondaria, ovvero al codice di autoregolamentazione, la disciplina delle conseguenze derivanti dal diritto di astensione del difensore. Nonostante la legittimità di tale scelta, perché rientrante nella discrezionalità normativa, con la pronuncia in esame si censura il citato art. 2-*bis* laddove, rinviando alla normativa regolamentare, esso subordina la diversa decorrenza del termine finale di custodia cautelare alla prestazione del consenso dell'imputato al rinvio dell'udienza per astensione.

La Consulta, in definitiva, ha giudicato illegittima la prescrizione del "consenso" dell'imputato detenuto, contenuta nel codice di autoregolamentazione (fonte di rango secondario) e non preclusa dall'art. 2-*bis* (fonte di rango primario), poiché idonea ad incidere sui termini di custodia, protetti dalla riserva assoluta di legge.

Il limite, inevitabile, della decisione è individuabile nell'aver circoscritto l'ambito di osservazione al principio della gerarchia delle fonti. In questi termini, la decisione crea un vuoto normativo, che apre a pericolose derive applicative di difficile risoluzione. L'attenzione rivolta al rispetto del principio di legalità produce, infatti, rilevanti ripercussioni processuali.

Le dubbie prospettive applicative in relazione alla decorrenza dei termini di custodia cautelare

Le ricadute processuali derivanti dalla dichiarazione di illegittimità lasciano perplessi. La decisione risulta foriera di criticità, soprattutto laddove è possibile dimostrare che l'originario obiettivo della Corte, ovvero escludere la condizionabilità della decorrenza del termine di custodia cautelare ad una scelta dell'imputato, risulta di fatto tradito.

La Corte, in riferimento alla questione di legittimità costituzionale, si è limitata, dunque, a dichiarare l'illegittimità dell'art. 2-*bis*, l. n. 140/1990, nella parte in cui attribuisce alla fonte regolamentare la disciplina della astensione nei procedimenti a carico di imputati detenuti [20]. La pronuncia travolge la normativa regolamentare, con la conseguenza che il consenso non risulta più rilevante per l'adesione del difensore all'astensione [21]. Tuttavia, quanto ai profili processuali nulla è cambiato, se si esclude l'effetto paradosso.

---

[19] Cfr. O. Roselli, *sub art. 40 Cost*., in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione,* I, Giappichelli, Torino, 2006, p. 842.

[20] Cfr. G. Marino, *Astensione degli avvocati nei processi con detenuti: lo sciopero è incostituzionale*, in *Dir. giustizia*, 2018, 134, p. 1 ss.

[21] Secondo A. Tassi, *Astensione degli avvocati e libertà personale: brevi osservazioni su Corte cost. n. 180 del 2018,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2018, 3, p. 1813, la criticità del percorso argomentativo della Corte costituzionale si annida "*nell'attribuzione alla norma subprimaria di una forza espansiva di una disciplina restrittiva della libertà personale che essa non sembra possedere*".

Il nuovo assetto normativo, dunque, non prevede più distinzioni tra processi con imputati detenuti e processi con imputati in libertà; di conseguenza, alla luce della giurisprudenza formatasi negli anni in tema di astensione collettiva, il giudice avrà soltanto la discrezionalità di verificare «se il rinvio dell'udienza sia ascrivibile al legittimo esercizio del diritto del difensore di aderire all'astensione collettiva».

La mancata possibilità per l'imputato detenuto di non prestare il consenso all'adesione del proprio difensore comporta, dunque, che lo stesso non può più limitare la scelta dell'avvocato, sebbene il rinvio per astensione condizioni necessariamente lo *status libertatis* dell'imputato, che subisce la sospensione del termine di decorrenza dei termini di fase e dei termini finali. La giurisprudenza, infatti, risulta costante nell'escludere la riconducibilità della astensione del difensore alla categoria del legittimo impedimento di cui all'art. 420-*ter* c.p.p., con conseguente applicazione dell'art. 304, comma 1, lett. *b*) [22]. Con la dichiarazione di astensione del difensore, dunque, il giudice rinvia il processo sospendendo il dibattimento; in tal caso, ai sensi dell'art. 304, comma 1, lett. *b*), i termini di fase di cui all'art. 303 c.p.p. sono sospesi per tutto il periodo di sospensione del dibattimento. E soprattutto, nell'individuazione dei termini finali della custodia cautelare, ai sensi del comma 7 dell'art. 304 c.p.p., non si terrà conto del periodo di sospensione del dibattimento determinato dello sciopero del difensore.

Così ricostruito, in chiave empirica, l'effetto processuale derivante dalla adesione del difensore alla astensione di categoria risulta essere ancora più gravoso per l'imputato detenuto. Vi è, infatti, il pericolo che, nel gioco del bilanciamento dei valori costituzionali, sostenuto dalla Corte costituzionale, la prevalenza della tutela della libertà personale sul diritto di sciopero dell'Avvocato, conduca a conseguenze controproducenti. Se prima, infatti, l'imputato, attraverso il dissenso, poteva "obbligare" il proprio difensore a prestare la propria attività di rappresentanza tecnica, evitando di incorrere nel protrarsi della custodia cautelare (in forza del mancato rinvio dell'udienza, e dunque della mancata applicabilità della sospensione dei termini di fase e finali, *ex* art. 304, commi 1, lett. *b*), e 7), la dichiarazione di illegittimità apre le porte a profili di discutibile effetto [23].

Lo stato dell'arte, dunque, in attesa di un auspicabile intervento legislativo che colmi il vuoto creatosi, consente esclusivamente all'imputato di revocare il difensore che intenda aderire all'astensione, per evitare che il rinvio dell'udienza condizioni il termine finale della misura cautelare [24]. La revoca del difensore, nel caso di unico difensore, attiva il meccanismo previsto dal comma 3 dell'art. 107 c.p.p., con conseguente possibilità di ottenere il rinvio dell'udienza per la concessione del termine a difesa [25], e conseguente applicabilità del meccanismo del computo del termine finale di cui al comma 1, lett. *a*) dell'art. 304 c.p.p.

---

[22] Cass., sez. II, 17 giugno 2015, n. 41165; Cass., 05 novembre 2015, n. 45525; di recente anche Cass., 25 gennaio 2018, n. 22289.

[23] Secondo A. Tassi, *Astensione degli avvocati e libertà personale: brevi osservazioni su Corte cost. n. 180 del 2018,* cit., la dichiarazione di illegittimità costituzionale non "interferisce" con la norma codicistica e non le impedisce di continuare a legittimare, nel rispetto della riserva di legge, la sospensione dei termini massimi di custodia nel caso di carenza dell'assistenza tecnica derivante dall'esercizio del diritto di astensione del difensore. Si veda invece L. Scollo, *Incostituzionale la norma che consentiva all'imputato detenuto di opporsi all'astensione del difensore ed alla sospensione dei termini di custodia: brevi considerazioni a caldo,* in *Giur. pen. web*, 2018, 7-8 , che riconduce l'astensione dei difensori alla fattispecie della lett. a) dell'art. 304, commi 1 c.p.p.

[24] Cass., sez. I, 2 marzo 2000, n. 1623, in *Mass. Uff.*, n. 216094, secondo cui i periodi di sospensione richiamati dall'art. 304 c.p.p., comma 7 ossia quelli ricollegati alle sospensioni previste dall'art. 304 c.p.p., comma 1, lett. *b*), assumono esclusivo rilievo ai fini delle modalità del computo del termine della custodia cautelare e non ai fini dell'individuazione del limite massimo di durata della custodia cautelare, oggetto di specifica disciplina nell'art. 304 c.p.p., comma 6. Computando il termine secondo il criterio indicato di cui all'art. 304 c.p.p., comma 7 la durata effettiva della custodia cautelare "sofferta" viene ad essere considerata ridotta in misura corrispondente ai periodi di sospensione rientranti nella disposizione di cui al comma 1, lett. *b*); e, per converso, il termine risulta "spostato in avanti" di quella stessa misura.

[25] Cass., sez. I, 25 gennaio 2018, n. 22289, "*In tema di termini di durata della custodia cautelare, il rinvio dell'udienza su istanza della difesa "per ora tarda" determina la sospensione dei termini di durata della custodia cautelare ex art. 304, comma 1, lett. a) cod. proc. pen., con la conseguenza che, ai sensi del comma 7 del medesimo articolo, nel computo del limite temporale massimo, pari al doppio dei termini di fase, deve tenersi conto del periodo di tempo compreso tra l'udienza rinviata e quella successiva. (In motivazione la Corte ha precisato che la testuale previsione dell'art. 304, comma 7, cod. proc. pen. consente il superamento del termine cautelare massimo di fase soltanto nelle ipotesi previste dall'art. 304, comma 1, lett. b), nelle quali il giudice è vincolato a disporre il rinvio per effetto della dichiarazione del difensore di non poter o non voler svolgere il suo ministero, come avviene nel caso di rinvio dell'udienza per l'astensione dei difensori)*".

La natura del rinvio alla disciplina contenuta nell'art. 420-*ter* c.p.p.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale, dunque, travolge l'art. 4 comma 1, lett. *b*) del Codice di autoregolamentazione, secondo cui «*nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione, ove l'imputato chieda espressamente, analogamente a quanto previsto dall'art. 420*-ter*, comma 5 (introdotto dalla legge n. 479/1999) del codice di procedura penale, che si proceda malgrado l'astensione del difensore. In tal caso il difensore di fiducia o d'ufficio, non può legittimamente astenersi ed ha l'obbligo di assicurare la propria prestazione professionale*».

Il rinvio alla disciplina codicistica in materia di impedimento del difensore, tuttavia, non può condurre a conclusioni errate. La linea di demarcazione tra le due figure si consolida potendo cogliersi sotto diversi aspetti [26]. L'astensione dalle udienze è un diritto, espressione della libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost.; il legittimo impedimento consiste in una situazione di fatto di assoluta impossibilità di comparire. Entrambe le situazioni si caratterizzano per essere dirette al rinvio dell'udienza o dell'attività da compiere, ma la *ratio* resta ben distinta. Nel primo caso, è decisiva la garanzia di effettività del libero esercizio del diritto di astensione (la mancata previsione del rinvio impedirebbe al difensore di astenersi, per non nuocere alla difesa); nel secondo caso, invece, rileva il diritto di difesa sotto il profilo della partecipazione del difensore [27].

La disposizione dichiarata illegittima, invero, rinviava alla norma relativa al legittimo impedimento del difensore esclusivamente nella parte in cui quest'ultima attribuisce rilevanza alla volontà dell'imputato, il quale può togliere effetto alla scelta del difensore, che, di conseguenza, ha l'obbligo di assicurare la propria prestazione professionale. La scelta dell'imputato prevale su quella del difensore, in attuazione del principio generale sancito dall'art. 99, comma 2 c.p.p.; del resto, dubitare della libertà di autodeterminazione dell'imputato nella scelta equivale, come denunciato dagli organi rappresentativi dell'Unione delle Camere penali, a sospettare il difensore di patrocinio infedele [28], *ex* art. 380 c.p.

D'altro canto, la tensione del rapporto del difensore con il proprio assistito detenuto che sceglie di aderire all'astensione è argomento fuorviante e privo di rilievo di ordine generale [29]. Il rapporto fiduciario che lega il difensore al proprio cliente incontra diverse occasioni di confronto, che possono portare l'imputato ad assumere una decisione contraria a quella assunta dal proprio difensore [30], togliendo, in alcuni casi, effetto all'atto compiuto dal difensore, se non è ancora intervenuto, in relazione all'atto stesso, un provvedimento del giudice.

In attesa di un intervento legislativo, dunque, non appare possibile in via esegetica estendere l'applicabilità della disciplina contenuta nell'art. 420-*ter*, comma 5 c.p.p. all'ipotesi oggetto del giudizio di legittimità. Quest'ultima, infatti, appare circoscritta al legittimo impedimento, categoria alla quale non può ascriversi l'adesione del difensore all'astensione di categoria. Di conseguenza, l'imputato, di fronte all'astensione del proprio difensore, non può "imporre" al difensore di svolgere il proprio patrocinio.

Le argomentazioni sostenute dalla Corte costituzionale, dunque, consentono di sollevare dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 420-*ter* comma 5 c.p.p., dell'art. 304, comma 1 c.p.p., lett. *a*), *b*), e *c-bis*, nonché del novellato art. 420-*ter*, comma 5-*bis*, ove l'imputato subisce lo *status* del difensore, poiché non può interloquire sulla sospensione automatica di cinque mesi [31].

L'art. 420-*ter*, comma 5-*bis*, come è noto, è stato inserito dall'art. 1, commi 465 e 466, della legge di bilancio 2018 [32]; esso disciplina il legittimo impedimento per gravidanza e maternità. La previsione con-

---

[26] Si veda D. Pulitanò, *Lo sciopero degli avvocati: se, come, quando*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1, p. 6 ss.; V. Grevi, *L'adesione allo "sciopero" dei difensori non costituisce "legittimo impedimento" (A proposito del regime della sospensione del corso della prescrizione)*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2063.

[27] Cfr. T. Rafaraci, *Una presa d'atto molto attesa: l'adesione del difensore all'astensione collettiva dalle udienze impone il rinvio anche nei riti camerali a partecipazione facoltativa*, in *Cass. pen.*, 2014, 6, p. 2080 ss.

[28] Si veda Unione delle Camere penali italiane, Relazione trasmessa dalla Commissione di Garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali, 25 maggio 2017, in *www.camerepenali.it*.

[29] Si veda V. Comi, *Astensione dalle udienze degli avvocati e processi con detenuti. Ancora dubbi sulla legittimità del codice di autoregolamentazione, nonostante le decisioni delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, p. 4.

[30] Così T. Bene, *A proposito del regime di sospensione del corso della prescrizione: il concomitante impegno del difensore e l'effettività della difesa tecnica*, cit., pp. 61-62, che sottolinea la rilevanza del rapporto fiduciario tra difensore ed assistito.

[31] Cfr. G. Spangher, *La Consulta sull'astensione delle udienze degli avvocati: una motivazione che non convince*, in *Ilpenalista*, 4 settembre 2018.

[32] L. 27 dicembre 2017, n. 205; per un primo commento si veda L. Torreggiani, *Il legittimo impedimento per gravidanza e maternità. Le novità introdotte dalla legge di bilancio 2018*, in *Ilpenalista.it*.

sente al difensore, unico nominato, di chiedere ed ottenere il rinvio dell'udienza nei due mesi precedenti e nei tre mesi successivi alla data del parto. Il riconoscimento di tale facoltà è subordinato esclusivamente alla preventiva comunicazione con tempi e modalità congrue tali da integrare l'avverbio "prontamente" [33]. La previsione normativa conferisce uniformità al sistema, sebbene lascia aperte diverse problematiche, analogamente a quanto avviene per il legittimo impedimento di cui al comma 5, art. 420 *ter* c.p.p. Tuttavia, il motivo del legittimo impedimento non consente al giudice di valutare altri elementi oltre a quelli della tempestività, posto che la certificazione medica attestante lo stato gravidanza risulta sufficiente alla concessione del rinvio.

La previsione *de qua* si inserisce nel contesto della questione affrontata dal giudice costituzionale, poiché consente, ulteriormente, di apprezzare la differenza che intercorre, in prospettiva applicativa, tra rinvio per legittimo impedimento e rinvio per adesione del difensore all'astensione di categoria.

A differenza di quanto previsto nel comma 5 dell'art. 420-*ter*, infatti, ove è riconosciuto all'imputato, a prescindere dal proprio stato detentivo, di chiedere che «*si proceda in assenza del difensore impedito*», la previsione contenuta nel novellato comma 5-*bis* sembra escludere tale facoltà per l'imputato.

In tal caso, però, la mancata previsione di un "consenso" non incide sul diritto costituzionalmente protetto della libertà personale, fermo restando la possibilità di revoca implicita del mandato [34]. La collocazione sistemica e la chiara indicazione legislativa consentono di ascrivere l'assenza del difensore nella categoria del legittimo impedimento, con conseguente applicabilità della disciplina contenuta nell'art. 304, comma 1, lett. *a*), c.p.p., con conseguente indifferenza ai fini del calcolo del termine finale della misura cautelare.

La sentenza della Corte, dunque, risulta condivisibile nella prospettiva del rispetto del principio di gerarchia tra le fonti, ma lascia aperte diverse problematiche processuali, di non poco rilievo, difficilmente superabili in via esegetica. L'intervento del legislatore appare indispensabile, per colmare il vuoto legislativo formatosi per effetto della pronuncia di illegittimità; in tale prospettiva appare fondamentale l'ausilio delle associazioni di categoria, già impegnate, di recente, nel tentativo di valorizzare la figura dell'avvocato nell'architrave costituzionale [35].

[33] Tale facoltà, invero, era già riconosciuta nella maggior parte dei circondari giudiziari, per effetto dei protocolli d'intesa tra i Consigli dell'Ordine e i Presidenti del Tribunale.

[34] Cass., sez. VI, 02 aprile 2003, n. 32329, secondo cui "*Qualora il difensore di fiducia abbia chiesto un rinvio dell'udienza per suo legittimo impedimento e l'imputato, informato, abbia chiesto la trattazione del procedimento, tale volontà prevale e contiene una implicita revoca del mandato, per cui non può dedursi quale motivo di ricorso in cassazione la violazione dell'art. 420* ter *c.p.p.*".

[35] Il Consiglio nazionale forense ha avanzato una proposta di modifica dell'art. 111 Cost., tesa ad inserire "l'avvocato" nella norma costituzionale, si veda G. Spangher, *L'avvocato in Costituzione per i 30 anni del codice di procedura penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, p. 425 ss. Di recente, intervenuto al XXXIV Congresso Nazionale Forense, *"Il Ruolo dell'avvocato per la democrazia e nella Costituzione"*, svoltosi a Catania dal 4 al 6 Ottobre 2018, il prof. Spangher ha suggerito di introdurre un art. 112 *bis* Cost., per riconoscere dignità alla figura processuale dell'Avvocato.

La Grande Camera ritorna sulla confisca urbanistica fissandone i margini di compatibilità con il principio di legalità penale e la presunzione di innocenza

CORTE E.D.U., GRANDE CAMERA, 28 GIUGNO 2018, G.I.E.M. S.R.L. C. ITALIA

Le misure di confisca costituiscono delle «pene» ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione: tale conclusione, che è il risultato dell'interpretazione autonoma della nozione di «pena» ai sensi dell'articolo 7, comporta l'applicabilità di questa disposizione, anche in assenza di un procedimento penale ai sensi dell'articolo 6. Tuttavia, non esclude la possibilità per le autorità nazionali di imporre «pene» mediante procedure diverse dai procedimenti penali nel senso del diritto nazionale.
L'articolo 7 osta a che una sanzione penale sia inflitta su base individuale senza che sia stata accertata e dichiarata preventivamente la sua responsabilità penale personale. In caso contrario, la presunzione di innocenza garantita dall'articolo 6 § 2 della Convenzione sarebbe anch'essa inapplicata. La dichiarazione di responsabilità penale deve rispettare le tutele di cui all'articolo 7 e derivare da un procedimento che soddisfi le esigenze dell'articolo 6.
La dichiarazione sostanziale di colpevolezza pronunciata dalla Corte di cassazione, nonostante il fatto che l'azione penale per il reato sia prescritta viola la presunzione di innocenza (caso in cui il ricorrente è stato assolto in appello e la confisca è stata annullata dopo che il progetto di lottizzazione era stato considerato compatibile con il piano d'occupazione e con le disposizioni urbanistiche; decisione successivamente annullata senza rinvio dalla Corte di cassazione).
L'applicazione automatica della confisca in caso di lottizzazione abusiva prevista dalla legge italiana è in contrasto con il principio di proporzionalità dell'ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento del diritto al rispetto dei beni, in quanto non consente al giudice di valutare quali siano gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche del caso di specie e, più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione.

[*Omissis*]

PROCEDURA

1. All'origine della causa vi sono tre ricorsi (nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11) proposti contro la Repubblica italiana con cui quattro società e un cittadino di questo Stato, G.I.E.M. S.r.l., H. S.r.l. (società in liquidazione), R. S.r.l. (società in liquidazione), F. S.r.l. e il sig. [*omissis*], («i ricorrenti») hanno adito la Corte, rispettivamente, il 21 dicembre 2005, il 2 agosto 2007 e il 23 dicembre 2011, ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali («la Convenzione»).

2. I ricorrenti sono stati rappresentati, rispettivamente, dagli avvocati G. [*omissis*] e F. [*omissis*] del foro di Bari; G. [*omissis*] del foro di Roma, e V. [*omissis*] del foro di Bologna; A. G. [*omissis*] e A. [*omissis*], del foro di Roma.

Il governo italiano («il Governo») è stato rappresentato dal suo agente, E. [*omissis*], e dal suo coagente, P. [*omissis*].

3. I ricorrenti formulano i seguenti motivi di ricorso:

• la G.I.E.M. S.r.l deduce una violazione degli articoli 6 § 1, 7 e 13 della Convenzione nonché dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 in ragione della confisca del suo bene;

• le società H. S.r.l. e R. S.r.l. deducono una violazione degli articoli 7 della Convenzione e 1 del Protocollo n. 1 in ragione della confisca del loro bene. Il sig. [*omissis*] sostiene inoltre che è stato violato l'articolo 6 § 2 della Convenzione (presunzione di innocenza).

[*Omissis*]

IN FATTO

I. LE CIRCOSTANZE DEL CASO DI SPECIE

7. Le società ricorrenti hanno la loro sede sociale rispettivamente a Bari per la G.I.E.M. S.r.l., a Roma per la H. S.r.l. e la R. S.r.l., e a Pellaro (Reggio Calabria) per la F.

Il sig. [*omissis*] è nato nel dicembre 1959 e risiede a Pellaro.

A. G.I.E.M. S.r.l.

1) *I lavori di costruzione sul terreno della società ricorrente*

8. La società ricorrente era proprietaria di un terreno, con sede a Bari sulla costa di Punta Perotti, della superficie complessiva di 10.365 metri quadrati, contiguo ad un terreno che all'epoca apparteneva a una società a responsabilità limitata, la Sud Fondi S.r.l. Il suo terreno era classificato edificabile dal piano regolatore generale relativamente a due particelle; il terreno restante era invece destinato da disposizioni tecniche del piano regolatore generale a zona artigianale.

9. Con deliberazione n. 1042 dell'11 maggio 1992, il consiglio comunale di Bari adottò il piano di lottizzazione presentato dalla società S. S.r.l., il quale prevedeva la costruzione di un complesso multifunzionale comprendente abitazioni, uffici e negozi. La società ricorrente afferma che il suo terreno è stato integrato d'ufficio dal consiglio comunale nella convenzione di lottizzazione.

10. Il 27 ottobre 1992, l'amministrazione comunale di Bari chiese alla società ricorrente se desiderava sottoscrivere una convenzione di lottizzazione per costruire sul terreno. In caso di risposta negativa, l'amministrazione avrebbe proceduto all'espropriazione del terreno ai sensi della legge n. 6 del 1979 della regione Puglia.

11. Il 28 ottobre 1992 la società ricorrente avvisò l'amministrazione comunale di Bari che desiderava aderire a una convenzione di lottizzazione. L'amministrazione non rispose.

12. Il 19 ottobre 1995, l'amministrazione comunale di Bari rilasciò il permesso di costruire alla società S. S.r.l.

13. Il 14 febbraio 1996, la società S. S.r.l. iniziò i lavori di costruzione che furono terminati per la maggior parte prima del 17 marzo 1997.

2) *Il procedimento penale contro gli amministratori della società S. S.r.l.*

14. Il 27 aprile 1996, a seguito della pubblicazione di un articolo di stampa relativo ai lavori di costruzione effettuati vicino al mare a Punta Perotti, il procuratore della Repubblica di Bari avviò un'indagine penale.

15. Il 17 marzo 1997, lo stesso procuratore ordinò il sequestro conservativo di tutti gli edifici. Peraltro, iscrisse nel registro degli indagati i nomi, tra gli altri, del procuratore della società S. S.r.l. e dei direttori e responsabili dei lavori edilizi. Nella sua ordinanza, riteneva che la località chiamata Punta Perotti fosse un sito naturale protetto e che, di conseguenza, la costruzione del complesso fosse illegale.

16. I rappresentanti della società S. S.r.l. impugnarono il provvedimento di sequestro conservativo dinanzi alla Corte di cassazione. Con decisione del 17 novembre 1997, la suprema Corte annullò questa misura e ordinò la restituzione di tutti gli edifici ai proprietari, in quanto il sito non era soggetto ad alcun divieto di costruzione per effetto del piano regolatore.

17. Con sentenza del 10 febbraio 1999, il tribunale di Bari riconobbe che gli edifici costruiti a Punta Perotti erano abusivi in quanto non conformi alla legge n. 431 dell'8 agosto 1985 («la legge 431/1985»), che vietava il rilascio dei permessi di costruire per i siti di interesse naturalistico, comprese le zone costiere. Tuttavia, considerando che in questo caso l'amministrazione locale aveva rilasciato le licenze edilizie e che era difficile conciliare la legge n. 431/1985 con la legislazione regionale, che presentava delle lacune, ritenne che agli imputati non potesse essere attribuita alcuna colpa né intento delittuoso. Di conseguenza, prosciolse tutti gli imputati perché il fatto non costituiva reato.

18. In questa stessa sentenza, ritenendo che i progetti di lottizzazione fossero materialmente contrari alla legge n. 47/1985 e di natura illegale, il tribunale di Bari ordinò, ai sensi dell'articolo 19 di questa legge, la confisca di tutti i terreni lottizzati a Punta Perotti, compreso quello della società ricorrente, nonché degli edifici realizzati sul sito, e l'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune di Bari.

19. Con decreto del 30 giugno 1999, il Ministro dei beni culturali dichiarò l'inedificabilità dell'area costiera del comune di Bari, area che comprendeva il sito di Punta Perotti, in quanto zona di grande interesse naturalistico. Questa misura fu annullata dal tribunale amministrativo regionale l'anno successivo.

20. Il procuratore della Repubblica interpose appello avverso la sentenza del tribunale di Bari, chiedendo la condanna degli imputati.

21. Con sentenza del 5 giugno 2000 la corte d'appello di Bari riformò la sentenza di primo grado ritenendo che il rilascio delle licenze edilizie fosse legittimo, in considerazione dell'assenza di un divieto di costruire a Punta Perotti e dell'apparente mancanza di illegittimità del procedimento per l'adozione e l'approvazione delle convenzioni di lottizzazione.

22. Di conseguenza, la corte d'appello prosciolse gli imputati perché il fatto non sussisteva e revocò la confisca di tutti gli edifici e i terreni. Il 27 ottobre 2000 il procuratore della Repubblica presentò ricorso per cassazione.

23. Con sentenza del 29 gennaio 2001, la Corte di cassazione annullò senza rinvio la decisione della corte d'appello riconoscendo l'illegittimità materiale dei progetti di lottizzazione in quanto i terreni in questione erano sottoposti a inedificabilità assoluta e ad un vincolo paesaggistico imposti dalla legge. A questo riguardo rilevò che, al momento dell'adozione dei progetti di lottizzazione (il 20 marzo 1990), la legge regionale n. 30/1990 sulla tutela paesaggistica non era ancora in vigore e ne dedusse che le disposizioni applicabili nel caso di specie erano quelle della legge regionale n. 56 del 1980 (sulla pianificazione urbanistica) e della legge nazionale n. 431/1985 (sulla tutela del paesaggio).

24. La Corte di cassazione rilevò tuttavia che la legge n. 56/1980 imponeva un divieto di costruire ai sensi dell'articolo 51 F), al quale le circostanze del caso di specie non consentivano di derogare in quanto i progetti di lottizzazione riguardavano dei terreni non situati nell'agglomerato urbano. La Corte di cassazione aggiunse che, al momento dell'adozione delle convenzioni di lottizzazione, i terreni in questione erano inclusi in un piano di attuazione del piano regolatore generale che era successivo all'entrata in vigore della legge regionale n. 56/1980.

25. La Corte di cassazione rilevò che nel marzo 1990 (paragrafo 23 supra), al momento dell'approvazione dei progetti di lottizzazione, non era in vigore alcun programma di attuazione. A tale riguardo, fece riferimento alla sua giurisprudenza secondo la quale un piano di attuazione doveva essere in vigore alla data di approvazione dei progetti di lottizzazione (Corte di cassazione, Sezione 3, 21.1.97, Volpe; 9.6.97, Varvara; 24.3.98, Lucifero), poiché – sempre secondo la giurisprudenza – alla scadenza di un piano di attuazione il divieto di costruire su cui il programma aveva posto fine dispiegava nuovamente i suoi effetti. Di conseguenza, era necessario mantenere l'esistenza del divieto di costruire sui terreni in causa al momento dell'approvazione dei progetti di lottizzazione.

26. La Corte di cassazione considerò anche l'esistenza di un vincolo paesaggistico ai sensi dell'articolo 1 della legge nazionale n. 431/1985. Nel caso di specie, mancava il parere di conformità alla tutela paesaggistica da parte delle autorità competenti, ossia mancava il nulla osta rilasciato dalle autorità nazionali attestante la conformità ai requisiti di tutela del paesaggio – ai sensi dell'articolo 28 della legge n. 150/1942 – nonché il parere preliminare delle autorità regionali previsto dagli articoli 21 e 27 della legge n. 150/1942 e il parere del comitato urbanistico regionale previsto dagli articoli 21 e 27 della legge regionale n. 56/1980.

27. Infine, la Corte di cassazione rilevò che i progetti di lottizzazione rappresentavano soltanto 41.885 metri quadrati, mentre, secondo le disposizioni tecniche del piano regolatore generale del comune di Bari, la superficie minima era fissata in 50.000 metri quadrati.

28. Alla luce di queste considerazioni, la Corte di cassazione riconobbe quindi l'illegittimità dei progetti di lottizzazione e dei permessi edilizi rilasciati, e assolse gli imputati sostenendo che non potevano essere accusati di alcuna colpa o intenzione di commettere gli atti delittuosi e che avevano commesso un «errore invincibile e scusabile» nell'interpretazione di disposizioni regionali «oscure e mal formulate», che interferivano con la legge nazionale. La Corte di cassazione tenne anche conto del comportamento delle autorità amministrative, e in particolare dei seguenti fatti: al momento del rilascio dei permessi edilizi, gli imputati erano stati rassicurati dal dirigente dell'ufficio comunale competente; i divieti riguardanti la tutela dei siti con i quali il progetto di costruzione era in conflitto non erano inclusi nel piano regolatore; e l'amministrazione nazionale competente non era intervenuta. Infine, la Corte di cassazione dichiarò che, in assenza di un'indagine sulle ragioni dei comportamenti tenuti dagli enti pubblici, non era lecito formulare ipotesi al riguardo.

29. Nella stessa sentenza, la Corte di cassazione ordinò la confisca di tutti gli edifici e i terreni in quanto, conformemente alla sua giurisprudenza, era obbligatorio applicare l'articolo 19 della legge n. 47/1985 in caso di lottizzazione abusiva, anche in assenza di condanna penale dei costruttori.

30. La sentenza fu depositata in cancelleria il 26 marzo 2001.

31. Nel frattempo, il 1º febbraio 2001, la società ricorrente aveva nuovamente chiesto all'amministrazione di Bari di poter concludere una convenzione di lottizzazione.

32. Il 15 febbraio 2001 l'amministrazione di Bari informò la società ricorrente che, in seguito alla sentenza della Corte di cassazione del 29 gennaio 2001, la proprietà dei terreni situati a Punta Perotti, compresi quelli appartenenti alla società ricorrente, era stata trasferita al comune.

33. Il procedimento penale sopra descritto è stato oggetto di un altro ricorso presentato dinanzi alla Corte (S. S.r.l. e altri c. Italia, n. 75909/01, 20 gennaio 2009).

3) *Le azioni intraprese dalla società ricorrente per ottenere la restituzione del terreno*

34. Il 3 maggio 2001 la società ricorrente si rivolse alla corte d'appello di Bari e sollecitò la restituzione del suo terreno. Essa sostenne che, secondo una giurisprudenza della Corte di cassazione, la confisca di beni appartenenti ad un terzo non parte nel procedimento penale poteva essere disposta solo se quest'ultimo aveva partecipato, materialmente o moralmente, alla commissione del reato.

35. Con ordinanza del 27 luglio 2001, la corte d'appello accolse la domanda della società ricorrente.

36. Il procuratore della Repubblica presentò ricorso per cassazione.

37. Con sentenza del 9 aprile 2002, la Corte di cassazione annullò l'ordinanza della corte d'appello di Bari e dispose il trasferimento della causa al tribunale di Bari.

38. La società ricorrente sollevò un incidente di esecuzione, sollecitando la restituzione del suo terreno.

39. Con ordinanza depositata in cancelleria il 18 marzo 2004, il giudice per le indagini preliminari («il GIP») di Bari respinse la richiesta della società ricorrente. Innanzitutto osservò che le doglianze dell'interessata non riguardavano né l'esistenza né la regolarità formale della misura controversa e affermò che quest'ultima costituiva una sanzione amministrativa obbligatoria che il giudice penale poteva applicare anche nei confronti dei beni di terzi che non avevano partecipano alla commissione del reato di lottizzazione abusiva. Il giudice per le indagini preliminari ritenne che l'esigenza pubblica di salvaguardia del territorio dovesse prevalere sugli interessi particolari.

40. La società ricorrente presentò ricorso per cassazione facendo presente che sul suo terreno non erano state realizzate opere che non fossero state oggetto di un permesso di costruire. Ora, per sua stessa natura, secondo l'interessata la confisca doveva riguardare solo i terreni in cui erano state realizzate delle costruzioni abusive.

41. Con sentenza del 22 giugno 2005, depositata in cancelleria il 18 gennaio 2006, la Corte di cassazione, ritenendo che il GIP di Bari avesse motivato in modo logico e corretto tutti i punti controversi, respinse il ricorso della società ricorrente. La suprema Corte rilevò che la confisca del terreno era conforme alla sua costante giurisprudenza secondo la quale la misura di cui all'articolo 19 della legge n. 47 del 1985 era una sanzione amministrativa obbligatoria, applicata dal giudice penale in ragione del contrasto tra lo status di un bene e la legge sulle lottizzazioni abusive, e questo anche in caso di proscioglimento degli imputati. La Corte di cassazione precisò che il proprietario del terreno che non era parte nel procedimento penale e che sosteneva la sua buona fede poteva far valere i suoi diritti dinanzi ai giudici civili.

4) *Gli ultimi sviluppi*

42. Secondo le informazioni fornite dalle parti, nell'ottobre 2012 il Comune di Bari, tenuto conto dei principi enunciati e delle violazioni constatate dalla Corte nelle sentenze S. S.r.l. e altri (merito e equa soddisfazione, n. 75909/01 del 10 maggio 2012), chiese al tribunale di Bari di ordinare la restituzione del terreno confiscato alla società ricorrente. Il 12 marzo 2013, il GIP del tribunale di Bari revocò la confisca e ordinò la restituzione del terreno in quanto, da un lato, la Corte aveva concluso che vi era stata violazione dell'articolo 7 della Convenzione nella causa S. S.r.l. e altri e che, dall'altro, la società era da considerarsi come un terzo in buona fede in quanto nessuno dei suoi amministratori era responsabile di lottizzazione abusiva. La decisione del GIP fu inscritta nei registri immobiliari il 14 giugno 2013 e la società ricorrente poté recuperare il suo bene il 2 dicembre 2013.

43. Il 7 aprile 2005 la società ricorrente si era rivolta al tribunale di Bari al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa del comportamento del Comune di Bari e delle sue conseguenze sul suo patrimonio. Essa lamentava che il comune aveva 1) omesso di adottare un'alternativa al piano regolatore, 2) omesso di specificare l'esistenza di vincoli relativi alla destinazione urbanistica delle aree interessate dalla lottizzazione contestata, e 3) approvato procedure relative alla lottizzazione che erano apparentemente legittime, ma avevano portato alla confisca del terreno e le avevano causato un significativo danno economico.

Secondo le informazioni fornite dalle parti, il procedimento è pendente in attesa della perizia per la valutazione dei danni – che secondo la società ricorrente ammontano a 52 milioni di euro.

B.H. S.r.l. e R. S.r.l.

1) *Il progetto di lottizzazione*

44. La società ricorrente R. S.r.l. era proprietaria di un terreno edificabile di una superficie di circa 33 ettari a Golfo Aranci.

45. Secondo il programma comunale di fabbricazione di Golfo Aranci approvato il 21 dicembre 1981, il terreno in questione apparteneva alla zona F – classificata come zona turistica – ed era edificabile per un determinato volume. Era possibile realizzare volumi maggiori nel caso di strutture alberghiere o para-alberghiere.

46. Desiderosa di realizzare una residenza produttiva alberghiera, la società R. S.r.l. presentò un piano di lottizzazione alle autorità competenti.

47. Il 27 marzo 1991, ai sensi dell'articolo 13 della legge regionale n. 45 del 1989, la Regione Sardegna diede il nulla osta per la costruzione di edifici ad una distanza minima di 150 metri dal mare, a condizione che, una volta costruiti, gli edifici fossero effettivamente utilizzati a fini turistici e alberghieri. Questo obbligo doveva figurare nel registro immobiliare.

48. Il 29 novembre 1991, la Regione Sardegna accordò alla società R. S.r.l. l'autorizzazione paesaggistica ai sensi della legge n. 431/1985 e dell'articolo 7 della legge n. 1497/1939 (paragrafi 93-96 infra).

49. Il comune di Golfo Aranci approvò definitivamente il progetto di lottizzazione il 17 dicembre 1991.

50. Il 22 aprile 1992 il comune di Golfo Aranci, previa autorizzazione della regione, autorizzò il sindaco a concedere una licenza edilizia in deroga che consentisse di realizzare un volume di opere edilizie superiore a quello previsto dal piano regolatore, al fine di realizzare delle opere alberghiere ricettive. Dal fascicolo risulta che il progetto di lottizzazione riguardava 330.026 metri quadrati.

51. Il 17 luglio 1992, la Regione Sardegna diede la sua autorizzazione definitiva al progetto.

52. Nel frattempo, il 22 giugno 1992 entrò in vigore la legge regionale n. 11/1992 che eliminava la possibilità di derogare al divieto di costruire vicino al mare e fissava la distanza minima di due chilometri per le abitazioni e di 500 metri per gli hotel. Per quanto riguardava le opere alberghiere ricettive, come i complessi residenziali turistico-alberghieri in questione, esse erano ormai assimilate alle abitazioni. Sempre secondo la stessa legge, la distanza minima di due chilometri doveva quindi essere rispettata, salvo nei casi in cui, prima del 17 novembre 1989, la convenzione di lottizzazione era già conclusa e i lavori di urbanizzazione erano già iniziati.

53. Il 17 luglio 1992 la Regione Sardegna autorizzò il sindaco a concedere alla società R. S.r.l. un permesso di costruire in deroga al piano regolatore comunale.

54. Il 13 agosto 1992 il sindaco di Golfo Aranci e la società R. S.r.l. stipularono una convenzione di lottizzazione. Ai sensi dell'articolo 10 di quest'ultima, gli edifici costruiti dovevano rimanere adibiti ad un uso turistico-alberghiero e non potevano essere venduti singolarmente per venti anni. La convenzione stabiliva che il piano di lottizzazione era conforme all'articolo 13 della legge regionale n. 45/1989 e alle altre norme urbanistiche e attestava che la società ricorrente aveva versato una garanzia pari al costo totale dei lavori di urbanizzazione. Quest'ultimi sarebbero stati a carico della società ricorrente, che avrebbe anche dovuto trasferire al comune, a titolo gratuito, il 30 % della superficie del terreno per la costruzione delle opere di urbanizzazione primaria.

55. Il 31 agosto 1992 il comune di Golfo Aranci rilasciò il permesso di costruire per le opere di urbanizzazione primaria. Il 23 novembre 1992 il comune rilasciò il permesso di costruire per gli edifici.

56. Il 19 febbraio 1993, a seguito dell'entrata in vigore, il 22 giugno 1992 (paragrafo 52 supra), della legge regionale n. 11/1992, recante modifica della legge regionale n. 45/1989, la regione ha revocato alcune autorizzazioni concesse sulla base della legislazione precedente. La società ricorrente non era interessata.

57. I lavori iniziarono nel 1993. Nel 1997 erano stati edificati ottantotto alloggi, ossia meno di un terzo di quelli da costruire. Alcuni di essi erano stati venduti a privati, con una clausola che precisava che il bene doveva rimanere per anni destinato ad un uso turistico-alberghiero.

58. Il 28 gennaio 1995 la società R. S.r.l., alla ricerca di nuovi partner per ottimizzare il progetto e ripartire i rischi, chiede al comune se la vendita dei fabbricati a terzi fosse compatibile con la convenzione di lottizzazione. Il 14 febbraio 1995 il comune ritenne che la convenzione fosse redatta in modo suffi-

cientemente chiaro e che, pertanto, non fosse necessario fornire precisazioni. Il comune espresse parere favorevole sulla possibilità di vendere gli immobili, ad eccezione della vendita singola e a condizione che la destinazione degli immobili rimanesse invariata.

59. L'11 marzo 1996 il comune, sollecitato nuovamente dalla società ricorrente, confermò il parere espresso il 14 febbraio 1995.

60. In una data non precisata la società R. S.r.l. stipulò un contratto preliminare di compravendita con la società H. S.r.l. avente ad oggetto parte dei terreni inclusi nella convenzione di lottizzazione e alcuni fabbricati edificati nel frattempo. Inoltre, il 15 gennaio 1996, la H. S.r.l. concluse un contratto di appalto con la R. S.r.l. in base al quale quest'ultima si impegnava ad eseguire dei lavori di costruzione sui terreni oggetto del contratto preliminare di compravendita.

61. Il 26 febbraio 1997, prevedendo di divenire proprietaria dei terreni e degli immobili, la H. S.r.l. concluse anche degli accordi con un'agenzia di viaggi per affittare settimanalmente gli alloggi.

62. Il 22 ottobre 1997 la società R. S.r.l. vendette alla H. S.r.l. 36.859 metri quadrati di terreno e i fabbricati classificati «C2», ossia sedici alloggi destinati a un uso turistico-residenziale. Oltre agli immobili, la R. S.r.l. trasferì alla H. S.r.l. i diritti di costruire. Il prezzo di questa operazione fu fissato in 7.200.000.000 ITL, pari a 3.718.489,67 EUR.

63. Nel novembre 1997 la società R. S.r.l. era proprietaria di sedici alloggi e dei terreni interessati dal progetto di lottizzazione, al netto della particella n. 644 e di quelli che erano stati venduti alla H. S.r.l. Quest'ultima era proprietaria dei terreni acquistati e di sedici alloggi.

64. Il 26 marzo 1998 il Comune approvò la voltura del permesso di costruire riguardante i terreni e gli immobili acquistati dalla H. S.r.l.

65. Il 3 aprile 2006, a seguito della richiesta di un certificato urbanistico presentata dalla società R. S.r.l. relativo ai beni contestati per il periodo 1990-1997, il Comune precisò che la convenzione di lottizzazione stipulata con la R. S.r.l. e le autorizzazioni concesse erano compatibili con le norme urbanistiche in vigore all'epoca e, in particolare, con la legge regionale n. 45/1989; di conseguenza, il Comune ritenne che il reato di lottizzazione abusiva non si configurasse nel caso di specie.

2) *Il procedimento penale*

66. Nel 1997 il procuratore della Repubblica di Olbia avviò un'indagine penale nei confronti di M.C. e L.C., rappresentanti legali delle società ricorrenti. Costoro erano sospettati di vari reati, in particolare di lottizzazione abusiva ai sensi dell'articolo 20 della legge n. 47/1985, per aver costruito troppo vicino al mare e senza permesso di costruire, e di truffa dal momento che avevano cambiato la destinazione degli immobili in violazione della convenzione di lottizzazione.

67. Il 20 novembre 1997 i terreni e gli edifici costruiti furono sottoposti a sequestro conservativo.

68. Con ordinanza del 17 gennaio 2000, il tribunale di Sassari restituì i terreni e i fabbricati agli aventi diritto.

69. Con sentenza del 31 marzo 2003, il tribunale di Olbia assolse nel merito M.C. e L.C. da tutti i reati di cui erano stati accusati, salvo quello di lottizzazione abusiva, che fu dichiarato prescritto.

70. In considerazione dell'entrata in vigore della legge regionale n. 11/1992 (paragrafo 52 supra) e della nuova distanza minima dal mare introdotta da questo testo, il tribunale ritenne che il comune di Golfo Aranci non avrebbe mai dovuto rilasciare le licenze edilizie e che le autorizzazioni rilasciate in precedenza non potevano legittimare una situazione di questo tipo. A suo parere, le licenze edilizie erano contrarie alla legge o, quanto meno, inefficaci. Il tribunale precisò che le costruzioni contestate, pur essendo state realizzate in conformità alle autorizzazioni rilasciate dal Comune, contrastavano con i divieti previsti dalla legge e costituivano una lottizzazione abusiva. Aggiunse che la vendita degli alloggi ai privati sollevava dubbi circa l'uso turistico-alberghiero e che tale cambio di destinazione confermava il carattere abusivo dei lavori effettuati. In conclusione, dispose la confisca dei beni precedentemente sequestrati e il trasferimento della proprietà al comune di Golfo Aranci ai sensi dell'articolo 19 della legge n. 47/1985.

71. Per quanto riguarda in particolare l'accusa di truffa, il tribunale ritenne che il reato non fosse costituito: per lui, il Comune non aveva subito alcun pregiudizio economico in quanto i costi delle opere di urbanizzazione erano rimasti invariati anche riguardo al cambio di destinazione. Inoltre, ritenne che l'esistenza dell'elemento soggettivo, ossia l'intenzione di truffare il comune, non fosse stata dimostrata, dato che la vendita mirava ad alleggerire le difficoltà economiche della società R. S.r.l. Peraltro, il tribunale rammentò che il comune aveva dato alla società un parere favorevole sulla vendita degli immobili.

72. Con sentenza dell'11 ottobre 2004, la corte d'appello di Cagliari confermò la decisione di non do-

versi procedere fondata dal tribunale di Olbia sulla prescrizione, e ribadì che il Comune di Golfo Aranci non avrebbe dovuto rilasciare le licenze edilizie, che erano illegittime e comunque prive di efficacia. La corte d'appello dichiarò che le opere realizzate erano de facto incompatibili con la legge regionale che le vietava. Osservò, inoltre, che tra il mese di marzo 1995 e quello di novembre 1997 la maggior parte degli alloggi costruiti erano stati venduti, fatto che aveva cambiato la destinazione d'uso. Per quanto riguarda l'accusa di truffa, confermò il proscioglimento dei rappresentanti legali delle società ricorrenti riprendendo gli stessi motivi adottati dal tribunale su questo punto, e confermò l'ordinanza di confisca.

73. M.C. e L.C. proposero ricorso per cassazione. Con sentenza del 15 febbraio 2007, la Corte di cassazione respinse il loro ricorso.

3) *Gli ultimi sviluppi*

74. Secondo le informazioni fornite dal Governo, alla data del 29 luglio 2015 i singoli acquirenti degli immobili confiscati ne avevano ancora la piena disponibilità. In precedenza, il 21 maggio 2015, con delibera del consiglio comunale di Golfo Aranci era stato riconosciuto l'interesse reale della collettività a mantenere il complesso edilizio confiscato, facendo riferimento, tra l'altro, alla possibilità di utilizzare gli alloggi per situazioni di emergenza nel caso in cui le autorità locali decidessero di concedere direttamente o indirettamente l'uso dei beni a titolo oneroso a persone a basso reddito.

C.F. S.r.l. e SIG. [*omissis*]

1) *Il progetto di lottizzazione*

75. La Società F. S.r.l. e il sig. [*omissis*] erano comproprietari in parti uguali di un appezzamento di terreno di 11.870 metri quadrati situato a Testa di Cane e a Fiumarella di Pellaro (Reggio Calabria). Il piano di occupazione del suolo prevedeva per questo terreno la possibilità di costruire unicamente complessi residenziali ad uso turistico e alberghiero.

76. Il 12 ottobre 1994 i ricorrenti chiesero un permesso per costruire un complesso residenziale turistico composto da quarantadue case, dotato di impianti sportivi.

77. Il 15 settembre 1997 il comune di Reggio Calabria rilasciò il permesso di costruire.

78. A seguito di un accertamento, il comune constatò una difformità rispetto al progetto. Il 26 gennaio 1998 ordinò la sospensione dei lavori.

79. Il 29 gennaio 1998, i ricorrenti presentarono una variante in corso d'opera – che prevedeva un numero inferiore di case (quaranta invece di quarantadue) e restringeva la zona di costruzione. Questa variante doveva consentire di regolarizzare il progetto adeguandolo alle disposizioni della legge n. 47/1985.

80. Il 10 febbraio 1998 il Sindaco di Reggio Calabria annullò l'ordine di sospensione dei lavori in quanto le difformità riscontrate rispetto al progetto di costruzione potevano essere regolarizzate con la variante presentata in fase di costruzione ai sensi dell'articolo 15 della legge n. 47/1985.

81. Il 1º ottobre 1998 un perito nominato dal comune di Reggio Calabria constatò la conformità dei lavori alla variante presentata. I lavori proseguirono.

2) *Il procedimento penale*

82. Nel 2002 il procuratore della Repubblica di Reggio Calabria avviò un'indagine nei confronti del sig. [*omissis*], in qualità di comproprietario del bene, e di altre cinque persone, ossia un amministratore della società, due firmatari del progetto immobiliare e due direttori dei lavori, tutti sospettati di vari reati, in particolare di lottizzazione abusiva ai sensi dell'articolo 20 della legge n. 47/1985.

83. Con sentenza del 22 gennaio 2007, il tribunale di Reggio Calabria assolse gli imputati da tutti i reati perché il fatto non sussisteva, ad eccezione del reato di lottizzazione abusiva, per il quale pronunciò un non luogo a procedere per prescrizione. Osservò che il progetto riguardava la costruzione di case per uso turistico-alberghiero. Ora, a suo parere, le caratteristiche strutturali ed alcuni elementi di prova lasciavano pensare che la vera finalità del progetto fosse la vendita di case ai privati, fatto che metteva in dubbio l'uso turistico-alberghiero del complesso. Il tribunale ritenne che il cambio di destinazione rendesse abusiva la lottizzazione. In conclusione, ordinò la confisca dei terreni e delle opere realizzate e il trasferimento della proprietà di tali beni al comune di Reggio Calabria ai sensi dell'articolo 19 della legge n. 47/1985.

84. Con sentenza del 28 aprile 2009 la corte d'appello di Reggio Calabria assolse i ricorrenti da tutti i reati perché il fatto non sussisteva, compreso quello di lottizzazione abusiva. Annullò il provvedimento di confisca e ordinò la restituzione dei beni ai proprietari.

85. In particolare, la corte d'appello ritenne che il progetto approvato fosse compatibile con il piano

d'occupazione e con le disposizioni urbanistiche. In assenza di contratto o di compromesso di compravendita, giudicò che non vi era alcuna prova del cambio di destinazione delle opere realizzate e ne dedusse che la lottizzazione non era abusiva.

86. Con sentenza del 22 aprile 2010, depositata in cancelleria il 27 settembre 2010, la Corte di cassazione annullò senza rinvio la sentenza della corte d'appello, ritenendo che il cambio di destinazione degli immobili costruiti fosse provato da dichiarazioni rese da terzi e da alcuni documenti inseriti nel fascicolo. Per la suprema Corte si trattava quindi di una lottizzazione abusiva realizzata dagli imputati (reato che era prescritto, il che comportava un non luogo a procedere). Conseguentemente, i beni in contestazione furono nuovamente interessati dalla decisione di confisca emessa in primo grado dal tribunale di Reggio Calabria. Il proscioglimento degli imputati fu confermato.

3) *Lo stato attuale dei beni confiscati*

87. Secondo una perizia del 5 maggio 2015, redatta da un perito nominato dai ricorrenti, il complesso sequestrato agli interessati si trova in uno stato avanzato di abbandono e di incuria in quanto il Comune, proprietario dei luoghi, non ha effettuato, secondo i ricorrenti, alcuna attività di manutenzione degli spazi.

[*Omissis*]

D. La confisca come sanzione della lottizzazione abusiva

1. *La natura della confisca*

118. La Corte di cassazione ha sempre riconosciuto la confisca come «sanzione». Inizialmente, l'aveva classificata nella categoria delle sanzioni penali. Di conseguenza, la confisca poteva essere applicata solo ai beni dell'imputato riconosciuto colpevole del reato di lottizzazione abusiva, ai sensi dell'articolo 240 del codice penale (Cass., causa Brunotti sopra citata, Cass., S.U., 1990, causa Cancilleri, e Cass., causa Ligresti sopra citata).

119. Con sentenza del 12 novembre 1990, la Corte di cassazione (causa Licastro) ha stabilito che la confisca è una sanzione amministrativa obbligatoria, indipendente dalla condanna penale. Secondo la suprema Corte, questa sanzione poteva quindi essere pronunciata nei confronti di terzi dal momento che all'origine della confisca vi era una situazione (ad esempio, una costruzione o una lottizzazione) che era materialmente abusiva, indipendentemente dall'esistenza dell'elemento soggettivo. Di conseguenza, la confisca può essere disposta quando l'autore è assolto perché il fatto non costituisce reato, ma non può essere disposta se l'autore è assolto perché il fatto non sussiste.

120. Questa giurisprudenza è stata ampiamente seguita (Cass., 1995, causa Besana, Cass., sentenza n. 331, 15 maggio 1997, causa Sucato, Cass., sentenza n. 3900, 23 dicembre 1997, causa Farano, Cass., sentenza n. 777, 6 maggio 1999, causa Iacoangeli, e Cass., 25 giugno 1999, causa Negro). Con la ordinanza n. 187 emessa nel 1998, la Corte costituzionale ha riconosciuto la natura amministrativa della confisca.

121. Nonostante l'approccio adottato dalla Corte nella decisione S. S.r.l. e altri c. Italia del 2007 (Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia (dec), n. 75909/01, 30 agosto 2007), confermata dalle sentenze S. S.r.l. e altri c. Italia (merito, sopra citata) nel 2009 e Varvara c. Italia (n. 17475/09, 29 ottobre 2013), la Corte di cassazione e la Corte costituzionale hanno ribadito la tesi secondo la quale la confisca contestata è una sanzione di natura amministrativa (Cass.., Sentenza n. 42741, 2008, Cass. S.U., sentenza n. 4880, 2015, e Corte costituzionale, sentenza n. 49, 2015). Tuttavia, entrambe hanno riconosciuto che il giudice penale doveva adottare tale misura nel rispetto delle norme di tutela previste dagli articoli 6 e 7 della Convenzione (si veda, ad esempio, Cass., Ord., sentenza n. 24877, 2014). La Corte di cassazione ha esplicitamente confermato il carattere afflittivo della confisca (Cass., sentenza n. 39078 del 2009, e Cass., sentenza n. 5857 del 2011). Nella sentenza n. 21125 del 2007, ha affermato che la funzione principale della confisca era quella di deterrente.

122. Pertanto, l'applicazione della sanzione è autorizzata anche quando il procedimento penale di lottizzazione abusiva non dia luogo alla condanna «formale» dell'imputato (Cass., sentenza n. 39078 del 2009, e Corte costituzionale, sentenza n. 49 del 2015), a meno che l'imputato sia estraneo alla commissione dei fatti e sia stata accertata la sua buona fede (Cass., sentenza n. 36844 del 2009).

2. *Il ruolo del giudice penale nell'applicazione della sanzione*

123. La confisca per lottizzazione abusiva può essere disposta da un'autorità amministrativa (il comune o, in mancanza, la regione) o da un giudice penale.

124. La competenza delle autorità giudiziarie penali in materia di confisca è strettamente legata al loro potere di pronunciarsi sulla responsabilità penale delle persone nei casi di lottizzazione abusiva. Di conseguenza, se il reato di lottizzazione abusiva è prescritto prima dell'avvio del procedimento penale, l'autorità giudiziaria che pone fine successivamente al procedimento non può ordinare una misura di confisca: può farlo solo se il termine di prescrizione scade dopo l'avvio del procedimento penale.

125. Nel caso di una lottizzazione abusiva materiale formale o di lottizzazione abusiva giuridica realizzata in assenza o in violazione di un'autorizzazione, dalla giurisprudenza interna emergono due dottrine. Secondo la prima, il giudice penale svolge un ruolo di supplenza (Cass., sentenza n. 42741 del 2008, Cass., sentenza n. 5857 del 2011, e Cass., ordinanza n. 24877 del 2014).

126. Secondo l'altra dottrina, la confisca prevista dall'articolo 44 del testo unico in materia edilizia costituisce l'espressione di un potere sanzionatorio attribuito dalla legge al giudice penale, che non ha carattere sussidiario o sostitutivo, ma che è autonomo rispetto a quello dell'autorità amministrativa. Secondo la Corte di cassazione, occorre considerare definitivamente superata in materia urbanistica la dottrina secondo cui il giudice penale sostituisce l'autorità amministrativa, in quanto la finalità di considerare la lottizzazione abusiva come un illecito penale è quella di assicurare la tutela del territorio (Cass., sentenza n. 37274, 2008, causa Varvara, e Cass., sentenza n. 34881, 2010, causa Franzese)

127. Inoltre, nel caso di lottizzazione abusiva materiale sostanziale, il ruolo del giudice penale consiste non solo nel verificare che non sia realizzata alcuna lottizzazione in mancanza o in violazione di un'autorizzazione, ma anche nello stabilire se la lottizzazione, autorizzata o meno, sia compatibile con altre norme di rango superiore all'atto autorizzativo. Per ordinare la confisca, il giudice penale deve stabilire l'esistenza dell'elemento oggettivo del reato di lottizzazione abusiva, ciò significa che deve accertarsi dell'esistenza di tutti gli elementi costitutivi della condotta criminosa. Ai sensi dell'articolo 18 della legge n. 47 del 1985, la nozione di comportamento illecito non si limita ai comportamenti che si verificano in mancanza di autorizzazione, ma comprende anche quelli che violano le norme urbanistiche e le norme regionali e nazionali (Cass., Salvini e altri, sopra citata). In questo contesto, la Corte di cassazione ha chiarito il rapporto tra l'atto dell'autorità amministrativa che autorizza la lottizzazione e il potere del giudice penale di stabilire se vi sia stata lottizzazione abusiva e ordinare la confisca. Ha precisato che, qualora l'autorizzazione non sia conforme ad altre norme urbanistiche, il giudice penale può condannare l'autore della lottizzazione e pronunciare la confisca senza tuttavia procedere ad alcuna valutazione, da un punto di vista amministrativo, dell'autorizzazione rilasciata. Poiché il giudice penale non ha il diritto di annullare l'autorizzazione, quest'ultima rimane valida (Cass., causa Salvini e altri sopra citata, Cass., causa Varvara sopra citata, e Cass. sentenza n. 36366, 2015, causa Faiola.

3. *Gli effetti sulla confisca della regolarizzazione a posteriori della lottizzazione (sanatoria)*

128. In caso di lottizzazione abusiva in mancanza o in violazione di un permesso di costruire, l'autorità amministrativa può evitare la pronuncia della confisca da parte del giudice penale solo se sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) la lottizzazione è stata sanata a posteriori dal comune; b) l'atto di sanatoria è legittimo; c) l'autorizzazione ex post facto (o la modifica del piano di assetto territoriale) è rilasciata prima che la condanna penale diventi definitiva. Pertanto, una volta passata in giudicato la condanna, la confisca non può più essere revocata neppure in caso di regolarizzazione a posteriori della lottizzazione da parte dell'autorità amministrativa (Cass., sentenza n. 21125 del 2007, causa Licciardello, Cass., sentenza n. 37274, 2008, causa Varvara, e Cass., causa Franzese, sopra citate).

129. Al contrario, in tutti i casi di lottizzazione abusiva che è stata autorizzata ma viola norme di rango superiore, il che rappresenta, secondo la Corte di cassazione, il caso più frequente (lottizzazione abusiva materiale sostanziale), l'autorità amministrativa non ha alcun potere di sanare. In tali casi il giudice penale agisce in piena autonomia e indipendenza dall'autorità amministrativa (Cass., sentenze nn. 21125 del 2007, 39078 del 2009, 34881 del 2010 e 25883 del 2013).

E. Giurisprudenza costituzionale

130. Nelle sentenze nn. 348 e 349 del 22 ottobre 2007 la Corte costituzionale si è pronunciata sul rango della Convenzione nella gerarchia delle fonti del diritto interno. L'articolo 117 della Costituzione, modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, impone al legislatore di rispettare gli obblighi internazionali. Pertanto, la Corte costituzionale ha ritenuto che la Convenzione fosse una norma di rango intermedio tra il diritto comune e la Costituzione che doveva essere applicata secondo l'interpretazione della Corte.

131. Di conseguenza, secondo la Corte costituzionale, spetta al giudice di merito interpretare la nor-

ma interna in modo conforme alla Convenzione e alla giurisprudenza della Corte, ma, quando tale interpretazione si rivela impossibile o il giudice nutre dubbi sulla compatibilità della norma interna con la Convenzione, quest'ultimo è tenuto a sollevare una questione di legittimità costituzionale.

132. Nel gennaio e nel maggio 2014 la Corte costituzionale è stata adita rispettivamente dal tribunale di Teramo e dalla Corte di cassazione per due questioni di legittimità costituzionale relative all'articolo 44, comma 2, del decreto legislativo n. 380/2001, a seguito della sentenza Varvara c. Italia ((merito), n. 17475/09, 29 ottobre 2013).

133. Nella sentenza n. 49 del 26 marzo 2015, la Corte costituzionale ha dichiarato quanto segue:

«6. Un'ulteriore causa di inammissibilità della questione sollevata dalla Corte di cassazione, e anche di quella sollevata dal Tribunale ordinario di Teramo, deriva dal fatto che entrambe sono basate su un duplice, erroneo presupposto interpretativo.

I giudici rimettenti, pur divergendo in ordine agli effetti che la sentenza Varvara dovrebbe produrre nell'ordinamento giuridico nazionale, sono convinti che con tale pronuncia la Corte EDU abbia enunciato un principio di diritto tanto innovativo, quanto vincolante per il giudice chiamato ad applicarlo, raggiungendo un nuovo approdo ermeneutico nella lettura dell'art. 7 della CEDU.

Il primo fraintendimento imputabile ai giudici a quibus verte sul significato che essi hanno tratto dalla sentenza della Corte di Strasburgo.

Nonostante le questioni siano state sollevate, in conformità ai casi oggetto dei giudizi principali, con specifico riferimento al divieto di adottare una misura riconducibile all'art. 7 CEDU unitamente ad una sentenza che abbia accertato la prescrizione del reato, è chiaro che il principio di diritto selezionato dai rimettenti mostra un respiro ben più ampio. La Corte europea, in definitiva, avrebbe affermato che, una volta qualificata una sanzione ai sensi dell'art. 7 della CEDU, e dunque dopo averla reputata entro questo ambito una "pena", essa non potrebbe venire inflitta che dal giudice penale, attraverso la sentenza di condanna per un reato. Per effetto di ciò, la confisca urbanistica, che fino ad oggi continuava ad operare sul piano interno a titolo di sanzione amministrativa, irrogabile anzitutto dalla pubblica amministrazione, pur con l'arricchimento delle garanzie offerte dall'art. 7 della CEDU, sarebbe stata integralmente riassorbita nell'area del diritto penale, o, per dirlo in altri termini, alle tutele sostanziali assicurate dall'art. 7 si sarebbe aggiunto un ulteriore presidio formale, costituito dalla riserva di competenza del giudice penale in ordine all'applicazione della misura a titolo di "pena", e perciò solo unitamente alla pronuncia di condanna.

Ne seguirebbe un corollario: l'illecito amministrativo, che il legislatore distingue con ampia discrezionalità dal reato (ordinanza n. 159 del 1994; in seguito, sentenze n. 273 del 2010, n. 364 del 2004 e n. 317 del 1996; ordinanze n. 212 del 2004 e n. 177 del 2003), appena fosse tale da corrispondere, in forza della CEDU, agli autonomi criteri di qualificazione della "pena", subirebbe l'attrazione del diritto penale dello Stato aderente. Si sarebbe così operata una saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo. Per effetto di ciò, l'area del diritto penale sarebbe destinata ad allargarsi oltre gli apprezzamenti discrezionali dei legislatori, persino a fronte di sanzioni lievi, ma per altri versi pur sempre costituenti una "pena" ai sensi dell'art. 7 della CEDU (Grande Camera, sentenza 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia).

I rimettenti, nell'enunciazione di una simile premessa, non colgono che essa si mostra di dubbia compatibilità sia con la Costituzione, sia con la stessa CEDU, per come quest'ultima vive attraverso le pronunce della Corte di Strasburgo.

6.1.– (...) Come è noto, la Corte EDU, fin dalle sentenze 8 giugno 1976, Engel contro Paesi Bassi, e 21 febbraio 1984, Öztürk c. Germania, ha elaborato peculiari indici per qualificare una sanzione come una «pena» ai sensi dell'art. 7 della CEDU, proprio per scongiurare che i vasti processi di decriminalizzazione, avviati dagli Stati aderenti fin dagli anni 60 del secolo scorso, potessero avere l'effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie sostanziali assicurate dagli artt. 6 e 7 della CEDU (si veda la sentenza Öztürk sopra citata).

Non è stata perciò posta in discussione la discrezionalità dei legislatori nazionali di arginare l'ipertrofia del diritto penale attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori reputati più adeguati, e per la natura della sanzione comminata, e per i profili procedimentali semplificati connessi alla prima sede amministrativa di inflizione della sanzione. Piuttosto, si è inteso evitare che per tale via andasse disperso il fascio delle tutele che aveva storicamente accompagnato lo sviluppo del diritto penale, e alla cui difesa la CEDU è preposta.

In questo doppio binario, ove da un lato scorrono senza opposizione le scelte di politica criminale dello Stato, ma dall'altro ne sono frenati gli effetti di detrimento delle garanzie individuali, si manifesta in modo vivido la natura della CEDU, quale strumento preposto, pur nel rispetto della discrezionalità

legislativa degli Stati, a superare i profili di inquadramento formale di una fattispecie, per valorizzare piuttosto la sostanza dei diritti umani che vi sono coinvolti, e salvaguardarne l'effettività.

È infatti principio consolidato che la «pena» può essere applicata anche da un'autorità amministrativa, sia pure a condizione che vi sia facoltà di impugnare la decisione innanzi ad un tribunale che offra le garanzie dell'art. 6 della CEDU, ma che non esercita necessariamente la giurisdizione penale (da ultimo, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, con riferimento ad una sanzione reputata grave). Si è aggiunto che la "pena" può conseguire alla definizione di un procedimento amministrativo, pur in assenza di una dichiarazione formale di colpevolezza da parte della giurisdizione penale (sentenza 11 gennaio 2007, Mamidakis c. Grecia).

6.2. (...) Simili espressioni, linguisticamente aperte ad un'interpretazione che non costringa l'accertamento di responsabilità nelle sole forme della condanna penale, ben si accordano sul piano logico con la funzione, propria della Corte EDU, di percepire la lesione del diritto umano nella sua dimensione concreta, quale che sia stata la formula astratta con cui il legislatore nazionale ha qualificato i fatti.

Questa Corte deve concludere che i giudici a quibus non solo non erano tenuti ad estrapolare dalla sentenza Varvara il principio di diritto dal quale muovono gli odierni incidenti di legittimità costituzionale, ma avrebbero dovuto attestarsi su una lettura ad esso contraria. Quest'ultima è infatti compatibile con il testo della decisione e gli estremi della vicenda decisa, più armonica rispetto alla tradizionale logica della giurisprudenza europea, e comunque rispettosa del principio costituzionale di sussidiarietà in materia penale, nonché della discrezionalità legislativa nella politica sanzionatoria degli illeciti, con eventuale opzione per la (interna) natura amministrativa della sanzione.

Le garanzie che l'art. 7 della CEDU offre rispetto alla confisca urbanistica sono certamente imposte, nell'ottica della Corte di Strasburgo, dall'eccedenza che tale misura può produrre rispetto al ripristino della legalità violata (sentenza 20 gennaio 2009, Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia), a propria volta frutto delle modalità con cui l'istituto è configurato nel nostro ordinamento.

Esse però non pongono in ombra che la potestà sanzionatoria amministrativa, alla quale tale misura è affidata prima dell'eventuale intervento del giudice penale, ben si lega con l'interesse pubblico alla «programmazione edificatoria del territorio» (sentenza n. 148 del 1994), alla cui cura è preposta la pubblica amministrazione. Un interesse, vale la pena di aggiungere, che non è affatto estraneo agli orizzonti della CEDU (sentenza 8 novembre 2005, Saliba c. Malta).

Allo stato, e salvo ulteriori sviluppi della giurisprudenza europea (in seguito al deferimento alla Grande Camera di controversie attinenti a confische urbanistiche nazionali, nei ricorsi n. 19029/11, n. 34163/07 e n. 1828/06), deve perciò ritenersi erroneo il convincimento, formulato dai rimettenti come punto di partenza dei dubbi di costituzionalità, che la sentenza Varvara sia univocamente interpretabile nel senso che la confisca urbanistica possa essere disposta solo unitamente ad una sentenza di condanna da parte del giudice per il reato di lottizzazione abusiva.

7.– (...) Non sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all'impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. Nonostante ciò, vi sono senza dubbio indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano.

Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una "sentenza pilota" in senso stretto.»

F. La confisca senza condanna nel diritto italiano

134. La confisca è normalmente considerata una misura penale ai sensi dell'articolo 240 del codice penale. In linea di principio, l'applicazione di tale misura, soprattutto per quanto riguarda la confisca

prevista dal primo comma di questo articolo, dipende dalla condanna dell'imputato. Nel diritto italiano esistono altre forme di confisca senza condanna, ad esempio la confisca diretta dei proventi di un reato (Cass., sentenza n. 31617, 2015, causa Lucci); la confisca preventiva ai sensi dell'articolo 2, comma 3, della legge 31 maggio 1965, n. 575 e dell'articolo 24 del codice antimafia; la confisca relativa ai reati di contrabbando ai sensi dell'articolo 301 del D.P.R. n. 43/1973, come modificato dall'articolo 11 della legge 413/1991 (Cass., sentenza n. 8330, 2014, causa Antonicelli e altri); la confisca di animali (articolo 4 della legge n. 150 del 1992, Cass., sentenza n. 24815, 2013); o la confisca di opere d'arte e beni culturali (articolo 174, comma 3, del decreto legislativo n. 42 del 2004, Cass., sentenza n. 42458, 2015, Amalgià).

G. Altre disposizioni

135. L'articolo 676 del codice di procedura penale consente, in particolare alle persone non coinvolte in procedimenti penali che abbiano ripercussioni sui loro beni, di chiedere la revoca della confisca secondo le modalità previste dagli articoli 665 e seguenti dello stesso codice.

136. Ai sensi dell'articolo 31, comma 9, del testo unico in materia edilizia, in caso di condanna per il reato di costruzione illecita, il giudice penale ordina la demolizione della sola opera contestata.

137. La legge n. 102 del 3 agosto 2009 di conversione del decreto-legge n. 78 del 2009, introduce nello stesso decreto l'articolo 4, comma 4 ter, che prevede, oltre alla revoca della confisca disposta dal giudice penale, i criteri per il risarcimento del danno subito dalle parti interessate a seguito di una confisca ritenuta contraria alla Convenzione dalla Corte europea dei diritti dell'uomo

138. L'articolo 579, comma 3, del codice di procedura penale prevede che la confisca, che in base al diritto nazionale costituisce una misura di sicurezza, può essere proposta con gli stessi mezzi previsti per i capi penali.

[*Omissis*]

C. Valutazione della Corte

1. *G.I.E.M. S.r.l.*

[*Omissis*]

IV. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 7 DELLA CONVENZIONE

186. Tutti i ricorrenti sostengono che, dal momento che non sono stati condannati, la confisca dei loro beni ha violato l'articolo 7 della Convenzione, che recita:

«1. Nessuno può essere condannato per una azione od omissione che, nel momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo la legge nazionale o internazionale. Parimenti non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato.

2. Il presente articolo non vieterà il giudizio o la punizione di una persona colpevole di una azione od omissione che, al momento in cui è stata commessa, era ritenuta crimine secondo i principi generali del diritto riconosciuto dalle nazioni civili.»

[*Omissis*]

a. Principi generali

210. La Corte rammenta che il concetto di «pena» contenuto nell'articolo 7 ha portata autonoma. Per rendere efficace la tutela garantita da questa norma, la Corte deve rimanere libera di andare al di là delle apparenze e di valutare essa stessa se una particolare misura costituisca in sostanza una «pena» nel senso di tale articolo (Welch c. Regno Unito, 9 febbraio 1995, § 27, serie A n. 307-A, e Jamil c. Francia, 8 giugno 1995, § 30, serie A n. 317 B).

211. Il testo dell'articolo 7 § 1, seconda frase, indica che il punto di partenza di qualsiasi valutazione relativamente all'esistenza di una «pena» consiste nel determinare se la misura in questione sia stata imposta a seguito di una condanna per un reato. Tuttavia, anche altri elementi possono essere considerati pertinenti in proposito, ossia, la natura e lo scopo della misura in questione, la sua qualificazione nel diritto interno, le procedure connesse alla sua adozione e alla sua esecuzione nonché la sua gravità

(Welch, sopra citata, § 28, Jamil, sopra citata, § 31, Kafkaris, sopra citata, § 142, M. c. Germania, n. 19359/04, § 120, CEDU 2009, Del Río Prada c. Spagna [GC], n. 42750/09, § 82, CEDU 2013, e Société Oxygène Plus c. Francia (dec.), n. 76959/11, § 47, 17 maggio 2016).

b. Applicazione dei principi generali al caso di specie

212. Nella causa Sud Fondi S.r.l. e altri (sopra citata, sentenza del 30 agosto 2007 sulla ricevibilità), la Corte ha ritenuto che la confisca per lottizzazione abusiva subita dai ricorrenti dovesse essere vista come una pena ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione, nonostante il fatto che nessuna precedente condanna fosse stata emessa nei confronti delle società ricorrenti o dei loro rappresentanti. In quest'interpretazione, la Corte si è basata sul fatto che la confisca controversa era collegata a un «reato» basato su norme giuridiche generiche, che l'illiceità materiale delle lottizzazioni era stata accertata dai giudici penali, che la pena prevista dall'articolo 19 della legge n. 47 del 1985 mirava essenzialmente a punire per impedire il ripetersi dell'inosservanza delle condizioni stabilite dalla legge, che il testo unico del 2001 classificava la confisca per lottizzazione abusiva tra le pene e, infine, che la pena presentava una certa gravità. Nella sua sentenza Varvara (sopra citata, § 51), la Corte ha confermato le sue conclusioni.

213. Il Governo contesta l'applicabilità dell'articolo 7 alla presente causa.

214. Spetta perciò alla Corte cercare di capire se le confische controverse debbano essere viste come delle «pene» ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione. A tal fine, la Corte applicherà i criteri che derivano dai principi generali sopra richiamati.

i) *Le confische sono state imposte in seguito a condanne per reati?*

215. Per quanto riguarda il fatto di sapere se le confische siano state imposte a seguito di condanne per reati, la Corte rammenta che essa ha generalmente ritenuto che tale elemento costituisse solo uno dei criteri da prendere in considerazione (Saliba c. Malta (dec.), n. 4251/02, 23 novembre 2004, Sud Fondi S.r.l. e altri (decisione sopra citata), M. c. Germania (sopra citata), Berland c. Francia, n. 42875/10, § 42, 3 settembre 2015), senza essere determinante quando si tratta di stabilire il tipo di misura (Valico S.r.l. c. Italia (dec.), n. 70074/01, CEDU 2006-III, e Società Oxygène Plus (decisione sopra citata, § 47). Solo raramente la Corte ha ritenuto questo elemento decisivo per dichiarare l'inapplicabilità dell'articolo 7 (Yildirim c. Italia (dec.), n. 38602/02, CEDU 2003-IV; Bowler International Unit c. Francia, n. 1946/06, § 67, e 23 luglio 2009).

216. Secondo la Corte, subordinare il carattere penale di una misura, nell'ambito della Convenzione, al fatto che l'individuo abbia commesso un atto qualificato come reato dal diritto interno e sia stato condannato per questo reato da un giudice penale si scontrerebbe con l'autonomia del concetto di «pena» (si veda, in tal senso, Valico S.r.l, decisione sopra citata). Infatti, senza un'interpretazione autonoma del concetto di pena, gli Stati sarebbero liberi di infliggere pene senza definirle tali, togliendo in tal modo alle persone le tutele dell'articolo 7 § 1, norma che si vedrebbe così privata di efficacia. Ora, è fondamentale che la Convenzione sia interpretata e applicata in modo da rendere le tutele concrete ed efficaci, e non teoriche ed illusorie, il che riguarda altresì l'articolo 7 (Del Rio Prada, sopra citata, § 88).

217. Di conseguenza, se la condanna inflitta dalle giurisdizioni penali interne può rappresentare un criterio tra gli altri, per decidere se una misura costituisca o meno una «pena» ai sensi dell'articolo 7, la mancanza della condanna non basta di per sé ad escludere l'applicabilità di questa norma.

218. Nella fattispecie, il Governo contesta, contrariamente a quanto da esso sostenuto nella causa Sud Fondi S.r.l. e altri (decisione sopra citata), che le confische siano sempre collegate a un «reato», sostenendo quindi il contrario della Camera nella causa sopra citata, che aveva ritenuto che nonostante «non sia [fosse] stata pronunciata alcuna condanna dai giudici italiani nei confronti delle società ricorrenti e dei loro rappresentanti», la confisca controversa si riallaccia comunque a un reato basato su norme giuridiche generiche.

219. Considerate le circostanze delle fattispecie in questione nella presente causa, e dopo aver valutato le argomentazioni del Governo, la Grande Camera non vede alcun motivo per discostarsi dalla conclusione della Camera nella sentenza S. S.r.l. e altri (sopra citata). In ogni caso, anche ammettendo che sia necessaria una diversa conclusione, per i motivi sopra riportati la Corte ritiene che questo solo criterio non possa escludere il carattere penale della misura. La Corte ha il dovere quindi di esaminare gli altri criteri sopra citati.

ii) *La qualifica della confisca nel diritto interno*

220. Per quanto riguarda la qualifica della confisca nel diritto interno, la Corte osserva anzitutto che l'articolo 44 del testo unico in materia edilizia, che disciplina la confisca di cui alle cause in questione, si intitola «Sanzioni penali» (paragrafo 108 supra). La Corte inoltre prende atto della tesi del Governo secondo cui questo titolo sarebbe semplicemente il risultato di un errore dei redattori del testo legislativo

al momento della codifica delle norme pertinenti in materia. Tuttavia, l'iter legislativo della norma non sorregge tale argomentazione. Inoltre, poiché la legge è stata approvata nel 2001, il legislatore ha avuto la possibilità di correggerla, se lo avesse voluto, per sedici anni.

221. Questo elemento indica che la confisca è proprio una «pena» nel senso dell'articolo 7 (S. S.r.l. e altri c. Italia, decisione sopra citata).

iii) *La natura e lo scopo della confisca*

222. Per quanto riguarda la natura e lo scopo della confisca, la Grande Camera conferma le conclusioni della Camera nelle sentenze sopra citate Sud Fondi S.r.l. e altri (merito) e Varvara, stando alle quali la confisca per lottizzazione abusiva subita dai ricorrenti aveva un carattere e uno scopo punitivi, e quindi può essere considerata una «pena» nel senso dell'articolo 7 della Convenzione. È possibile illustrare tre motivi a fondamento di questa conclusione.

223. In primo luogo, il carattere afflittivo e dissuasivo della misura controversa è stato sottolineato dalla Corte di cassazione italiana (paragrafo 121 supra). Come sottolineato dal Governo (paragrafo 203 supra), le giurisdizioni interne hanno accettato il principio secondo cui in caso di confisca si applicano le tutele dell'articolo 7.

224. In secondo luogo, il Governo ha riconosciuto nelle sue osservazioni che la confisca è compatibile con l'articolo 1 del Protocollo n. 1, soprattutto perché persegue lo scopo di «punire» i responsabili delle trasformazioni illecite dei terreni (si vedano le osservazioni del Governo del 5 giugno 2015, § 119). In altre parole, lo stesso Governo sottolinea la natura punitiva della confisca.

225. In terzo luogo, la Corte rileva che la confisca è una sanzione obbligatoria (paragrafi 41 e 119 supra). La sua imposizione non è soggetta alla prova di un danno effettivo o di un rischio concreto per l'ambiente. La confisca può quindi essere applicata anche in assenza di qualsiasi attività concreta volta a trasformare il territorio, come nelle cause riguardanti la società G.I.E.M. S.r.l. e il sig. [*omissis*].

226. Per tutti questi motivi, la Corte ritiene che lo scopo della confisca dei beni dei ricorrenti per lottizzazione abusiva fosse punitivo.

iv) *La gravità degli effetti della confisca*

227. Quanto alla gravità della misura in questione, la Corte rileva che la confisca per lottizzazione abusiva costituisce una sanzione particolarmente onerosa e intrusiva. Entro i limiti del sito interessato, essa si applica non soltanto ai terreni edificati e a quelli per i quali è stato dimostrato che i proprietari avevano l'intenzione di costruire o che vi era stato un cambio nella destinazione d'uso degli immobili, ma anche a tutti gli altri terreni appartenenti al sito. Inoltre, tale misura non dà luogo ad alcun indennizzo (Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia, sentenza sopra citata).

v) *Le procedure di adozione e di esecuzione della confisca*

228. Per quanto riguarda le procedure di adozione e di esecuzione della confisca, la Corte rileva che tale misura è disposta dal giudice penale. È stato così nel caso dei ricorrenti.

229. Inoltre, la Corte considera poco convincente l'argomentazione secondo cui i giudici penali agirebbero in luogo della pubblica amministrazione.

230. Anzitutto, questa tesi è controversa nel diritto nazionale, almeno nel caso di una lottizzazione abusiva (materiale formale o giuridica) realizzata in assenza o in violazione dell'autorizzazione, in quanto la giurisprudenza interna ha adottato due approcci opposti (paragrafi 123-127 supra). In ogni caso, una volta che la condanna penale sia divenuta definitiva, la confisca non può più essere revocata, nemmeno in caso di successiva sanatoria della lottizzazione da parte dell'autorità amministrativa (paragrafi 128 129 supra).

231. Inoltre, il fatto che il giudice penale non si sostituisca all'autorità amministrativa è ancora più evidente nel caso di lottizzazione abusiva materiale sostanziale. Infatti, quando l'amministrazione ha autorizzato una lottizzazione contraria alle norme urbanistiche, il che costituisce una lottizzazione abusiva, il potere del giudice di confiscare il terreno e le opere non costituisce un atto con il quale il giudice si sostituisce all'amministrazione. Al contrario, esso rivela un conflitto tra la giurisdizione penale e l'autorità amministrativa nell'interpretare le leggi regionali e nazionali in materia urbanistica. Il ruolo del giudice penale non è semplicemente quello di verificare che nessuna lottizzazione sia effettuata in assenza o in violazione di un'autorizzazione, ma anche di verificare se la lottizzazione, autorizzata o meno, sia compatibile con tutte le altre norme applicabili.

232. Questo è stato il caso, in particolare, della causa H. S.r.l. e R. S.r.l., in cui il comune, mentre il processo penale per lottizzazione abusiva era ancora in corso, ha dichiarato che la convenzione di lottizzazione conclusa con la società R. S.r.l. e le autorizzazioni concesse rispettavano le norme urbanisti-

che in vigore all'epoca, soprattutto la legge regionale n. 45/1989 e che, di conseguenza, il reato di lottizzazione abusiva non era costituito in tale causa (paragrafo 65 supra). D'altra parte, il giudice penale ha smentito la posizione dell'amministrazione e ha ritenuto le società ricorrenti responsabili. In altri termini, il giudice penale ha agito in modo autonomo rispetto all'autorità amministrativa.

c. Conclusione

233. Alla luce di quanto precede, la Corte conclude che le misure di confisca costituiscono delle «pene» ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione: tale conclusione, che è il risultato dell'interpretazione autonoma della nozione di «pena» ai sensi dell'articolo 7, comporta l'applicabilità di questa disposizione, anche in assenza di un procedimento penale ai sensi dell'articolo 6. Tuttavia, come sottolineato dalla Corte costituzionale italiana nella sua sentenza n. 49 del 2015 (paragrafo 133 supra), non esclude la possibilità per le autorità nazionali di imporre «pene» mediante procedure diverse dai procedimenti penali nel senso del diritto nazionale.

234. La Corte rileva inoltre che tale doglianza non è manifestamente infondata ai sensi dell'articolo 35 § 3 a) della Convenzione e che non incorre in altri motivi di irricevibilità. Di conseguenza, la dichiara ricevibile.

B. Sul merito

235. Al fine di valutare se l'articolo 7 sia stato rispettato nella fattispecie, la Corte deve ora esaminare se le controverse misure di confisca fossero subordinate all'esistenza di un elemento soggettivo come indicato nella sentenza Sud Fondi S.r.l. e altri (merito, sopra citata), se tali misure potessero essere applicate senza essere precedute da condanne formali e senza che le società si siano costituite come parti in causa nei procedimenti in questione.

1. *Sulla questione di stabilire se le misure di confisca impugnate implicassero l'esistenza di un elemento soggettivo*

[*Omissis*]

b) Valutazione della Corte

241. La Corte rileva che nella sentenza Sud Fondi S.r.l. e altri (merito, sopra citata) essa ha rammentato la portata del principio di legalità dei reati e delle pene e la conseguente esigenza di prevedibilità degli effetti della legislazione penale (§§ 105-110). Applicando questa nozione al caso di specie, la Corte ha aderito alle conclusioni della Corte di cassazione italiana in questa causa, secondo cui in mancanza di prevedibilità delle norme violate, le parti in causa avevano commesso un errore scusabile e inevitabile, il che escludeva la presenza dell'elemento soggettivo indispensabile ai fini dell'accertamento dell'infrazione e giustificava la loro assoluzione (ibidem, §§ 111-114). La Corte ha poi continuato come segue:

«115. Un ordine di idee complementare merita di essere sviluppato. A livello interno la definizione di «amministrativa» (...) data alla confisca controversa permette di sottrarre la sanzione in questione ai principi costituzionali che regolano la materia penale. L'articolo 27/1 della Costituzione prevede che la «responsabilità penale è personale» e l'interpretazione giurisprudenziale che ne viene data precisa che un elemento soggettivo è sempre necessario. Inoltre l'articolo 27/3 della Costituzione («Le pene ... devono tendere alla rieducazione del condannato») si applicherebbe difficilmente a una persona condannata senza che possa essere chiamata in causa la sua responsabilità.

116. Per quanto riguarda la Convenzione, l'articolo 7 non menziona espressamente il legame morale esistente tra l'elemento oggettivo del reato e la persona che ne è considerata l'autore. Tuttavia, la logica della pena e della punizione, così come la nozione di «guilty» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «personne coupable» (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. In caso contrario, la pena non sarebbe giustificata. Sarebbe del resto incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall'altra, permettere che si consideri una persona come «colpevole» e «punirla» mentre essa non era in condizione di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non poteva assolutamente essere imputato a colui o colei che ne era vittima.

117. Sotto il profilo dell'articolo 7, per i motivi sopra trattati, un quadro legislativo che non permette ad un imputato di conoscere il senso e la portata della legge penale è lacunoso non solo rispetto alle condizioni generali di «qualità» della «legge» ma anche rispetto alle esigenze specifiche della legalità penale».

242. La Grande Camera aderisce alla tesi secondo cui la logica della pena e della punizione nonché la nozione di «guilty» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «personne coupable» (nella versione francese) vanno nel senso di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale. Infatti, così come è spiegato nella sentenza Sud Fondi S.r.l. e altri (merito, sopra citata), discende dal principio di legalità dei reati e delle pene il fatto che la legge penale deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono, affinché la stessa sia accessibile e i suoi effetti siano prevedibili. Una persona sottoposta a giudizio deve poter sapere, a partire dal testo della norma pertinente e se necessario per mezzo dell'interpretazione datane dai tribunali, quali atti e quali omissioni comportano la sua responsabilità penale. Ciò significa anche che una pena nel senso dell'articolo 7 si può concepire in linea di principio soltanto a condizione che a carico dell'autore del reato sia stato accertato un elemento di responsabilità personale. C'è infatti, come ha osservato la Corte di cassazione italiana nella causa Sud Fondi S.r.l. e altri (si veda il paragrafo 112 della sentenza della Corte in questa causa), un'evidente correlazione tra il grado di prevedibilità di una norma penale e il grado di responsabilità personale dell'autore del reato. La Grande Camera quindi concorda sulle conclusioni della Camera nella causa Sud Fondi S.r.l. e altri secondo cui l'articolo 7 richiede, per punire, un legame di natura intellettuale che permetta di individuare precisamente un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato (ibidem § 116).

243. Ovviamente, come ha anche indicato dalla Corte nella sua sentenza Varvara (sopra citata, § 70), quest'esigenza non costituisce un ostacolo ad alcune forme di responsabilità oggettiva a livello delle presunzioni di responsabilità, a condizione che esse rispettino la Convenzione. In proposito, la Corte richiama la sua giurisprudenza relativa all'articolo 6 § 2 della Convenzione, secondo cui gli Stati contraenti restano liberi, in linea di principio, di punire penalmente un atto commesso fuori dal normale esercizio di uno dei diritti tutelati dalla Convenzione (sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi dell'8 giugno 1976, § 81, serie A n. 22, p. 34, par. 81) e, quindi, di definire gli elementi costitutivi di tale reato. In particolare possono, ad alcune condizioni, rendere punibile un fatto materiale od oggettivo considerato di per sé, che provenga o meno da un intento criminoso o da una negligenza; le loro legislazioni rispettive ne offrono diversi esempi. Qualsiasi sistema giuridico prevede delle presunzioni di fatto o di diritto; la Convenzione non vi pone ostacoli in linea di principio, ma in materia penale obbliga gli Stati contraenti a non superare in proposito un certo limite. Ora, risulta dalla giurisprudenza che questo limite è superato quando una presunzione ha l'effetto di privare una persona di qualsiasi possibilità di discolparsi rispetto ai fatti di cui è accusata, privandola così del beneficio dell'articolo 6 § 2 della Convenzione (si veda, tra altre, Salabiaku c. Francia, 7 ottobre 1988, §§ 27-28, serie A n. 141 A, Janosevic c. Svezia, n. 34619/97, § 68, CEDU 2002 VII, e Klouvi c. Francia, n. 30754/03, § 48, 30 giugno 2011).

244. La Corte rammenta che la Convenzione deve essere letta nel suo insieme ed interpretata in modo da promuovere la coerenza interna e l'armonia tra le sue varie disposizioni (si veda, tra altre, mutatis mutandis, Hammerton c. Regno Unito, n. 6287/10, § 84, 17 marzo 2016). Tenuto conto del fatto che gli articoli 7 e 6 § 2 hanno in comune, nei loro rispettivi ambiti, la tutela del diritto di una persona di non essere sottoposta ad una pena senza che la sua responsabilità personale, compreso un nesso di natura intellettuale con il reato, sia stata debitamente accertata, la Corte ritiene che la giurisprudenza di cui sopra si applichi mutatis mutandis sul terreno dell'articolo 7.

245. Inoltre, la Corte osserva che, a seguito della sentenza Sud Fondi S.r.l. e altri (merito, sopra citata), i tribunali interni hanno accettato tale argomentazione e modificato la propria giurisprudenza di conseguenza per quanto riguarda due aspetti importanti. Primariamente, anche in caso di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione, la confisca può essere attuata solo se è dimostrato che il reato è costituito per quanto riguarda sia il suo elemento oggettivo che il suo elemento soggettivo. In secondo luogo, a partire dalla sentenza Sud Fondi S.r.l. e altri (ibidem), i tribunali interni si sono astenuti dall'imporre tale provvedimento di confisca a terzi in buona fede.

246. Alla luce di quanto sopra, la Corte ritiene che, nelle fattispecie, l'articolo 7 esigeva che le controverse confische fossero prevedibili per i ricorrenti e che non fossero loro imposte in mancanza di un nesso intellettuale che denotasse un elemento di responsabilità nella loro condotta.

247. Si tratta quindi, a questo punto, di sapere se tale requisito sia stato soddisfatto, sapendo che (a) nessuno dei ricorrenti è stato formalmente condannato a questo titolo, e che (b) le società ricorrenti non sono mai state parti in causa nei procedimenti in questione. La Corte esaminerà di seguito ciascuna di tali circostanze.

2. *Sul punto di stabilire se i controversi provvedimenti di confisca potessero essere applicati in mancanza di condanne formali*

248. La Corte osserva che, nel caso di specie, tutti i ricorrenti hanno subito la confisca dei loro beni nonostante nessuno di essi fosse stato oggetto di una condanna formale: nel caso di G.I.E.M. S.r.l., né la società stessa, né i suoi rappresentanti sono mai stati sottoposti a procedimento (paragrafi 23-29 supra); le altre società ricorrenti, a differenza dei loro rappresentanti, non sono mai state parti in causa nei procedimenti in questione (paragrafi 66-73, 82-86 supra); infine, l'azione penale nei confronti del sig. [*omissis*] è caduta in prescrizione.

249. Le parti hanno opinioni chiaramente divergenti sulla necessità di una condanna formale, che è già stata esaminata nella sentenza Varvara (sopra citata). I ricorrenti sostengono che, secondo tale sentenza, i controversi provvedimenti di confisca non potevano essere applicati in assenza di condanne formali, e chiedono alla Corte di confermare la giurisprudenza Varvara su questo punto.

Il Governo sostiene la tesi opposta e invita pertanto la Corte a invalidare la sentenza Varvara su questo punto e a confermare la posizione dei giudici interni, in particolare quella della Corte costituzionale (paragrafo 133 supra).

250. La Grande Camera richiama la giurisprudenza Varvara (sopra citata), secondo cui:

«71. La logica della «pena» e della «punizione», e la nozione di «guilty» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «personne coupable» (nella versione francese), depongono a favore di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore. In mancanza di ciò, la punizione non avrebbe senso (Sud Fondi e altri, sopra citata, § 116). Sarebbe infatti incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, dall'altra, una punizione quando, come nel caso di specie, la persona interessata non è stata condannata.

72. Nella presente causa, la sanzione penale inflitta al ricorrente, quando il reato era estinto e la sua responsabilità non era stata accertata con una sentenza di condanna, contrasta con i principi di legalità penale appena esposti dalla Corte e che sono parte integrante del principio di legalità che l'articolo 7 della Convenzione impone di rispettare. La sanzione controversa non è quindi prevista dalla legge ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione ed è arbitraria.».

251. Ne consegue che l'articolo 7 osta a che una sanzione penale sia inflitta su base individuale senza che sia stata accertata e dichiarata preventivamente la sua responsabilità penale personale. In caso contrario, la presunzione di innocenza garantita dall'articolo 6 § 2 della Convenzione sarebbe anch'essa inapplicata.

252. Tuttavia, se da un lato è chiaro che, come indicato nella sentenza Varvara (ibidem), la dichiarazione di responsabilità penale richiesta è spesso contenuta in una sentenza penale che condanna formalmente l'imputato, in ogni caso ciò non costituisce una norma imperativa. In effetti, la sentenza Varvara non permette di concludere che le confische per lottizzazione abusiva devono necessariamente essere accompagnate da condanne penali ai sensi del diritto nazionale. Da parte sua, la Corte deve assicurarsi che la dichiarazione di responsabilità penale rispetti le tutele di cui all'articolo 7 e derivi da un procedimento che soddisfi le esigenze dell'articolo 6. In proposito, la Corte sottolinea che le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico. Il loro carattere vincolante e le loro autorità interpretativa non possono pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate.

253. Ne consegue altresì che, come già dichiarato dalla Corte per quanto riguarda il carattere autonomo della sua interpretazione dell'articolo 7 (paragrafo 233 supra), la conformità con l'articolo 7 come interpretato nella causa Varvara non comporta che qualsiasi controversia importante debba essere necessariamente trattata nell'ambito di un procedimento penale in senso stretto. In questo senso, l'applicabilità di questa norma non ha l'effetto di imporre la «criminalizzazione», da parte degli Stati, di procedure che questi ultimi, nell'esercizio del loro potere discrezionale, non fanno rientrare nel diritto penale in senso stretto.

254. In proposito, la Corte rammenta che, basandosi sul principio stabilito nella sentenza Öztürk (sopra citata, §§ 49 e 56) ha più volte considerato che «il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non esclude che, in un procedimento di natura amministrativa, una «pena» sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa» (Grande Stevens e altri c. Italia, n. 18640/10 e altri 4, §§ 138-139, 4 marzo 2014, si vedano anche Kadubec c. Slovacchia, 2 settembre 1998, § 57, Recueil 1998-VI, Čanády c. Slovacchia, n. 53371/99, § 31, 16 novembre 2004, e A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia, n. 43509/08, §§ 58-59, 27 settembre 2011). Tale principio è stato confermato altresì dal punto di vista del diritto alla presunzione di innocenza, previsto dall'articolo 6 § 2 della Convenzione. Così, nella causa Mamidakis c. Grecia, (n. 35533/04, § 33, 11 gennaio 2007) la Corte ha ritenuto:

«Per quanto riguarda la doglianza secondo la quale i giudici amministrativi non hanno tenuto conto del fatto che il ricorrente non era stato sottoposto a procedimento penale per il medesimo reato, la Corte ritiene che tale situazione non possa essere vista come una violazione della presunzione di innocenza. Infatti, questa affermazione significherebbe che non si potrebbe condurre alcun procedimento amministrativo in mancanza di un procedimento penale e che non potrebbe essere accertato alcun illecito da parte di un tribunale amministrativo in assenza di una dichiarazione formale di colpevolezza da parte del giudice penale. Inoltre, il ricorrente non adduce altri argomenti atti a indurre la Corte a concludere che i tribunali amministrativi lo hanno ritenuto colpevole prima di emettere una pronuncia definitiva sulla sua causa.».

255. Avendo così escluso la necessità di un procedimento penale, la Corte deve comunque esaminare se l'imposizione delle controverse confische richiedesse almeno una dichiarazione formale di responsabilità penale a carico dei ricorrenti.

256. Mentre i ricorrenti sottolineano l'illegittimità della confisca in assenza di una condanna formale, il Governo ritiene che, fatta eccezione per la G.I.E.M. S.r.l., le società ricorrenti e i loro rappresentanti, tra cui il sig. [*omissis*], siano stati chiaramente riconosciuti colpevoli di violazione delle norme urbanistiche.

257. La Corte osserva che, poiché le società ricorrenti non sono state perseguite come tali e non erano neppure parti in causa nel procedimento (paragrafi 248 supra e 269 infra), le stesse non possono essere state oggetto di una precedente dichiarazione di responsabilità. Di conseguenza, la questione di stabilire se la dichiarazione di responsabilità penale di cui all'articolo 7 debba soddisfare i requisiti formali si pone unicamente per quanto riguarda il sig. [*omissis*].

258. Nel caso di specie, la Corte deve quindi esaminare se, nonostante il reato di cui è imputato il sig. [*omissis*] sia prescritto, essa possa tenere conto degli elementi di detto reato riscontrati dai giudici nazionali per giungere alla conclusione che esiste, in sostanza, una dichiarazione di responsabilità che possa costituire il prerequisito necessario per imporre una sanzione compatibile con l'articolo 7 della Convenzione.

259. La Corte rammenta che, dalla sua giurisprudenza, risulta che può essere necessario impegnarsi, al di là delle apparenze e del vocabolario utilizzato, ad individuare la realtà di una situazione (Ezeh e Connors c. Regno Unito [GC], n. 39665/98 e n. 40086/98, § 123, CEDU 2003-X). Essa può pertanto andare oltre al dispositivo di una decisione interna e tener conto della sua sostanza, in quanto la motivazione costituisce parte integrante della decisione (si veda, mutatis mutandis, Allen c. Regno Unito [GC], n. 25424/09, § 127, 12 luglio 2013).

260. Secondo la Corte, si deve tener conto, da una parte, dell'importanza che ha, in una società democratica, il fatto di garantire lo Stato di diritto e la fiducia nella giustizia delle persone sottoposte a giudizio, e, dall'altra, dell'oggetto e dello scopo del regime applicato dai tribunali italiani. A questo proposito, sembra che l'obiettivo di questo regime sia la lotta contro l'impunità che deriva dal fatto che, per l'effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi, gli autori di questi reati sfuggirebbero sistematicamente all'azione penale e, soprattutto, alle conseguenze dei loro misfatti (si veda, mutatis mutandis, El-Masri c. l'ex Repubblica iugoslava di Macedonia [GC], n. 39630/09, § 192, CEDU 2012).

261. La Corte non può ignorare tali considerazioni nell'applicazione dell'articolo 7 nel caso di specie, a condizione che i tribunali in questione abbiano agito nel pieno rispetto dei diritti della difesa sanciti dall'articolo 6 della Convenzione. Per questo motivo, la Corte ritiene che, qualora i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'articolo 7, che in questo caso non è violato.

262. Di conseguenza, l'articolo 7 non è stato violato per quanto riguarda il sig. Gironda.

3. *Sulla questione di stabilire se le misure di confisca contestate potessero essere applicate alle società ricorrenti che non erano parti nei procedimenti in questione*.

[*Omissis*]

b) Valutazione della Corte

265. La Corte rileva che la legge italiana conferisce alle società a responsabilità limitata, tra le quali figurano le società ricorrenti, una personalità giuridica distinta da quella dei loro amministratori o azionisti. In linea di principio, si pone quindi il problema di stabilire se le persone fisiche che sono state

coinvolte nei procedimenti dinanzi ai tribunali interni abbiano agito e siano state giudicate in quanto tali o come rappresentanti legali delle società.

266. Tuttavia, la Corte osserva che nel diritto italiano, come in vigore all'epoca dei fatti, ai sensi del principio societas delinquere non potest («le persone giuridiche non possono commettere reati»), le società a responsabilità limitata non possono, in quanto tali, essere parti in un procedimento penale, nonostante la loro personalità giuridica distinta. Di conseguenza, non potevano essere legalmente rappresentate nei procedimenti penali in questione, mentre invece le azioni (e la responsabilità che ne derivava) dei loro rispettivi rappresentanti legali sono state loro direttamente attribuite. Le società erano pertanto terze parti in questi procedimenti, come confermato dalle sentenze dei giudici nazionali.

267. A questo proposito, la Corte sottolinea di aver sempre riconosciuto la personalità giuridica distinta delle società a responsabilità limitata, ritenendo per esempio nella causa Agrtexim e altri c. Grecia, 24 ottobre 1995, § 66, serie A n. 330 A, che:

«[...] la Corte ritiene opportuno eliminare il "velo sociale" o prescindere dalla personalità giuridica di una società solo in circostanze eccezionali, in particolare quando sia chiaramente accertato che la società non è in grado di adire, tramite i suoi organi statutari oppure – in caso di liquidazione – i suoi curatori, gli organi della Convenzione».

268. La Corte ha applicato tale giurisprudenza nella sua decisione di ricevibilità nella causa H. S.r.l. e R. S.r.l., al fine di respingere le doglianze sollevate a proprio nome dal direttore e/o dagli azionisti delle società ricorrenti relativamente all'articolo 7 della Convenzione e all'articolo 1 del Protocollo n. 1 in ragione della confisca. Nella stessa ottica, le doglianze presentate dalle società ricorrenti in merito alla violazione dell'articolo 6 sono state dichiarate irricevibili nelle decisioni sulla ricevibilità, in cui la Corte ha dichiarato che dal momento che i procedimenti contestati non avevano riguardato né la F. S.r.l., né la H. S.r.l., né la R. S.r.l., queste società ricorrenti non potevano essere considerate vittime della dedotta violazione.

269. Nel caso di specie, si tratta quindi di decidere in merito all'applicazione di una sanzione penale inflitta a persone giuridiche che, per la loro personalità giuridica distinta, non sono state parti in alcun procedimento (penale, amministrativo, civile, ecc.).

270. Nella legge italiana, la confisca di beni è una sanzione imposta dal giudice penale quale conseguenza obbligatoria dell'accertamento della violazione di lottizzazione abusiva. Non è prevista alcuna distinzione per il caso in cui il proprietario dei beni sia una società che, ai sensi della legge italiana, non può legittimamente aver commesso un reato (paragrafo 266 supra).

271. La Corte ha già statuito, nella sentenza Varvara (sopra citata, § 65) che «una conseguenza di fondamentale importanza deriva dal principio di legalità nel diritto penale: il divieto di punire una persona se il reato è stato commesso da un'altra». A sostegno di tale tesi, la Corte ha formulato le seguenti considerazioni:

«64. La Corte ha finora avuto l'opportunità di affrontare questa questione dal punto di vista dell'articolo 6 § 2 della Convenzione.

65. Nella causa A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera, 29 agosto 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997 V), alcuni eredi erano stati puniti per reati commessi dal defunto. La Corte ha ritenuto che la sanzione penale inflitta agli eredi per una frode fiscale attribuita al defunto contrastasse con una regola fondamentale del diritto penale, secondo cui la responsabilità penale non sopravvive all'autore del reato (ibidem, § 48). È quanto riconosciuto esplicitamente dal diritto svizzero, e la Corte ha affermato che questa norma è altresì richiesta per la presunzione di innocenza sancita dall'articolo 6 § 2 della Convenzione. Ereditare la colpevolezza del defunto non è compatibile con le norme della giustizia penale in una società in cui vige il principio della preminenza del diritto. Il principio è stato ribadito nella causa Lagardère (Lagardère c. Francia, n. 18851/07, 12 aprile 2012, § 77), in cui la Corte ha ricordato che, per la presunzione di innocenza sancita dall'articolo 6 § 2 della Convenzione, è richiesta anche la norma secondo la quale la responsabilità penale non sopravvive all'autore del reato, ma anche che ereditare la colpevolezza del defunto non è compatibile con le norme della giustizia penale in una società regolata dalla preminenza del diritto.

66. Visto l'accostamento degli articoli 6 § 2 e 7 § 1 della Convenzione (Guzzardi c. Italia, 6 novembre 1980, § 100, serie A n. 39), la Corte ritiene che la norma da lei appena richiamata sia valida anche dal punto di vista dell'articolo 7 della Convenzione, che impone di vietare che nel diritto penale si possa rispondere per un fatto commesso da altri. Infatti, se è vero che ogni persona deve poter stabilire in ogni momento cosa è permesso e cosa è vietato per mezzo di leggi precise e chiare, non si può concepire un sistema che punisca coloro che non sono responsabili, perché il responsabile è stato un terzo.».

272. La Grande Camera ritiene che questo ragionamento debba essere confermato. Nel caso di specie, le società G.I.E.M. S.r.l., H. S.r.l., R. S.r.l. e F. S.r.l., non sono state parti in alcun procedimento. Solo il legale rappresentante della H. S.r.l. e della F. S.r.l., nonché due membri della R. S.r.l., sono stati accusati personalmente. Le autorità hanno pertanto applicato una pena alle società ricorrenti per azioni di terzi, nel caso di specie, tranne che nel caso della G.I.E.M. S.r.l., in quanto i loro rappresentanti legali o associati agivano a titolo personale.

273. Infine, in risposta all'affermazione del Governo secondo cui le società H. S.r.l., R. S.r.l. e F. erano in malafede (paragrafo 264 supra), la Corte rileva che nulla negli elementi acquisiti alla causa fa pensare che la proprietà dei beni sia stata trasferita alle società ricorrenti dai loro rappresentanti legali (si veda, in tal senso, l'articolo 6 della direttiva 2014/42, paragrafo 152, supra).

274. In conclusione, considerato il principio secondo cui una persona non può essere sanzionata per un atto che coinvolge la responsabilità penale altrui, una misura di confisca applicata, come nel presente caso, a persone fisiche o giuridiche che non sono parti in causa è incompatibile con l'articolo 7.

4. *Conclusioni*

275. Alla luce delle precedenti considerazioni, la Corte è giunta alle seguenti conclusioni:

• Vi è stata violazione dell'articolo 7 per quanto riguarda le società ricorrenti in quanto esse non erano parti nel procedimento penale (paragrafo 274 supra);

• Non vi è stata violazione dell'articolo 7 per quanto riguarda il sig. [*omissis*], in quanto le constatazioni dei giudici nazionali nel procedimento avviato nei suoi confronti costituiscono, in sostanza, una dichiarazione di responsabilità, che soddisfa le esigenze previste da questa disposizione (paragrafo 262 supra).

V. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 1 DEL PROTOCOLLO N. 1

276. I ricorrenti denunciano una violazione del loro diritto di proprietà. Invocano l'articolo 1 del Protocollo n. 1, così formulato:

«Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.»

[*Omissis*]

b. Osservanza dell'articolo 1 del Protocollo n. 1

i) *Principi generali*

292. La Corte rammenta che l'articolo 1 del Protocollo n. 1 richiede che una ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento del diritto al rispetto dei beni abbia un fondamento giuridico: la seconda frase del primo comma di questo articolo autorizza una privazione di proprietà soltanto «nelle condizioni previste dalla legge»; il secondo comma riconosce agli Stati il diritto di regolamentare l'uso dei beni mediante l'entrata in vigore delle «leggi». Inoltre, la preminenza del diritto, uno dei principi fondamentali di una società democratica, è insito in tutti gli articoli della Convenzione (Amuur c. Francia, 25 giugno 1996, § 50, Recueil 1996-III, e Iatridis, sopra citata, § 58).

293. Peraltro, poiché il secondo paragrafo dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 deve essere interpretato alla luce del principio generale enunciato nella prima frase di questo articolo, deve sussistere un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito; in altri termini, spetta alla Corte valutare se sia stato mantenuto un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale a tale riguardo e l'interesse della società parte in causa. In tal modo, essa lascia allo Stato un ampio margine di apprezzamento sia per scegliere i mezzi da utilizzare che per giudicare se le loro conseguenze siano legittimate, nell'interesse generale, dalla preoccupazione di conseguire lo scopo perseguito (Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda [GC], n. 45036/98, § 149, CEDU 2005 VI).

ii) *Applicazione al caso di specie*

294. Nel caso di specie, non è necessario decidere se la violazione dell'articolo 7 sopra constatata (paragrafo 275 supra) abbia automaticamente determinato l'assenza di base giuridica delle confische contestate e pertanto abbia violato l'articolo 1 del Protocollo n. 1, tenuto conto delle conclusioni di seguito

esposte per stabilire se queste confische perseguissero uno scopo legittimo e fossero proporzionate.

295. Nessuno può contestare la legittimità delle politiche statali a favore della tutela ambientale, perché in tal modo si garantiscono e si difendono anche il benessere e la salute delle persone (Depalle c. Francia [GC], n. 34044/02, § 84, CEDU 2010, e Brosset-Triboulet e altri c. Francia [GC], n. 34078/02, § 87, 29 marzo 2010). Tuttavia, va constatato che l'esame della situazione attuale, che si basa sulle informazioni fornite dalle parti, lascia qualche dubbio circa la realizzazione dello scopo che ha giustificato le misure contestate dai ricorrenti.

296. In primo luogo, il terreno confiscato alla società G.I.E.M. S.r.l. è stato restituito alla società ricorrente nel 2013 a seguito di istanza presentata al tribunale di Bari dal sindaco di questa città. Tale restituzione è stata effettuata in virtù dei principi stabiliti dalla Corte nella sua sentenza Sud Fondi S.r.l. e altri (merito, sopra citata) in base agli articoli 7 della Convenzione e 1 del Protocollo n. 1 (paragrafi 42-43 supra).

297. Successivamente, per quanto riguarda le società H. S.r.l. e R. S.r.l., alla data del 29 luglio 2015, gli immobili confiscati risultavano ancora occupati dai proprietari. Inoltre, nel maggio 2015, il consiglio comunale di Golfo Aranci ha riconosciuto l'interesse attuale della collettività a mantenere il complesso immobiliare confiscato, tenuto conto della possibilità di utilizzare gli alloggi per far fronte a situazioni di emergenza concedendo, direttamente o indirettamente, l'uso dei beni a titolo oneroso a persone a basso reddito (paragrafo 74 supra).

298. Infine, nel maggio 2015, il perito nominato dalla società F. S.r.l. e dal sig. [*omissis*] ha sottolineato lo stato di abbandono nel quale si troverebbe il complesso sequestrato agli interessati, in assenza di manutenzione da parte del Comune proprietario dei luoghi (paragrafo 87 supra).

299. Ci si può quindi chiedere in che misura la confisca della proprietà dei beni in questione abbia effettivamente contribuito alla tutela dell'ambiente.

300. Per quanto riguarda la proporzionalità della misura, l'articolo 1 del Protocollo n. 1 richiede, per qualsiasi ingerenza, un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (Jahn e altri c. Germania [GC], nn. 46720/99, 72203/01 e 72552/01, §§ 83-95, CEDU 2005-VI). Questo giusto equilibrio è rotto se la persona interessata deve sostenere un onere eccessivo ed esagerato (Sporrong e Lönnroth sopra citata, §§ 69-74, e Maggio e altri c. Italia, nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08, § 57, 31 maggio 2011).

301. Al fine di valutare la proporzionalità della confisca, possono essere presi in considerazione i seguenti elementi: la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o l'annullamento del progetto di lottizzazione; la natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi; il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione.

302. Inoltre, non va trascurata l'importanza degli obblighi procedurali di cui all'articolo 1 del Protocollo n. 1. Pertanto, la Corte ha ripetutamente osservato che, nonostante il silenzio dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 per quanto riguarda i requisiti procedurali, un procedimento giudiziario relativo al diritto al rispetto della proprietà deve anche offrire alla persona interessata un'adeguata possibilità di esporre la sua causa alle autorità competenti al fine di contestare efficacemente le misure che violano i diritti garantiti da questa disposizione (Sovtransavto Holding c. Ucraina, n. 48553/99, § 96, CEDU 2002 VII, Capital Bank AD c. Bulgaria, n. 49429/99, § 134, CEDU 2005 XII (estratti), Anheuser-Busch Inc. c. Portogallo [GC], n. 73049/01, § 83, CEDU 2007 I, J.A. Pye (Oxford) Ltd e J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Regno Unito [GC], n. 44302/02, § 57, CEDU 2007 III, Zafranas c. Grecia, n. 4056/08, § 36, 4 ottobre 2011, e Giavi c. Grecia, n. 25816/09, § 44, 3 ottobre 2013; si veda anche, mutatis mutandis, Al Nashif c. Bulgaria, n. 50963/99, § 123, 20 giugno 2002, e Grande Stevens e altri, sopra citata, § 188). Una ingerenza nei diritti previsti dall'articolo 1 del Protocollo n. 1 non può quindi avere alcuna legittimità in assenza di un contraddittorio che rispetti il principio della parità delle armi e consenta di discutere aspetti importanti per l'esito della causa. Per garantire il rispetto di questa condizione, occorre considerare le procedure applicabili da un punto di vista generale. (si vedano, fra altre, AGOSI, sopra citata, § 55, Hentrich c. Francia, § 49, 22 settembre 1994, serie A n. 296 A, Jokela c. Finlandia, n. 28856/95, § 45, CEDU 2002 IV, Gáll c. Ungheria, n. 49570/11, § 63, 25 giugno 2013, e Sociedad Anónima del Ucieza c. Spagna, n. 38963/08, § 74, 4 novembre 2014).

303. L'applicazione automatica della confisca in caso di lottizzazione abusiva prevista – salvo che per i terzi in buona fede – dalla legge italiana è in contrasto con questi principi in quanto non consente al giudice di valutare quali siano gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche del caso di specie e,

più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione. Inoltre, non essendo state parti nei procedimenti contestati, le società ricorrenti non hanno beneficiato di alcuna delle garanzie procedurali di cui al precedente paragrafo 302.

304. In conclusione, la Corte ritiene che vi sia stata violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 nei confronti di tutti i ricorrenti in ragione del carattere sproporzionato della misura di confisca.

[*Omissis*]

VII. SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 6 § 2 DELLA CONVENZIONE

310. Il sig. [*omissis*] denuncia inoltre una violazione della presunzione di innocenza a causa della sentenza della Corte di cassazione che impone la confisca del terreno nonostante il non luogo a procedere per prescrizione. Invoca l'articolo 6 § 2 della Convenzione, così formulato;

«Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.».

[*Omissis*]

2. *Valutazione della Corte*

a. Principi generali

314. L'articolo 6 § 2 tutela il diritto di ogni persona di essere «presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata». La presunzione di innocenza, considerata come una garanzia procedurale nel processo penale stesso, presenta anche un altro risvolto. Il suo scopo generale, nel quadro di questo secondo profilo, è quello di impedire che le persone che hanno beneficiato di un proscioglimento o di un'archiviazione siano trattate da pubblici ufficiali o da autorità pubbliche come se fossero effettivamente colpevoli del reato che era stato loro ascritto. In tali situazioni, la presunzione di innocenza ha già consentito – attraverso l'applicazione in sede processuale delle diverse esigenze inerenti alla garanzia processuale che essa offre – di evitare la pronuncia di una condanna penale ingiusta. Senza la protezione destinata a far rispettare in ogni procedimento successivo una decisione di assoluzione o di archiviazione, le garanzie di un processo equo enunciate nell'articolo 6 § 2 rischierebbero di divenire teoriche e illusorie. Una volta concluso il procedimento penale, è in gioco anche la reputazione della persona interessata e il modo in cui essa è percepita dal pubblico. In una certa misura, la protezione offerta dall'articolo 6 § 2 a tale riguardo può sovrapporsi a quella apportata dall'articolo 8 (si vedano, ad esempio, Zollmann c. Regno Unito (dec.), n. 62902/00, CEDU 2003–XII, e Taliadorou e Stylianou c. Cipro, nn. 39627/05 e 39631/05, §§ 27 e 56 – 59, 16 ottobre 2008, e Allen, sopra citata, §§ 93-94).

315. Inoltre, la colpevolezza non può essere stabilita legalmente in un procedimento chiuso da una autorità giudiziaria prima che siano state prodotte le prove o che si sia svolto un dibattimento che avrebbe permesso a quest'ultima di decidere sul merito della causa (Baars c. Paesi Bassi, n. 44320/98, §§ 25-32 del 28 ottobre 2003, e Paraponiaris sopra citata, §§ 30-33). Ad esempio, nella causa Didu c. Romania (n. 34814/02, §§ 40-42, 14 aprile 2009), la Corte ha concluso che vi era stata violazione dell'articolo 6 § 2 in ragione della decisione del giudice di ultimo grado di annullare le decisioni di proscioglimento emesse dai giudici di grado inferiore e di constatare la colpevolezza dell'interessato pur chiudendo il procedimento per prescrizione della responsabilità penale, dal momento che i diritti della difesa non erano stati rispettati nel procedimento dinanzi a tale giurisdizione, anche se quest'ultima aveva per prima dichiarato il ricorrente colpevole. Analogamente, nella causa Giosakis c. Grecia (n. 3), (n. 5689/08, § 41, 3 maggio 2011), la Corte ha ritenuto che la Corte di cassazione avesse violato l'articolo 6 § 2 della Convenzione avendo annullato la sentenza di proscioglimento emessa dalla corte d'appello, pur rilevando che il procedimento era estinto per prescrizione.

316. Da tale giurisprudenza risulta che si pone un problema dal punto di vista dell'articolo 6 § 2 della Convenzione quando il giudice che pone fine al procedimento per prescrizione annulla contestualmente le decisioni di proscioglimento dei giudici di grado inferiore e si pronuncia sulla colpevolezza della persona interessata.

b. Applicazione al caso di specie

317. Nel caso in esame, il ricorrente è stato assolto in appello e la confisca è stata annullata dopo che il progetto di lottizzazione era stato considerato compatibile con il piano d'occupazione e con le dispo-

sizioni urbanistiche (paragrafo 84 supra). Successivamente, questa decisione è stata annullata senza rinvio dalla Corte di cassazione, la quale ha ritenuto che la responsabilità del ricorrente fosse stata provata. Pertanto, il ricorrente è stato dichiarato sostanzialmente colpevole dalla Corte di cassazione, nonostante il fatto che l'azione penale per il reato in questione fosse prescritta. Questa circostanza ha violato la presunzione di innocenza.

318. Ne deriva che, nel caso di specie, nei confronti del sig. Gironda è stato violato l'articolo 6 § 2 della Convenzione.

[*Omissis*]

IX. SULL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE

321. Ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione,

«Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.».

322. Tutti i ricorrenti hanno depositato le loro domande di equa soddisfazione entro i termini impartiti dal presidente della Corte.

323. Nella sua memoria presentata dinanzi alla Grande Camera, il Governo non si è pronunciato sulla domanda di equa soddisfazione dei ricorrenti.

324. Tenuto conto delle circostanze della causa, la Corte ritiene che la questione dell'applicazione dell'articolo 41 della Convenzione non sia istruita. Di conseguenza deve interamente riservarla e fissare la successiva procedura, tenendo conto della possibilità di un accordo tra lo Stato convenuto e i ricorrenti (articolo 75 § 1 del regolamento). A tal fine, la Corte accorda alle parti un termine di tre mesi a decorrere dalla data della presente sentenza.

PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE,

1. Decide, all'unanimità di riunire i ricorsi;

2. Dichiara, all'unanimità, i ricorsi ricevibili per quanto riguarda le doglianze relative agli articoli 6 §§ 1 e 2, e 13 della Convenzione e 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione;

3. Dichiara, a maggioranza, i ricorsi ricevibili per quanto riguarda le doglianze relative all'articolo 7 della Convenzione;

4. Dichiara, con quindici voti contro due, che vi è stata violazione dell'articolo 7 della Convenzione nei confronti di tutte le società ricorrenti;

5. Dichiara, con dieci voti contro sette, che non vi è stata violazione dell'articolo 7 della Convenzione nei confronti del sig. [*omissis*];

6. Dichiara, all'unanimità, che vi è stata violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione nei confronti di tutti i ricorrenti;

7. Dichiara, con quindici voti contro due, non doversi pronunciare sulla sussistenza di una violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione nei confronti della società G.I.E.M. S.r.l. e dell'articolo 13 nei confronti delle società G.I.EM. S.r.l. e F. S.r.l.;

8. Dichiara, con sedici voti contro uno, che vi è stata violazione dell'articolo 6 § 2 della Convenzione nei confronti del sig. [*omissis*];

9. Dichiara, all'unanimità, che la questione dell'applicazione dell'articolo 41 della Convenzione non è istruita; di conseguenza:

a. la riserva totalmente;

b. invita il Governo e i ricorrenti a inviarle per iscritto, entro il termine di tre mesi a decorrere dalla data di notifica della presente sentenza, le loro osservazioni sulla questione e, in particolare, a informarla degli eventuali accordi raggiunti;

c. riserva la successiva procedura e delega al presidente della Corte l'eventuale onere di fissarla.

Fatta in francese e in inglese, e pronunciata in pubblica udienza a Strasburgo, nel Palazzo dei Diritti dell'Uomo, il 28 giugno 2018.

[*Omissis*]

ANTONINO PULVIRENTI

Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi LUMSA sede di Palermo

MARCO LO GIUDICE

Dottore di ricerca Università degli Studi LUMSA sede di Palermo; Avvocato del Foro di Palermo

Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia

Prescription, confiscation and trial in the G.I.E.M. and others v. Italy

Ribaltando le conclusioni cui era pervenuta la sentenza Varvara c. Italia, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza GIEM c. Italia, ha reputato compatibile al canone di legalità una confisca penale disposta a seguito di una declaratoria di prescrizione del reato.
La pronuncia europea si allinea, in tal modo, a quanto affermato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 49/2015), nonché, in larga parte, dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione (sentenza c.d. Lucci).
L'allineamento alle indicazioni interne non è però pedissequo, ma anzi va oltre; la sentenza della Grande Camera infatti, ammette, a differenza di quanto affermato dalla Corte di cassazione, la confisca senza un giudicato formale anche per le misure *stricto sensu* "penali".
Unica condizione di tale confisca è la presenza di un accertamento nel merito circa la colpevolezza del soggetto.
Efficienza dell'ordinamento penale e lotta contro l'impunità sono i fondamenti posti alla base del *self-restraint* della Grande Camera della Corte europea, che, sfocando fortemente il c.d. diritto all'oblio dell'imputato, rafforza decisamente le istanze efficentiste del diritto penale sul piano della politica criminale patrimoniale.

Overturning the conclusions reached by the Varvara judgment c. Italy, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, with the judgment GIEM v. Italy, has deemed compatible with the "rule of law" a criminal confiscation ordered following a declaration of the prescription of the offense.
The European ruling thus aligns with the Constitutional Court's judgment (No. 49/2015), as well as, to a large extent, with the Court of Cassation S.U. (c.d. Lucci).
The alignment with internal indications is not however slavish, but rather goes beyond; the ruling of the Grand Chamber, in fact, admits, contrary to what is stated by the Court of Cassation, the confiscation without a formal judgment also for the confiscated stricto sensu "penal".
The only condition of such confiscation is the presence of an assessment on the merits of the guilt of the subject.
Efficiency of the criminal law and the fight against impunity are the foundations underlying the self-restraint of the Grand Chamber of the European Court, which, strongly blurring the c.d. the right to be forgotten by the accused, decisively reinforces the efficentist demands of criminal law in terms of criminal property policy.

A) I profili sostanziali – *Substantial aspects*

(di MARCO LO GIUDICE)

PREMESSA

A distanza di otto anni dalla ben nota sentenza Sud Fondi s.r.l.[1] e a cinque dalla sentenza Varvara[2], la Corte europea, è tornata a pronunciarsi sulle questioni inerenti alla confisca edilizia per lottizzazione

[1] Cfr. C. edu, sez. II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l., in *www.echr.coe.int*, per un commento alla sentenza cfr. A. Balsamo-C. Parasporo, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti,* in *Cass. pen.*, 2009, p. 3183; altresì A. Giannelli, *La confisca urbanistica*, in Di Stasi (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano*, Padova, 2016, p. 563 ss.

[2] C. edu, sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1392 con nota di A. Balsamo.

abusiva, concentrando in un'unica decisione la soluzione di due dirimenti sotto-tematiche. La sentenza in analisi, infatti, per dirla con l'opinione concordante del Giudice Motoc, è sezionabile in due marcati "momenti": un primo riguardante la questione dell'estensibilità della confisca a terzi soggetti non partecipanti al procedimento applicativo e un secondo inerente alla c.d. "confisca senza condanna" [3], cioè la possibilità di disporre l'ablazione dei beni anche nel caso di sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione.

Background comune ai due distinti profili di doglianza, sottoposti al vaglio autorevole della *Grande Chambre*: il principio di legalità, *sub specie* del principio di colpevolezza, la cui emersione in ambito euro-convenzionale è, non a caso, coincisa con l'individuazione della natura giuridica della confisca ordinata in materia urbanistica per lottizzazione abusiva [4].

Pur affrontando due distinte sotto-tematiche, la decisione assume rilievo, principalmente, in ragione del *revirement* operato in tema di confisca urbanistica e prescrizione del reato.

Sempre più spesso, nella materia penale, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo è chiamata, *melius re perpensa*, a una "riscrittura" o a una "spigolatura" del contenuto delle proprie decisioni giudiziarie.

Tre appaiono le principali ragioni di siffatto necessitato procedimento di *overruling* europeo: 1) l'insofferenza interna per statuizioni in grado di minare la c.d. *law enforcement* e cioè il rispetto e quindi il funzionamento dei sistemi interni [5]; 2) l'approccio casistico della Corte, spesso incentrata su aspetti secondari del caso specifico e la conseguente mancanza di sistematicità della giurisprudenza europea; 3) l'apoditticità motivazionale, che unitamente alle condizioni precedentemente indicate, genera sul piano interno rilevanti ripercussioni.

La necessità di rivedere alcune affermazioni contenute nelle sentenze della Corte non poteva non riguardare anche il principio di legalità previsto all'art. 7 della Convenzione, in riferimento al delicatissimo tema della prescrizione del reato e dell'effettività del diritto penale.

Non è un caso che siffatto rimodellamento delle decisioni europee, in tema di *nulla poena sine lege*, è occasionato a seguito delle problematiche ermeneutiche sollevate in tema di confisca edilizia, tematica legata a "doppio filo" con il tessuto convenzionale. Da un lato, infatti la ricerca delle c.d. "pene nascoste" movimenta vivacemente la giurisprudenza europea e tiene in fibrillazione i dati normativi interni, dall'altro le questioni aventi a oggetto l'ingerenza dello Stato incidente sul diritto di proprietà del cittadino, costituisce uno dei pilasti fondamentali del diritto convenzionale [6].

La confisca "senza procedimento" viola il principio di legalità (il caso G.I.E.M. s.r.l., Hotel Promotion Bureau s.r.l. e R.I.T.A. Sarda s.r.l.)

Come anticipato, la sentenza in disamina ha affrontato la questione dell'omessa partecipazione delle ricorrenti, società incise dalla misura ablatoria, al procedimento penale, riscontrando la violazione del principio di legalità.

È noto che l'affermazione europea di tale canone preminente aveva riguardato il dato testuale dell'art. 19, l. 28 febbraio 1985, n. 47, poi ricalcato dall'art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 nell'interpretazione fornita dai giudici interni. Siffatta disposizione, infatti, prevede che: «*la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite*».

---

[3] Per un inquadramento ad ampio raggio della tematica cfr. M. Panzarasa, *Confisca senza condanna? uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 1672 ss.

[4] La sentenza in commento, al paragrafo 109, individua sinteticamente le diverse ipotesi di lottizzazione distinguendo quattro forme del reato: "materiale" (sostanziale o formale), "negoziale", "mista" e "mediante mutamento della destinazione d'uso".

[5] Per quanto attiene alla prima ragione indicata, ha fatto molto discutere la sentenza della Grande Chambre, A. e B. c. Norvegia, intervenuta a riscrivere integralmente la garanzia del *ne bis in idem* in ossequio alle esigenze degli Stati contraenti che avevano lamentato un serio pericolo per il funzionamento interno del sistema tributario; siffatta pronuncia ha quindi sovvertito un vero e proprio formante giurisprudenziale, fino a quel momento in via di consolidamento, cfr. Corte e.d.u.., Grande Chambre, 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia; altresì, Id., 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia; Id., 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia. Sul punto, ci sia permesso un richiamo a M. Lo Giudice, *Risposte giuridiche integrate in materia penal-tributaria e compatibilità dell'art. 649 c.p.p. al divieto di "double jeopardy" europeo*, in *questa rivista*, 3, p. 2018.

[6] Basti ricordare che la rivoluzione "copernicana" attuata in tema di gerarchia delle fonti è avvenuta con le note sentenze nn. 348 e 349 del 2007, pronunciatesi in materia di corresponsione ai proprietari delle indennità d'esproprio.

Una lettura ermeneutica di tale norma aveva dato vita a un formante giurisprudenziale interno secondo cui il requisito per poter disporre la confisca – ritenuta amministrativa – e la conseguente ablazione al patrimonio del comune dei terreni, è una sentenza definitiva che accerta una lottizzazione abusiva, non essendo richiesta espressamente una "condanna" promanante dal giudice penale. Da tale considerazione interpretativa, la giurisprudenza interna aveva escluso la possibilità di confiscare i terreni lottizzati abusivamente solo nei casi di insussistenza del fatto-reato sotto il profilo oggettivo, ritenendo irrilevante l'eventuale sentenza di proscioglimento per insussistenza dell'elemento soggettivo e per estinzione del reato e invocando a sostegno la conferma letterale proveniente dall'art. 7, ultimo comma, l. n. 47/1985 (poi confluito nell'art. 31, comma 9, del d.P.R. citato), che, invece, in materia di ordine di demolizione, testualmente, richiede una sentenza di condanna (*ubi lex voluit dixit*).

Approccio esegetico che però si mostrava poco in linea con la rubrica dell'art. 44 del testo unico edilizia che, riportando la dizione "sanzioni penali", suggeriva che la confisca dei terreni fosse da ricondurre all'accertamento del reato in tutti i suoi elementi (oggettivo e soggettivo).

Contrariamente a tale indicazione letterale introdotta nel 2001, la giurisprudenza di legittimità aveva affermato la natura "amministrativa"[7] della confisca urbanistica[8] con evidenti e non irrilevanti implicazioni pratiche; su tutte: la conferma della non indispensabilità di una sentenza di condanna (nel senso di una pronuncia di accertamento del reato in ogni suo elemento costitutivo) per disporre l'ablazione dei terreni al patrimonio del comune. Difatti, se bastevole al provvedimento ablatorio era un accertamento del giudice penale circa l'oggettiva sussistenza di una lottizzazione abusiva, a nulla rilevava l'eventuale insussistenza del reato per esclusione dell'elemento psicologico in capo all'autore, quandanche tale elemento fosse stato escluso in ragione della scarsa chiarezza/prevedibilità del quadro normativo e amministrativo di riferimento.

Il giudice penale, dunque, chiamato a disporre o meno la confisca per lottizzazione abusiva, in uno spazio cognitivo avulso dallo statuto penale, in supplenza amministrativa, poteva disinteressarsi della volontà dell'imputato dovendo applicare una misura amministrativa a tutela dell'equilibrio urbanistico e quindi della collettività, del territorio e del paesaggio.

Lo scrutinio valutativo dell'organo di potestà sanzionatoria, chiamato a disporre la confisca urbanistica, presentava nell'opinione del giudice di legittimità una "geometria variabile", disperdendo all'occasione ogni connotato di matrice giurisdizionale/penalistica, instaurando un collaterale e incidentale sindacato amministrativo incentrato sulla verificazione di una lottizzazione sul piano oggettivo[9].

A risultare sacrificata, però da tale opzione esegetica, non era stata solo la sussidiarietà del diritto penale, e cioè l'idea che quest'ultimo intervenga quale *extrema ratio,* ma anche la tutela dei diritti umani in riferimento al principio di legalità oltre che la protezione del diritto alla proprietà.

Fin troppo evidente era che la confisca dei terreni ordinata all'esito del processo penale non fosse equa nel momento in cui "ignorava" la complessità delle questioni e il grado di responsabilità soggettiva in capo ai soggetti incisi.

Di lì, l'inevitabile coinvolgimento dei diritti fondamentali sanciti della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Come noto, nel caso Sud Fondi s.r.l., i rappresentanti delle società ricorrenti erano stati assolti dall'accusa di lottizzazione abusiva per carenza dell'elemento soggettivo, ai sensi dell'art. 5 c.p., essendo incorsi in errore scusabile ed inevitabile nell'interpretazione delle norme violate[10].

I ricorrenti, in quella fattispecie, non erano stati messi in grado di conoscere il senso e la portata della legge penale, a causa di un errore insormontabile che non poteva essere in alcun modo a loro addebitato, con la conseguenza che qualunque sanzione (la confisca veniva ricondotta al novero delle sanzioni

[7] La Corte di cassazione con la sentenza 12 novembre 1990, Licastro, affermò la natura di sanzione amministrativa obbligatoria a prescindere dall'emanazione di una sentenza di condanna; sul punto, cfr. R. Mendoza, *Lottizzazione abusiva: confisca obbligatoria e sentenza di accertamento*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1308. La tesi venne poi ratificata dalla Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 187/1998, *www.cortecostituzionale.it.*

[8] Cfr. Cass., sez. III, 16 novembre 1995, n. 12471, in *Cass. pen.*, 1997, p. 192.

[9] A risultare "amministrativo" è dunque non solo il provvedimento ma anche «*il regime che ne regola la vicenda giuridica*», così T.A.R. Napoli, sez. III, 10 settembre 2018, n. 5433 ad avviso del quale nel caso di sanatoria la misura amministrativa può essere revocata «*giacché il potere giurisdizionale non può sottrarre alla p. a. l'esercizio delle proprie funzioni*».

[10] In tal senso si era espressa la sentenza definitiva del procedimento a loro carico, cfr. Cass.., sez. III, 29 gennaio 2001 n. 11716, in *Cass. pen.*, 2003, p. 244.

penali a seguito dell'applicazione dei ben noti criteri *Engel*) avrebbe violato palesemente il principio di colpevolezza per assenza di una base legale accessibile e prevedibile.

In risposta a quell'innovazione giurisprudenziale, la Corte di cassazione, pur continuando a non escludere la natura amministrativa della confisca urbanistica, ha fornito un'interpretazione adeguatrice del testo unico sull'edilizia, escludendo l'applicabilità della misura ablativa nei confronti di chi risultasse effettivamente in buona fede, sottoponendo così la limitazione patrimoniale a una "condizione soggettiva": l'accertamento di profili di dolo/colpa nella condotta dei soggetti sul cui patrimonio la misura viene ad incidere [11].

Seppur senza una pedissequa adesione alle indicazioni europee, i giudici di legittimità hanno offerto una soluzione – per quanto ambigua [12] – "sostanziale" al problema, da un lato, confermando la natura amministrativa, dall'altro evocando l'ineluttabilità del rispetto dell'imputazione soggettiva dei fatti in capo ai soggetti incisi dalla misura patrimoniale.

Sull'abbrivio di ciò, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza in commento, ha scrutinato la questione della confisca urbanistica senza partecipazione procedimentale, vagliando se l'estensione del provvedimento ablatorio a terzi non citati nella procedura potesse ritenersi compatibile con le garanzie di legalità sancite all'art. 7 Cedu.

In particolare, i ricorsi sottoposti al giudizio della Corte inerivano alcune società, proprietarie di suoli, sui quali era stata "estesa" la confisca, pur non avendo queste mai partecipato ad alcun procedimento penale [13]. Anche qui però una distinzione appare dirimente. Se è vero che le fattispecie sottoposte al vaglio della Corte europea riguardavano tutte la questione della confisca "al buio", cioè della misura ablatoria applicata a soggetti che non avevano partecipato al procedimento, lo è altresì che nelle maglie delle peculiarità casistiche dei singoli ricorsi s'individua una gradualità in termini di gravità della medesima violazione. Alcune ricorrenti erano state escluse in ragione della distinta soggettività giuridica rispetto agli imputati (legali rappresentanti o soci), mentre in un caso (G.I.E.M. s.r.l.) questa era rimasta estranea a qualunque condotta. Si trattava, infatti, di una società coinvolta nella medesima vicenda giudiziaria inerente la lottizzazione realizzata a Bari sulla costa di "punta Perotti", perché proprietaria di suoli confinanti con quelli della società Sud Fondi s.r.l.; in relazione a tali terreni la ricorrente non aveva però mai richiesto concessioni edilizie, né svolto attività edilizie, neppure preparatorie, né aveva mai avuto alcun ruolo nell'approvazione della lottizzazione o, tantomeno, stipulato alcuna convenzione di lottizzazione. Ciò nonostante tali suoli erano stati acquisiti al patrimonio del Comune di Bari per "integrazione d'ufficio", in forza del principio di "unicità dell'area lottizzata" [14]. Trascrizione della sen-

[11] Merita menzione una peculiare sentenza Cass.., sez. III, 15 settembre 2016, n. 51429, in *CED Cass.*, n. 269289, che ha annullato una decisione della Corte territoriale che aveva fatto irragionevole uso di una massima d'esperienza al fine di escludere la buona fede dell'acquirente. Si trattava in particolare di terzi acquirenti di immobili su area destinata a verde agricolo con gradi ravvicinati di parentela con soggetti che avevano a loro volta acquistato analoghe e limitrofe aree destinate a verde agricolo e tutte oggetto di intervento edilizio, anche di notevoli dimensioni, con la conseguenza che l'acquisto contestuale, da parte di più soggetti legati da vincoli familiari, di più fondi limitrofi – tutti destinati originariamente a verde agricolo e successivamente edificati con la realizzazione di strutture immobiliari di rilevanti dimensioni – costituiva prova di un atteggiamento soggettivo incompatibile con la buona fede del terzo estraneo, perché indicativo dell'intento di realizzare o comunque di assicurarsi gli effetti del reato di lottizzazione. Sul punto i giudici di legittimità hanno affermato che «*è insufficiente a espletare un accertamento di carenza di buona fede ai fini dell'assoggettamento alla confisca la sola ricostruzione di una rete di rapporti personali, sia pure particolarmente qualificati come il legame di parentela*».

[12] Ambiguità dello statuto della confisca urbanistica, in parte, confermata dalla stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 49/2015, nella parte in cui ha ritenuto che l'obbligo di accertare il dolo o la colpa, in capo all'autore del reato o al terzo in buona fede, deve attuarsi nel quadro delle garanzie riservate alla materia penale e in particolare: la presunzione d'innocenza dell'imputato e le sue declinazioni (onere della prova in capo all'accusa, motivazione non stilistica). Per dirla in breve: una misura amministrativa, applicata dal giudice penale con le regole e le garanzie del diritto penale e processuale.

[13] Si tratta delle ricorrenti G.I.E.M. s.r.l., Hotel Promotion Bureau s.r.l. in liquidazione e R.I.T.A. Sarda s.r.l. in liquidazione.

[14] Cfr. Cass. ., sez. III, 18 gennaio 2006, n. 9644, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1746; orientamento ormai superato dalla giurisprudenza di legittimità che affida al giudice dell'esecuzione il compito di accertare, dal punto di vista oggettivo, l'effettiva esistenza della lottizzazione e, dal punto di vista soggettivo, l'insussistenza della buona fede nella condotta del terzo acquirente dell'immobile, sulla base di quanto provato dalla pubblica accusa; conformemente, Cass.., sez. III, 15 settembre 2016, n. 51429, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4190, che afferma come, in tema di reati edilizi, la confisca di un immobile abusivamente lottizzato può essere disposta anche nei confronti dei terzi acquirenti, qualora nei confronti degli stessi siano riscontrabili quantomeno profili di colpa nell'attività precontrattuale e contrattuale svolta, per non aver assunto le necessarie informazioni sulla sussistenza di un titolo abilitativo e sulla compatibilità dell'intervento con gli strumenti urbanistici.

tenza di confisca avvenuta senza che la società o i suoi rappresentanti fossero stati parti del procedimento penale, rispetto alla quale non era valso lo strumento dell'incidente di esecuzione – esperito dalla ricorrente – conclusosi nel grado di legittimità [15] con una declinazione di competenza verso il giudice civile, una volta ritenuta la confisca *de qua*: misura di sicurezza patrimoniale obbligatoria connessa alla oggettiva pericolosità della cosa, che il giudice può disporre anche nei riguardi di beni di terzi che non erano accusati e quindi non avevano partecipato al procedimento penale, fatto salvo l'accertamento della buona fede in sede civile.

Ciò premesso, la Grande Camera dopo aver ratificato le conclusioni cui era giunta la sentenza Sud Fondi s.r.l. [16] – avallando la natura penale della confisca per lottizzazione abusiva e consolidando definitivamente il principio di colpevolezza in ambito europeo – giunge ad affermare la violazione dell'art. 7 sulla base del divieto di responsabilità per fatto altrui.

Le società ricorrenti infatti, in base al diritto vigente *ratione temporis*, non potevano essere chiamate a rispondere e/o non potevano essere rappresentate legalmente nel relativo procedimento penale, dei fatti criminosi posti in essere dai rispettivi soggetti gerenti e posti alla base del provvedimento di confisca.

Con argomentazioni di non immediata percezione, al paragrafo 247, la Grande Camera sottopone a verifica il coefficiente di "prevedibilità" della confisca di specie alla luce della circostanza che le società ricorrenti non erano parti in causa nei procedimenti applicativi della misura.

Richiamato un passaggio motivazionale della sentenza Varvara, viene affermato il basilare principio del divieto di responsabilità per fatto altrui, ritenendo incompatibile un sistema che operi diversamente, specie laddove quel medesimo ordito sancisce il principio di colpevolezza imponendo una base legale chiara e accessibile.

Si tratta di un'affermazione basilare che però si pone in distonia rispetto a quanto affermato qualche paragrafo prima (§ 243) laddove, richiamando, proprio, la sentenza Varvara, è operato un riferimento alla possibilità che gli Stati adottino «*forme di responsabilità oggettiva a livello delle presunzioni di responsabilità*».

Le perplessità [17] avanzate dalla dottrina in ordine ai citati passaggi motivazionali persistono *per relationem* in riferimento alla sentenza in analisi. È curioso rilevare come in una pronuncia di Grande Camera che assume a *background* il principio di colpevolezza debbano trovarsi statuizioni possibiliste su forme arcaiche di responsabilità oggettiva.

A prescindere da tale rilievo, è agevole rilevare come il *leitmotiv* della sentenza sia l'accostamento di due garanzie convenzionali: da un lato il principio di legalità, dall'altro la presunzione d'innocenza, trattando-

[15] Ibid. che, dopo aver individuato la natura di misura di sicurezza patrimoniale obbligatoria, ha precisato che la proprietaria del terreno poteva far valere i propri diritti innanzi ai giudici civili (richiamando i precedenti Cass.., 4 dicembre 1995, n. 4262, in *Cass. pen.*, 1997, p. 197; e ancora, in senso del tutto conforme, Cass.., 5 marzo 1999, n. 292, in *Giust. pen.*, 1996, II, c. 503, «*proprio la natura reale dell'istituto giuridico in esame induce a prescindere dall'individuazione dei soggetti titolari dei terreni e delle opere abusivamente lottizzati, consentendo così l'applicazione della confisca su tali beni solo ove l'accertamento giudiziale, come nel caso che occupa, abbia consentito di stabilire l'esistenza di una lottizzazione abusiva, indipendentemente da una condanna o dall'accertamento di singole o specifiche responsabilità penali. Inoltre la possibilità che la confisca urbanistica – proprio in virtù del concetto di unicità della lottizzazione comprendente l'intera area dalla stessa interessata – possa attingere anche beni di soggetti estranei al reato (e allo stesso processo penale) è confermata dalla "ratio" dell'istituto ispirata ad impedire che la lesione della riserva pubblica di programmazione del territorio sia portata a conseguenze ulteriori (da ultimo, Cass. Sez. 3^, n. 38730 del 06/10/2004)*».

[16] Deve notarsi come nell'opinione parzialmente dissenziente dei giudici Spano e Lemmens sia contestata fortemente la sentenza Sud Fondi s.r.l. laddove ha qualificato la confisca edilizia italiana, seguendo i c.d. *Engel's criteria*, come "pena". Pur non convincendo nella parte in cui cerca di confutare i requisiti della qualificazione formale interna, della natura, della obbligatorietà e della gravità, l'opinione contesta non l'*an* della violazione ma il *quomodo*, e perviene alla conclusione dell'accertamento della violazione della Cedu per altra via. Ad avviso dei due giudici: «*imporre una misura di confisca ad una parte in un procedimento giudiziario che non abbia avuto la possibilità di difendersi [..] non ha molte chance di essere considerata una violazione proporzionata al diritto al rispetto dei beni*». Individuando, dunque, quale *commodus discessus* all'accertamento della violazione della convenzione il principio di proporzionalità ricavabile dall'art. 1 prot. Add. 1 della Cedu i giudici giungevano a porre in discussione la qualificazione penale della confisca edilizia.

[17] In ordine a tali momenti motivazionali, fin dall'inizio, era stato attentamente rappresentato come fosse «*difficile, quindi, sfuggire alla sensazione che la sentenza Varvara costituisca un arretramento sul piano del riconoscimento internazionale di fondamentali principi garantistici inerenti al concetto di responsabilità penale personale: qualora l'interpretazione da essa recepita si consolidasse, così determinando una netta inversione di marcia rispetto al percorso innovativo avviato dalla seconda pronuncia Sud Fondi, occorrerebbe chiedersi quale sia il reale valore aggiunto apportato in questa materia dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale si limiterebbe a bandire forme di responsabilità appartenenti ai primordi del diritto penale o a momenti patologico-regressivi della Storia*». Così A. Balsamo, *La Corte Europea e la "confisca senza condanna"*, cit.

si, nell'opinione della Corte, di garanzie aventi un minimo comune denominatore: la tutela della persona a non essere sottoposta ad una pena senza che la responsabilità sia provata. Affiancamento che consente alla Corte di estendere le affermazioni interpretative riferite all'art. 6 § 2 anche all'art. 7 della Cedu.

E proprio tale "osmosi" interpretativa costituisce un'importante svolta della giurisprudenza europea, che si pone in netta controtendenza con il pregresso formante di precedenti, specie laddove ammette l'operatività del principio del *nulla poena sine lege* anche in assenza di un procedimento penale ai sensi dell'art. 6 Cedu. La sentenza in analisi [18] ha, infatti, realizzato un "capovolgimento" esegetico atteso che nel caso di specie non si sarebbe dovuto applicare l'art. 7 (o l'art. 6 capo penale) visto che nessuna accusa era stata formulata alla società ricorrente, che non aveva partecipato ad alcun procedimento.

Anche se, invero, il vero "capovolgimento esegetico" ha riguardato la c.d. "terza conseguenza" [19] del principio di legalità convenzionale: l'impossibilità di disporre una confisca senza condanna.

La confisca senza (un giudicato formale di) condanna. Verso un rafforzamento dell'*actio in rem*?

La soluzione interpretativa adottata con la sentenza Varvara c. Italia (sentenza *spin-off* della sentenza Sud Fondi s.r.l. c. Italia [20]), in materia di confisca urbanistica ordinata contestualmente alla declaratoria di prescrizione del reato, è stata oggetto di ripensamento da parte della Grande Camera.

La sentenza della Camera, nell'interpretare l'art. 7 della Convenzione europea, aveva affermato l'esistenza di una preclusione all'applicazione della confisca edilizia nei casi di sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione.

Sillogismo portante di quella dibattuta pronuncia era il seguente: se nessuna condanna può essere pronunciata senza accertamento di responsabilità *ergo* nessuna pena può essere disposta senza una condanna che accerti la responsabilità [21].

Siffatta declinazione del principio di legalità è stata oggetto, con la decisione in commento, e seppur a maggioranza ristrettissima, di un *self-restraint* da parte della Grande Camera.

La sentenza Varvara, muovendo dalla giurisprudenza precedente, aveva ritenuto che l'emersione del principio di colpevolezza in materia penale, susseguente alla sentenza Sud Fondi s.r.l. avrebbe reso contradditorio e incoerente la validazione di una sentenza interna, applicativa di una confisca penale, allorquando la «*responsabilità non era stata accertata*» [22].

Nel vasto e multiforme "arcipelago" delle confische, la sentenza Varvara c. Italia aveva, in ragione della innovatività della statuizione, a tacere della sua apoditticità, acceso un vibrante dibattito dottrinale e giurisprudenziale di dimensioni tali da richiedere l'intervento della Corte costituzionale.

Intervento che, muovendo dalla questione specifica della dubbia ostatività all'applicazione della confisca penale di una sentenza di non doversi procedere per prescrizione, era giunto fino al punto di mettere in discussione il valore stesso delle sentenze emanate dalla Camera della Corte europea.

In vero, fin da subito, la migliore dottrina aveva rilevato l'esistenza, in tale discussa pronuncia europea, di una evidente "interpolazione" [23] sul tessuto giurisprudenziale europeo, in punto di «*identificazione tra accertamento di responsabilità e pronuncia di condanna ai fini della integrazione del presupposto dell'irrogazione di una confisca qualificabile come pena ai sensi dell'art. 7 CEDU*», al punto da profetizzare un'inevitabile revisione.

Decisione che mal si conciliava in chiave sistemica con la precedente giurisprudenza della Corte chiamata a valutare la compatibilità di misure ablative (misure di prevenzione o *actio in rem*) particolarmente invasive che però erano (e sono tuttora) sottratte al controllo di compatibilità con l'art. 7 della Cedu [24].

---

[18] Si veda in argomento quanto evidenziato nell'opinione concordante del giudice Motoc.

[19] Cfr. C. edu, Varvara, cit. § 67.

[20] C. edu, sez. II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. c. Italia, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1278, con nota di P. Moscarini; Id., sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1392 con nota di A. Balsamo.

[21] Cfr. C. edu, 29 ottobre 2013, cit. § 63.

[22] § 72 Varvara. Il caso Varvara si era concluso, dopo un travagliato *iter* processuale con esiti altalenanti, una sentenza della Corte di cassazione che aveva annullato senza rinvio, dichiarata la prescrizione, la sentenza della Corte di appello territoriale che aveva condannato l'imputato per il reato di lottizzazione abusiva.

[23] A. Balsamo, *La Corte Europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1392 ss.

[24] Fermo il giudizio, sul punto, del giudice Paulo Pinto de Albuqurque nell'opinione dissenziente alla sentenza Varvara, laddove afferma che «*la Corte accorda garanzie più deboli ad alcune misure di confisca più gravi, addirittura più intrusive, e garanzie più*

In questo contesto, s'inserisce la sentenza della *Grande Chambre* sul caso G.I.E.M. ed altri, con un netto ridimensionamento della portata espansiva delle statuizioni contenute nella sentenza Varvara c. Italia; pronuncia che, come anticipato, aveva individuato la c.d. terza conseguenza del principio di legalità convenzionale, e cioè: l'esigenza ai fini della punibilità di una dichiarazione di responsabilità che permetta di imputare il reato al suo autore [25].

La sentenza affronta le specifiche e peculiari doglianze proposte da uno dei ricorrenti (Gironda), comproprietario di un suolo di ragguardevoli dimensioni, sottoposto, per quanto attiene all'area di cantiere e alle opere edilizie esistenti, a confisca, da parte delle autorità giudiziarie italiane. Provvedimento ablativo adottato dal Tribunale di primo grado nonostante il reato di lottizzazione abusiva fosse estinto per prescrizione. Impugnata quella decisione, la Corte di appello aveva assolto l'imputato ritenendo insussistente sotto il profilo oggettivo il reato in questione. Tuttavia, investita del ricorso per cassazione da parte del Procuratore Generale, la Corte di cassazione [26] aveva annullato senza rinvio l'assoluzione nel merito, ritenendo configurabile il reato di lottizzazione sotto una diversa lettura del quadro normativo di riferimento, e attribuendo nuova "forza vincolante" alle statuizioni del giudice di primo grado, il quale aveva già valutato la sussistenza del reato in chiave materiale in uno alla responsabilità soggettiva dell'imputato. Di conseguenza tornava a operare la confisca disposta sulle aree di cantiere e sulle opere edilizi ivi insistenti.

Rispetto a tale fenomenologia casistica, la Grande Camera ha ritenuto di dover chiarire (*recte*: ribaltare) la sentenza Varvara c. Italia, affermando che una confisca, qualificata come sanzione penale ai sensi della Convenzione, deve essere sempre sorretta da un accertamento di responsabilità in chiave soggettiva dell'autore, senza però che ciò imponga categoricamente una sentenza di "condanna" o, per meglio dire, di un "giudicato formale condannatorio".

A essere rinnegata è dunque la pretesa e criticata identificazione tra l'accertamento di responsabilità e la pronuncia di condanna.

In altri termini, a detta della sentenza in commento, l'accertamento di responsabilità penale non deve necessariamente essere contenuto in una condanna "formale" cioè una sentenza emanata *ex* art. 533 c.p. potendo questa essere contenuta (direttamente o *per relationem*) in una pronuncia in rito [27]. Per dirla in breve: ciò che osta al diritto convenzionale non è la confisca "senza condanna" (intesa come condanna formale), quanto la confisca "senza colpevolezza". Colpevolezza che però può essere riconosciuta, nella parte motiva della decisione, dalle autorità interne a prescindere dal *dictum* del suo dispositivo.

Due i fondamenti di tale ripensamento giurisprudenziale: da un lato, l'approccio sostanzialista della Corte di Strasburgo che prescinde dal contenuto del dispositivo, dovendo analizzare la motivazione quale parte integrante della decisione, dall'altro l'esigenza di garantire "la lotta contro l'impunità" dovuta a una inefficienza del sistema che prevede limiti prescrittivi troppo brevi. Esigenza che seppur ricavabile da alcune radicate pronunce – tra tutte è citata la sentenza di grande Camera El-Masri c. ex-Repubblica di Jugoslavia [28] – suscita qualche perplessità per la decontestualizzazione del principio richiamato.

In altre parole, un conto è che lo Stato deve perseguire gli autori di reati in maniera effettiva, in ossequio al divieto di trattamenti inumani e degradanti e alla necessità di indagini effettive laddove sia in gioco la condotta di rappresentanti dello Stato (profilo procedurale dell'art. 3 Cedu), scongiurando il

forti a misure di confisca meno gravi. Alcune misure «civili» e certe misure di «prevenzione penale» che nascondono una vera misura di annientamento delle capacità economiche degli imputati, talvolta sotto la minaccia della detenzione in caso di mancato pagamento della somma dovuta, sono sottoposte ad un controllo debole e vago, sfuggono addirittura al controllo della Corte, mentre alcune misure di natura intrinsecamente ammnistrativa sono talvolta assimilate a pene e sottoposte al controllo più rigoroso degli articoli 6 e 7 della Convenzione».

[25] § 71 «*une interprétation de l'article 7 qui exige pour punir, une déclaration de responsabilité par les juridictions nationales, qui puisse permettre d'imputer l'infraction et d'infliger la peine à son auteur*».

[26] Cass., sez. III, 22 aprile 2010, n. 34865, pronunciatasi sul ricorso per cassazione proposto avverso la sentenza di assoluzione nel merito da parte della Corte di appello di Reggio Calabria per insussistenza dell'elemento oggettivo, ha obliterato la sentenza di appello territoriale, che aveva assolto l'imputato per insussistenza sotto il profilo oggettivo. Con tale pronuncia la Cassazione annulla senza rinvio la sentenza assolutoria dichiarando l'intervenuta prescrizione (avvenuta nel 2002) rinviando però alle motivazioni del giudice di primo grado che a detta della Suprema Corte «*legittimamente e razionalmente*» aveva «*ritenuto integrato in concreto il reato di lottizzazione abusiva nei suoi elementi oggettivo e soggettivo, avendo ravvisato, con argomentazioni logiche, una partecipazione, quanto meno colpevole, alla vicenda lottizzatoria dei soggetti nei confronti dei quali la sanzione è stata adottata*».

[27] Precisa la lezione della Corte costituzionale secondo cui «*la categoria delle sentenze di proscioglimento comprende, accanto a quelle ampiamente liberatorie con formule in fatto, anche "sentenze che, pur non applicando la pena, comportano – in diverse forme e gradazioni – un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o, comunque, l'attribuzione del fatto all'imputato stesso e ciò in particolare vale per le dichiarazioni di estinzione del reato per prescrizione*» così C. Cost., 4 aprile 2008, n. 85, in *Giur. cost*., 2008, p. 1046, con nota di M. Bargis.

[28] Corte e.d.u., Grande Chambre, El-Masri c. Ex Rep. Jugoslavia di Macedonia, in *www.echr.coe.int*, § 192.

rischio di una prescrizione che apra le maglie dell'impunità, altro è sostenere che una sentenza dichiarativa della prescrizione è conforme al principio di colpevolezza purché vi sia una condanna sostanziale. In quest'ultimo caso l'esigenza di effettività andrebbe bilanciata con il sacrosanto diritto all'oblio dell'imputato, di cui però in motivazione non vi è alcun cenno.

Nel quadro di una decisione certamente innovativa, a permanere, in capo al lettore, è invece la consapevolezza dell'eccessivo affidamento alla materia penale di fattispecie che dovrebbero essere affrontate dall'angolo visuale di altre garanzie convenzionali, su tutte: il diritto di proprietà (art. 1 prot. add. 1).

Infatti, ciò che più appare inaccettabile in tema di confisca edilizia non è tanto la problematica (seppur importante) dell'applicabilità in presenza di una decisione sulla prescrizione, quanto che siffatta misura ablatoria venga ritenuta una efficace "panacea" in grado di disgregare gli elefantiaci problemi nazionali sottesi alla materia urbanistica.

In prospettiva *de jure condendo*, la sentenza in commento impone un necessario ripensamento delle misure di confisca urbanistica che prasseologicamente – come nelle vicende oggetto di disamina da parte della Corte europea – sono sovente assolute, non graduali e illimitate.

L'assenza di flessibilità della sanzione ablatoria impone di riflettere sulla necessità di prevedere una confisca in grado di attagliarsi al caso di specie, nell'interesse della collettività.

Come suggerito da tempo [29], l'adozione di misure ripristinatorie quali la demolizione delle opere non conformi, l'annullamento del progetto di lottizzazione in luogo di misure drastiche, magari dietro comminatoria di responsabilità penale personale in caso d'inottemperanza, garantirebbero al meglio le esigenze del territorio, nonché farebbero riacquistare forza ed effettività a un diritto penale fortemente indebolito *in subiecta materia*.

Sotto questo aspetto la sentenza in commento, nella parte in cui invoca maggiore proporzionalità delle misure di confisca urbanistica, potrebbe giocare un ruolo culturale dirimente in chiave di evoluzione della normativa di riferimento.

Altrettanto dirimenti si riveleranno le conseguenze, nel vasto e tormentato quadro delle misure di confisca, della *débâcle* della sentenza Varvara.

Una volta elevata a "diritto vivente europeo" la recessività del diritto all'oblio dell'imputato al cospetto delle istanze di efficientismo della politica criminale patrimoniale, si otterrà la conferma che anche sul versante europeo la confisca rappresenta, per dirla con autorevole dottrina: «*l'unico avamposto irrinunciabile, la prima forma di risposta statale coercitiva a cui sono affidate, anzitutto, le medesime istanze retributive, non senza chiare contaminazioni di marca generalpreventiva*» [30].

La sentenza della Grande camera, s'innesta perfettamente, in un contesto normativo [31] e giurisprudenziale [32], inteso a rafforzare la funzione *in rem (i.e.* la strategia di profilassi economica*)* del diritto penale con evidente sacrificio del diritto all'oblio in capo all'autore del fatto criminoso.

Efficientismo della politica criminale garantito dall'utilizzo di misure atipiche in grado di resistere alla prescrizione che proprio grazie alla sentenza in commento subirà un'ulteriore evoluzione espansiva.

Se infatti la sentenza della Grande camera ha reciso il nesso esistente tra l'applicazione di una confisca "penale" e la prescrizione del reato, allora tutto lo sforzo giurisprudenziale inteso a etichettare le misure ablatorie come misure di sicurezza non sarà più utile ai fini.

La sentenza Varvara della Corte di Strasburgo aveva, infatti, "blindato" le misure patrimoniali prettamente penali, in caso di prescrizione del reato, imponendo ai giudici interni una certa forza(tura) ermeneutica volta a individuare la natura atipica di misura di sicurezza.

Superato l'ostacolo testuale della nozione di condanna, intesa non più quale giudicato formale, ma quale

[29] Parla di modello d'intervento "bifasico" A. Balsamo, *La Corte Europea e la "confisca senza condanna"*, cit.

[30] Così, V. Manes, *L'ultimo imperativo della politica criminale*: nullum crimen sine confiscatione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1259 ss.

[31] Il nuovo articolo 578-*bis* del codice di procedura penale, come introdotto dal d.lgs. 1° marzo 2018, n. 68, prevede che «*quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato*».

Parimenti, all'art. 12-*sexies*, d.l. n. 306/1992 convertito in l. n. 356/1992, è stato aggiunto il nuovo comma 4-*septies*, così recitante «*le disposizioni di cui ai commi precedenti, ad eccezione del comma 2-ter, si applicano quando, pronunziata sentenza di condanna in uno dei gradi di giudizio, il giudice di appello o la Corte di cassazione dichiarano estinto il reato per prescrizione o per amnistia, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato*».

[32] Cass. sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1384, con nota di F. Lumino.

accertamento sostanziale nel merito della responsabilità del soggetto, unico baluardo all'applicazione di una confisca in caso di prescrizione era rimasta la natura prettamente afflittiva della misura patrimoniale.

È noto, infatti, che le sezioni unite della Corte di cassazione, in conformità al *dictum* della sentenza Varvara, ammettevano la confisca del prezzo e del profitto del reato (in materia di corruzione), trattandosi di una misura ripristinatoria non avente natura di sanzione penale, ma di misura di sicurezza, avendo cura di specificare che il diritto all'oblio dell'imputato opera solo «*ai fini dell'applicazione della pena*». La medesima pronuncia escludeva di converso la confisca "per equivalente" in presenza di sentenza di prescrizione, e correlativo accertamento di responsabilità contenuto in una condanna, stante che questo particolare archetipo ablativo, coinvolgendo una porzione del patrimonio che in sé non presenta alcun elemento di collegamento col reato, assolve «*una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è, pertanto, connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza*» [33].

Alla luce del mutato indirizzo europeo, la giurisprudenza di legittimità (o meglio la *law in action),* fino a oggi conformatasi agli insegnamenti della Corte europea, dovrebbe prendere atto del mutato quadro di riferimento e ritenere ammissibile anche la confisca "penale" (si pensi alla confisca *ex* art. 322-*ter* del prezzo o profitto per equivalente ovvero, esemplificativamente, al caso della confisca per il reato di cui all'art. 171-*ter*, l. n. 633/41 [34]) ordinata a seguito di una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, purché in presenza di una sentenza di condanna (nel senso sostanziale) rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare.

Non desterà stupore, dunque, un'eventuale pronuncia interna che giungesse ad affermare che le confische riconducibili agli archetipi di matrice penalistica possano applicarsi pur in presenza di una decisione di non doversi procedere per intervenuta prescrizione, purché vi sia stato un accertamento circa la sussistenza dell'elemento oggettivo e soggettivo. Se infatti alla confisca edilizia deve essere attribuita una natura penale ed essa può applicarsi legittimamente in caso di prescrizione, nel pieno rispetto delle garanzie europee, non si vede il motivo perché il medesimo ragionamento non possa farsi per tutte le altre ipotesi di confisca "etichettate" sul piano interno come penali. Gli effetti favorevoli della prescrizione e il correlativo diritto all'oblio resterebbero, dunque, confinati alle pene in senso stretto e alle misure di sicurezza personali.

Il regime giuridico della confisca penale in rapporto alle declaratorie di estinzione del reato per prescrizione/amnistia potrebbe dunque allinearsi a quello previsto all'art. 578 c.p.p. per le statuizioni civili (addirittura superando lo sbarramento del giudicato formale in primo grado). In breve: gli scenari giurisprudenziali futuri inerenti gli archetipi di confisca penale potrebbero garantire alla misura patrimoniale un'immunità agli effetti della prescrizione.

* * *

B) I profili processuali – *Procedural aspects*

(di ANTONINO PULVIRENTI)

La decisione in commento, nel chiarire che la legittima applicazione di una pena sostanzialmente intesa richiede non già una sentenza "formale" di condanna, bensì un provvedimento giurisdizionale accertativo, in concreto, della penale responsabilità, pone talune questioni giuridiche di matrice processuale. Anzitutto, l'Autore, muovendo dalla non compiutezza delle argomentazioni svolte dalla Grande Camera, analizza le possibili ricadute sulla normativa interna in merito al *minimum* probatorio e alle regole di giudizio richiesti per la suddetta pronuncia. Successivamente, l'attenzione ricade sull'affermazione, da parte dei giudici europei, della incompatibilità con la presunzione d'innocenza dell'accertamento incidentale di colpevolezza compiuto dalla Corte di cassazione. Frizione quest'ultima, che derivante dall'assenza nel giudizio di legittimità di pieni poteri di accertamento, sollecita la ricerca di soluzioni idonee a garantire l'adeguamento della disciplina nazionale al *dictum* della Grande Camera.

[33] Cass. Sez. Un., 26 giugno 2015, cit.

[34] Cfr. Cass. sez. III, 28 settembre 2017, n. 52434, laddove, constatato che il giudizio di merito non si è concluso con una sentenza di condanna e preso atto del carattere sanzionatorio della misura, la ritiene inapplicabile *sub specie*.

The decision in comment, in clarifying that the legitimate application of a penalty substantially understood requires not a "formal" judgment of conviction, but a judicial review, specifically, of the criminal liability, poses certain legal issues of procedural origin. First of all, the Author, moving from the non-completeness of the arguments made by the Grand Chamber, analyzes the possible effects on the internal regulations regarding the minimum evidence and the rules of judgment required for the aforementioned pronouncement. Subsequently, the attention debates about the affirmation, by the European courts, of the incompatibility with the presumption of innocence of the incidental assessment of guilt made by the Court of Cassation. This last one, which derives from the absence of full assessment powers in the judgment of legitimacy, solicites the search for suitable solutions to guarantee the adaptation of the national regulations to the dictum of the Grand Chamber.

L'antiformalismo della condanna e del procedimento necessari per l'applicazione della confisca penale

La Corte europea, così come in un recente passato aveva elaborato un «concetto antiformalistico» di materia penale [35], rinvenendo la natura di pena nella confisca applicabile in conseguenza del reato di lottizzazione abusiva [36], adesso, muovendosi in linea con una precedente statuizione del nostro Giudice delle leggi [37], ha aderito a un concetto, altrettanto informale, di «sentenza di condanna». O, meglio, di quel provvedimento giudiziale che, vertendosi per l'appunto in materia penale, è condizione imprescindibile perché si possa applicare a un soggetto una sanzione penale. Muovendo dal presupposto dell'estrema eterogeneità tipologica delle sentenze penali, la Corte di Strasburgo ha sottolineato come quel che rileva non è la formale ascrivibilità della dichiarazione giudiziale al *genus* "condanna", bensì il fatto che il provvedimento giurisdizionale, quale che sia la sua denominazione, contenga un concreto accertamento sulla responsabilità, il quale, a sua volta, sia stato effettuato sulla base di un procedimento "equo" [38].

Una tale equiparazione si iscrive perfettamente nell'usuale logica decisoria della Corte europea, volta a tutelare il "nucleo forte" delle guarentigie convenzionali, così che le stesse possano essere protette in modo effettivo e non semplicemente "cartolare" [39]. Proprio per ciò quel che emerge preminentemente, nella decisione in commento, non è tanto l'affermazione secondo cui un accertamento e un procedimento devono necessariamente precedere l'applicazione della pena (sostanzialmente intesa), quanto la

[35] Cfr. V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2204. Nel § 210 della sentenza in commento, la Corte richiama la propria giurisprudenza sul concetto di «pena» contenuto nell'art. 7 Cedu, rammentando come esso abbia una portata autonoma, giacché «per rendere efficace la tutela garantita da questa norma, la Corte deve rimanere libera di andare al di là delle apparenze e di valutare essa stessa se una particolare misura costituisca in sostanza una "pena" nel senso di tale articolo».

[36] Il riferimento, ovviamente, è alla sentenza C. edu, sez. II, Sud Fondi S.r.l. e altri c. Italia, 20 gennaio 2009, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3504, con nota di A. Balsamo, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europe*a. Sul contenuto di tale decisione, si rinvia, tra gli altri, a F. Mazzacuva, *Un "*hard case*" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1540. La nozione di pena recepita nella "sentenza Sud Fondi" è poi stata ribadita nella sentenza C. edu, sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1392, con nota di A. Balsamo.

[37] Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Foro it.*, 2016, I, c. 1623. Per un approfondimento della sentenza si rinvia a V. Mongillo, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 421 s. Sottolinea come i giudici di Strasburgo sembrano essere stati «sollecitati» dalla suddetta pronuncia costituzionale anche A. Galluccio, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Dir. pen. cont.*, n. 7/8, 2018, p. 226.

[38] In tal modo, la decisione in rassegna si sarebbe discostata da quanto precedentemente affermato in C. edu, sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, cit. Questa almeno è l'opinione prevalente (v., tra i tanti, A. Galluccio, *Confisca senza condanna*, cit., 226; in giurisprudenza, Cass., sez. I, 20 gennaio 2015, n. 7860, in *CED Cass.*, n. 262759), non condivisa da Corte cost., n. 49/2015, cit., secondo cui trarre dalla sentenza Varvara un significato di sentenza di condanna circoscritto alla dichiarazione formale di colpevolezza costituisce un «fraintendimento», dovuto al fatto che, pur in presenza di espressioni dal significato non immediatamente percepibile, si omette di «collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione». Il «lessico ondivago» utilizzato dalla Corte europea nella "sentenza Varvara" è evidenziato da V. Mongillo, *La confisca senza condanna*, cit., p. 423: nella stessa pronuncia si parla «talora di *condamnation* (§ 60-61), *verdict de culpabilité* (§ 67), *personne condamnée* (§ 71), *jugement de condamnation* (§ 72), e talaltra, più genericamente, di *constat* (§ 67, 69) o *déclaration de responsabilité* (§ 71)».

[39] Logica non a caso richiamata nel § 216 della sentenza: «è fondamentale che la Convenzione sia interpretata e applicata in modo da rendere le tutele concrete ed efficaci, e non teoriche ed illusorie».

specificazione in ordine al contenuto minimo che il primo deve avere e ai parametri minimi che il secondo deve rispettare. Specificazioni minimali che, però, come si dirà successivamente, non si sono poi evolute in elaborazioni concettuali compiute e facilmente intellegibili [40].

Sotto il primo profilo, la decisione, ribadendo la tesi già esposta nella "sentenza Sud Fondi", puntualizza come il principio di legalità penale esige che l'accertamento presupposto della pena riguardi non soltanto «l'elemento oggettivo del reato», ma anche l'esistenza di un «legame di natura intellettuale» (*mental link*) tra detto elemento e «la persona che ne è considerata l'autore». Assunto che, secondo i giudici di Strasburgo, non si rinviene testualmente nell'art. 7 Cedu, ma è da questo inevitabilmente postulato sul piano logico. Anche in questo caso il ragionamento non è innovativo, posto che la Corte si limita a "rispolverare" quanto elaborato nella "sentenza Sud Fondi", i cui passaggi peraltro richiama letteralmente: «la logica della pena e della punizione, così come la nozione di "*guilty*" (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di "*personne coupable*" (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato. In caso contrario la pena non sarebbe giustificata» [41].

Sotto il secondo profilo (quello strettamente procedimentale), la Corte "spezza" esplicitamente il nesso pena-procedimento penale, affermando senza remore che l'art. 7 Cedu «non esclude la possibilità per le autorità nazionali di imporre "pene" mediante procedure diverse dai procedimenti penali nel senso del diritto nazionale» [42], assumendo rilevanza, piuttosto, che la «dichiarazione di responsabilità penale (…) derivi da un procedimento che soddisfi le esigenze dell'articolo 6» [43]. A tal fine – precisa la Corte – non è necessario che all'applicabilità dell'art. 7 Cedu corrisponda sempre la «criminalizzazione» della relativa procedura, rientrando nell'esercizio del «potere discrezionale» degli Stati stabilire che la pena «sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa» tramite un «procedimento di natura amministrativa» [44]. Assunto che trova il suo completamento nell'ideale collegamento con l'elaborazione che del medesimo principio aveva già fatto la seconda sezione della Corte nella sentenza Grande Stevens c. Italia, non a caso espressamente richiamata dalla Grande Camera [45]: se affidare a un'autorità amministrativa il compito di perseguire e reprimere una violazione inerente alla materia penale non è incompatibile con la Convenzione, occorre tuttavia che agli interessati sia riconosciuto il potere di «impugnare qualsiasi decisione adottata in questo modo nei loro confronti dinanzi a un tribunale che offra le garanzie dell'articolo 6» [46].

Poste tali premesse, il percorso verso la condanna dell'Italia per il "trattamento" riservato ai ricor-

---

[40] Analoghe perplessità si rinvengono in G. De Marzo, *Confisca di immobili e lottizzazione abusiva (Osservazioni a Corte eur. diritti dell'uomo, 28 giugno 2018, Soc. Giem)*, in *Foro it*., 2018, IV, p. 390, il quale rimarca che «le articolate valutazioni espresse dalla Corte europea, sia pure nella sua composizione più autorevole, non si prestano ad una lettura agevole sia nelle premesse interpretative, sia nelle implicazioni pratiche».

[41] Così nel § 241 della sentenza, che, a sua volta, riporta il § 116 della sentenza Sud Fondi.

[42] V. § 233.

[43] V. § 252.

[44] V. § 254.

[45] Un richiamo alla sentenza C. edu, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, in *Foro it*., 2015, IV, c. 129, proprio nella parte qui considerata, è contenuto anche nella sentenza Corte cost. n. 49/2015, cit., in un passaggio che la decisione in commento riporta integralmente (v. § 133).

[46] Così C. edu, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, cit., § 138. Nel paragrafo successivo la decisione citata prosegue affermando che «il rispetto dell'articolo 6» presuppone che «la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi essa stessa le condizioni dell'articolo 6 sia successivamente sottoposta al controllo di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione (Schmautzer, Umlauft, Gradinger, Pramstaller, Palaoro e Pfarrmeier c. Austria, sentenze del 23 ottobre 1995, rispettivamente §§ 34, 37, 42 e 39, 41 e 38, serie A nn. 328 A-C e 329 A C). Fra le caratteristiche di un organo giudiziario dotato di piena giurisdizione figura il potere di riformare qualsiasi punto, in fatto come in diritto, della decisione impugnata, resa dall'organo inferiore. In particolare esso deve avere competenza per esaminare tutte le pertinenti questioni di fatto e di diritto che si pongono nella controversia di cui si trova investito …». La prospettiva di un "canale amministrativo" comunicante, per il tramite di un mezzo d'impugnazione, con il "canale processuale (penale)" non è però conciliabile con l'attuale assetto del nostro codice di rito, nel quale, piuttosto, le due attività sono nettamente distinte e separate, al punto che, in presenza di indizi di reato emergenti nel corso dello svolgimento di attività amministrative extraprocessuali (di tipo ispettivo o di vigilanza), deve subito procedersi con l'applicazione delle norme processuali penali, determinandosi, in caso contrario, l'inutilizzabilità degli atti compiuti (da ultimo, Cass., sez. III, 30 gennaio 2015, n. 7930, in *Fisco*, 2015, p. 1273).

renti destinatari di un provvedimento di confisca per lottizzazione abusiva è risultato sostanzialmente obbligato, tanto da consentire alla Corte di sottrarsi a ulteriori approfondimenti dei principi sopra enunciati, che, diversamente, sarebbero stati inevitabili.

Con la sola eccezione del "caso Gironda", infatti, tutti i ricorsi decisi dalla sentenza in esame provenivano da persone giuridiche rimaste estranee ai procedimenti penali conclusisi con la confisca delle loro proprietà immobiliari. In un caso (G.I.E.M. S.r.l.), la società ricorrente aveva subito la misura ablativa sol perché proprietaria di terreni inclusi nella convenzione di lottizzazione senza che la società stessa o i suoi rappresentanti fossero mai stati sottoposti a procedimento penale [47]; in un altro (R.I.T.A. Sarda S.r.l. e Hotel Promotion Bureau S.r.l.), la società aveva subito la stessa misura all'esito di un procedimento penale instaurato, non direttamente nei suoi confronti, ma contro i suoi rappresentanti [48]. La Grande Camera, quindi, non ha dovuto aggiungere specificazioni sui contenuti della sentenza di condanna e del procedimento giurisdizionale che, in questi casi, devono essere garantiti in ossequio al principio di legalità (art. 7) e alla sua connessa dimensione processuale (art. 6), essendosi potuta limitare a constatare come, a monte, nei confronti delle suddette società ricorrenti non fosse mai intervenuta una sentenza (né formale né sostanziale) dichiarativa della colpevolezza e non fosse mai stato instaurato un procedimento (anche non penale in senso stretto). Eppure, in una visione più ampia di quella delimitata dalla fattispecie concretamente decisa dai giudici della Corte, tali approfondimenti tematici sarebbero risultati molto utili, giacché avrebbero consentito all'interprete di enucleare dalla sentenza della Grande Camera dei veri e propri principi di diritto aventi, di fatto, portata generale e idonei, in futuro, a prevenire ermeneuticamente nuovi conflitti tra la disciplina interna in tema di confisca punitiva e la Convenzione europea.

La sentenza sostanziale di condanna e le presunzioni probatorie

Un punto, ad esempio, che la decisione accenna ma – per le ragioni sopra dette – non esplica fino in fondo attiene ai profili probatori propri dell'accertamento incidentale sugli elementi oggettivi e soggettivi della lottizzazione abusiva, che il giudice è tenuto a effettuare nel caso in cui, sopravvenuta una causa estintiva di tale reato (prescrizione), debba ugualmente verificare l'applicabilità della confisca.

Si muove, correttamente, dallo stretto nesso che sussiste tra il principio sostanziale e quello processuale: l'esigenza di prevedibilità della norma penale, insita nell'art. 7 Cedu, e la conseguente «tutela del diritto di una persona di non essere sottoposta ad una pena senza che la sua responsabilità personale, compreso un nesso di natura intellettuale con il reato, sia stata debitamente accertata» [49], sottintende un legame funzionale con l'art. 6 § 2 della Convenzione, nella parte in cui (implicitamente, ma pacificamente) impone che l'accusato, in quanto presunto innocente, abbia il diritto all'ammissione delle prove finalizzate alla dimostrazione della propria discolpa [50]. Ciò riconosciuto, però, l'argomentare della Cor-

[47] Sul punto deve registrarsi l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, la quale, proprio alla luce di quanto stabilito nelle sentenze C. edu, sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, cit., e Corte cost. n. 49/2015, cit., ha affermato che «l'applicazione della confisca al di fuori dei casi di condanna, nei confronti del terzo sul cui patrimonio la misura viene ad incidere, rimasto estraneo al procedimento penale, presuppone che siano riscontrabili quantomeno profili di colpa da parte del giudice dell'esecuzione nell'ambito del relativo procedimento». Tale procedimento «non contrasta con alcun principio costituzionale o convenzionale», giacché in esso sono assicurati il contraddittorio, il diritto di difesa, la presunzione di non colpevolezza (l'onere della prova grava sul pubblico ministero) e la pubblicità dell'udienza (in questi termini, Cass., sez. III, 24 maggio 2017, n. 32363, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1760). Da ultimo, anche il legislatore è intervenuto al fine di anticipare la tutela del terzo alla fase cognitiva. Dispone, infatti, il nuovo comma 1-*quinquies* dell'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p., così come introdotto dal d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, che «nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo».

[48] Situazione pienamente legittima se valutata in relazione all'ordinamento interno, posto che la lottizzazione abusiva, e i reati edilizi in genere, non rientrano nell'ambito di operatività della "responsabilità da reato degli enti", così come delimitato dal d.lgs. n. 231/2001. Indirettamente, quindi, nella sentenza in rassegna si cela un monito rivolto al nostro legislatore ad ampliare tale ambito così da ricomprendervi tutte quelle ipotesi di reato il cui epilogo processuale può condurre all'applicazione di misure sanzionatorie (come la confisca) nei confronti delle persone giuridiche i cui legali rappresentanti siano autonomamente imputati. Tuttavia, anche in assenza di una tale estensione, il problema può ritenersi oggi parzialmente risolto in ragione dell'evoluzione giurisprudenziale e legislativa di cui alla nota precedente.

[49] V. § 244.

[50] Sull'art. 6 § 2 Cedu, v., *amplius*, M. Chiavario, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti*

te diviene "torbido", in ordine sia al riparto dell'onere della prova sia allo *standard* probatorio che l'affermazione incidentale di colpevolezza deve raggiungere. Quelli che nella lettura unanimemente condivisa dell'art. 27, comma 2, Cost. sono corollari ineliminabili e rafforzativi della presunzione di non colpevolezza, qui sembrano trasformarsi in presidi molto più fluttuanti e manipolabili, quasi a voler giustificare la possibilità che, in nome di essi, la sentenza "sostanziale" di condanna assuma, rispetto alla sentenza "formale" di condanna, un rango qualitativo inferiore [51]. La Grande Camera, infatti, non esclude, anzi ammette espressamente che «*the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence*». Il che, dal punto di vista probatorio, si traduce nella possibilità di utilizzare, ai fini dell'affermazione giudiziale di responsabilità penale, delle «*presumptions of fact or of law*», sebbene – raccomanda la Corte – gli Stati siano tenuti, tendenzialmente, a prevedere tali paradigmi presuntivi «*within certain limits*» [52]. Limiti che, in relazione alla presunzione di innocenza, sono superati quando «*a presumption has the effect of making it impossible for an individual to exonerate himself from the accusations against him*». Siamo lontani, quindi, da una piena sovrapponibilità delle due tipologie di sentenza (formale e sostanziale), nonostante esse abbiano il medesimo oggetto (l'accertamento di tutti i presupposti della responsabilità penale) e, soprattutto, il medesimo effetto sanzionatorio (in entrambi i casi all'accertamento positivo consegue una pena). È questo, a nostro avviso, il profilo della decisione che più suscita perplessità, poiché da una Corte normalmente attenta a evitare che, attraverso l'uso delle "etichette", le legislazioni statali finiscano per aggirare l'effettività di una tutela convenzionale, sarebbe stato lecito attendersi un *monito* piuttosto che un'*apertura* alla flessibilità delle garanzie. Proprio al fine di salvaguardare il nesso assiologico tra il principio di personalità della responsabilità penale e la presunzione di innocenza, la Corte europea avrebbe forse fatto meglio a subordinare tassativamente la compatibilità della condanna sostanziale comprensiva di confisca all'integrale e inderogabile applicazione delle regole di accertamento fissate dal codice di rito per l'ipotesi in cui la suddetta sanzione derivi da una dichiarazione formale di colpevolezza.

La sentenza, a dire il vero, non esclude espressamente un tale binomio e, anzi, in certi passaggi sembra quasi presupporlo. Ma, una motivazione così ambigua, che, da una parte, sottolinea il legame tra la facoltà statale di ordinare una pena senza sentenza formale di condanna e il dovuto rispetto alla presunzione di innocenza e, dall'altra, subito dopo, "apre" alla possibilità che, in questo stesso ambito, gli ordinamenti statali invertano l'onore della prova facendo uso di presunzioni in fatto e in diritto, presta il fianco a letture depressive delle garanzie convenzionali. Troppo "debole" il riferimento ai «*certain limits*» entro i quali gli Stati possono far uso delle presunzioni perché tale rischio sia scongiurato, anche in considerazione del fatto che, contestualmente, nulla si dice in ordine al *minimum* probatorio e alle regole di giudizio richieste per la sentenza di condanna sostanziale. Piuttosto, da quest'ultimo punto di vista, il "lasciapassare" della Corte alle presunzioni si presta nuovamente a una retrocessione qualitativa della suddetta tipologia di sentenza, facendo sì che l'uso, per l'appunto, di una mera presunzione esoneri il pubblico ministero dall'onere di fornire la prova d'accusa (non potendosi definire tale quella relativa al "fatto presuntivo") e, conseguentemente, che alla mancanza o all'insufficienza della prova non consegua il proscioglimento dell'accusato.

---

dell'uomo, in *Giur. it.*, 2000, p. 5, e, nella duplice prospettiva (interna e convenzionale), il lavoro monografico di P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, Giappichelli, 2009, oltre alla fondamentale analisi di G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1984. Le «scelte ideologiche» sottese alle diverse formule utilizzate nell'art. 27 Cost. e nell'art. 6 Cedu sono oggetto di puntuale disamina in V. Garofoli, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1168 s.

[51] Sul rapporto tra la presunzione di innocenza come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e la Direttiva sulla medesima presunzione approvata nel 2016 dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione Europea, v. l'analisi di N. Canestrini, *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2224, il quale, tra l'altro, sottolinea come nello *standard* convenzionale la «portata processuale» del suddetto principio comporta che «i giudici non debbano approcciare il caso con il pre-giudizio della fondatezza delle accuse, che l'onere della prova gravi sull'accusa (almeno di principio) e che il dubbio giovi sull'accusato». In tema, cfr. anche J. Della Torre, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1835 s.

[52] Sul tema cfr. A. Balsamo, *Il rapporto tra forme "moderne" di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3931, il quale sottolinea come per il rispetto dei predetti limiti «non risulta decisiva la struttura legale astratta della fattispecie in questione, bensì assume un rilievo determinante il concreto orientamento seguito dalla prassi applicativa. Il principio della presunzione di colpevolezza risulta, cioè, salvaguardato tutte le volte in cui i giudici interpretano le presunzioni normative astratte in modo da consentire all'imputato di confutarle»

È bene ribadire che i timori qui espressi potrebbero rivelarsi infondati in quanto basati più sul *non detto* che su affermazioni esplicite, così che, in futuro, la Grande Camera, se interpellata su questi specifici aspetti, potrebbe smentire le ipotesi sopra formulate e precisare che la possibilità di utilizzare le sentenze di condanna sostanziale per l'applicazione delle confische penali comporta necessariamente l'adozione del medesimo regime e dello stesso *standard* probatorio previsti per la dichiarazione formale di colpevolezza.

Potrebbe, ancora, obiettarsi che il "non detto" della Corte sia la logica conseguenza del suo essere, pur sempre, un giudice del caso concreto. Essa, in tal senso, bene avrebbe fatto a non occuparsi di tali temi, i quali, riferiti a fattispecie concrete nelle quali (ancor prima della sentenza) è totalmente mancato un «procedimento», sarebbero risultati ultronei ed esorbitanti le proprie competenze. L'assunto (al quale, del resto, anche noi abbiamo sopra fatto riferimento per ricostruire il percorso decisionale dei casi in esame) coglierebbe, però, solo parzialmente nel segno, poiché non si comprenderebbe per quali ragioni il medesimo *self restraint* non abbia indotto i giudici di Strasburgo ad astenersi da qualsivoglia considerazione sul rapporto tra le presunzioni probatorie e il procedimento finalizzato alla verifica sostanziale della responsabilità penale. A rigore, anche questo tema appare estraneo all'economia concettuale della decisione relativa ai casi delle società G.I.E.M, R.I.T.A. Sarda e Hotel Promotion Bureau, così che, in ultima analisi, il timore che le considerazioni sul punto effettuate dalla Corte non abbiano una valenza meramente didattico-ricognitiva, ma rappresentino delle, pur incomplete e incerte, indicazioni *de iure condendo* a noi non pare del tutto privo di fondamento.

De iure condito, tuttavia, la situazione sembra più rassicurante, posto che la nostra giurisprudenza di legittimità, nell'elaborare il proprio pensiero sul tipo di giudizio che, sopravvenuta una causa estintiva del reato, legittima una statuizione pregiudizievole ai danni dell'imputato, ha fissato, a beneficio di quest'ultimo, livelli di tutela più ampi di quelli, fin troppo essenziali, enucleabili dalla sentenza della Grande Camera. Ci riferiamo tanto alla giurisprudenza che si è occupata del risarcimento del danno ordinato dal giudice dell'impugnazione nei confronti dell'imputato che sia stato condannato in primo grado e il cui reato si sia, nel frattempo, prescritto; quanto a quella giurisprudenza che, sulla scia della sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale, ha sostanzialmente anticipato la Grande Camera interpretando l'art. 44, comma 2, D.P.R. n. 380/2001, nel senso che la confisca edilizia possa essere disposta anche con una sentenza che, essendo sopravvenuta una causa estintiva del reato, non dichiari, ma accerti, la colpevolezza dell'imputato.

Riguardo alla prima situazione, difatti, le Sezioni Unite, chiamate a interrogarsi sulla portata dell'art. 129 c.p.p., sono pervenute a una soluzione differenziata in base al fatto che la dichiarazione della causa estintiva sia o meno priva di conseguenze pregiudizievoli per l'imputato.

Le esigenze di economia processuale prevalgono soltanto in assenza di tali conseguenze, allorquando dovrà trovare applicazione la regola generale secondo cui, in presenza di una causa di estinzione del reato, il giudice è legittimato a pronunciare sentenza di assoluzione nel merito a condizione che «le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la commissione del medesimo da parte dell'imputato e la sua rilevanza penale emergano dagli atti in modo assolutamente non contestabile». Con un tipo di attività, cioè, che deve appartenere «più al concetto di "constatazione", ossia di percezione "*ictu oculi*", che a quello di "apprezzamento"», tanto da risultare «incompatibile con qualsiasi necessità di accertamento o di approfondimento» [53]. Per quanto di nostro interesse, quindi, nelle situazioni ora considerate il proscioglimento nel merito, sussistendo la contraddittorietà o insufficienza della prova, «non prevale rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità» [54].

Le priorità s'invertono, invece, quando la declaratoria *ex* art. 129, comma 2, c.p.p. interferisce con le

[53] Cass., S.U., 28 maggio 2009, n. 35490, in *CED Cass.*, n. 244274. Per completezza deve rammentarsi che nella stessa sentenza si precisa come il carattere di pregiudizialità della declaratoria di cause di non punibilità in ogni stato e grado del processo sia destinata ad arretrare, con conseguente "restituzione" al giudice della piena capacità cognitiva per scegliere la formula liberatoria più opportuna, nel rispetto delle legittime aspettative dell'imputato, allorquando quest'ultimo rinunci espressamente alla prescrizione. Un approfondimento della predetta sentenza e del relativo tema si trova in S. Beltrani, *Estinzione del reato e assoluzione nel giudizio di impugnazione*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4106 s., e V. Rispoli, *La prevalenza tra assoluzione nel merito e declaratoria di non punibilità. Principi, casi ed ulteriori questioni*, in *Dir. giust.* (*web*), 2009, p. 174.

[54] Esattamente in questi termini il «principio di diritto» enunciato da Cass., S.U., 28 maggio 2009, n. 35490, cit. Conf., Cass., sez. III, 19 settembre 2017, n. 56059, in *CED Cass.*, n. 272427 che, in applicazione di tale principio, ha ritenuto legittima la «mancata acquisizione di documenti, allegati all'atto di impugnazione, da parte del giudice d'appello».

aspettative risarcitorie della parte civile (già accolte in primo grado dalla sentenza di condanna) e con il conseguente dovere del giudice d'appello di pronunciarsi, *ex* art. 578 c.p.p., sull'azione civile. In questa ipotesi, il giudice deve «necessariamente compiere una valutazione approfondita dell'acquisito compendio probatorio, senza essere legato ai canoni di economia processuale che impongono la declaratoria della causa di estinzione del reato quando la prova della innocenza non risulti *ictu oculi*». La formula assolutoria nel merito deve prevalere «non solo nel caso di acclarata piena prova di innocenza, ma anche in presenza di prove ambivalenti», posto che nessun ostacolo può impedire «la piena attuazione del principio del *favor rei* con l'applicazione della regola probatoria di cui all'art. 530, comma 2, c.p.p.» [55].

Relativamente, poi, alla giurisprudenza di legittimità che, anticipando, come detto, buona parte del percorso argomentativo della decisione in esame, ha riconosciuto la legittimità della confisca edilizia applicata con una sentenza (soltanto) accertativa degli elementi oggettivi e soggettivi della lottizzazione abusiva, rileva sottolineare che essa ha subordinato espressamente tale possibilità al fatto che la misura ablativa sia preceduta da un «pieno accertamento di responsabilità». Ciò che per la Cassazione, sulla base di una «interpretazione convenzionalmente conforme», rende, anche in questo caso, «recessivo il principio generale dell'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva del reato» e comporta la necessità di assicurare alla difesa «il più ampio diritto alla prova e al contraddittorio». Il giudice, pertanto, non può «ritenersi esonerato dal compiere l'attività istruttoria sulla base delle prove richieste dalle parti o, in quanto assolutamente necessarie, disposte d'ufficio», giacché, diversamente, l'accertamento della responsabilità penale prodromico all'applicazione della confisca sarebbe compiuto «su basi probatorie parziali ed incomplete», tali «da vulnerare la presunzione d'innocenza nel suo significato più sostanziale» [56].

L'accertamento incidentale di colpevolezza con l'applicazione della confisca in Cassazione viola la presunzione d'innocenza

Considerazioni autonome merita il "caso Gironda". Come anticipato, il suddetto è il solo ricorrente contro il quale la confisca è stata ordinata all'interno di un procedimento penale. Nei suoi confronti, in particolare, il giudizio di primo grado per il reato di lottizzazione abusiva si concluse con una sentenza di non doversi procedere per prescrizione del reato più contestuale confisca del terreno e delle opere realizzate; in appello, con la riforma della decisione del Tribunale in sentenza di proscioglimento per insussistenza del fatto e conseguente annullamento della confisca; infine, in Cassazione, con l'ulteriore "riforma" della sentenza, questa volta *in peius*: annullamento senza rinvio della sentenza di non doversi procedere, declaratoria di prescrizione del reato e applicazione della confisca dei terreni. Qui, pertanto, la causa della violazione della presunzione d'innocenza non risiede nella mancanza di un procedimento né, tantomeno, nel difetto di una sentenza sostanzialmente accertativa della colpevolezza per il reato di lottizzazione abusiva, atteso che una tale verifica risulta essere stata compiuta una prima volta dal Tribunale e una seconda volta dalla Cassazione. Quel che, anche questa volta con una motivazione essenziale, la Corte europea dei diritti dell'uomo censura è la specifica sede processuale in cui il suddetto accertamento è stato effettuato ed è divenuto irrevocabile: «il ricorrente è stato dichiarato sostanzialmente colpevole dalla Corte di cassazione, nonostante il fatto che l'azione penale per il reato in questione fosse prescritta. Questa circostanza ha violato la presunzione di innocenza» [57].

Volendo tentare di comprendere se, al di là dell'applicazione fattane nel caso concreto, il pensiero della Corte contiene anche un'indicazione di carattere generale e, in caso affermativo, se questa è destinata ad avere riflessi sulla vigente disciplina codicistica, appare necessario prendere le mosse dalle specifiche doglianze del ricorrente, così come sintetizzate dalla stessa Corte europea: il «ricorrente fa rilevare che la Corte di cassazione non si è limitata a censurare l'errore di diritto commesso dal giudice di appello», bensì «sostituendosi irritualmente a quest'ultimo (…) ha constatato la presenza di tutti gli elementi necessari a configurare il reato di lottizzazione abusiva sia nel suo elemento oggettivo che in

[55] Così, in motivazione, Cass., S.U., 28 maggio 2009, n. 35490, cit. Conf., Cass., sez. IV, 11 aprile 2018, n. 20568, in *CED Cass.*, n. 273259, e Cass., sez. II, 23 maggio 2017, n. 29499, in *CED Cass.*, n. 270322.

[56] Cass., sez. III, 13 luglio 2017, n. 53692, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 786, con nota di M. Pascotto, *Confisca e prescrizione del reato di lottizzazione abusiva: i soliti nodi giurisprudenziali e i pericoli per la presunzione di innocenza*.

[57] V. § 317.

quello soggettivo». Nel dettaglio, il giudice di legittimità ha ricavato la prova decisiva della lottizzazione (il cambio di destinazione che l'imputato avrebbe apportato agli edifici già costruiti) «dalle dichiarazioni rese dai terzi e dai documenti inseriti nel fascicolo» [58].

A tali doglianze deve essere collegato il richiamo che, poco dopo, la Grande Camera fa alla giurisprudenza della Corte europea sull'art. 6 § 2 Cedu, per ricavarne, anzitutto, che lo «scopo generale» di tale principio «è quello di impedire che le persone che hanno beneficiato di un proscioglimento o di un'archiviazione siano trattate da pubblici ufficiali o da autorità pubbliche come se fossero effettivamente colpevoli del reato che era stato loro ascritto». E, ancora, che «senza la protezione destinata a far rispettare in ogni procedimento successivo una decisione di assoluzione o di archiviazione, le garanzie di un processo equo (…) rischierebbero di divenire teoriche e illusorie».

Nello stesso ambito argomentativo, la Corte ripercorre i precedenti inerenti al problema specifico dei poteri deliberativi esercitati, quale «giudice di ultimo grado», dalla Cassazione, affermando, in chiave riepilogativa, come sussista «un problema dal punto di vista dell'articolo 6 § 2 della Convenzione» allorquando «il giudice che pone fine al procedimento per prescrizione annulla contestualmente le decisioni di proscioglimento dei giudici di grado inferiore e si pronuncia sulla colpevolezza della persona interessata». La causa di ciò sembra riconducibile (la mancanza, nel testo della sentenza, di un simile collegamento eziologico rende doveroso esprimersi in termini dubitativi) a un'altra affermazione della Corte europea (ripresa, ancora una volta, dai suoi precedenti in materia): «la colpevolezza non può essere stabilita legalmente in un procedimento chiuso da una autorità giudiziaria prima che siano state prodotte le prove o che si sia svolto un dibattimento che avrebbe permesso a quest'ultima di decidere sul merito della causa» [59].

In altre parole, la sentenza sostanziale di condanna non è compatibile con la presunzione d'innocenza se è emessa in una fase del processo nella quale i profili fattuali della responsabilità penale non sono suscettibili di accertamento probatorio e nella quale, quindi, l'imputato non è messo nelle condizioni di rendere dichiarazioni o indicare prove a sua discolpa. Certamente tale è, nel nostro sistema processuale penale, la fase del giudizio di legittimità, dove, com'è noto, la Cassazione, in ordine alle prove, effettua un esame di tipo ricognitivo, al limitato fine di valutare se esse non contraddicano la motivazione impugnata al punto da disarticolarla integralmente. Non rileva, a questi fini, che il provvedimento della Cassazione sia preceduto, da uno o più gradi di giudizio nei quali la condanna sostanziale e l'applicabilità della confisca siano stati oggetto di un pieno accertamento di merito e l'imputato abbia avuto la possibilità di difendersi provando. Nel caso Gironda, infatti, a evitare la violazione dell'art. 6 § 2 Cedu non è bastato il fatto che – come abbiamo già evidenziato – i requisiti oggettivi e soggettivi del reato di lottizzazione abusiva fossero già stati esaminati (con esiti divergenti) sia nel giudizio di primo grado sia nel giudizio di appello, essendo risultato determinante che, dopo l'esito pienamente assolutorio pronunciato dalla Corte di appello, la Cassazione, sulla base della (ri)valutazione delle prove preesistenti, abbia affermato *ex novo* la sussistenza del reato e, accertatane la prescrizione, abbia contestualmente disposto la confisca degli immobili [60].

Un ragionamento, questo, che, a ben vedere, non può sorprendere. Esso, infatti, appare coerente con quella condivisibile logica ermeneutica della Corte europea secondo cui, in linea di principio, le garanzie dell'equo processo non vivono *una tantum* all'interno di una fase del procedimento penale, bensì lo devono contrassegnare lungo tutto il suo decorso. Esse non rappresentano un *bonus* che l'ordinamento concede all'imputato e che questi deve essere abile a sfruttare entro un determinato termine, costituendo, invece, dei veri e propri elementi strutturali dell'attività alla quale si riferiscono e che, di conseguenza, devono sussistere tutte le volte in cui tale attività sia posta in essere. Già una volta, in tempi abbastanza recenti, il nostro sistema ha dovuto adeguarsi a tale modo di concepire la dimensione temporale delle garanzie processuali di ordine convenzionale, riconoscendo che il diritto dell'imputato di confrontarsi con le fonti dichiarative che lo accusano deve poter essere esercitato dal suddetto, non solo

[58] V. § 312.

[59] C. edu, sez. II, 28 ottobre 2003, Baars c. Paesi Bassi, in *www.coe.int*.

[60] Nella stessa direzione, M. Bignami, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in *www.questionegiustizia*.it, 10 luglio 2018, secondo il quale dalla sentenza G.I.E.M. è estrapolabile il seguente principio di diritto: «l'applicazione della confisca urbanistica esige un accertamento della colpevolezza da parte del giudice del merito, che non può essere surrogato in sede di legittimità da una autonoma valutazione "sulle carte", in sede di impugnazione della sentenza di assoluzione». Cfr., anche A. Galluccio, *Confisca senza condanna*, cit., p. 228.

nel giudizio di primo grado, ma anche nelle fasi successive, allorquando al giudice sia attribuito il potere di riesaminare il fatto e, sulla base di ciò, riformare *in peius* la sentenza [61]. Allo stesso modo, poiché è pacifica nella giurisprudenza della Corte europea l'affermazione secondo cui «l'articolo 6 § 2 disciplina l'intero procedimento penale, indipendentemente dall'esito del procedimento, e non l'unico esame del merito dell'accusa» [62], deve ritenersi che la sentenza di condanna, anche solo "sostanziale", non può essere emessa se non a conclusione di un giudizio nel quale il "fatto" sia suscettibile di una nuova verifica probatoria e non solo di una rivalutazione cartolare. Alla luce della decisione in commento, deve, quindi, prendersi atto che la Cassazione, nel caso in cui giudichi viziata la motivazione di una sentenza assolutoria relativa al reato di lottizzazione abusiva per il quale sia intervenuta la prescrizione, non è legittimata ad annullare senza rinvio la sentenza procedendo autonomamente a un nuovo esame del fatto e all'applicazione della confisca (conclusione che, ovviamente, è destinata ad estendere i suoi effetti a tutti quei reati per i quali l'ordinamento ammette la compatibilità di una misura qualificabile come sanzione penale con la sopravvenienza di una causa estintiva del reato). Essa, per le ragioni sopradette è tenuta ad astenersi da qualsivoglia affermazione incidentale di sussistenza del fatto, la quale, unitamente alla verifica sull'applicabilità della confisca, deve essere rinviata a un giudice che, avendo pieni poteri di accertamento, possa far "rivivere" la dimensione probatoria della presunzione di innocenza (diritto dell'accusato di dimostrare la tesi a propria discolpa).

Una soluzione ermeneutica?

Rimane da chiedersi se il vigente dato codicistico si presti a essere adeguato al suddetto principio per via ermeneutica o se l'allineamento del nostro ordinamento alla sentenza della Grande Camera implichi necessariamente che esso sia modificato per mano legislativa o, in difetto di ciò, espunto con intervento della Corte costituzionale.

A prima lettura, nell'art. 620, comma 1, lett. *a*), c.p.p., è presente un ostacolo letterale, stabilendo, la disposizione citata, che «la corte pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio (…) se il reato è estinto». Il dato codicistico, insomma, non sembra ammettere provvedimenti di natura interlocutoria, prevedendo che, in caso di prescrizione del reato (o di altra causa estintiva), l'epilogo sia pronunciato direttamente nel giudizio di legittimità.

L'ostacolo, però, non sembra insormontabile, anche in considerazione del fatto che già in passato la nostra Cassazione, alla ricerca di interpretazioni convenzionalmente orientate, ha "forzato" gli argini letterali dell'ermeneutica e, pur di colmare i vuoti di tutela determinati dalle pronunce della Corte europea senza attendere l'intervento correttivo del legislatore o la scure della Corte costituzionale, è addivenuta a soluzioni fortemente creative [63].

---

[61] Il riferimento, evidentemente, è al tema della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello. Istituto che, dapprima, è stato oggetto di una interpretazione convenzionalmente orientata (v. Cass., S.U., sez. 28 aprile 2016, n. 27620, in *CED Cass.*, n. 267487)) e, successivamente, di una modifica legislativa finalizzata a recepirne le indicazioni (v. art. 603, comma 3-*bis*, introdotto dalla l. n. 103/2017).

[62] C. edu, sez. III, 14 aprile 2009, Didu c. Romania, in *www.coe.int* (v. § 37: «*La Cour … jugé que l'article 6 § 2 régissait l'ensemble de la procédure pénale, indépendamment de l'issue des poursuites, et non le seul examen du bien-fondé de l'accusation*». Negli stessi termini, C. edu, sez. I, 21 settembre 2006, Pandy c. Belgio, ivi.

[63] A titolo esemplificativo, si pensi all'operazione di chirurgia ermeneutica intrapresa dalla Corte di cassazione sull'art. 625-*bis* c.p.p., il cui ambito operativo, sebbene testualmente circoscritto al ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, è stato esteso alle ipotesi in cui occorre rimediare alla modificazione della qualificazione giuridica del fatto avvenuta nel giudizio di legittimità senza preventiva informazione dell'imputato [(Cass., sez. II, 15 maggio 2013, n. 37413, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 845, con nota di A. Bigiarini, *Il caso Drassich dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011*, e in *Giur. it.*, 2014, p. 177, con nota di F. Giunchedi, *Il giudice nazionale tra sistemi multilivello ed interpretazione conforme (a proposito del caso Drassich)*]. Modalità, questa, ritenuta da C. edu, sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2194, contrastante con l'art. 6 § 1 e 3 Cedu. Auspicando un intervento del legislatore, sembra propendere per la non adattabilità ermeneutica dell'art. 620 c.p.p. al nuovo principio di diritto convenzionale fissato nella sentenza in commento, M. Bignami, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica*, cit., secondo cui «allo stato attuale della normativa, non pare che la Cassazione, una volta rilevata la prescrizione, possa cassare la sentenza di merito con rinvio, ai soli fini di un rinnovato giudizio incidentale sulla colpevolezza (a meno di non optare per una problematica applicazione analogica dell'art. 622 c.p.p., che permette la prosecuzione del giudizio, dopo l'annullamento della sentenza in Cassazione, ai soli fini della decisione sull'azione civile risarcitoria ivi intentata)».

Occorre muovere da un presupposto, vale a dire che l'art. 620, comma 1, lett. *a*), c.p.p., è disposizione concepita in un contesto codicistico originario al quale è estraneo il binomio estinzione del reato-pena. Essa, quindi, non disciplina il rapporto tra la sentenza sostanziale di condanna e l'applicazione della pena/confisca semplicemente perché, *ab origine*, non riconosce paternità giuridica alla prima ed esclude che un reato prescritto possa ugualmente condurre a una conseguenza pregiudizievole annoverabile tra le sanzioni penali. Da qui, l'esigenza che, introdotto per via pretoria il suddetto binomio anche nel nostro ordinamento, il tenore della disposizione sia rivisitato, al fine di adattarne, fin dove possibile, il significato alla nuova realtà normativa [64]. In tale direzione, potrebbe trovare spazio una lettura congiunta delle lettere *a*) e *l*) dell'art. 620 c.p.p., in virtù della quale il contenuto della seconda non configuri necessariamente una fattispecie processuale autonoma ma abbia, all'occorrenza, anche una "funzione integrativa" della fattispecie regolamentata alla lettera *a*). Più precisamente, le condizioni alle quali la lettera *l*) subordina, in via residuale, il potere della Cassazione di pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio, dovrebbero fungere da "limite" all'esercizio del medesimo potere in presenza di una causa estintiva del reato. Pertanto, la declaratoria di prescrizione del reato potrebbe essere pronunciata direttamente dal giudice di legittimità soltanto là dove la Corte «ritenesse di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto». Accertamenti la cui indispensabilità normalmente compete alla Cassazione verificare in ragione delle specificità del caso concreto, ma che nella situazione qui considerata risulterebbero sistematicamente incompatibili col giudizio di legittimità (per essere indissolubilmente legati alla esperibilità delle verifiche probatorie derivanti dalla presunzione di innocenza e, però, del tutto estranee alla fisionomia del suddetto giudizio), tanto da imporre automaticamente l'annullamento con rinvio della sentenza.

[64] Anche G. De Marzo, *Confisca di immobili e lottizzazione abusiva*, cit., p. 390, ritiene che nel caso in cui la Cassazione «dovesse cogliere un vizio motivazionale nella ricostruzione dei fatti nella sentenza che è giunta alla pronuncia di assoluzione … si imporrebbe un annullamento con rinvio al giudice penale, nonostante l'intervenuta prescrizione». Se è vero, infatti, che «tale ipotesi è espressamente prevista solo nel caso dell'art. 578 c.p.p. (e con rinvio al giudice civile: art. 622 c.p.p.)», lo è anche «che non sembra ammissibile ipotizzare un vuoto di soluzioni processuali, una volta che si riconosca che fa legittimamente parte dell'ordinamento processuale la regola che impone l'accertamento della responsabilità, pur quando sia preclusa la formale condanna per l'intervenuta prescrizione».

Le Sezioni Unite ribadiscono la necessità di motivare il sequestro probatorio

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. UN., SENT. 27 LUGLIO 2018, N. 36072 – PRES. CARCANO; REL. ANDREAZZA

Il decreto di sequestro probatorio, così come l'eventuale decreto di convalida, anche qualora abbia ad oggetto cose costituenti corpo di reato, deve contenere una specifica motivazione in ordine alla finalità perseguita per l'accertamento dei fatti.

[*Omissis*]

RITENUTO IN FATTO

1. Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Nuoro ha proposto ricorso per cassazione avverso la ordinanza in epigrafe indicata con cui lo stesso Tribunale, in accoglimento della richiesta di riesame del decreto di convalida del sequestro probatorio del 27 aprile 2017, avente ad oggetto beni immobili tra cui magazzini ed appartamenti, in relazione ai reati di cui agli artt. 110, cod. pen. e 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 (capo a); artt. 110 e 481 cod. pen. (capo b); artt. 110 e 483 cod. pen. (capo c), commessi in epoca anteriore e prossima all'8 marzo 2017, ha annullato il decreto stesso disponendo la restituzione degli immobili agli aventi diritto.

2. Il ricorrente lamenta, con un primo motivo, violazione e falsa applicazione dell'art. 253 cod. proc. pen., avendo il Tribunale annullato il provvedimento di convalida del sequestro probatorio ritenendo "obiettivamente insussistente" la motivazione in ordine alle esigenze probatorie a fondamento del sequestro.

Il ricorrente dà atto in premessa dell'esistenza di due orientamenti contrapposti della Corte di cassazione (da un lato, quello da ultimo espresso da Sez. 2, n. 52259 del 28/10/2016, Esposito, Rv. 268734, secondo cui il decreto di sequestro probatorio delle cose che costituiscono corpo del reato deve essere sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine alla sussistenza della relazione di immediatezza tra la *res* sequestrata ed il reato oggetto di indagine, ma non anche in ordine alla necessità di esso in funzione dell'accertamento dei fatti, poiché l'esigenza probatoria del corpo del reato è *in re ipsa*, e, dall'altro, quello formulato da Sez. 3, n. 1145 del 27/04/2016, Bernardi, Rv. 268736, secondo cui il decreto di sequestro probatorio del corpo di reato deve essere necessariamente sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti); osserva quindi che, anche a seguire, come apparentemente fatto dall'ordinanza impugnata, il secondo dei due indirizzi, non si sarebbe tenuto conto della possibilità, comunque affermata, del ricorso, in sede di motivazione, ad una formula sintetica ove la funzione probatoria del corpo del reato sia connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono (Sez. 2, n. 11325 del 18/03/2015, Caruso, Rv. 263130); e, nella specie, sarebbe stata evidente l'esigenza probatoria *in re ipsa* posto che nei reati edilizi il bene immobile è il corpo del reato avente, quale connotato immanente di immediata percezione, la finalizzazione probatoria, non potendo l'attività investigativa passare se non attraverso una puntuale verifica delle difformità *prima facie* riscontrate nella fase iniziale dell'indagine.

2.2. Con un secondo motivo deduce il vizio di violazione di legge per motivazione apodittica ed apparente contestando l'ordinanza laddove la stessa parrebbe avere ritenuto mancante ogni motivazione del decreto di convalida in ordine al *fumus* dei reati per i quali si procede.

Infatti, da un lato, l'ordinanza impugnata sembrerebbe, nell'ultima parte, fare esclusivo riferimento a presunte carenze motivazionali riguardanti le "esigenze probatorie" non ritenendo esercitabile il potere di integrazione da parte del tribunale del riesame per la mancata specificazione delle stesse come

poste a fondamento del decreto di convalida, e, dall'altro, i giudici del riesame non avrebbero tenuto conto della più recente giurisprudenza di legittimità secondo cui l'onere di motivazione del decreto di convalida in ordine al reato da accertare deve essere modulato in ragione della "progressione processuale", sicché, in particolare nella fase iniziale delle indagini, caratterizzata dalla fluidità della contestazione, sarebbe legittimo il decreto di convalida apposto in calce al verbale della polizia giudiziaria che si limiti ad indicare gli articoli di legge per cui si intende procedere, richiamandone *per relationem* il contenuto, sempre che i fatti risultino compiutamente descritti nel verbale di sequestro, risultando l'onere motivazionale proporzionalmente più intenso qualora l'atto da convalidare non sia sufficientemente chiaro (Sez. 2, n. 2787 del 03/12/2015, Zhiding Hu, Rv. 265776).

Nella specie, deduce il ricorrente, ciascuno dei sequestri operati dalla polizia giudiziaria ed oggetto della convalida recherebbe, nel relativo verbale, autonoma e chiara descrizione delle difformità riscontrate con riferimento alle singole porzioni immobiliari, cosicché ciascun sequestro risulterebbe accompagnato da una compiuta indicazione, compatibilmente con la fase procedimentale in atto, delle ragioni che hanno indotto, gli operanti prima ed il pubblico ministero poi, a ritenere sussistente il *fumus* del reato edilizio.

Il Tribunale, pertanto, non avrebbe tenuto in alcuna considerazione i contenuti dei predetti verbali, integranti, come tali, il decreto di convalida nella misura in cui descrivevano compiutamente, compatibilmente con la fase procedimentale in atto, i fatti per cui si procede.

3. Con successiva memoria la difesa degli indagati, nel confutare le argomentazioni del pubblico ministero ricorrente, ha chiesto il rigetto del ricorso.

4. Con ordinanza in data 1 dicembre 2017 la Terza Sezione penale di questa Corte, rilevata l'esistenza di difformità di orientamenti interpretativi sul punto relativo alla sussistenza e al grado, in caso di sequestro probatorio del corpo di reato, dell'onere di specifica motivazione circa le esigenze probatorie, ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite.

Pur dando atto del maggioritario orientamento della giurisprudenza di questa Corte, anche a Sezioni Unite, in ordine alla necessità di una specifica motivazione nel caso di sequestro probatorio del "corpo del reato" (da ultimo, Sez. U, n. 5876 del 28/01/2004, Bevilacqua, Rv. 226711), l'ordinanza, nell'ambito di un diffuso *excursus* volto ad elencare numerose sentenze discostatesi nel tempo da tale indirizzo, ha valorizzato in particolare la sentenza di Sez. 3, n. 1145 del 27/04/2016, Bernardi, Rv. 268736, ove, pur stabilendosi che il decreto di sequestro probatorio del corpo di reato deve essere necessariamente sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti, si è tuttavia precisato che «è legittimo fare ricorso ad una formula sintetica nel solo caso in cui la funzione probatoria del corpo del reato sia connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono». È stata poi richiamata la sentenza di Sez. U, n. 2 del 11/02/1994, Carella, Rv. 196261, ove si è ritenuto che la finalità probatoria del corpo del reato sia *in re ipsa* essendo, pertanto, nel caso di sequestro probatorio che abbia ad oggetto il *corpus delicti,* sufficiente, a tal fine, un richiamo alla qualificazione della cosa come corpo del reato. Questa interpretazione troverebbe conferma nel dato letterale dell'art. 253 cod. proc. pen., ove l'aggettivo "necessarie" (declinato al plurale femminile) è connesso alle sole "cose pertinenti al reato", e non invece al sostantivo "corpo di reato" (singolare maschile).

L'ordinanza ha anche precisato come non dovrebbe esservi dubbio non solo sul fatto che i beni immobili costituiscano corpo del reato in tutti i casi in cui, come nella specie, si proceda per reati edilizi, ma anche sul fatto che i beni immobili sequestrati in seno ad un procedimento penale per detti reati presentino appunto, quale connotato ontologico e immanente di immediata evidenza, la loro finalizzazione probatoria, dal momento che l'attività investigativa non può che passare attraverso una puntuale verifica delle difformità *prima facie* riscontrate nella fase iniziale dell'indagine.

5. Il Primo Presidente, preso atto dell'esistenza del contrasto, con decreto del 28 febbraio 2018, ha assegnato, ai sensi dell'art. 610, comma 3, cod. proc. pen., il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione del medesimo in udienza camerale la data odierna.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. L'ordinanza di rimessione parrebbe, nella sua prima parte, avere focalizzato l'attenzione specificamente sulla questione se il decreto di sequestro (o di convalida di sequestro) probatorio possa essere corredato da una motivazione di minor pregnanza nei casi in cui il corpo del reato esprima in maniera,

per così dire, autoevidente, la finalizzazione probatoria dell'atto (dando così apparentemente per scontato che, invece, in via "ordinaria", una motivazione il decreto debba comunque contenere).

Più oltre, tuttavia, gli stessi giudici remittenti manifestano la propensione per un ben più radicale indirizzo, che finisca per esimere *tout court* da motivazione il provvedimento di sequestro sol perché riguardante il corpo di reato.

È lo stesso pubblico ministero ricorrente, del resto, nel censurare il provvedimento impugnato, a porre in rilievo la divaricazione esegetica creatasi, nella giurisprudenza di questa Corte, tra un orientamento che attribuisce al corpo di reato una funzione probatoria *in re ipsa,* di per sé, dunque, insofferente a spiegazioni che si rivelerebbero in definitiva superflue, ed un orientamento che, invece, rifuggendo da un tale assioma e mostrando di considerare ulteriori necessari profili, si caratterizza per evitare distinzioni, non volute dal legislatore, tra corpo del reato e cose pertinenti al reato.

Proprio la radicale *ratio* da cui muove l'indirizzo che escluderebbe l'onere motivazionale appare tale da "assorbire" e vanificare l'utilità di introdurre ulteriori possibili distinzioni, quale quella di specifici corpi del reato che, a differenza e più di altri, rechino in sé l'evidenza probatoria perseguita dal provvedimento di sequestro, e da imporre, dunque, l'esame della più generale e pregiudiziale questione.

1.1. Va aggiunto che, correttamente, nell'individuare e proporre ragioni inducenti a dissentire dall'indirizzo espresso da Sez. U, Bevilacqua, cit., la Terza Sezione ha rimesso la questione a questo consesso facendo espresso riferimento al nuovo disposto dell'art. 618, comma 1 *bis,* cod. proc. pen., introdotto dall'art. 1, comma 66, della I. 23 giugno 2017, n. 103, secondo cui «se una sezione della Corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso».

La norma, con cui il rapporto tra sezioni semplici e sezioni unite è stato conformato a quanto già previsto per il processo civile dall'art. 374, comma 3, cod. proc. civ., come modificato dall'art. 8 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ha introdotto una ipotesi di rimessione che, a differenza di quella, facoltativa, di cui al comma 1, si caratterizza, come inequivocabilmente discendente dalla differenza di locuzioni impiegate nel comma 1 («può con ordinanza rimettere il ricorso») e nel comma 2 («rimette...la decisione del ricorso»), per essere, infatti, obbligatoria, nel segno della volontà di rafforzare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione attraverso il consolidamento del ruolo delle Sezioni Unite.

Deve inoltre affermarsi che il disposto dell'art. 618, comma 1 *bis,* cit. trova applicazione anche con riferimento alle decisioni intervenute, come nella specie, precedentemente all'entrata in vigore della nuova disposizione: il tenore generale della norma e la *ratio* ispiratrice appena ricordata consentono di ritenere, in mancanza tra l'altro di una apposita disciplina di carattere intertemporale, applicabile sin da subito la nuova disposizione posto che il valore di "precedente vincolante", tale da imporre obbligatoriamente alla sezione semplice la rimessione del ricorso, è identificabile con la sola peculiare fonte di provenienza della decisione, indipendentemente dalla collocazione temporale di quest'ultima, se cioè *ante* o *post* riforma.

2. Tanto premesso, la questione di diritto devoluta a queste Sezioni Unite va dunque sinteticamente riassunta nei seguenti termini:

"Se, anche per le cose che costituiscono corpo di reato, il decreto di sequestro (o di convalida di sequestro) probatorio debba essere comunque motivato quanto alla finalità in concreto perseguita per l'accertamento dei fatti".

3. Ciò posto, appare prioritario ripercorrere, sia pure sinteticamente, il tracciato giurisprudenziale formatosi proprio sulla generale questione appena rammentata.

Ricordato che il necessario riferimento normativo è costituito dall'art. 253, comma 1, cod. proc. pen., secondo cui «l'autorità giudiziaria dispone con decreto motivato il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti», la disamina deve muovere dalla pronuncia delle Sez. U, n. 10 del 18/06/1991, Raccah, Rv. 187861.

Dopo avere precisato che il dato testuale dell'art. 253 cit., per il solo fatto dell'utilizzo dell'aggettivo "necessarie", di genere femminile, non può giustificare la conclusione che in caso di sequestro del corpo del reato non occorra la indicazione delle esigenze probatorie (atteso che, per ragioni di immediata contiguità sintattica, ben sarebbe possibile la concordanza dell'aggettivo con l'ultimo nome femminile, quando questo è plurale, anche se preceduto da nomi maschili), la pronuncia ha affermato come «decisiva la considerazione che in ogni caso il decreto deve essere motivato e che, potendo il sequestro (anche quello del corpo del reato) avvenire sia per finalità probatorie, sia per finalità preventive, soggette a regole diverse, l'autorità che lo dispone non può non indicare le finalità che con il provvedimento intende perseguire, così come il giudice del riesame non può non controllare queste finalità per verificare,

anche sotto l'aspetto procedimentale, la legittimità del decreto». Si è poi ritenuta erronea la affermazione della connaturata necessità per l'accertamento dei fatti insita nel corpo del reato: da un lato, un tale assioma sarebbe sconfessato dalla realtà e, dall'altro, lo stesso legislatore avrebbe ritenuto imprescindibile il nesso tra la misura e le esigenze probatorie imponendo, ai sensi dell'art. 262, comma 1, cod. proc. pen., la restituzione delle cose «quando non è necessario mantenere il sequestro ai fini di prova», in tale locuzione indifferenziata dovendosi ricomprendere anche il corpo del reato. Di qui, dunque, l'insostenibilità logica di un sequestro del corpo del reato senza accertamento della sua necessità ai fini probatori, atteso che, se questa necessità mancasse, si dovrebbe restituire immediatamente la cosa sequestrata.

3.1. All'assunto appena ricordato ha fatto seguito il diverso indirizzo espresso da Sez. U, n. 2 del 11/02/1994, Carella, Rv. 196261 (confermata da Sez. U, n. 20 del 11/11/1994, Ceolin, Rv. 199172), che ha fondato invece la non necessità, per le cose aventi qualifica di "corpo di reato", di una specifica motivazione del sequestro in funzione dell'accertamento dei fatti sulla esigenza probatoria *in re ipsa* del *corpus delicti*, essendo invece necessaria e sufficiente a tal fine unicamente la giustificazione di una tale qualificazione.

Ad una prima ragione, di ordine letterale (l'indicazione nell'art. 253 cod. proc. pen. dell'aggettivo "necessarie", in quanto declinato al plurale femminile, dovrebbe riferirsi solo alle cose pertinenti al reato e non anche al corpo di reato), dovrebbe aggiungersi la considerazione sostanziale incentrata sul concetto di "corpo di reato", implicante, in linea di principio, un vincolo necessario con la prova del reato e postulante l'esistenza di un rapporto di immediatezza tra la cosa e l'illecito penale, con conseguente necessaria efficacia probatoria diretta in ordine all'avvenuta commissione di un reato ed alla sua attribuibilità ad un soggetto determinato. Proprio la previsione della restituzione "all'avente diritto" contenuta nell'art. 262 cit., valorizzata dall'indirizzo volto a richiedere sempre la motivazione sulle finalità probatorie, renderebbe poi logico il sostenere che il sequestro del corpo di reato non necessiti dell'individuazione di detta finalità.

3.2. Portata ancora una volta al vaglio delle Sezioni Unite, la questione è stata nuovamente decisa da Sez. U, n. 5876 del 28/01/2004, Bevilacqua, Rv. 226711, che hanno affermato, nel solco inaugurato da Sez. U, n. 10 del 18/06/1991, Raccah, cit. come, anche per le cose costituenti corpo di reato, il decreto di sequestro a fini di prova debba essere sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti.

Il ragionamento svolto dalla sentenza si è mosso su diversi piani.

Sotto un primo profilo la decisione ha rilevato come il codice di rito non preveda affatto, accanto alle tre forme tipiche di sequestro (probatorio, preventivo e conservativo), la figura autonoma del sequestro del corpo di reato come *'quartum genus'* suscettibile di automatica e obbligatoria applicazione in virtù della sola qualità della cosa, essendo invece necessario che ogni provvedimento diretto all'apprensione della *res* ed alla conseguente imposizione del vincolo temporaneo di indisponibilità su di essa rientri, per le specifiche finalità di volta in volta perseguite, in uno dei tre menzionati modelli legali.

Sotto un secondo versante ha poi affermato come, anche con riguardo al sequestro del corpo del reato disposto a fini di prova, debbano essere comunque esplicitate, così come per le cose pertinenti al reato, le ragioni giustificanti in concreto la necessità dell'acquisizione interinale del bene "per l'accertamento dei fatti" inerenti al *thema decidendum* del processo, secondo il catalogo enunciato dall'art. 187 cod. proc. pen., ovvero in funzione dell'assicurazione della prova del reato per cui si procede o della responsabilità dell'autore.

Ribadendo poi il ragionamento già svolto dalle Sez. U, n. 10 del 18/06/1991, Raccah, cit., la sentenza ha nuovamente valorizzato la lettura coordinata della norma del primo comma dell'art. 253 con quella del primo comma dell'art. 262, la quale, senza operare alcuna differenziazione tra corpo di reato e cose pertinenti al reato, prevede la restituzione delle "cose sequestrate" a chi ne abbia diritto, anche prima della sentenza, "quando non è necessario mantenere il sequestro a fini di prova", in tal modo riconoscendosi, per evidenti ragioni di economia processuale, che, «perché trovi legittima giustificazione l'esercizio del potere coercitivo anche in sede di controllo da parte del giudice del riesame, tali fini, almeno inizialmente, devono in ogni caso sussistere ed essere esplicitati nella motivazione del provvedimento con cui il potere si manifesta, ben potendo le esigenze attinenti al *thema probandum* essere altrimenti soddisfatte senza creare un vincolo superfluo di indisponibilità sul bene».

Ha poi osservato che le norme codicistiche (segnatamente gli artt. 103, comma 2, 235 e 240 cod. pen.) che sembrano imporre il sequestro del corpo di reato *ex lege* anche in assenza di un onere argomentativo per l'accusa, riguardano ipotesi speciali dettate dalla necessità di non disperdere peculiari mezzi di

prova, dalle quali non appare lecito inferire la sussistenza di una regola generale circa la rilevanza probatoria *tout court* del corpo del reato.

Infine, la sentenza ha chiarito come l'assunto in ordine alla necessità di una motivazione del decreto quanto alla finalità perseguita per l'accertamento dei fatti debba considerarsi come l'unica compatibile con i limiti correlati al diritto alla "protezione della proprietà" riconosciuto dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione Edu: il giusto equilibrio tra i motivi di interesse generale e il sacrificio del diritto del singolo al rispetto dei suoi beni, che il canone costituzionale e quello convenzionale pretendono, sarebbe infatti messo in irrimediabile crisi dall'opposta regola, di legittimità *tout court* del sequestro probatorio del corpo del reato, indipendentemente da ogni riferimento alla concreta finalità probatoria perseguita; si autorizzerebbe infatti, in tal modo, un vincolo di temporanea indisponibilità della cosa che, al di fuori dell'indicazione dei motivi di interesse pubblico collegati all'accertamento dei fatti di reato, verrebbe arbitrariamente e irragionevolmente ancorato alla circostanza del tutto accidentale di essere questa cosa oggetto sul quale o mediante il quale il reato è stato commesso ovvero prodotto, profitto o prezzo dello stesso.

3.3. La divergenza di orientamenti è, tuttavia, proseguita, anche successivamente alla pronuncia da ultimo ricordata, negli arresti delle sezioni semplici.

Se da un lato l'impostazione affermata da Sez. U, n. 10 del 18/06/1991, Raccah, cit. e rafforzata dalla pronuncia di Sez. U., n. 5876 del 28/01/2004, Bevilacqua, cit., è stata ripresa da una serie di pronunce che hanno ribadito l'assunto di un onere indifferenziato di motivazione del decreto indipendentemente dalla tipologia dell'oggetto appreso (Sez. 2, n. 32941 del 13/07/2012, Albanese, Rv. 253658; Sez. 3, n. 19615 del 11/03/2014, Gamba, Rv. 259647; Sez. 3, n. 37187 del 06/05/2014, Guarnieri, Rv. 260241; Sez. 3, n. 11817 del 26/01/2017, Berardinelli, Rv. 269664; Sez. 2, n. 33943 del 15/03/2017, Carone, Rv. 270520; Sez. 6, n. 21122 del 29/03/2017, Peritore, Rv. 270785; Sez. 6, n. 23046 del 04/04/2017, Veizi, Rv. 270487) anche, e soprattutto, facendo leva sull'esigenza di rispettare l'equilibrio tra i motivi di interesse generale e il sacrificio del diritto del singolo al rispetto dei beni di sua proprietà (Sez. 5, n. 46788 del 15/03/2013, Scriva, Rv. 257537; Sez. 3, n. 13044 del 06/03/2013, Borri, Rv. 255116; Sez. 3, n. 45034 del 24/09/2015, Zarrillo, Rv. 265391; Sez. 3, n. 11935/17 del 10/10/2016, Zamfir, Rv. 270698), dall'altro non sono mancate affermazioni di segno opposto.

In tale secondo ambito è necessario, però, distinguere tra quelle che, in contrapposizione diretta con l'indirizzo appena ricordato, e sostanzialmente riprendendo gli assunti di Sez. U, n. 2 del 11/02/1994, Carella, cit., hanno escluso l'esigenza di dimostrare la necessità del sequestro del corpo del reato in funzione dell'accertamento dei fatti, attesa la connotazione probatoria *in re ipsa* (Sez. 4, n. 8662 del 15/01/2010, Bettoni, Rv. 246850; Sez. 4, n. 8662 del 15/01/2010, Bottino, Rv. 247039; Sez. 2, n. 31950 del 03/07/2013, Fazzari, Rv. 255556; Sez. 2, n. 52259 del 28/10/2016, Esposito, Rv. 268734) e quelle che, invece, hanno collegato la non necessità della motivazione ai casi nei quali, come già ricordato in premessa, la funzione probatoria sia di immediata evidenza quale connotato ontologico ed immanente del peculiare tipo di bene o compendio sequestrato (Sez. 2, n. 11325 del 11/02/2015, Caruso, Rv. 263130; Sez. 3, n. 1145/17 del 27/04/2016, Bernardi, Rv. 268736).

Quanto al più radicale orientamento, va solo precisato che, oltre a ribadirsi gli assunti della sentenza di Sez. U, n. 2 del 11/02/1994, Carella, cit., si è sottolineato come, proprio in ragione della immediatezza del rapporto del bene con il reato, il sequestro delle cose sulle quali o mediante le quali il reato sia stato commesso, nonché le cose costituenti prodotto, profitto o prezzo sia obbligatorio mentre il sequestro delle cose pertinenti al reato sia facoltativo, anche da qui dunque dovendo discendere differenti conseguenze sul piano dell'onere motivazionale.

Quanto invece all'indirizzo, per così dire, "attenuato", si è in particolare sottolineato che la motivazione del provvedimento impositivo del vincolo reale deve essere modulata in relazione al caso concreto sì da dovere, in particolare, essere rafforzata ogni qual volta il nesso tra il bene e il reato per cui si procede sia indiretto, potendo invece farsi ricorso ad una formula sintetica nei casi in cui la funzione probatoria del sequestro sia di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose componenti il compendio sequestrato, anche tenendosi conto della necessaria modulazione dell'onere motivazionale in ragione della progressione processuale, tale da condurre a consentire un grado esplicativo di contenuto tanto più ridotto in quanto il procedimento si trovi nella fase iniziale delle indagini (Sez. 2, n. 44416 del 16/09/2016, Di Vito, Rv. 268724).

Non sono neppure mancate pronunce che, pur in tale ambito di non necessità motivazionale ricollegata alla "vocazione probatoria" *in re ipsa* del corpo di reato, hanno però sottolineato, proprio al fine di

dare conto della qualifica come tale del bene appreso, la esigenza di una spiegazione quanto alla relazione di immediatezza tra la *res* sequestrata ed il reato oggetto di indagine, non essendo dunque sufficiente la mera indicazione delle norme violate ma occorrendo anche la descrizione degli estremi essenziali di tempo, luogo e azione del fatto (Sez. 2, n. 43444 del 02/07/2013, Di Nino, Rv. 257302; Sez. 2, n. 50175 del 25/11/2015, Scarafile, Rv. 265525; Sez. 2, n. 6149 del 09/02/2016, Ciurlino, Rv. 266072; Sez. 2, n. 46357 del 20/07/2016, Mastellone, Rv. 268510).

4. Ritengono le Sezioni Unite che una corretta lettura dell'art. 253, comma 1, cod. proc. pen. non possa consentire, nell'ambito dell'onere motivazionale chiaramente espresso dalla norma, differenziazioni di sorta tra corpo del reato da una parte e cose pertinenti al reato dall'altra.

È infatti il dato normativo, del tutto sottovalutato nelle impostazioni giurisprudenziali che esentano il provvedimento di sequestro del corpo del reato da un onere motivazionale, ad indicare che il decreto di sequestro debba essere "motivato", essendo tale connotato, la cui necessità si collega alla previsione generale di cui all'art. 125, comma 1, cod. proc. pen., espresso in termini assoluti *nell'incipit* della disposizione e, dunque, indipendentemente dalla natura delle cose da apprendere a fini di prova, solo successivamente indicate dalla disposizione.

Né può trascurarsi, in senso convergente verso tale primo punto, la mancanza (già considerata da Sez. U, n. 5876 del 28/01/2004, Bevilacqua, cit.) di una regolamentazione autonoma, all'interno del codice di rito (contemplante le sole generali figure del sequestro preventivo, del sequestro probatorio e del sequestro conservativo), del sequestro del corpo del reato con conseguente impossibilità di trattamenti differenziati.

4.1. Del resto, che il decreto di sequestro del corpo del reato debba essere motivato, non pare posto in discussione neppure dall'indirizzo discendente dalla pronuncia delle Sez. U, n. 2 del 11/02/1994, Carella, cit., atteso che il dato qualificante di tale orientamento riposa nell'esclusione di un onere motivazionale non già in assoluto (nessuna delle pronunce ricordate sopra è giunta infatti ad affermare l'inesistenza assoluta di un onere motivazionale), ma solo in relazione alla funzione probatoria del corpo del reato, ovvero alla necessità che il decreto dia conto del nesso funzionale tra bene appreso e accertamento del fatto, necessità fondamentalmente esclusa per la connotazione probatoria *in re ipsa* del corpo del reato. E ciò è tanto vero che, come ricordato sopra, alcune pronunce, evidentemente sul tacito presupposto che, escludendosi del tutto la motivazione del decreto, si sarebbe in definitiva giunti a trasgredire proprio il dettato dell'art. 253, comma 1, cit., hanno specificamente "ritagliato" un onere motivazionale circoscrivendolo ad aspetti appunto diversi, quali la relazione di immediatezza tra la *res* sequestrata ed il reato oggetto di indagine (sì che, come visto, non sarebbe sufficiente la mera indicazione delle norme violate, ma sarebbe necessaria anche la descrizione degli estremi essenziali di tempo, luogo ed azione del fatto).

Sennonché, già sotto un primo profilo essenzialmente logico, una volta ritenuto che anche il decreto di sequestro del corpo di reato debba essere motivato, ci si dovrebbe chiedere, attesa la tipologia del sequestro in oggetto, che è sequestro vocato per legge ad apprendere cose "necessarie per l'accertamento dei fatti", su quale aspetto, se non sulla finalizzazione probatoria, precipuamente caratterizzante l'atto, distinto così dalle altre tipologie di apprensione di beni, la motivazione dovrebbe intervenire.

Dovendosi, anzi, aggiungere che anche l'aspetto di relazione di immediatezza tra bene sequestrato e reato per il quale si procede, sul quale, per alcune decisioni già riassunte sopra (tra cui Sez. 2, n. 43444 del 02/07/2013, Di Nino, cit.; Sez. 2, n. 50175 del 25/11/2015, Scarafile, cit.; Sez. 2, n. 6149 del 09/02/2016, Ciurlino, cit. e Sez. 2, n. 46357 del 20/07/2016, Mastellone, cit.), residuerebbe, come visto, lo spazio motivazionale del decreto, null'altro è, in realtà, che la descrizione, effettuata in termini differenti, del necessario requisito di finalizzazione probatoria del bene appreso: esigere che il decreto dia conto del reato per cui si procede, sia pure attraverso estremi essenziali di tempo, luogo e fatto, è evidentemente elemento-presupposto richiesto proprio in funzione della valutazione del collegamento tra bene e accertamento del fatto stesso.

Sì che la artificiosa distinzione in oggetto appare in realtà confermativa proprio dell'esigenza che la motivazione del decreto non possa non investire la funzione probatoria del bene da apprendere.

4.2. Un tale dato logico trova poi conferma in ulteriori elementi, tutti convergenti nel senso appena indicato.

Si tratta delle ragioni già indicate dalla decisione di Sez. U, n. 5876 del 28/01/2004, Bevilacqua, cit., fondamentalmente discendenti da aspetti di ordine normativo e sistematico.

Un primo profilo attiene alla norma dell'art. 262, comma 1, cod. proc. pen. secondo cui «quando non

è necessario mantenere il sequestro a fini di prova, le cose sequestrate sono restituite a chi ne abbia diritto prima della sentenza»: la valenza generale della disposizione, certamente applicabile anche al corpo del reato, consente di ribadirne la inconciliabilità con l'assunto secondo cui il fine probatorio sarebbe automaticamente e connaturalmente insito al corpo del reato giacché, se così fosse, nessuna possibile restituzione potrebbe prospettarsi; e se la non necessità di mantenimento in sequestro della cosa a fini di prova vale a sequestro già operato, a maggior ragione la stessa non necessità dovrebbe potere essere apprezzata al momento di iniziale assoggettamento del vincolo, se non altro per ragioni di economia processuale. Ciò che, a ben vedere, trova conferma nella norma dell'art. 354, comma 2, cit. la quale, proprio facendo riferimento al momento genetico, attribuisce alla polizia giudiziaria il potere di procedere, "se del caso", al sequestro del corpo del reato e delle cose a questo pertinenti, locuzione, questa, che nessun senso logico avrebbe ove il corpo del reato, recando in sé la matrice probatoria, dovesse, come conseguenza dell'impostazione di esenzione dall'obbligo motivazionale, sempre ed automaticamente essere sequestrato.

Né potrebbe ritenersi che la valutazione demandata agli ufficiali di polizia giudiziaria riguardi esclusivamente il pericolo di un mutamento della situazione di fatto nell'impossibilità di un tempestivo intervento del pubblico ministero, non essendovi ragioni per escludere che, attesa la generale locuzione utilizzata, già in questo momento debbano esservi valutazioni aventi riguardo anche al nesso della cosa con l'accertamento del fatto, tanto più ove imposte, come si dirà subito oltre, dall'esigenza di rispettare limiti sovraordinati di ordine costituzionale e convenzionale.

Sarebbe allora, in definitiva, illogico garantire lo scrutinio sull'opportunità di mantenere il sequestro già disposto e non consentire una analoga facoltà all'atto stesso della decisione di applicare la misura.

Anche per le cose rientranti nella nozione di corpo del reato così come per le cose pertinenti al reato è dunque ben possibile ragionare in termini di "facoltatività" del sequestro, in tal modo dovendosi dissentire da quelle decisioni che, invece, hanno privilegiato una lettura dello strumento come di natura "obbligatoria".

4.3. Un secondo profilo è poi significativamente rinvenibile nella ineludibile necessità di un'interpretazione della norma che tenga conto del requisito della proporzionalità della misura adottata rispetto all'esigenza perseguita, in un corretto bilanciamento dei diversi interessi coinvolti.

Già Sez. U, n. 5876 del 28/01/2004, Bevilacqua, cit., hanno sottolineato come la soluzione nel senso dell'onere motivazionale del sequestro del corpo di reato sarebbe «l'unica compatibile con i limiti dettati all'intervento penale sul terreno delle libertà fondamentali e dei diritti costituzionalmente garantiti dell'individuo», tra cui certamente il diritto alla "protezione della proprietà" riconosciuto dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, aggiungendo che il giusto equilibrio tra i motivi di interesse generale e il sacrificio del diritto del singolo al rispetto dei suoi beni, richiesto dal canone costituzionale e da quello convenzionale, sarebbe altrimenti messo in crisi dall'opposta regola, di legittimità *tout court* del sequestro probatorio del corpo di reato indipendentemente da ogni riferimento alla concreta finalità probatoria perseguita. Si autorizzerebbe così un vincolo di temporanea indisponibilità della cosa che, al di fuori dell'indicazione dei motivi di interesse pubblico collegati all'accertamento dei fatti di reato, sarebbe arbitrariamente e irragionevolmente ancorato alla circostanza, del tutto accidentale, di essere questa cosa oggetto sul quale o mediante il quale il reato è stato commesso o prodotto profitto o prezzo dello stesso. Tanto più grave poi sarebbe la lesione del principio di ragionevolezza e proporzionalità della misura in ipotesi di cose configurabili come corpo del reato, ma di proprietà della vittima o di terzi estranei alla condotta criminosa.

Tali ragioni, limpidamente tratte dai parametri normativi specificamente invocati e seguite da successive pronunce delle sezioni semplici, vanno qui ribadite: la portata precettiva degli artt. 42 Cost. e 1 del primo Protocollo addizionale della Convenzione Edu richiede che le ragioni probatorie del vincolo di temporanea indisponibilità della cosa, anche quando la stessa si identifichi nel corpo del reato, siano esplicitate nel provvedimento giudiziario con adeguata motivazione, allo scopo di garantire che la misura, a fronte delle contestazioni difensive, sia soggetta al permanente controllo di legalità – anche sotto il profilo procedimentale – e di concreta idoneità in ordine all'*an* e alla sua durata, in particolare per l'aspetto del giusto equilibrio o del ragionevole rapporto di proporzionalità tra il mezzo impiegato, ovvero lo spossessamento del bene, e il fine endoprocessuale perseguito, ovvero l'accertamento del fatto di reato (Corte Edu, 24 ottobre 1986, Agosi c. U.K.).

Ed ogni misura, per dirsi proporzionata all'obiettivo da perseguire, dovrebbe richiedere che ogni interferenza con il pacifico godimento dei beni trovi un giusto equilibrio tra i divergenti interessi in gioco

(Corte Edu 13 ottobre 2015, Unsped Paket Servisi SaN. Ve TIC. A. S. c. Bulgaria).

Dunque, solo valorizzando l'onere motivazionale è possibile, come sottolineato dalla più attenta dottrina, tenere "sotto controllo" l'intervento penale quanto al rapporto con le libertà fondamentali ed i beni costituzionalmente protetti quali la proprietà e la libera iniziativa economica privata, riconosciuti dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1 del Primo protocollo addizionale alla Convenzione Edu, come interpretato dalla Corte Edu; in tale ottica, la motivazione in ordine alla strumentalità della *res* rispetto all'accertamento penale diventa, allora, requisito indispensabile affinché il decreto di sequestro, per sua vocazione inteso a comprimere il diritto della persona a disporre liberamente dei propri beni, si mantenga appunto nei limiti costituzionalmente e convenzionalmente prefissati e resti assoggettato al controllo di legalità.

4.4. Va aggiunto che il requisito della proporzionalità della misura, che, nell'ambito dei valori costituzionali, è espressione del principio di ragionevolezza, contiene in sé, inoltre, quello della "residualità" della misura: proprio la necessaria componente della misura di "incisione" sul diritto della persona di disporre liberamente dei propri beni senza limitazioni che non derivino da interessi di altro segno maggiormente meritevoli di tutela (come quelli pubblici, connessi al processo penale, di accertamento dei fatti) contiene necessariamente in sé l'esigenza che al sequestro possa farsi ricorso solo quando allo stesso risultato (nella specie l'accertamento dei fatti appunto) non possa pervenirsi con modalità "meno afflittive".

Questa Corte ha infatti, in più pronunce, ritenuto applicabili anche alle misure cautelari reali i principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, dettati dall'art. 275 cod. proc. pen. per le misure cautelari personali, i quali devono costituire oggetto di valutazione preventiva e non eludibile da parte del giudice nell'applicazione delle cautele reali, al fine di evitare un'esasperata compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica privata (Sez. 5, n. 8152 del 21/10/2010, Magnano, Rv. 246103; Sez. 5, n. 8382 del 16/01/2013, Caruso, 254712; Sez. 3, n. 21271 del 07/05/2014, Konovalov, Rv. 261509); e, su tale linea, si è dunque affermata la necessità di evitare che il sequestro preventivo assuma le caratteristiche di misura inutilmente vessatoria, sì che, con riguardo ad esempio all'apprensione di beni immobili, lo stesso deve essere limitato alla cosa o alla parte della cosa effettivamente pertinente al reato ipotizzato e deve essere disposto nei limiti in cui il vincolo imposto serve a garantire la confisca del bene o ad evitare la perpetuazione del reato (Sez. 3, n. 15717 del 11/02/2009, Bianchi, Rv. 243250; più in generale, Sez. 4, n. 18603 del 21/03/2013, Rv. 256068).

Ed anche nella giurisprudenza europea si è affermato che il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco non potrebbe dirsi soddisfatto se la persona interessata abbia subito un sacrificio "eccessivo" nel suo diritto di proprietà (Corte Edu, 13 ottobre 2015, Unsped Paket Servisi, cit.; Corte Edu 13 dicembre 2016, S.C. Fiercolect Impex S.R.L. c. Romania).

Non vi è ragione, tuttavia, che una analoga affermazione, formulata con riferimento, come detto, alle "misure" cautelari reali, non possa valere anche con riguardo al sequestro probatorio quale mezzo, invece, di ricerca della prova: infatti, la ragione posta a fondamento di un tale principio (essenzialmente rapportabile alla necessità di evitare limitazioni alla proprietà privata che non siano strettamente conseguenti alla finalità istituzionalmente perseguita dalla misura) deve valere indipendentemente dai fini cui il sequestro è diretto (se cioè impeditivi, come da tali pronunce o, invece, come nella specie, probatori) essendo strettamente collegato all'elemento, comune a tutte tali ipotesi, della componente invasiva nell'altrui sfera personale attinente al diritto di disporre liberamente dei propri beni.

Da ciò, dunque, deriva la particolare connotazione della motivazione del provvedimento che dovrà essere funzionale a garantire che le esigenze di accertamento del fatto non possano essere perseguite in altro modo, non limitativo del diritto di disporre del bene ed eventualmente idoneo financo ad esonerare dalla necessità di procedere al sequestro.

5. A questo punto, sulla base degli assunti sin qui proposti, risultano delineate anche, specularmente, le ragioni per le quali l'orientamento che esclude un onere motivazionale a corredo del sequestro probatorio del corpo di reato, in punto di finalizzazione dello stesso all'accertamento dei fatti, non appare fondato.

Resta da osservare come non appaia correttamente valorizzata, nel senso dell'insussistenza del ricordato onere motivazionale la presenza, nel codice, di norme (artt. 103, comma 2, cod. proc. pen. in tema di sequestro presso i difensori, 235 cod. proc. pen. in tema di sequestro di documenti e 240 cod. proc. pen. in tema di acquisizione di documenti contenenti dichiarazioni anonime) che imporrebbero sempre l'apprensione di cose costituenti corpo del reato; proprio tali norme, al contrario, non avrebbero ragion d'essere qualora, già sulla base dell'art. 253 cit., il sequestro fosse obbligatorio.

E la ritenuta natura "obbligatoria" del sequestro del corpo del reato, collegata al rapporto diretto tra

cosa e reato, quale inevitabile conseguenza logica dell'indirizzo qui non condiviso, appare inevitabilmente porsi in collisione con le previsioni dei già richiamati artt. 262 e 354, comma 2, cod. proc. pen., che evidenziano, invece, il carattere "polifunzionale" di tale sequestro.

Non rilevante appare, infine, il riferimento a ragioni di celerità o di "economia processuale" che dovrebbero consentire la sottrazione all'onere di motivazione anche attraverso il ricorso a formule di mera apparenza, essendo evidentemente l'obbligo motivazionale di natura cogente e, dunque, non suscettibile di limitazioni di sorta.

5.1. Così come ci si deve discostare da quelle pronunce che, come visto, hanno introdotto una distinzione tra cose che recherebbero in sé l'evidenza probatoria e cose che, invece, tale autoevidenza non conterrebbero sicché, per le prime, sarebbe inesigibile un onere di motivazione sulle finalità di apprensione del bene.

Anche a volere condividere una tale distinzione, che condurrebbe alla necessità di dovere identificare, all'interno della generale categoria di cose comunque contrassegnate, secondo l'assunto inaugurato da Sez. U, n. 2 del 11 febbraio 1994, Carella, cit., dalla finalità probatoria *in re ipsa,* quelle che tale destinazione recherebbero senza, tuttavia, segni di autoevidenza (operazione, questa, già di per sé contrassegnata dalla difficoltà di rinvenire una linea di demarcazione tra le due "categorie" fondata su un elemento di variabile lettura), resta il fatto che è lo stesso legislatore che, contemplando all'art. 262 cit. casi di non necessità di mantenimento in sequestro del corpo del reato, impone, nella esegesi dell'art. 253 cit., di dovere tenere separati due aspetti che l'indirizzo in oggetto, invece, inevitabilmente confonde fino a farli coincidere, ovvero la finalizzazione probatoria del bene, da un lato, e la automatica apprensione dello stesso bene al processo, dall'altro.

6. In definitiva, dunque, deve ribadirsi il principio di diritto secondo cui «*il decreto di sequestro (così come il decreto di convalida di sequestro) probatorio, anche ove abbia ad oggetto cose costituenti corpo di reato, deve contenere una specifica motivazione sulla finalità perseguita per l'accertamento dei fatti*».

7. Così ribadito l'obbligo di motivazione del decreto, non è questa la sede per indicare, in linea puramente astratta, quale sia il grado od il "*quantum*" del compendio argomentativo del provvedimento idoneo a far ritenere adempiuto un siffatto obbligo, né è possibile stabilire, sempre *a priori,* il grado di idoneità di una motivazione con "formula sintetica" (indicata dalle sentenze già citate e dalla stessa ordinanza di rimessione come appropriata in special modo con riguardo ai casi di funzione probatoria quale ritenuto connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato nel senso già ricordato sopra) in luogo di altra più diffusa (sempre che una tale differenza possa essere teorizzata), dovendo comunque ricordarsi che, già per le sentenze, la cui componente motivazionale avrebbe in sé connotati di maggior diffusività da rapportare, se non altro, al diverso momento processuale, è lo stesso legislatore ad avere stabilito come idonea ad integrare il requisito una "concisa" esposizione dei motivi.

8. Venendo dunque al ricorso proposto dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Nuoro, lo stesso è infondato.

L'ordinanza impugnata, nel giudicare sulla richiesta di riesame proposta, dopo avere premesso che la motivazione del decreto del pubblico ministero di convalida del provvedimento di sequestro probatorio ha dato espressamente atto che «quanto è stato oggetto di sequestro è corpo di reato o, comunque, cosa pertinente al reato» e che «in particolare trattasi di beni la cui detenzione è illecita e/o il cui mantenimento in sequestro è indispensabile al fine della prosecuzione delle indagini», ha posto correttamente in rilievo la inidoneità di tale argomentazione ad esplicitare, come necessario, la sussistenza della relazione di immediatezza tra la *res* sequestrata e il reato oggetto di indagine (pur potendosi ammettere l'utilizzo di formule estremamente sintetiche e persino di formule prestampate) e, dunque, la sostanziale assenza di motivazione.

Ora, non solo la motivazione dell'ordinanza, certamente non apparente e dunque non sindacabile, versandosi nell'ambito di ricorso nell'ambito di procedimento cautelare reale, sotto il profilo del vizio di cui all'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen. per espresso dettato dell'art. 325 cod. proc. pen. (per tutte, Sez. U, n. 25932 del 29/05/2008, Ivanov, Rv. 239692), ha fatto corretta applicazione del principio di diritto sopra riaffermato, ma la stessa risulta anche confermata dallo stesso contenuto del ricorso laddove, in particolare alle pagg. 10 e 11, si dà conto, attraverso il richiamo testuale al contenuto dei verbali di sequestro, di tutte le indicazioni ivi riportate analiticamente afferenti alle difformità dei magazzini e degli appartamenti sequestrati rispetto alla concessione edilizia come riscontrate dagli operanti (ciò che giustificherebbe gli addebiti mossi agli indagati); indicazioni, dunque, tali, secondo quanto espresso sopra, *sub §* 4.4., da rendere *de visu* non necessario un sequestro degli immobili come corpo di reato ai fini dell'accertamento dei reati edilizi e di falso per i quali si procede.

Ciò che, tra l'altro, dimostra plasticamente come la sola connotazione del bene come corpo di reato, neppure se "autoevidente", è sufficiente per renderne obbligatorio il sequestro e per esentare il provvedimento da un onere di puntuale motivazione.

Sicché, una volta ribadita la necessità della motivazione del provvedimento con riguardo all'aspetto dell'accertamento dei fatti, e disattesi gli indirizzi richiamati dal pubblico ministero ricorrente, è infondato il primo motivo di ricorso con cui si è lamentata l'inosservanza dell'art. 253 cod. proc. pen.

8.1. Resta poi assorbito il secondo motivo di ricorso inteso a lamentare una totale assenza di motivazione quanto alla insussistenza del *fumus commissi delicti;* tale motivo sarebbe, comunque, manifestamente infondato atteso che l'aspetto del *fumus* non è stato, a ben vedere, e contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, preso in considerazione dal provvedimento impugnato, che ha chiaramente fondato l'annullamento del decreto di sequestro sull'aspetto della mancanza di motivazione in ordine al collegamento tra beni in sequestro ed accertamento dei fatti.

9. Il ricorso va, dunque, rigettato.

[*Omissis*]

MARIA FRANCESCA CORTESI

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

Sequestro del corpo del reato e onere motivazionale: dopo un tormentato dibattito interpretativo raggiunto "forse" un punto fermo

Seizure for evidentiary purposes and motivational burden: after a tormented interpretative debate, "perhaps" a firm point has been set up

La Corte di cassazione, a Sezioni Unite, affronta un tema non nuovo nella giurisprudenza di legittimità, giungendo a sostenere la soluzione interpretativa, invero, già prevalente. L'importanza che riveste la decisione in analisi non è, dunque, individuabile nel *novum*, quanto piuttosto nella scelta ermeneutica in sé, volta ad esaltare l'impostazione più garantista e rispettosa dei principi costituzionali ed europei, imponendo la necessità di esplicitare le ragioni poste a fondamento del sequestro probatorio ogniqualvolta esso venga eseguito, rifuggendo da pericolosi ed ingiustificati automatismi. Siffatta lettura assume, inoltre, rilievo, in quanto destinata ad inserirsi rispetto a vicende procedimentali che non coinvolgono direttamente la persona, la cui limitazione dei diritti è soggetta, quasi sempre, ad una applicazione attenta e rigida, bensì la *res*, rispetto a cui lo spettro di tutele appare, invece, spesso assai attenuato, nonostante rappresenti, oramai, un obiettivo cruciale all'interno del processo.

The United Sections of the Corte di cassazione deal with a not new theme in legitimacy case-law, supporting the already prevailing interpretation. The importance of this decision can not therefore be identified in the novum*, but rather in the hermeneutical choice in itself, aimed at enhancing the more rights-protective and respectful of the constitutional and European principles approach, imposing the need to clarify the reasons underlying the seizure for evidentiary purposes whenever it is executed, avoiding dangerous and unjustified automatisms. Moreover, this interpretation is important because it is intended to be applied to procedural events that do not directly involve people, whose limitation of rights is almost always subject to careful and rigid application, but involving res, whose protection in the trials appears, instead, to be often very attenuated, despite the fact it represents, by now, a crucial objective.*

LA VICENDA

Le Sezioni Unite nella decisione in epigrafe sono chiamate ad affrontare un nodo interpretativo che con ciclica periodicità torna alla ribalta, a comprova, non solo, del difficile raggiungimento di un equilibrio nella prassi operativa, ma anche, della evidente centralità dello stesso nelle dinamiche procedimentali.

Il tema involge il sequestro probatorio [1] mezzo di ricerca della prova destinato, ai sensi dell'art. 253, comma 1, c.p.p., a realizzare un vincolo di indisponibilità di cose (mobili o immobili) costituenti "corpo del reato" o "cose pertinenti al reato" [2] necessarie per l'accertamento dei fatti.

[1] Cass., sez. III, 16 marzo 2018, n. 32912, *inedita*, secondo cui la natura cautelare del provvedimento di sequestro probatorio disposto d'iniziativa dalla polizia giudiziaria e convalidato dal pubblico ministero, presuppone, per la sua adozione, l'astratta configurabilità di una ipotesi di reato in relazione alla quale i beni sottoposti alla misura, in quanto in rapporto diretto ed immediato con l'azione delittuosa (ove il sequestro ricada sul corpo del reato), ovvero in rapporto indiretto con essa (ove la misura concerna le cose pertinenti al reato), si pongono come strumentali ai fini dello svolgimento delle indagini dirette all'accertamento dei fatti ovvero alla dimostrazione del reato, delle sue modalità di esecuzione; alla conservazione delle tracce; alla identificazione del colpevole; all'accertamento del movente; alla determinazione dell'*ante factum* e del *post factum* comunque ricollegabili al reato.

[2] Cass., sez. IV, 17 novembre 2010, n. 2622, in *CED Cass.* n. 249487, secondo cui in tema di sequestro probatorio, il corpo del reato" è costituito dalle cose che sono in rapporto diretto ed immediato con l'azione delittuosa, mentre tra le "cose pertinenti al reato" rientrano tutte quelle che sono in rapporto indiretto con la fattispecie criminosa concreta e risultano strumentali all'accer-

Il laconico dato normativo e l'equivoca struttura lessicale del precetto hanno generato nel corso degli anni significativi contrasti, i quali si sono incentrati sulla necessità o meno che il provvedimento *de quo* contenga l'esplicitazione delle esigenze probatorie sottese all'adozione del sequestro, allorquando esso investa il corpo del reato, contrasti interpretativi, che hanno contribuito al formarsi di indirizzi giurisprudenziali opposti.

La vicenda in esame costituisce, da siffatta prospettiva, l'espressione sintomatica di tali divergenze ermeneutiche, ragione per cui, nonostante la prevalenza di un orientamento rispetto all'altro, è parso necessario un nuovo intervento delle Sezioni Unite, necessità oltremodo rafforzata, come sottolineato dagli stessi giudici, dal contenuto del novello art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p., che, nel consolidare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, ha previsto che, se una sezione ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette, a queste ultime, la decisione del ricorso.

Il caso ha origine dall'impugnazione proposta dal pubblico ministero di Nuoro avverso l'ordinanza con cui il Tribunale del riesame aveva annullato il decreto di convalida del sequestro probatorio di beni immobili, in relazione, tra l'altro, ai reati di cui agli artt. 110 c.p. e 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*), ritenendo "obiettivamente insussistente" la motivazione in ordine alle esigenze probatorie poste a sostegno del sequestro.

Seppur l'ordinanza di rimessione, in ragione delle peculiari vicende fattuali che la connotano riguardando, come detto, reati edilizi, focalizzi l'attenzione solo su un punto specifico del tema ovvero "se, per le cose che costituiscono corpo di reato, il decreto di sequestro probatorio possa essere motivato con formula sintetica ove la funzione probatoria del medesimo costituisca connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla particolare natura delle cose che lo compongono o debba, invece, a pena di nullità, essere comunque sorretto da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti" [3], la questione risolta dalla Corte presenta un respiro nettamente più ampio rispondendo ad un quesito di diritto che abbraccia in modo globale la problematica ossia "se, anche per le cose che costituiscono corpo di reato, il decreto di sequestro (o di convalida del sequestro) probatorio debba essere comunque motivato quanto alla finalità in concreto perseguita per l'accertamento dei fatti".

L'approccio offerto dai giudici consente, pertanto, di esaminare, in tutte le implicazioni che da esso derivano, un aspetto di significativa importanza come la previsione o meno di un obbligo motivazionale esplicito e completo, allorquando beni, costituenti corpo del reato, siano sequestrati, ai sensi dell'art. 253 c.p.p., al fine di poter offrire una lettura che consenta di trovare, "finalmente" un punto fermo, necessario per garantire la corretta operatività del precetto in analisi e rifuggire da pericolose oscillazioni capaci di determinare effetti lesivi per i diritti dei soggetti a qualunque titolo coinvolti all'interno di un processo penale.

Le posizioni ermeneutiche fino ad oggi sedimentatisi nella giurisprudenza costituiscono, dunque, un tassello imprescindibile al fine di comprendere il percorso argomentativo offerto nella decisione *de qua* dai giudici della Corte, che, non a caso, proprio da esse muovono nell'approcciarsi alla disamina della questione.

Un primo indirizzo, prevalente nella giurisprudenza [4] e suggellato dalle Sezioni Unite con due sen-

---

tamento dei fatti, ovvero quelle necessarie alla dimostrazione del reato e delle sue modalità di preparazione ed esecuzione, alla conservazione delle tracce, all'identificazione del colpevole, all'accertamento del movente ed alla determinazione dell'"*ante factum*" e del "*post factum*" comunque ricollegabili al reato, pur se esterni all'*iter criminis*, purché funzionali all'accertamento del fatto ed all'individuazione dell'autore.

[3] Cass., sez. III, 1 dicembre 2017, n. 3677, *inedita*, ove, in particolare, si precisa che non può esservi dubbio non solo sul fatto che i beni immobili costituiscano corpo del reato in tutti casi in cui si proceda per reati edilizi, come nel caso di specie, ma anche sul fatto che i beni immobili sequestrati in seno ad un procedimento penale per reati edilizi presentano quale connotato ontologico e immanente di immediata evidenza, la loro finalizzazione probatoria, dal momento che l'attività investigativa non potrà che passare attraverso una puntuale verifica delle difformità *prima facie* riscontrate nella fase iniziale dell'indagine.

[4] Cass., sez. VI, 4 aprile 2017, n. 23046, in *CED Cass.* n. 270487; Cass., sez. VI, 29 marzo 2017, n. 21122, in *CED Cass.* n. 270785; Cass., sez. II, 15 marzo 2017, n. 33943, in *CED Cass.* n. 270520; Cass., sez. II, 16 febbraio 2017, n. 9224, *inedita*, secondo cui il decreto di sequestro probatorio di cose costituenti corpo di reato deve essere necessariamente sorretto da idonea motivazione, in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti, avuto riguardo ai limiti imposti all'intervento penale sul terreno delle libertà fondamentali e dei diritti dell'individuo costituzionalmente garantiti; Cass., sez. VI, 26 gennaio 2017, n. 11817, in *CED Cass.* n. 269664; Cass., sez. II, 16 novembre 2016, n. 29, in *CED Cass.* n. 268835, secondo cui in tema di sequestro probatorio del corpo del reato, le esigenze probatorie che rendono necessario il vincolo sulla "*res*", la cui

tenze, una del 1991[5], l'altra del 2004[6], ritiene sussistente nell'ipotesi di sequestro probatorio un indifferenziato onere motivazionale qualsivoglia sia la tipologia del bene appreso: sia esso, dunque, corpo del reato ovvero cose pertinenti al reato.

Le ragioni sottese a tale assunto interpretativo ritengono, in primo luogo, insoddisfacente il mero dato testuale che, fondandosi sull'utilizzo dell'aggettivo di genere femminile "necessarie", conclude per escludere che, nel caso di *corpus delicti*, occorra l'indicazione delle esigenze probatorie. La debolezza della mera argomentazione semantica è superata, in primo luogo, dalla Corte dalla riflessione secondo cui per ragioni di immediata contiguità sintattica sarebbe ben possibile la concordanza dell'aggettivo con l'ultimo nome femminile, quando questo è plurale, anche se preceduto da nomi maschili, circostanza che, dunque, non può avvalorare l'idea che la volontà del legislatore nell'utilizzare la locuzione suddetta sia stata di imporre l'esplicitazione dei motivi solo nell'ipotesi in cui il sequestro abbia ad oggetto cose pertinenti al reato[7].

Inoltre, l'affermazione della connaturata necessità del corpo del reato per l'accertamento dei fatti, da cui deriverebbe l'inutilità in siffatte circostanze di un onere motivazionale, sarebbe, a parere dei giudici, sconfessata, non solo, dalla realtà fattuale emergente dalla varietà delle vicende processuali, ma anche dalla stessa impostazione normativa desumibile, in primo luogo, dall'art. 262, comma 1, c.p.p., il quale impone la restituzione delle cose sequestrate, anche prima della sentenza, a chi ne abbia il diritto, quando non è necessario mantenere il vincolo di indisponibilità "ai fini di prova". La genericità del precetto che non distingue a seconda della tipologia delle cose sequestrate avvalorerebbe, pertanto, l'impostazione secondo cui anche se i beni costituiscono il corpo del reato debba essere sempre accertata (e, dunque, esplicitata) la specifica funzionalità degli stessi ai fini probatori, in assenza della quale essi dovrebbero essere restituiti[8], onde evitare il permanere di un vincolo di indisponibilità del bene del tutto superfluo.

Nel 2004, le Sezioni Unite, nuovamente chiamate a pronunciarsi sul punto in ragione del mai sopito

---

natura non implica di per sé un'idoneità dimostrativa del collegamento con l'illecito, devono sussistere per tutta la durata del sequestro, comportando la necessità che il giudice le espliciti anche in relazione a provvedimenti successivi a quello genetico; Cass., sez. III, 10 novembre 2016, n. 11935, in *CED Cass.* n. 270698; Cass., sez. II, 16 settembre 2016, n. 44416, in *CED Cass.* n. 268724; Cass., sez. II, 20 luglio 2016, n. 46357, in *CED Cass.* n. 268510; Cass., sez. III, 24 settembre 2015, n. 45034, in *CED Cass.* n. 265391; Cass., sez. V, 27 febbraio 2015, n. 13594, in *CED Cass.* n. 262898; Cass., sez. III, 6 maggio 2014, n. 37187, in *CED Cass.* n. 260241; Cass., sez. III, 11 marzo 2014, n. 19615, in *CED Cass.* n. 259647; Cass., sez. V, 15 marzo 2013, n. 46788, in *CED Cass.* n. 257537; Cass., sez. II, 13 luglio 2012, n. 32941, in *CED Cass.* n. 253658; Cass., sez. V, 20 luglio 2010, n. 1769, in *CED Cass.* n. 249740; Cass., sez. II, 26 febbraio 2009, n. 10475, in *Giur. it.*, 2010, 2, c. 418; Cass., sez. II, 9 giugno 2004, n. 35615, in *CED Cass.* n. 229721; Cass., sez. II, 28 aprile 2004, n. 25966, in *CED Cass.* n. 229708; Cass., sez. III, 6 aprile 2004, n. 23215, in *CED Cass.* n. 229415; Cass., sez. I, 19 giugno 2003, n. 29204, in *CED Cass.* n. 224901. In dottrina F.B. Coppi, *Sulla necessità di motivare il sequestro del corpo del reato*, in *Giur. it.*, 1992, II, c. 445; L. Filippi, *Sull'obbligo di motivare il sequestro del corpo del reato*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1221; F. Lattanzi, *Brevi considerazioni sulla sequestrabilità di beni immateriali*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 758; A. Marinari, *Il sequestro nell'esperienza del nuovo codice. Spunti problematici e questioni in materia di reati edilizi*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2182; F. Rigo, *Sequestro probatorio del corpo del reato e principio della motivazione*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2917.

[5] Cass., sez. un., 18 giugno 1991, n. 10, in *CED Cass.* n. 187861, secondo cui è compito del tribunale del riesame controllare se il sequestro sia o meno giustificato e, in ogni caso, verificare la sussistenza delle esigenze probatorie, sia che il vincolo riguardi cose pertinenti al reato, sia che abbia avuto ad oggetto il corpo del reato e di tale verifica il tribunale deve dare conto con la motivazione della sua decisione.

[6] Cass., sez. un., 28 gennaio 2004, n. 5876, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 428, secondo cui il decreto di sequestro a fini di prova di cose qualificate come "corpo del reato" deve essere sorretto da una idonea motivazione in ordine alla necessaria sussistenza della concreta finalità probatoria perseguita in funzione dell'accertamento dei fatti; l'eventuale radicale mancanza di motivazione in merito del decreto e dell'ordinanza di riesame integra la violazione di legge ai fini della proponibilità del ricorso per cassazione.

[7] In dottrina cfr. L. Filippi, *Sull'obbligo di motivare il sequestro del corpo del reato*, cit., p. 1225, il quale puntualizza che «… l'aggettivo usato dal legislatore «necessarie» per l'accertamento dei fatti si riferisce sia al corpo del reato sia alle cose pertinenti al reato. Tale convinzione trova conferma nelle regole della grammatica italiana che consentono di utilizzare l'aggettivo femminile plurale, quando tale aggettivo è collocato subito dopo un sostantivo femminile preceduto da uno maschile».

[8] Cass., sez. un., 18 giugno 1991, n. 10, in *CED Cass.* n. 187861. Cfr., pure, Cass., sez. III, 15 novembre 2005, n. 9640, *inedita*, secondo cui il sequestro probatorio va mantenuto per il tempo necessario all'accertamento per il quale è stato disposto. Quando la cosa sottoposta a sequestro non è più necessaria a fini di prova deve essere restituita all'avente diritto, salvo che il giudice non ne disponga il sequestro preventivo o conservativo ovvero che non ne ordini la confisca. Il pubblico ministero che rigetti l'istanza di dissequestro deve indicare le ragioni per le quali la cosa non può essere restituita, indicando la finalità probatoria per la quale persiste l'esigenza di mantenere il vincolo.

contrasto giurisprudenziale, nel ribadire la correttezza delle ragioni logico-sistematiche contenute nella sentenza Raccah, sviluppano ed approfondiscono la tematica in esame, individuando ulteriori argomentazioni a sostegno della correttezza di siffatta impostazione ermeneutica.

In primo luogo escludono che nell'architettura codicistica possa individuarsi una figura autonoma di sequestro del corpo del reato suscettibile di applicazione automatica e obbligatoria in virtù della sola qualità della cosa [9]. Da tale assunto deriva, con tutta evidenza, la necessità di ricondurre l'imposizione del vincolo temporaneo di indisponibilità di un bene all'interno di uno dei modelli legali previsti dal codice di rito ossia il sequestro probatorio (art. 253 c.p.p.) ovvero il sequestro conservativo (art. 316 c.p.p.) o, infine, il sequestro preventivo (art. 321 c.p.p.), alla cui rispettiva disciplina esso deve, pertanto, essere vincolato.

Ciò premesso, la Corte sviluppa ulteriormente il ragionamento, richiamando il disposto di cui all'art. 354, comma 2, c.p.p., che, nell'ambito degli accertamenti svolti di urgenza dalla polizia giudiziaria, precisa che gli ufficiali di polizia giudiziaria "se del caso" sequestrano il corpo del reato e gli elementi ad esso pertinenti. L'utilizzo di siffatta locuzione, con cui si esclude, *expressis verbis*, la natura obbligatoria del sequestro probatorio, postula, invece, a parere dei giudici, la necessità della motivazione anche circa la rilevanza funzionale del sequestro in relazione all'accertamento dei fatti e, dunque, in rapporto alla prova del reato per cui si procede ovvero della responsabilità dell'autore.

La struttura interpretativa così disegnata è ritenuta, inoltre, dalla Corte l'unica compatibile con i principi posti a tutela del diritto alla "protezione della proprietà" contenuti nell'art. 42 Cost. e nell'art. 1 Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, da cui deriva l'obbligo di ricercare il giusto equilibrio tra motivi di interesse generale e sacrificio del diritto del singolo, tenuto, altresì, conto che le cose configurabili come corpo del reato potrebbero essere di proprietà della vittima o di terzi estranei alla condotta criminosa, circostanza che impone in maniera ancora più stringente, se fosse necessario, l'esigenza di uniformare l'utilizzo della misura a rigidi canoni di ragionevolezza e proporzionalità [10].

L'indirizzo opposto, anch'esso sostenuto dalle Sezioni Unite in due decisioni, quantunque più risalenti nel tempo [11], nei confronti del quale manifestano maggiore propensione i giudici remitten-

[9] Di contrario avviso Cass, sez. II, 25 novembre 2015, n. 50175, in *CED Cass.* n. 265526, secondo cui il sequestro del corpo del reato di cui all'art. 253 c.p.p. ha carattere obbligatorio perché mira a sottrarre all'indagato la disponibiltà delle cose sulle quali, o mediante le quali, il reato è stato commesso, nonché di quelle che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo, e si distingue dal sequestro delle cose pertinenti al reato, che è invece posto a tutela delle esigenze probatorie, ed è facoltativo.

[10] Cass., sez. un., 28 gennaio 2004, n. 5876, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 428, ove, in particolare, si sottolinea che la necessità di trovare un giusto equilibrio, imposto dal canone costituzionale e da quello convenzionale, sarebbe altrimenti messo in irrimediabile crisi dall'opposta regola, secondo cui il sequestro probatorio del corpo del reato è legittimo *tout court*, indipendentemente da ogni riferimento alla concreta finalità probatoria perseguita, in tal modo autorizzandosi un vincolo di temporanea indisponibilità della cosa che, al di fuori dell'indicazione dei motivi di interesse pubblico collegato all'accertamento dei fatti di reato, viene arbitrariamente e irragionevolmente ancorato alla circostanza del tutto accidentale di essere questa cosa oggetto sul quale o mediante il quale il reato è stato commesso o che ne costituisce il prodotto, il profitto o il prezzo. Cfr., pure, Cass., sez. III, 10 novembre 2016, n. 11935, in *CED Cass.* n. 270698, secondo cui il decreto di sequestro probatorio di cose costituenti corpo di reato deve essere necessariamente sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita per l'accertamento dei fatti, allo scopo di garantire, in conformità agli artt. 42 Cost. e 1 Primo Protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che la misura sia soggetta ad un permanente controllo di legalità, anche sotto il profilo procedimentale, e di concreta idoneità in ordine all'"*an*" ed alla durata della stessa, in modo da assicurare un ragionevole rapporto di proporzionalità fra mezzo impiegato (spossessamento del bene) e fine endoprocessuale perseguito (accertamento del fatto di reato).

[11] Cass., sez. un., 11 febbraio 1994, n. 2, in *CED Cass.* n. 196261, secondo cui in tema di sequestro probatorio, in relazione alle cose che assumono la qualifica di "corpo del reato" non è necessario offrire la dimostrazione della necessità del sequestro in funzione dell'accertamento dei fatti, atteso che l'esigenza probatoria del *corpus delicti* è *in re ipsa*. Ne consegue che i provvedimenti dell'autorità giudiziaria di sequestro e di convalida del sequestro sono sempre legittimi quando abbiano ad oggetto cose qualificabili come "corpo del reato", essendo necessario e sufficiente, a tal fine, che risulti giustificata tale qualificazione, senza che occorra specifica motivazione sulla sussistenza in concreto delle finalità proprie del sequestro probatorio; Cass., sez. un., 11 novembre 1994, n. 20, in *CED Cass.* n. 199172. Cfr. pure, Cass., sez. II, 28 febbraio 2016, n. 52259, in *CED Cass.* n. 268734, secondo cui il decreto di sequestro probatorio di cose che costituiscono il corpo del reato deve essere sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine alla sussistenza del rapporto di immediatezza tra la "*res*" sequestrata ed il reato oggetto di indagini, non anche in ordine alla necessità di esso in funzione dell'accertamento dei fatti, poiché l'esigenza probatoria del corpo del reato è *in re ipsa*, a differenza del sequestro delle cose pertinenti al reato che necessita di specifica motivazione su quest'ultimo specifico aspetto; Cass., sez. II, 9 febbraio 2016, n. 6149, in *CED Cass.* n. 266072; Cass., sez. II, 25 novembre 2015, n. 50175, in *CED*

ti [12], sostiene, al contrario, la non necessità per le cose qualificate come corpo del reato di una specifica motivazione del sequestro in funzione dell'accertamento dei fatti, essendo a tal fine richiesta unicamente la giustificazione per la sussunzione del bene entro la categoria del *corpus delicti*.

Detto assunto si muove sia sulla esegesi letterale del testo dell'art. 253, comma 1, c.p.p., che nell'utilizzare l'aggettivo "necessarie" viene inteso come riferibile solo alle cose pertinenti al reato [13] sia sul concetto di corpo di reato, che implica, in linea di principio, un vincolo necessario con la prova del reato e postula l'esistenza di un rapporto di immediatezza tra la cosa e l'illecito penale, con la conseguente necessaria efficacia probatoria diretta in ordine all'avvenuta commissione di un reato ed alla sua attribuibilità ad un soggetto determinato. In esso devono, dunque, a parere dei giudici, sempre considerarsi intrinseche una destinazione ed un'efficacia probatoria. Da ciò discende quale corollario che, in siffatta ipotesi, non è necessario offrire la dimostrazione della necessità del sequestro, in funzione dell'accertamento dei fatti, perché l'esigenza probatoria del *corpus delicti* è *in re ipsa*.

Tale interpretazione troverebbe conforto anche da un punto di vista sistematico-normativo.

Attraverso questa lettura si comprenderebbe, infatti, secondo la Corte, il disposto di cui all'art. 321 c.p.p. che nel disciplinare il sequestro preventivo si limita ad indicare quale oggetto dello stesso le cose pertinenti al reato, senza menzionare il corpo del reato. Solo ammettendo che quest'ultimo è sequestrabile indipendentemente dalle necessità probatorie può escludersi l'assurda conseguenza che esso possa rimanere nella disponibilità dell'imputato o di altri soggetti, pur in presenza dei presupposti richiesti dalla norma, «… giacché sembra evidente che l'assoggettabilità a sequestro preventivo delle cose delle quali è consentita la confisca non comprende tutte le cose, qualificabili come corpo del reato, essendovene di quelle che non sono confiscabili, come, ad esempio, un auto oggetto di furto, per la quale non può essere dimostrata una specifica, concreta funzione probatoria e che, però, ove lasciata nella disponibilità del ladro, conduce sicuramente all'aggravamento delle conseguenze del reato» [14].

Alcune decisioni si collocano, infine, in una posizione meno radicale ed estrema rispetto a quella disegnata dall'orientamento anzidetto, secondo le quali sarebbe legittimo l'utilizzo di una motivazione estremamente sintetica, ma solo allorquando la funzione probatoria del corpo del reato sia connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, desumibile dalla particolare natura delle cose che lo compongono [15].

Il quadro, pur sinteticamente offerto, alimentato nel corso degli anni da diverse pronunce delle sezioni semplici a sostegno dell'uno ovvero dell'altro indirizzo, palesano l'intensità del contrasto e la sussistenza di un dibattito talmente acceso da necessitare il quinto intervento delle Sezioni Unite, coinvol-

---

Cass. n. 265525; Cass., sez. II, 25 marzo 2015, n. 15801, in *CED Cass.* n. 263759; Cass., sez. V, 16 dicembre 2014, n. 3600, in *CED Cass.* n. 262673; Cass., sez. V, 19 settembre 2014, in *CED Cass.* n. 261968; Cass., sez. II, 9 aprile 2014, n. 23212, in *CED Cass.* n. 259579; Cass., sez. V, 13 novembre 2013, n. 9222, *inedita*; Cass., sez. II, 3 luglio 2013, n. 31950, in *CED Cass.* n. 255556; Cass., sez. II, 2 luglio 2013, n. 43444, in *CED Cass.* n. 257302; Cass., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 11843, in *CED Cass.* n. 247039; Cass., sez. IV, 15 gennaio 2010, n. 8662, in *CED Cass.* n. 246850; Cass., sez. II, 14 maggio 2003, n. 26692, in *CED Cass.* n. 225178; Cass., sez. III, 8 aprile 2003, n. 23943, in *CED Cass.* n. 225192; Cass., sez, VI, 25 marzo 2003, n. 23777, in *Giur. it.*, 2004, c. 1921; Cass., sez. VI, 11 dicembre 2002, n. 8036, in *CED Cass.* n. 223980; Cass., sez. III, 24 ottobre 2002, n. 41178, in *CED Cass.* n. 222974; Cass., sez. III, 10 luglio 2000, n. 2728, *inedita*; Cass., sez. VI, 17 aprile 1998, n. 1396, in *CED Cass.* n. 211251; Cass., sez. VI, 20 gennaio 1998, n. 103, *inedita*; Cass., sez. II, 24 aprile 1995, n. 2287, in *CED Cass.* n. 201640; Cass., sez. III, 8 giugno 1004, n. 1843, *inedita*. In dottrina R. Mendoza, *Quali sono i destinatari dell'avviso dell'udienza di riesame di un sequestro probatorio?*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3080; A. Nappi, *Sull'ammissibilità del sequestro probatorio di un credito*, 1997, in *Gazz. giur.*, 19, p. 10; F. Tafi, *In tema di oggetto del sequestro probatorio*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, p. 179.

[12] Cfr. Cass., sez. III, 1 dicembre 2017, n. 3677, *inedita*.

[13] Cass., sez. V, 3 novembre 2017, n. 54018, in *CED Cass.* n. 271643, secondo cui in tema di sequestro probatorio di cose pertinenti al reato, la motivazione del provvedimento deve dare conto del *fumus commissi delicti* e della necessità della *res* in sequestro ai fini dell'accertamento del fatto illecito.

[14] Cass., S.U., 11 febbraio 1994, n. 2, in *CED Cass.* n. 196261.

[15] Cass., sez. III, 27 aprile 2016, n. 1145, in *CED Cass.* n. 268736, il decreto di sequestro probatorio del corpo del reato deve essere necessariamente sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti, potendo farsi ricorso ad una formula sintetica nel solo caso in cui la funzione probatoria del corpo del reato sia connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongo. (Fattispecie di illecito spandimento su fondo agricolo delle acque di vegetazione derivanti dall'impresa olearia riferibile all'indagato, nella quale la Corte ha annullato, in quanto privo di motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, il sequestro probatorio del corpo del reato costituito da un rimorchio agricolo adibito a contenitore di olio di oliva, dalla documentazione amministrativa ad esso riferita e dal terreno interessato dallo sversamento).

gendo istituti così centrali per lo svolgimento della attività investigativa da non poter tollerare oltre oscillazioni ermeneutiche tanto significative quanto determinanti per i diritti dei soggetti coinvolti.

Le motivazioni delle sezioni unite

In questo contesto interpretativo caratterizzato da una netta antitesi tra differenti orientamenti della giurisprudenza si inserisce, come detto, la decisione in commento, che ha il pregio di ribadire la lettura che meglio risponde ad esigenze di garanzia e di tutela, rifuggendo dall'avallare il ricorso a meccanismi di apprensione sui beni automatici ed obbligatori, svincolati da qualsivoglia onere motivazionale.

Il percorso intrapreso dalla Corte è affrontato con linearità e chiarezza sul solco già tracciato nelle precedenti decisioni delle Sezioni Unite fautrici dell'orientamento sopracitato, ma sviluppando alcune tematiche in modo originale e di sicuro valore.

Il primo dato normativo richiamato dai giudici si fonda sull'assunto, che la necessità, nel caso di specie, di un adeguato apparato motivazionale è imposto, ancora prima che dalle disposizioni specifiche disciplinanti il sequestro di cui all'art. 253 c.p.p., dall'art. 125, comma 1, c.p.p., a cui si accompagna, come già osservato nella sentenza Bevilacqua, la considerazione dell'assenza di regole autonome e differenziate dettate per il sequestro del corpo del reato, che, pertanto, non può che soggiacere alle regole generali contenute nel codice.

Riveste, poi, un particolare valore argomentativo al fine di comprovare l'autorevolezza della lettura ermeneutica proposta, l'osservazione secondo cui neppure il contrapposto indirizzo giurisprudenziale esclude, *tout court*, la necessità della motivazione, limitando tale elisione solo in relazione alla funzione probatoria, in ragione della connotazione probatoria *in re ipsa* del corpo del reato. Non a caso, infatti, in alcune decisioni, puntualizza la Corte, si è avuto cura, onde evitare di trasgredire il portato dell'art. 253 c.p.p., di circoscrivere detto onere su aspetti diversi quali la relazione di immediatezza tra *res* sequestrata ed il reato oggetto di indagine [16]. Lo spazio motivazionale che così residuerebbe non sarebbe, però, altro che «… la descrizione, effettuata in termini differenti, del necessario requisito di finalizzazione probatoria del bene appreso: esigere che il decreto dia conto del reato per cui si procede, sia pure attraverso estremi essenziali, di tempo, luogo e fatto, è evidentemente elemento-presupposto richiesto proprio in funzione della valutazione del collegamento tra bene e accertamento del fatto stesso».

Si tratterebbe, pertanto, solo di una distinzione "artificiosa", idonea non ad escludere, come voluto negli intenti, bensì, addirittura, a confermare la necessità di esplicitare i motivi del sequestro anche nella prospettiva della funzione probatoria.

A tale riflessione di mero carattere logico, capace, però, nella sua linearità di dissipare le basi portanti su cui si muove l'impostazione ermeneutica contrapposta, si accompagnano ulteriori elementi di matrice sistematica e normativa, già segnalati nelle precedenti sentenze delle Sezioni Unite del 1991 e, soprattutto, del 2004.

Un primo profilo è incentrato sul contenuto dell'art. 262, comma 1, c.p.p., che nel prevedere la possibilità di restituzione del bene, sia esso corpo del reato ovvero cosa pertinente al reato, conferma l'inconciliabilità dell'assunto per cui il fine di prova sarebbe automaticamente e doverosamente insito nella qualificazione dell'oggetto quale *corpus delicti*, perché, se così fosse, mai potrebbe configurarsi l'ipotesi di una restituzione dello stesso; lettura che, però, *ictu oculi*, contrasta con il preciso dettato della norma. Di converso, l'unico significato che è possibile attribuire al precetto citato porta solo a corroborare l'impostazione per cui, se è possibile che cessi la necessità di mantenere il vincolo di indisponibilità sul bene nel corso del procedimento, a maggior ragione tale esigenza deve poter essere valutata nel momento genetico di esecuzione dello stesso, quanto meno per ragioni di economia processuale.

Tale lettura troverebbe ulteriore conferma nell'art. 354, comma 2, c.p.p., che attribuendo alla polizia giudiziaria il potere ("se del caso") di procedere al sequestro del corpo del reato e delle cose ad esso pertinenti, esclude, in radice, la sussistenza di una intrinseca natura probatoria del primo, natura da cui l'indirizzo meno garantista farebbe discendere la *ratio* dell'esenzione dell'obbligo motivazionale non-

[16] Cass., sez. VI, 20 gennaio 1998, n. 103, *inedita*, secondo cui in tema di sequestro probatorio di cose costituenti corpo di reato, se è vero che non è necessario offrire la dimostrazione della necessità del sequestro in funzione dell'accertamento dei fatti, atteso che la esigenza probatoria del *corpus delicti* è *in re ipsa*, è anche vero che, ai fini della qualificazione come corpo del reato delle cose in sequestro, il provvedimento deve dare concretamente conto della relazione di immediatezza descritta nel comma 2 dell'art. 253 c.p.p. tra la *res* e l'illecito penale.

ché, quale logica conseguenza, la matrice obbligatoria del sequestro del corpo del reato, impostazione che è dalle Sezioni Unite, a chiare lettere, avversata.

Un secondo profilo, analizzato dai giudici nella decisione in esame, già ben sviluppato nella sentenza Bevilacqua del 2004, pone in luce come solo riconoscendo la sussistenza di un onere motivazionale è possibile garantire una piena compatibilità del precetto di cui all'art. 253 c.p.p. con l'art. 42 Cost. e l'art. 1 Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In caso contrario, infatti, si consentirebbe un vincolo di temporanea indisponibilità della cosa arbitrariamente ed irragionevolmente ancorato alla circostanza, del tutto accidentale, di essere quel bene oggetto sul quale o mediante il quale il reato è stato commesso o prodotto, profitto o prezzo dello stesso [17].

In siffatta ottica, pertanto, la motivazione costituisce uno strumento indispensabile al fine di verificare che l'intervento penale si mantenga «… nei limiti costituzionalmente e convenzionalmente prefissati e resti assoggettato al controllo di legalità».

D'altronde, osserva correttamente la Corte, il requisito della proporzionalità della misura è espressione del principio di ragionevolezza, il quale contiene in sé il criterio della residualità, in ragione del quale si può incidere sul diritto della persona di disporre liberamente dei propri beni senza limitazioni derivate da interessi maggiormente meritevoli di tutela soltanto quando non sia possibile raggiungere il medesimo risultato con modalità meno afflittive.

Tale assetto interpretativo, tipico del sistema delle cautele personali, è stato, dalla giurisprudenza di legittimità, riconosciuto vigente anche ai fini dell'applicazione degli strumenti cautelari reali, onde evitare una esasperata compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica [18].

Non vi è, però, ragione alcuna, a parere della Corte, che impedisca di estendere tale affermazione anche al sequestro quale mezzo di ricerca della prova, dal momento che l'essenza della doverosità del principio *de quo* deve essere ricondotta alla necessità di evitare limitazioni della proprietà privata che non siano strettamente conseguenti alla finalità istituzionalmente perseguita. Ciò, pertanto, deve valere a prescindere dal fine a cui è sotteso lo spossessamento del bene, «…essendo strettamente collegato all'elemento, comune a tutte le ipotesi, della componente invasiva nell'altrui sfera personale attinente al diritto di disporre liberamente dei propri beni».

In questa prospettiva la motivazione costituisce, poi, l'unico strumento capace di consentire la verifica che le esigenze di accertamento del fatto non possano essere perseguite in altro modo, non limitativo del diritto del singolo di disporre del bene, motivazione che, dunque, non deve subire compressioni di sorta, trattandosi di un obbligo di natura cogente che non consente, in alcun modo, il ricorso a formule di mera apparenza.

Alla luce di siffatte considerazioni, l'indirizzo interpretativo che esclude l'onere motivazionale a corredo del sequestro probatorio nelle ipotesi in esame perde ogni ragionevolezza e palesa profili di assoluta inconciliabilità con l'apparato normativo in cui esso si inserisce.

I giudici osservano, infine, come non si possa riconoscere fondamento neppure all'orientamento "attenuato" che distingue tra cose che recherebbero in sé l'evidenza probatoria, per le quali sarebbe inesigibile un onere motivazionale sulla finalità di apprensione del bene, e cose che, invece, non conterrebbero tale qualità, necessitando, pertanto, di maggiore rigore applicativo. Perseguendo tale lettura, infatti, si snaturerebbe del tutto il sistema costruito dal combinato disposto degli artt. 253 e 262 c.p.p., teso a tenere separati i due aspetti che, invece, il menzionato orientamento confonde fino a farli coincidere: la finalizzazione probatoria e l'automatica apprensione dello stesso bene al processo non sono, dunque, affatto identificabili.

---

[17] Corte edu, 24 ottobre 1986, Agosi c. U.K., secondo cui le ragioni probatorie del vincolo di temporanea indisponibilità della cosa, anche quando la stessa si identifichi nel corpo del reato, devono essere esplicitate nel provvedimento giudiziario con adeguata motivazione, allo scopo di garantire che la misura, a fronte delle contestazioni difensive, sia soggetto al permanente controllo di legalità – anche sotto il profilo procedimentale – e di concreta idoneità in ordine all'*an* e alla sua durata, in particolare per l'aspetto del giusto equilibrio o del ragionevole rapporto di proporzionalità tra il mezzo impiegato, ovvero lo spossessamento del bene, e il fine endoprocessuale perseguito ovvero l'accertamento del fatto.

[18] Cass., sez. V, 14 marzo 2017, n. 16622, *inedita*; Cass., sez. VI, 11 novembre 2016, n. 53168, in *CED Cass.* n. 268489; Cass., sez. VI, 24 febbraio 2015, n. 24617, in *Giur. it.*, 2015, c. 1504, secondo cui deve ritenersi violato il principio di proporzionalità ed adeguatezza, applicabile anche ai vincoli reali, nel caso di sequestro indiscriminato di un sistema informatico a fini probatori che conduca, senza che ve ne sia specifica ragione, all'apprensione dell'intero contenuto di informazioni; Cass., sez. III, 7 maggio 2014, n. 21271, in *CED Cass.* n. 261509; Cass., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 8382, in *CED Cass.* 254712; Cass., sez. V, n. 8152, in *CED Cass.* n. 246103.

Riflessioni conclusive

Le argomentazioni sviluppate dai giudici di legittimità appaiono solide e convincenti.

Esse meritano condivisione in quanto capaci di offrire un quadro del sistema degli strumenti incidenti sulle cose sensibile ad esigenze di garanzia similari a quelle già riconosciute in riferimento agli strumenti limitativi della libertà personale.

Quantunque il percorso interpretativo non si discosti in maniera significativa rispetto al solco tracciato nelle sentenze Raccah e Bevilacqua, emerge una capacità ricostruttiva più attenta e rigorosa, necessaria, evidentemente, per fugare il rischio di incorrere in nuove oscillazioni giurisprudenziali.

Appare, pertanto, del tutto condivisibile l'inquadramento dell'istituto, dal quale, poi, si dipanano riflessioni che permettono di attribuire il giusto rilievo letterale e sistematico al mezzo di ricerca della prova sottoposto a scrutinio, non solo, in rapporto alle altre figure di sequestro, ma anche rispetto all'intera struttura procedimentale.

Costituisce, in tale prospettiva, un passaggio argomentativo essenziale, seppur facilmente desumibile dall'inequivoco dato normativo, l'*incipit* delle Sezioni Unite, le quali osservano come non possa essere messa in dubbio la necessità che il sequestro probatorio debba, sempre, essere munito di motivazione, derivando tale obbligo sia dal dettato di cui all'art. 253, comma 1, c.p.p., che prescrive che il sequestro debba essere disposto "con decreto motivato", ma anche più in generale dal precetto di cui all'art. 125, comma 1, c.p.p.

Posto, dunque, quale requisito imprescindibile la presenza della parte motiva, allorquando venga adottato un provvedimento che abbia ad oggetto sia il corpo del reato sia cose pertinenti al reato, l'attenzione deve essere rivolta al contenuto della stessa.

La lettura attenta e coordinata dei precetti codicistici (artt. 253, 262 e 354 c.p.p.) conduce, in maniera assolutamente corretta, a ritenere infondata la pretesa distinzione tra sequestro eseguito sul corpo del reato ovvero su cose ad esso pertinenti.

Al di là della *littera legis*, siffatto approccio ermeneutico è confortato anche dal rapporto intercorrente tra queste due categorie di beni: il corpo del reato è, da intendersi, quale *species* concettualmente ricompresa all'interno del *genus* delle cose pertinenti al reato [19]. Non vi è alcuna ragione, dunque, per esigere una motivazione differente a seconda che il vincolo di indisponibilità sia adottato per l'uno o per l'altro oggetto [20].

Accogliere una impostazione diversa determinerebbe, poi, una inconciliabile frizione con i canoni costituzionali e convenzionali, i quali impongono un bilanciamento tra motivi di interesse generale, posti alla base dell'intervento penale, e diritti della persona a disporre liberamente dei propri beni, bilanciamento che non può che essere verificato attraverso il controllo sulla motivazione, la quale, pertanto, non può che essere completa ed adeguata al fine per cui è imposta. In caso contrario si svilirebbe del tutto il ruolo del giudice, il quale, sostenendo la lettura interpretativa criticata dalle Sezioni Unite, dovrebbe rapportarsi con una motivazione apparente, che non gli consentirebbe affatto di verificare se il provvedimento eseguito rispetta il parametro legale.

Siffatta esigenza è oltremodo rafforzata anche dall'estensione, assolutamente condivisibile, operata nella decisione in esame, dei principi enucleati all'interno dell'art. 275 c.p.p. non solo ai sequestri quali mezzi di cautela reale, ma anche al sequestro probatorio quale mezzo di ricerca della prova, sull'assunto che i canoni di proporzionalità, adeguatezza e gradualità, prescindono dal fine per cui la misura è adottata, ma sono necessitati dagli effetti che indistintamente essi producono sull'altrui sfera personale.

Tale aspetto acquisisce un rilievo di estrema importanza imponendosi rispetto a meccanismi procedimentali che, fino ad ora, con una certa lentezza e riottosità, sono stati applicati attraverso questa chiave interpretativa, che ha il pregio di fornire l'esatta lettura di strumenti che devono essere avulsi da qualsivoglia profilo di automatismo applicativo.

L'auspicio è che la chiarezza delle argomentazioni utilizzate impedisca di riportare, di nuovo, soglie di incertezza capaci di riverberarsi sull'operatività di istituti, come quelli in esame, che devono essere "rigidamente" ancorati a canoni di legalità.

[19] G. Tranchina, *Sequestro penale*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1990, p. 5.

[20] L. Filippi, *Sull'obbligo di motivare il sequestro del corpo del reato*, cit., pp. 1225-1226.



Processo penale e giustizia n. 1 | 2019

Dibattiti tra norme e prassi

Debates: Law and Praxis

PAOLO TROISI

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

Passenger Name Records, privacy e accertamento penale
Passenger Name Records, privacy *and criminal proceedings*

L'utilizzo, al fine di prevenire e reprimere i reati, dei dati del codice di prenotazione dei passeggeri dei vettori aerei se, da un lato, può rivelarsi valido strumento per fronteggiare il terrorismo ed altre gravi forme di criminalità, dall'altro, dà vita ad un sistema di sorveglianza di massa fondato sulla raccolta indiscriminata e l'analisi sistematica di informazioni personali a prescindere dall'esistenza di elementi indicativi di un qualsiasi nesso con azioni criminose. Nonostante le cautele apprestate, al riguardo, dalla direttiva (UE) 2016/681 e dal d.lgs. 21 maggio 2018, n. 53, resta aperto il dibattito sulla proporzionalità di una misura fortemente invasiva per la vita privata ed idonea ad incidere, negativamente, sulle libertà fondamentali e sulla presunzione di innocenza.

The use of passenger name record data is a valid instrument to prevent, detect, investigate and prosecute terrorist offences and serious crime. Nonetheless it creates a mass surveillance system by the indiscriminate collection and sistematic analysis of personal informations without there being reasons based on individual circumstances that would permit the inference that the persons concerned may be involved in a crime. The debate on the proportionality of a measure strongly invasive for private life and suitable to affect the fundamental freedoms and the presumption of innocence remains open, despite the cautions set by Directive (EU) 2016/681 and by Legislative Decree 21 May 2018, n. 53.

IL CONTESTO DI RIFERIMENTO

Il progetto di un sistema europeo di utilizzo, al fine di prevenire e perseguire reati, dei dati del codice di prenotazione dei passeggeri dei vettori aerei (c.d. PNR, acronimo di *Passenger Name Record*) si è sviluppato in concomitanza con il potenziamento che, a partire dai primi anni duemila, ha interessato, all'interno dell'Unione, lo scambio di informazioni utili per il contrasto alla criminalità transfrontaliera.

È con il Programma dell'Aia (formulato dal Consiglio europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004) che la cooperazione informativa – da intendersi come «la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi e lo scambio delle pertinenti informazioni» (art. 87, par. 2, lett. *a*, TFUE)[1] – ha subito una svolta decisiva, attraverso l'elaborazione del c.d. *principio di disponibilità*, destinato ad aprire nuove frontiere in un ambito fino ad allora regolato dall'opposto principio del dominio esclusivo, da parte delle autorità statali, sui dati acquisiti nel corso o in funzione delle investigazioni penali.

Nella prospettiva delineata dal principio di disponibilità, le barriere costituite dai confini nazionali non devono più rappresentare un ostacolo. Questo significa – secondo la definizione contenuta nel Pro-

[1] Sul tema v., tra gli altri, F. Boehm, *Information sharing and data protection in the area of freedom, security and justice. Towards harmonized data protection principles for information exchange at EU-level*, Berlino, Heidelberg, 2012; S. Braum-V. Covolo, *From Proven Fragmentation to Guaranteed Data Protection within the Virtual Criminal Law Enforcement Area: a report on Personal Data Protection within the Framework of Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters*, in K. Ligeti (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union*, vol. 1, *A Comparative Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 1011 ss.; G. Di Paolo, *La circolazione dei dati personali nello spazio giudiziario europeo dopo Prüm*, 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. 198 ss.; C. Fanuele, *Lo scambio di informazioni a livello europeo*, in L. Filippi-P. Gualtieri-P. Moscarini-A. Scalfati (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Padova, Cedam, 2010, p. 19 ss.; F. Peroni-M. Gialuz (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, Trieste, Eut, 2009. Sia consentito anche il rinvio a P. Troisi, *Il potenziamento della cooperazione transfrontaliera. Lo scambio di informazioni*, in L. Kalb (a cura di), *«Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 195 ss., e Id., *La circolazione di informazioni per le investigazioni penali nello spazio giuridico europeo*, Padova, Cedam, 2012.

gramma dell'Aia [2] – che, in tutta l'Unione, «un ufficiale di un servizio di contrasto di uno Stato membro che ha bisogno di informazioni nell'esercizio delle sue funzioni sia in condizione di ottenerle da un altro Stato membro» e che «il servizio di contrasto nell'altro Stato membro che dispone di tali informazioni sia tenuto a trasmettergliele per i fini dichiarati».

Il salto di qualità è notevole: le singole autorità di *law enforcement* devono essere poste nelle condizioni di individuare il Paese che dispone di informazioni utili e di potervi accedere. Di conseguenza, ciascuno Stato è tenuto a conservare ed a mettere a disposizione dei *partner* europei i dati raccolti per prevenire, individuare ed indagare su reati commessi da soggetti che si muovono liberamente nel territorio dell'Unione [3].

Plurime sono le direttrici lungo le quali si è evoluta la cooperazione informativa.

La previsione di forme innovative di trasferimento di peculiari categorie di dati (genetici, dattiloscopici, automobilistici o relativi ad eventi di rilievo a dimensione transfrontaliera) ha costituito il nucleo centrale del Trattato di Prüm [4], successivamente inglobato nel quadro giuridico dell'Unione attraverso la decisione 2008/615/GAI (c.d. decisione di Prüm) [5].

All'attuazione del principio di disponibilità, sia pure con un approccio meno ambizioso, si è provveduto anche con la decisione quadro 2006/960/GAI, relativa alla «semplificazione dello scambio di informazioni ed *intelligence* tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge», avente l'obiettivo di promuovere un'ampia condivisione di dati riguardanti, in particolare, i reati connessi alla criminalità organizzata ed al terrorismo [6].

Ulteriori iniziative hanno, poi, contribuito ad implementare la cooperazione di polizia e giudiziaria, sia attraverso lo sviluppo dei circuiti di scambio tra gli Stati [7], sia perfezionando i canali di trasmissione facenti capo ad archivi centralizzati a livello europeo [8].

---

[2] Al «principio di disponibilità» è dedicato il punto 2.1 – intitolato «Miglioramento dello scambio di informazioni» – della parte III del Programma dell'Aia.

[3] In argomento, v. S. Ciampi, *Principio di disponibilità e protezione dei dati personali nel "terzo pilastro" dell'Unione europea*, in F. Peroni-M. Gialuz (a cura di), *Cooperazione informativa*, cit., p. 42.

[4] È stato sottoscritto il 27 maggio 2005 da Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Austria ed è entrato in vigore il 1° novembre 2006. Nel nostro ordinamento è stato recepito con la l. 30 giugno 2009, n. 85.

[5] Sul tema v., tra gli altri, E. Calvanese, *Adesione al trattato di Prüm e cooperazione transfrontaliera per il contrasto alla criminalità*, in A. Scarcella (a cura di), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, Padova, Cedam, 2009, p. 11 ss.; A. Marandola, Information sharing *nella prospettiva del Trattato di Prüm e della decisione di recepimento nel quadro giuridico dell'Unione*, in F. Peroni-M. Gialuz (a cura di), *Cooperazione informativa* cit., p. 164 ss.

[6] La decisione quadro (c.d. decisione «svedese», in quanto adottata su proposta della Svezia) dà vita ad un sistema generale di scambio di informazioni ai fini di *law enforcement*, destinato ad intensificare i rapporti di collaborazione tra le forze di polizia operanti in ambito europeo, in vista di una cooperazione che sfrutti appieno il bagaglio cognitivo acquisito nel corso di operazioni di *intelligence* o di attività investigative. A fronte della circolazione di una maggiore tipologia di dati, la forma di scambio prescelta – l'accesso indiretto su richiesta – è il frutto, però, di un approccio poco ambizioso sul fronte dell'attuazione del principio di disponibilità (cfr. M. Gialuz, *La tutela della* privacy *nell'ambito del trattamento domestico dei dati genetici e della cooperazione informativa*, in L. Marafioti-L. Luparia (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 183). È stata recepita in Italia con il d.lgs. 23 aprile 2015, n. 54.

[7] Si pensi alle iniziative volte alla realizzazione di canali di scambio delle informazioni estratte dai casellari giudiziari, attraverso la decisione quadro 2009/315/GAI (recepita con il d.lgs. 12 maggio 2016, n. 74) e la decisione 2009/316/GAI (recepita con il d.lgs. 12 maggio 2016, n. 75). Si pensi, ancora, ai plurimi strumenti adottati per la circolazione di informazioni sulla criminalità organizzata e terroristica (tra i quali, le decisioni 2005/671/GAI e 2007/845/GAI). Rilevante, sia pure senza prevedere alcun canale privilegiato di trasmissione transfrontaliera, è, altresì, la c.d. direttiva sulla *data retention*, riguardante «la conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazioni» (direttiva 2006/24/CE, attuata con il d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109, che ha modificato l'art. 132 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196). Tale direttiva è stata, tuttavia, invalidata da C. giust. UE, Grande sez., 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland e Seitlinger e altri, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2946, in quanto ritenuta non compatibile con gli artt. 7, 8 e 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[8] Su questo fronte, la normativa europea si è mossa nella direzione di potenziare il sistema di banche date centrali europee a fini di *law enforcement*. In tale ottica si inscrive l'istituzione del *Sistema informativo Schengen* di seconda generazione (SIS II) (decisione 2007/533/GAI); la riforma del *Sistema informativo doganale* (SID) (decisione 2009/917/GAI); lo sviluppo degli archivi centralizzati di *Europol* ed *Eurojust* (regolamento UE 2016/794 e decisione 2009/426/GAI); il riconoscimento della facoltà di accesso al *Sistema di informazione visti* (VIS) anche a fini di prevenzione e repressione di reati di terrorismo e altri reati gravi (decisione 2008/633/GAI); la regolamentazione della possibilità da parte delle autorità nazionali e di *Europol* di richiedere il confronto di impronte digitali in loro possesso con quelle archiviate nell'unità centrale dell'*European dactylografic system* (EURODAC), a fini

L'esigenza di fronteggiare la crescente minaccia terroristica e di combattere il fenomeno dei c.d. *foreign fighters* [9] ha reso ancor più pressante, in linea con le indicazioni del Programma di Stoccolma [10] e le *strategic guidelines* di Ypres [11], la necessità di migliorare, intensificare e accelerare, anche con la creazione di nuovi strumenti, la circolazione di informazioni tra le autorità nazionali di contrasto, le agenzie dell'UE ed i Paesi terzi [12].

In questo clima è stata adottata la direttiva (UE) 2016/681 del 27 aprile 2016, sull'uso dei dati del codice di prenotazione dei passeggeri dei voli in arrivo o in partenza dal territorio degli Stati membri «a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale per reati di terrorismo e altri gravi reati».

È stato, in tal modo, introdotto, nell'ordinamento europeo, un meccanismo che consente l'archiviazione e l'analisi, per le attività di *intelligence* e le investigazioni penali, di dati personali raccolti, ad altri fini, da soggetti privati (le compagnie aeree).

Sullo sfondo si staglia l'intensificarsi, nel *post* 11 settembre, di un'esigenza di sicurezza che, dal territorio nordamericano, si è rapidamente propagata nel "vecchio" continente, nella comune percezione di dover combattere, sinergicamente, una *global war* [13]. In nome della difesa della collettività è progressivamente aumentata la propensione ad accettare limitazioni delle sfere di libertà, al punto da giustificare *counter-terrorism measures* che, se nel sistema statunitense si sono poste al di fuori del sistema penale ed hanno raggiunto livelli di aperta violazione di diritti umani (si pensi, in via meramente esemplificativa, agli omicidi mirati, alle *extraordinary renditions*, ai trattamenti detentivi degradanti) [14], non hanno tardato a fare ingresso, sia pure con intensità diversa, nella legislazione europea [15] ed in quella dei singoli Stati membri [16].

Il potenziamento della cooperazione informativa e la tensione verso l'apprestamento di strumenti di sorveglianza di massa [17], quale indubbiamente è il monitoraggio automatizzato, su scala globale, dei da-

---

di contrasto del terrorismo e di gravi reati (regolamento UE n. 603/2013); la creazione del *Sistema europeo di sorveglianza delle frontiere* (EUROSUR) (regolamento UE n. 1052/2013).

[9] Su tale fenomeno v., per tutti, C. Cipolletti, *La privazione della cittadinanza nel contrasto ai* foreign terrorist *e il diritto internazionale*, in *Riv. dir. internaz.*, 2016, p. 117 ss.

[10] Documento del Consiglio n. 5731/10 del 3 marzo 2010 relativo alle azioni da intraprendere nel quinquennio 2010-2014.

[11] Si tratta del documento del Consiglio europeo n. 79/14 del 27 giugno 2014, contenente le conclusioni del Consiglio di Ypres, che hanno provveduto a delineare i nuovi orientamenti strategici destinati a guidare l'azione dell'Unione durante il quinquennio 2015-2020.

[12] In tal senso si esprime la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 febbraio 2015 «sulle misure antiterrorismo» [2015/2530 (RSP)], punto n. 22.

[13] Sull'idea di *global war*, con riferimento alla lotta al terrore, v., per i diversi approcci, L. Bonanate, *Guernica. 11 settembre (di un qualsiasi anno)*, in A. D'Orsi (a cura di), *Guerre globali. Capire i conflitti del XXI secolo*, Roma, Carocci, 2003, p. 19 ss.; G. De Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 204 ss.; A. Vedaschi, À La guerre comme à la guerre? *La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 75 ss.

[14] Su questi temi, per un'ampia panoramica, cfr., per tutti, T. Groppi, *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, e, più di recente, K. Roach (a cura di), *Comparative Counter-Terrorism Law*, Cambridge University Press, 2015.

[15] Di recente, in materia antiterrorismo, sono state adottate la direttiva 2015/849/UE «relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo» (che ha abrogato la direttiva 2005/60/CE ed è stata, di recente, modificata dalla direttiva 2018/843/UE) e la direttiva 2017/541/UE «sulla lotta contro il terrorismo» (che ha sostituito la decisione quadro 2002/475/GAI). Al riguardo, v. F. Manfredini, *Con la direttiva 2017/541/UE le istituzioni europee rafforzano la lotta contro il terrorismo internazionale*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3384 ss.

[16] Molteplici sono state nel nostro ordinamento le leggi adottate, dopo gli attentati americani del 2001, sulla scia dell'emergenza terroristica (si pensi ai decreti legge 18 ottobre 2001, n. 378; 27 luglio 2005, n. 144; 18 febbraio 2015, n. 7; ed alla l. 28 luglio 2016, n. 153). In dottrina, sui vari interventi succedutisi nel tempo, v., tra gli altri, A.A. Dalia (a cura di), *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, Milano, Giuffrè, 2006; R.E. Kostoris-R. Orlandi (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, Giappichelli, 2007; R.E. Kostoris-F. Viganò (a cura di), *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, Torino, Giappichelli, 2016; A.P. Viola, *Le nuove misure investigative, processuali e ordinamentali per il contrasto al terrorismo*, in G.M. Baccari-K. La Regina-E.M. Mancuso, *Il nuovo volto della giustizia penale*, Milano, Cedam, 2015, p. 123 ss.

[17] Sul tema della «sorveglianza di massa» cfr., *ex multis*, D. Cole-F. Fabbrini-S. Schulhofer (a cura di), *Surveillance, Privacy and Trans-Atlantic Relations*, Oxford, Hart Publishing, 2017; D. Lyons, *Massima sicurezza. Sorveglianza e «guerra al terrorismo»*, Milano, Cortina, 2004; A. Manna, *Erosione delle garanzie individuali in nome dell'efficienza dell'azione di contrasto al terrorismo: la privacy*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1022 ss.; F. Rossi Dal Pozzo, *La tutela dei dati personali tra esigenze di sicurezza nazionale, interessi economici e diritti fondamentali della persona (dal* Safe Harbour *al* Privacy Shield*)*, in *Riv. dir. internaz.*, 2016, p. 690 ss.; M. Simoncini,

ti forniti dai passeggeri all'atto della prenotazione di un volo, sono, nient'altro, che la reazione all'accresciuto senso di insicurezza.

Ad essere mutato, in realtà, è proprio il paradigma dei rapporti tra sicurezza e libertà [18]: la «sicurezza pubblica», da fonte di possibili di compressioni, in via eccezionale, delle libertà individuali, sembra essere divenuta, essa stessa, diritto fondamentale, destinato tendenzialmente a prevalere, in un giudizio di bilanciamento, sui valori concorrenti [19].

Di qui, i tentativi di arginare il processo e ristabilire le gerarchie [20], nel contesto di un dibattito tutt'altro che sopito.

L'EVOLUZIONE DEL DIBATTITO

Tortuoso è stato l'*iter* che ha condotto all'approvazione della direttiva (UE) 2016/681. La ricerca di un approccio comune è stata accompagnata da un'accesa discussione sulla necessità e proporzionalità, rispetto alle finalità perseguite, dell'istituzione di un sistema PNR europeo.

La riflessione trae origine dalla circostanza che i dati del codice di prenotazione sono informazioni (comprendenti nome, recapiti, data del viaggio, itinerario, dati sull'emissione del biglietto, agente di viaggio, modalità di pagamento, posto assegnato, tipologia di bagaglio, *etc.*) raccolte e conservate dalle compagnie aeree per meri scopi operativi e commerciali, idonee a rivelare abitudini, relazioni sociali, condizioni finanziarie, preferenze dei passeggeri [21].

La loro archiviazione ed analisi per finalità di *law enforcement* se, da un lato, può rivelarsi valido strumento per fronteggiare il terrorismo ed altre forme di criminalità, dall'altro, realizza una schedatura ed un controllo sistematico di dati personali non motivato né dalla previa commissione di reati, né

Legislazione antiterrorismo e tutela della privacy, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 959 ss.; A. Sperti, *Il Terrorist Surveillance Programme e le sue delicate implicazioni sul piano costituzionale*, in *Quaderni cost.*, 2009, p. 102 ss.; M. Tzanou, *The Fundamental Right to Data Protection: Normative Value in the Context of Counter-Terrorism Surveillance*, Oxford, Hart Publishing, 2017; A. Vedaschi, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La "*data retention*" al test di legittimità*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, p. 1224 ss.; M. Vermeulen-R. Bellanova, *European "smart" surveillance: What's at stake for data protection, privacy and non-discrimination?*, in *Security and Human Rights*, 2013, 4, p. 297 ss.

[18] Di «nuovo paradigma del rapporto tra libertà e sicurezza» come risposta all'emergenza del terrorismo internazionale dopo gli attentati dell'11 settembre 2001, discorre P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. Nania-P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2006, p. 148.

[19] Il tema è stato approfondito dalla dottrina costituzionalistica. Sulla configurabilità di un diritto alla sicurezza pubblica come diritto individuale v., sia pure con diversi accenti, G. Cerrina Feroni-G. Morbidelli, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi cost.*, 2008, 1, p. 33 ss.; T.E. Frosini-C. Bassu, *La libertà personale nell'emergenza costituzionale*, in A. Di Giovine (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 77 ss.; C. Mosca, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, Padova, Cedam, 2012, p. 73 ss.; S. Raimondi, *Per l'affermazione della sicurezza pubblica come diritto*, in *Dir. amm.*, p. 2006, 747 ss.; P. Torretta, *"Diritto alla sicurezza" e altri diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 454 ss. In senso critico verso questo approccio, cfr. A. Pace, *La funzione di sicurezza nella legalità costituzionale*, in *Quaderni cost.*, 2014, p. 989, il quale, pur ritenendo indiscutibile che, dopo gli avvenimenti dell'11 settembre 2011, la percezione della sicurezza pubblica sia profondamente cambiata, rimarca come «ciò non legittima la tesi che il diffuso bisogno di sicurezza costituisca ormai il contenuto di un vero e proprio diritto dei cittadini». Nello stesso senso, Id., *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in *Diritto e società*, 2013, p. 177 ss.

[20] Degna di nota, in questa direzione, è stata, come si dirà nel prosieguo, la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione, che ha assunto un ruolo «ancora una volta determinante nel ricalibrare il delicato equilibrio del binomio libertà-sicurezza» (così A. Vedaschi, *L'accordo internazionale sui dati dei passeggeri aviotrasportati (PNR) alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 1918).

[21] I dati PNR sono definiti dalla direttiva (UE) 2016/681 (art. 3, n. 5) come «le informazioni relative al viaggio di ciascun passeggero comprendenti i dati necessari per il trattamento e il controllo delle prenotazioni a cura dei vettori aerei e di prenotazione interessati per ogni volo prenotato da qualunque persona o per suo conto, siano esse registrate in sistemi di prenotazione, in sistemi di controllo delle partenze utilizzato per la registrazione dei passeggeri sui voli, o in altri sistemi equivalenti con le stesse funzionalità». Comprendono, in particolare, diciannove categorie di informazioni, specificamente individuate dall'allegato I alla direttiva. La Grande sezione della Corte di Giustizia UE, nel parere n. 1/15 del 26 luglio 2017, sull'accordo PNR tra il Canada e l'Unione europea (in *Dir. informaz. e informatica*, 2017, p. 856 ss.), ha espressamente riconosciuto che «se taluni dati PNR, considerati isolatamente, non sembrano poter rivelare informazioni importanti sulla vita privata degli interessati, tuttavia, considerati complessivamente, detti dati possono, tra l'altro, rivelare un itinerario di viaggio completo, abitudini di viaggio, relazioni esistenti tra due o più persone nonché informazioni sulla situazione finanziaria dei passeggeri aerei, sulle loro abitudini alimentari o sul loro stato di salute» (punto n. 128).

dall'emergere di indizi o anche solo sospetti in tal senso [22]. Significativa è l'invasione nella vita privata dei cittadini e inevitabili i riflessi sulle libertà individuali e sulla presunzione di innocenza.

La prassi di adoperare i dati PNR per la lotta al crimine risulta, in realtà, adottata da molti Stati, pur in assenza di normative *ad hoc*, fin dagli anni '50 del secolo scorso [23]. Il dibattito sul tema si è, però, aperto a seguito degli attacchi terroristici dell'11 settembre. Gli Stati Uniti, anche alla luce delle modalità con le quali erano stati portati a termine gli attentati, hanno, per la prima volta, messo a punto un programma volto ad imporre ai vettori di comunicare alle competenti autorità nazionali i dati dei passeggeri risultanti dal codice di prenotazione [24]. Analogamente ha fatto il Canada [25] e, in progresso di tempo, ulteriori Paesi *extra* UE [26].

Tali iniziative hanno, indirettamente, coinvolto l'Unione, dato che la disciplina generale sulla *data protection* già allora vietava il trasferimento di dati personali a Paesi terzi senza che fosse assicurato un livello di protezione valutato «adeguato» dalla Commissione (art. 25 direttiva 95/46/CE). Le compagnie aeree, in caso di voli internazionali in partenza o in arrivo nel territorio dell'Unione, si trovavano, dunque, nell'impossibilità di adempiere all'obbligo di trasmissione senza, nel contempo, violare la normativa europea. Di qui, la necessità di stipulare accordi che consentissero ai vettori di rispondere alle richieste di comunicazione ed assicurassero, contestualmente, una protezione dei dati equivalente a quella garantita dalla legislazione UE.

I primi accordi con gli Stati Uniti risalgono al 2004 ed al 2007 [27]. Analoghe intese sono state raggiunte con il Canada nel 2006 [28] e l'Australia nel 2008 [29]. Dando seguito alle direttive del Piano d'azione per l'attuazione del Programma di Stoccolma, la Commissione, nel 2010, ha predisposto una comunicazione sul trasferimento dei dati PNR verso Paesi terzi [30], volta a fissare i criteri generali per i futuri negoziati. Si è, così, provveduto a rivisitare, sulla base di un'unica serie di principi, i termini delle intese con Stati Uniti [31] e Australia [32]. È stato, nella medesima cornice, siglato un nuovo accordo con il Canada, ritenuto, però, dalla Corte di giustizia, non compatibile con il diritto alla protezione dei dati e, perciò, non ancora approvato dal Parlamento europeo [33]. Colloqui sono stati, inoltre, avviati con altri Paesi [34].

---

[22] Sul tema sia consentito il rinvio a P. Troisi, *La circolazione di informazioni*, cit., p. 119 ss.

[23] Cfr. F. Rossi Dal Pozzo, *Protezione dei dati personali e diritti fondamentali della persona: le nuove norme sui «codici di prenotazione» (PNR)*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2016, p. 1022 ss.

[24] Si tratta dello *US Aviation and Transportation Security Act* del 19 novembre 2001. Sulla genesi di tale normativa v., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, G.A. Cannetti, *I* Personal Name Records *tra istanze di sicurezza globale e tutela dei dati personali*, in *I quaderni europei. Scienze giuridiche*, n. 63, *Diritto alla* privacy *e trattamento automatizzato dei dati fra diritto civile, diritto penale e diritto internazionale ed europeo*, 2014, p. 86 ss.

[25] *Custom Act* 2001 e *Immigration and Refugee Act* 2001.

[26] Si tratta, ad esempio, di Australia, Argentina, Brasile, Danimarca, Messico, Giappone, Federazione Russa, Emirati Arabi Uniti, Arabia Saudita, Sud Corea.

[27] Il primo accordo con gli Stati Uniti è del maggio 2004 ed è stato approvato con la decisione del Consiglio 2004/496/CE, preceduta dalla decisione della Commissione 2004/535/CE «relativa al livello di protezione adeguato dei dati personali contenuti nelle schede nominative dei passeggeri aerei» trasferiti agli Stati Uniti. Tali decisioni sono state, però, annullate dalla Corte di giustizia, con sentenza del 30 maggio 2006, nelle cause riunite C-317/04 e C-318/04 (in *G.U.U.E.*, C 178 del 29 luglio 2006), perché fondate su una base giuridica ritenuta non corretta. Un nuovo accordo per il trasferimento dei dati PNR al Dipartimento per la sicurezza interna degli Stati Uniti è stato concluso nel luglio 2007 (in *G.U.U.E.*, L 204 del 4 agosto 2007).

[28] In *G.U.U.E.*, L 82 del 21 marzo 2006.

[29] In *G.U.U.E.*, L 213 dell'8 agosto 2008.

[30] Si tratta del documento COM(2010) 492 del 21 settembre 2010, su cui ha espresso, in data 19 ottobre 2010, un *Parere* tendenzialmente critico il Garante europeo della protezione dei dati (in *G.U.U.E.*, C 357 del 30 dicembre 2010).

[31] L'accordo, firmato il 14 dicembre 2011, è stato approvato con decisione del Consiglio del 26 aprile 2012 (in *G.U.U.E.*, L 215 dell'11 agosto 2012). Osservazioni critiche sono state espresse dal Garante europeo con *Parere* del 9 dicembre 2011 (in *G.U.U.E.*, C 35 del 9 febbraio 2012).

[32] L'accordo è stato concluso con decisione del Consiglio del 13 dicembre 2011 (in *G.U.U.E.*, L 186 del 14 luglio 2012). Cfr. il *Parere* del Garante europeo della protezione dei dati del 15 luglio 2011 (in *G.U.U.E.*, C 322 del 5 novembre 2011).

[33] Il 18 luglio 2013 la Commissione adottava una proposta di decisione del Consiglio relativa alla conclusione dell'accordo tra il Canada e l'Unione europea sul trasferimento e sul trattamento dei dati PNR [COM(2013) 528], nonché una proposta di decisione del Consiglio relativa alla firma dell'accordo [COM(2013) 529]. Il 30 settembre 2013 il Garante europeo della protezione

La legalizzazione, attraverso i citati accordi, di una *policy* originata altrove [35], le linee guida adottate, in materia, dall'Organizzazione internazionale dell'aviazione civile (ICAO) [36], il progressivo incremento di iniziative di singoli Stati membri volte a sviluppare sistemi PNR nazionali [37], hanno reso indifferibile una politica comune europea, che contemperasse istanze di sicurezza e tutela dei diritti.

Le resistenze politiche, generate, senza dubbio, da una maggiore sensibilità, in area europea, per la tutela della *privacy*, hanno, tuttavia, reso lungo e accidentato il percorso.

Già all'esito delle trattative per il primo accordo con gli Stati Uniti, la Commissione, con una comunicazione del 2003, aveva auspicato un «approccio globale» dell'Unione sull'uso dei dati PNR [38]. La prima proposta di decisione quadro, presentata nel 2007 [39], veniva, però, abbandonata in seguito al trattato di Lisbona, essendo divenuta obsoleta in conseguenza del venir meno della struttura a «pilastri».

All'invito, contenuto nel Programma di Stoccolma, ad istituire un meccanismo di scambio dei dati del codice di prenotazione, faceva seguito una nuova proposta, questa volta di direttiva [40], che teneva conto delle raccomandazioni formulate dal Parlamento europeo e dei pareri del Garante della protezione dei dati, del Gruppo di lavoro «Articolo 29» e dell'Agenzia per i diritti fondamentali [41]. Le reazioni critiche, tuttavia, non si facevano attendere [42] ed inducevano la Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo (LIBE) a respingere (il 29 aprile 2013) il progetto di direttiva. Ad ulteriormente complicare il processo, sopraggiungeva l'annullamento, da parte della Corte

dei dati esprimeva *Parere* critico su tali proposte (in *G.U.U.E.*, C 51 del 2014). Il 5 dicembre 2013 il Consiglio adottava la decisione relativa alla firma dell'accordo. Lo stesso giorno decideva di chiedere l'approvazione del Parlamento che, con risoluzione del 25 novembre 2014, presentava richiesta di parere alla Corte di giustizia circa la compatibilità con i trattati. La Grande sezione della Corte di giustizia si è espressa negativamente su tale compatibilità con il già citato parere n. 1/15 del 26 luglio 2017. Al riguardo in dottrina v., tra gli altri, E. Carpanelli-N. Lazzerini, *PNR: Passenger Name Record, Problems Not Resolved? The EU PNR Conundrum After Opinion 1/15 of the CJEU*, in *Air and Space Law*, 2017, p. 377 ss.; C. Graziani, *PNR EU-Canada, la Corte di Giustizia blocca l'accordo: tra difesa dei diritti umani e implicazioni istituzionali*, in *DPCE Online*, 2017, p. 959 ss.; A. Vedaschi, *The European Court of Justice on the EU-Canada Passenger Name Record Agreement*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 410 ss.; Ead., *L'accordo internazionale*, cit., p. 1913 ss.

[34] Sul tema degli accordi PNR tra Unione e Stati terzi v., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, M. Botta-M. De Azevedo, *La protezione dei dati personali nelle relazioni USA-UE*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2010, p. 315 ss.; C. Di Stasio, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 466 ss.; D. Maffei, *«Legislazione dell'emergenza» e tutela dei dati personali dei passeggeri: il conflitto Europa-Usa*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2006, p. 778 ss.; V. Papakonstantinou-P. De Hert, *The PNR Agreement and Transatlantic Anti-Terrorism Co-Operation: No Firm Human Rights Framework on Either Side of the Atlantic*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 885 ss.; F. Rossi Dal Pozzo, *Servizi di trasporto aereo e diritti dei singoli nella disciplina comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 168 ss.; M. Spatti, *Il trasferimento dei dati relativi al* Passenger Name Record*: gli Accordi dell'Unione europea con Australia e Stati Uniti d'America*, in *Dir. commercio internaz.*, 2013, p. 683 ss.; A. Terrasi, *Trasmissione dei dati personali e tutela della riservatezza: l'accordo tra Unione Europea e Stati Uniti del 2007*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 381 ss.; G. Tiberi, *L'accordo tra la Comunità europea e gli Stati Uniti sulla schedatura elettronica dei passeggeri aerei al vaglio della Corte di giustizia*, in *Quaderni cost.*, 2006, p. 824 ss.; M. Tzanou, *The War Against Terror and Transatlantic Information Sharing: Spillovers of Privacy or Spillovers of Security?*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2015, p. 87 ss.; A. Vedaschi-G. Marino Noberasco, *From DRD to PNR: Looking for a New Balance Between Privacy and Security*, in D. Cole-F. Fabbrini-S. Schulhofer (a cura di), *Surveillance*, cit., p. 67 ss.

[35] Così, testualmente, A. Vedaschi, *L'accordo internazionale*, cit., p. 1922.

[36] Si tratta delle *Guidelines on Passenger Name Record* (doc. 9944), adottate dall'ICAO nel 2010, dirette a fissare misure uniformi per la creazione di sistemi di trasmissione, conservazione e protezione dei dati PNR.

[37] Se già da tempo alcuni Stati membri (come Regno unito e Danimarca) avevano autonomamente introdotto una normativa *ad hoc*, nel 2012 la Commissione europea, nell'ambito del programma *Prevention of and fight against crime* (ISEC), aveva stanziato la somma di cinquanta milioni di euro per la presentazione, da parte degli Stati membri, di progetti per lo sviluppo di sistemi PNR nazionali (*Law enforcement cooperation through measures to set up Passenger Information Units in Member States for the collection, processing, analysis and exchange of Passenger Name Record data*), stimolando, così, iniziative in questa direzione.

[38] Si tratta della Comunicazione su «Trasferimento di dati di identificazione delle pratiche: un approccio globale dell'UE» [COM(2003) 826].

[39] Cfr. COM(2007) 654 del 6 novembre 2007 «sull'uso dei dati del codice di prenotazione nelle attività di contrasto».

[40] È la proposta di direttiva «sull'uso dei dati del codice di prenotazione a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi» [COM(2011) 32 del 2 febbraio 2011].

[41] Si tratta della Risoluzione del Parlamento europeo n. 561 del novembre 2008 e dei pareri del Garante europeo della protezione dei dati (in *G.U.U.E.*, C 110 dell'1° maggio 2008), del Gruppo di lavoro «Articolo 29» per la protezione dei dati (parere n. 145 del 5 dicembre 2007) e dell'Agenzia per i diritti fondamentali del 28 ottobre 2008.

[42] Cfr., per tutti, il *Parere* del Garante europeo della protezione dei dati del 25 marzo 2011 (in *G.U.U.E.*, C 181 del 22 giugno 2011) ed il *Parere* n. 10/11 del 5 aprile 2011 del Gruppo «Articolo 29».

di giustizia, della direttiva sulla *data retention* [43], con argomenti agevolmente estensibili anche al meccanismo di raccolta e scambio ipotizzato dalla proposta.

Lo scenario è, repentinamente, mutato con il ridestarsi dell'emergenza terroristica. Gli attacchi del gennaio 2015 alla redazione di *Charlie Hebdo* hanno spinto il Parlamento europeo, per anni scettico, ad annoverare, tra le priorità, la messa a punto della direttiva PNR [44]. I successivi attentati di Parigi del novembre 2015 hanno impresso una decisiva accelerazione all'*iter* legislativo, portato a termine all'indomani dei tragici eventi di Bruxelles del marzo 2016 [45], lo stesso giorno, non a caso, dell'approvazione del pacchetto UE di riforma della protezione dei dati [46], a riprova della costante ricerca di un ragionevole punto di equilibrio tra aneliti securitari e prerogative individuali.

La regolamentazione europea

Plurime sono le cautele adottate, dalla disciplina approvata, nel consentire alle autorità di contrasto la raccolta ed il trattamento dei dati del codice di prenotazione, in vista dell'obiettivo di «garantire la sicurezza, proteggere la vita e l'incolumità delle persone» e, al contempo, creare un quadro normativo uniforme per la protezione dei dati PNR e la tutela della riservatezza dei passeggeri (*considerando* n. 5).

La direttiva, innanzitutto, esclude l'accesso diretto delle pubbliche autorità agli archivi informatici dei vettori (c.d. metodo *pull*). È, invece, prevista l'istituzione, in ciascuno Stato membro, di un'Unità d'informazione sui passeggeri (UIP), a cui le compagnie aeree sono tenute a trasferire elettronicamente, da 24 a 48 ore prima della partenza e immediatamente dopo la chiusura volo, i dati forniti dai passeggeri (c.d. metodo *push*) [47]. Il trasferimento è disposto a favore dell'Unità dello Stato nel cui territorio atterra o dal cui territorio partano voli *extra*-UE (art. 8). Si prevede, comunque, che le singole normative di recepimento possano estendere l'obbligo anche ai voli *intra*-UE (art. 2) [48].

Ricevuti i dati PNR, l'Unità nazionale provvede ad una prima analisi automatizzata, che si avvale di criteri di rischio prestabiliti e del confronto con le informazioni archiviate in altre banche dati [49]. Lo sco-

[43] C. giust. UE, Grande sez., 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland e Seitlinger e altri, cit.

[44] Con la Risoluzione dell'11 febbraio 2015 «sulle misure antiterrorismo», il Parlamento europeo, da un lato, si impegnava a mettere a punto la direttiva PNR, dall'altro auspicava che il relativo *iter* si svolgesse parallelamente a quello del pacchetto sulla protezione dei dati.

[45] Per una sintesi dei vari passaggi che hanno condotto al voto favorevole del Parlamento europeo (il 14 aprile 2016) e del Consiglio (il 21 aprile 2016) e, dunque, all'adozione della direttiva in data 27 aprile 2016 v., tra gli altri, F. Di Matteo, *La raccolta indiscriminata e generalizzata di dati personali: un vizio congenito nella direttiva PNR?*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2017, p. 213 ss.; D. Lowe, *The European Union's Passenger Name Record Data Directive 2016/681: Is It Fit For Purpose?*, in *International Criminal Law Review*, 2017, p. 78 ss.; F. Rossi Dal Pozzo, *Protezione dei dati personali*, cit., p. 1032 ss.; G. Tiberi, *La direttiva UE sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) nella lotta al terrorismo e ai reati gravi*, in *Quaderni cost.*, 2016, p. 590 ss.

[46] Si tratta, come noto, del Regolamento UE 2016/679 e della direttiva (UE) 2016/680, quest'ultima relativa alla «protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati». Sull'evoluzione, in ambito europeo, della disciplina sulla protezione dei dati trattati a fini di *law enforcement* v., *ex multis*, G. Buttarelli, *Data protection in the area of freedom, security and justice: challenges for the judiciary*, in H. Hijmans-H. Kranenborg, *Data protection anno 2014: how to restore trust? Contributions in honour of Peter Hustinx, European data protection supervisor 2004-2014*, Cambridge, Intersentia, 2014, p. 49 ss.; S. Ciampi, *Principio di disponibilità e protezione dei dati personali nel "terzo pilastro"*, cit., p. 34 ss.; E. De Busser, *EU data protection in transatlantic cooperation in criminal matters. Will the EU be serving its citizens an American meal?*, in *Utrecht Law Rev*, 2010, 6, p. 86 ss.; P. De Hert-V. Papakonstantinou, *The Police and Criminal Justice Data Protection Directive: comment and analysis*, in *Comput Law Mag SCL*, 2012, 22, p. 21 ss.; T. Marquenie, *The Police and Criminal Justice Authorities Directive: Data protection standards and impact on the legal framework*, in *Computer Law & Security Review*, 2017, p. 324 ss.; G. Tiberi, *Protezione dei dati personali e sicurezza dopo il Trattato di Lisbona*, in 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, p. 524 ss. Sia consentito anche il rinvio a P. Troisi, *La protezione dei dati trattati a fini di prevenzione e accertamento dei reati*, in S. Sica-V. D'Antonio-G.M. Riccio (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Milano, Cedam, 2016, p. 313 ss.

[47] Si prevede, comunque, la possibilità di richiedere ai vettori aerei la trasmissione dei dati PNR, caso per caso, anche in momenti diversi, per rispondere ad una minaccia specifica e reale connessa a reati di terrorismo o a gravi reati (art. 8, par. 5). I protocolli ed i formati da utilizzare per il trasferimento dei dati sono stati definiti dalla decisione di esecuzione (UE) 2017/759.

[48] Il *considerando* n. 33 chiarisce, inoltre, che la direttiva non pregiudica la possibilità che gli Stati membri istituiscano un sistema di raccolta e trattamento dei dati PNR provenienti da operatori economici diversi dai vettori aerei, come le agenzie di viaggio e gli operatori turistici.

[49] Tale analisi è preceduta da uno *screening* diretto a verificare che i dati trasmessi corrispondano, effettivamente, a quelli

po è controllare i passeggeri prima dell'arrivo o della partenza del volo, per individuare persone che potrebbero essere implicate nella commissione di reati di terrorismo o di altri gravi reati (c.d. *controllo in tempo reale*). Ad un eventuale «riscontro positivo», deve seguire un esame individuale non automatizzato (volto a verificare la necessità di appositi interventi), all'esito del quale l'Unità nazionale trasmette i dati dei passeggeri identificati e i risultati del relativo trattamento alle autorità di *law enforcement* competenti, nonché alle UIP di tutti gli altri Stati membri (per l'inoltro ai rispettivi organi giudiziari, di polizia e di *intelligence*).

L'Unità nazionale provvede alla comunicazione dei dati trasmessi dai vettori aerei e dei risultati del loro trattamento anche per rispondere a richieste debitamente motivate formulate, con riferimento a casi specifici, dalle autorità di contrasto interne e dalle Unità d'informazione (o, in presenza di situazioni di emergenza, direttamente dalle autorità competenti) di altri Stati dell'Unione (c.d. *controllo reattivo*).

Al di fuori di questi casi, il trattamento dei dati PNR da parte dell'Unità nazionale è consentito al solo scopo di definire o aggiornare i criteri di valutazione da utilizzare, in sede di controllo in tempo reale, per individuare persone sospettate di essere coinvolte in attività criminali (c.d. *controllo proattivo*).

Il trattamento è, in ogni caso, consentito soltanto per finalità di prevenzione e repressione di reati di terrorismo o altri gravi reati specificamente indicati [50]. Solo per tali obiettivi, è possibile che i dati e i risultati del trattamento vengano trasmessi alle autorità di contrasto e alle Unità d'informazione sui passeggeri di altri Stati membri. Sempre e unicamente per questi scopi, le autorità nazionali che li ricevono possono sottoporli ad ulteriori verifiche e analisi, prima di adottare le misure o i provvedimenti ritenuti appropriati.

È sancito, comunque, il divieto di assumere decisioni che comportino conseguenze giuridiche negative per l'interessato o che lo danneggino in modo significativo esclusivamente sulla base del trattamento automatizzato dei dati PNR o per motivi fondati su ragioni discriminatorie (artt. 1, 6, 7 e 9).

I dati pervenuti all'Unità nazionale sono conservati in apposita banca dati per un periodo di cinque anni, per poi essere cancellati in via definitiva. Trascorsi sei mesi dal trasferimento sono, ad ogni modo, resi anonimi mediante mascheramento degli elementi che potrebbero servire per l'identificazione personale del passeggero o di altre persone. La comunicazione dei dati integrali è consentita, scaduti i sei mesi, solo se necessaria per rispondere, in casi specifici, a richieste debitamente motivate degli organi di *law enforcement*, previa autorizzazione di un'autorità giudiziaria o di altra autorità nazionale competente.

Le risultanze del controllo in tempo reale sono, invece, conservate soltanto per il tempo necessario ad informare di un riscontro positivo le autorità deputate alla prevenzione e repressione dei reati e le UIP degli altri Stati membri. I risultati dei trattamenti automatizzati, anche in caso di riscontro negativo a seguito di esame individuale non automatizzato, possono, comunque, essere memorizzati al fine di evitare futuri «falsi riscontri positivi», almeno finché i dati di riferimento non siano definitivamente cancellati (art. 12).

Ulteriori prescrizioni sono dettate per l'accesso di Europol ai dati PNR (art. 10), per il loro trasferimento a Paesi terzi (art. 11), per vietare il trattamento di dati sensibili (art. 13, par. 4), per regolare l'attività di sorveglianza demandata all'autorità nazionale di controllo ed al responsabile della protezione dei dati (artt. 5 e 15), per riconoscere all'interessato diritti di accesso, rettifica, cancellazione e ricorso giurisdizionale, nonché per assicurare la protezione dei dati e la previsione di adeguate sanzioni (artt. 13 e 14).

L'attuazione interna

Con il d.lgs. 21 maggio 2018, n. 53, attraverso un *iter* che, come in sede europea, si è sviluppato parallelamente alla riforma sulla *data protection* [51], il legislatore ha trasposto, nell'ordinamento interno, l'intera di-

elencati nell'allegato I alla direttiva. Eventuali dati diversi devono essere immediatamente cancellati in via definitiva dall'UIP (art. 6, par. 1).

[50] Per quanto riguarda i reati di terrorismo, il riferimento è, oggi, alla direttiva (UE) 2017/541, che ha sostituito la precedente direttiva 2002/475. Gli altri «reati gravi» sono quelli elencati nell'allegato II alla direttiva, purché siano puniti, dal diritto nazionale degli Stati membri, con una pena detentiva o una misura di sicurezza privativa della libertà personale non inferiore a tre anni.

[51] È di pochi giorni antecedente il d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, relativo all'attuazione della direttiva (UE) 2016/680, adottato,

sciplina dettata dalla direttiva PNR [52], integrandola con le necessarie norme attuative ed estendendola, alla luce della facoltà riservata ai Paesi membri, anche ai voli *intra*-UE. È fatto obbligo, dunque, ai vettori aerei di trasferire all'Unità italiana d'informazione sui passeggeri i dati del codice di prenotazione di tutti i voli, di linea e non, in arrivo o in partenza dal territorio dello Stato (art. 1, comma 1, lett. *a*).

L'UIP nazionale – configurata come organo interforze, composto da personale della polizia di Stato, dell'arma dei carabinieri e del corpo della guardia di finanza [53] – è incardinata presso il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno, nell'ambito della Direzione Centrale della Polizia Criminale (art. 2, comma 2, lett. *s*), individuata come articolazione più idonea a svolgere le funzioni di raccolta, analisi, trasmissione e scambio di informazioni assegnate dalla direttiva.

A tali fini, l'Unità utilizza un «Sistema informativo» istituto, anch'esso, presso il Dipartimento della pubblica sicurezza [54], le cui modalità tecniche di funzionamento sono affidate alla fonte ministeriale (art. 4) [55]. Data la mole di informazioni destinate a confluire nel sistema e la conseguente necessità, almeno in fase di prima attuazione, di specifiche competenze tecniche, è prevista la possibilità per l'UIP di avvalersi, nelle operazioni di ricezione dei dati dai vettori aerei, di «un operatore economico qualificato», che, in tal caso, assume il ruolo di responsabile del trattamento (art. 6, comma 2, lett. *a*) [56].

Le «autorità competenti nazionali» a cui l'Unità d'informazione trasmette i dati ricevuti o i risultati del loro trattamento – nei casi di «riscontro positivo» o a seguito di richiesta debitamente motivata (art. 12) – sono individuate: per le forze di polizia, nella direzione investigativa antimafia, nonché nella polizia di Stato, nell'arma dei carabinieri e nel corpo della guardia di finanza; sul fronte giudiziario, nella direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e in tutte le autorità giudiziarie legittimate a perseguire i reati di terrorismo o gli altri gravi reati indicati dalla direttiva; per il comparto *intelligence*, negli organismi facenti parte del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica (art. 2, comma 2, lett. *b*) [57].

Non è chiaro se, a fronte di un riscontro positivo, debbano essere allertate, contestualmente, tutte le «autorità competenti» o si debba tener conto dei concreti elementi di sospetto che l'analisi dei dati faccia emergere. Essendo la comunicazione funzionale a consentire le necessarie verifiche e l'adozione dei «provvedimenti idonei a prevenire e reprimere» i reati (art. 12, comma 1), andrebbe preferita un'esegesi tesa a limitarla, oltre che agli organi centralizzati (direzione investigativa, direzione nazionale e organismi di sicurezza della Repubblica), alle forze di polizia e agli uffici del pubblico ministero in concreto

anch'esso, sulla base della comune legge di delegazione europea 2016-2017 (l. 25 ottobre 2017, n. 163) (per una lettura combinata delle due normative, v. L. Pulito, *Il trattamento dei dati personali in ambito penale e l'uso del* passenger name record *per contrastare il terrorismo e altri reati gravi*, in *questa Rivista*, 2018, 6, p. 1138 ss.). Con il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, sono state, poi, adottate le disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679.

[52] Va evidenziato che la nuova disciplina ha inglobato anche quella relativa al trasferimento, da parte dei vettori aerei, dei c.d. dati API (*Advance Passenger Information*), regolata dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 144 (che, dunque, è stato abrogato), attuativo della direttiva (UE) 2004/82/CE. Si tratta, principalmente, dei dati anagrafici risultanti dalla banda a lettura ottica del passaporto (comprendenti, nome, luogo di nascita e cittadinanza dell'interessato, numero e data di scadenza del passaporto, *etc.*), che sono raccolti e resi disponibili agli Uffici incaricati dei controlli di polizia di frontiera al fine di migliorare i controlli alle frontiere esterne e prevenire l'immigrazione illegale. Siccome la direttiva 2016/681 include, tra i dati PNR da comunicare alle UIP, anche gli API eventualmente raccolti, il legislatore nazionale, al fine di evitare la coesistenza di due normative nazionali diverse regolanti gli obblighi di trasmissione a carico delle compagnie aeree, ha ritenuto di unificare le discipline in un unico testo (il d.lgs. n. 53 del 2018, appunto), assicurando, comunque, modalità di trattamento differenziate in ragione delle diverse finalità previste per ciascuna delle predette categorie di informazioni (cfr. *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, consultabile sul sito del Governo, p. 1 ss.). In senso critico, rispetto a tale scelta, si era espresso il Garante per la protezione dei dati personali nel *Parere* del 22 febbraio 2018 sullo schema di decreto legislativo (consultabile sul sito internet del Garante).

[53] Organizzazione e pianta organica sono rimessi ad apposito decreto ministeriale (art. 6, comma 1).

[54] Nel contesto della disciplina, il nuovo Sistema informativo sarà destinato a gestire sia i dati PNR, che quelli API (in sostituzione, quanto a questi ultimi, dell'attuale *Border Control Sistem*), garantendone, al contempo, il trattamento differenziato. Sicché i dati API saranno trattati sia dalla UIP, quali componenti dei dati PNR, sia dagli Uffici di frontiera, per le finalità dei controlli sull'immigrazione illegale.

[55] Si tratta del d.m. 17 agosto 2018, recante «modalità tecniche di funzionamento del Sistema Informativo e di trasferimento dei dati del codice di prenotazione (PNR)», in *G.U.*, Serie Generale, n. 235 del 9 ottobre 2018.

[56] Nella *Relazione illustrativa*, cit., p. 7 si precisa che «il recepimento della direttiva implica l'afflusso di informazioni riguardanti oltre 200.000.000 di passeggeri» e che, quindi, «tale rilevante mole di dati può richiedere, soprattutto nella fase di prima attuazione, la necessità di fare ricorso all'intervento di operatori economici in possesso del necessario *know how* ai fini della loro acquisizione, mediante adeguati *software*».

[57] Vale a dire gli organismi previsti dagli artt. 4, 6 e 7 della l. 3 agosto 2007, n. 124.

legittimati con riguardo al luogo di partenza o di arrivo del volo ed alla tipologia di reato in cui si sospetta il passeggero sia implicato.

In relazione all'attività di analisi e trattamento, all'Unità nazionale è assegnato, conformemente a quanto disposto dalla direttiva, il compito di definire ed aggiornare periodicamente i criteri da adoperare nella valutazione in tempo reale dei passeggeri. A ciò provvede, sentite le «autorità competenti nazionali», nel rispetto dei principi di necessità, proporzionalità, specificità e non discriminazione (art. 8, comma 2).

Quanto alle banche dati con cui confrontare, sempre in occasione dei controlli che precedono l'arrivo o la partenza del volo, i dati ricevuti dai vettori, in vista della individuazione di sospetti già "noti" alle forze dell'ordine, è indicato unicamente il Centro elaborazione dati (CED) del Ministero dell'interno. Per il resto, è fatto generico riferimento, in termini analoghi a quelli della direttiva, ad «altre banche dati nazionali, europee ed internazionali contenenti informazioni utili ai fini di prevenzione e repressione dei reati di terrorismo e dei reati gravi» (art. 8, comma 1, lett. *a*).

Si stabilisce, altresì, che all'autorizzazione necessaria per la trasmissione dei dati PNR integrali, a seguito di «pseudonimizzazione» [58] per il decorso del termine di sei mesi dal trasferimento, provveda: l'autorità giudiziaria, in caso di richiesta formulata nell'ambito di un procedimento penale o di un procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione; il vice capo della polizia, direttore centrale della polizia criminale, per le richieste aventi finalità di prevenzione dei reati (art. 10, comma 3).

Perplessità suscita, però, l'espressione «autorità giudiziaria», non accompagnata da ulteriori specificazioni. Il riferimento parrebbe essere all'organo giudiziario procedente. L'esegesi, tuttavia, per le richieste avanzate nel corso delle indagini preliminari, indurrebbe ad identificare, in capo all'ufficio del pubblico ministero, la legittimazione sia a richiedere (quale autorità nazionale competente) la comunicazione, sia ad autorizzarla; e ciò in contrasto con la *ratio* della previsione, tesa a pretendere un controllo esterno qualificato dopo che gli elementi identificativi siano stati mascherati. La formula andrebbe, dunque, intesa in senso restrittivo, come «autorità giurisdizionale», con conseguente competenza, nella fase investigativa, del giudice per le indagini preliminari, secondo un modello già in essere nel sistema processuale (si pensi alle intercettazioni ed al prelievo coattivo di materiale biologico).

Sul fronte della protezione dei dati, è fatto rinvio alla nuova disciplina regolante il trattamento a fini di *law enforcement* (d.lgs. n. 51 del 2018) [59] e, per quanto riguarda i dati detenuti dai vettori aerei, alle disposizioni del regolamento generale UE e del codice della *privacy* (art. 22, commi 1 e 2). L'autorità nazionale di controllo è il garante per la protezione dei dati; il responsabile della protezione è nominato con decreto del capo della polizia, nell'ambito della direzione centrale della polizia criminale (artt. 20 e 21) [60]. Per i diritti di accesso, rettifica, cancellazione e ricorso giurisdizionale si fa rinvio, conformemente alla normativa regolante i trattamenti da parte delle forze di polizia (art. 48 d.lgs. n. 51 del 2018), alle prerogative riconosciute in relazione ai dati conservati nel CED del Ministero dell'interno (art. 10, commi 3, 4 e 5, l. n. 121 del 1981) (art. 23).

Specifiche sanzioni amministrative pecuniarie, irrogate dall'Ente nazionale per l'aviazione civile, sono previste, a carico dei vettori, in caso di violazione degli obblighi loro imposti (art. 24).

I RIFLESSI SUL DIRITTO ALLA *PRIVACY* E ALLA PROTEZIONE DEI DATI

Ora, non c'è dubbio che la disciplina, come congegnata a livello europeo e recepita dal legislatore interno, abbia beneficiato del lungo dibattito sviluppatosi in materia. Evidenti sono i miglioramenti ap-

[58] Si tratta della procedura di mascheramento degli elementi identificativi prevista dalla direttiva, denominata dal legislatore interno «pseudonimizzazione» su indicazione del Garante per la protezione dei dati, essendo quest'ultima nozione – già utilizzata dal Regolamento UE 2016/679 – più idonea ad indicare la situazione in cui i dati personali non vengono definitivamente eliminati, ma non sono più attribuibili ad un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive (cfr. *Parere* del 22 febbraio 2018, cit., punto 8).

[59] Per quanto riguarda il trattamento da parte degli organismi di *intelligence*, trova applicazione la relativa disciplina dettata dal Codice della *privacy* (art. 58), come di recente modificata dal d.lgs. n. 101 del 2018, che rinvia al d.lgs. n. 51 del 2018.

[60] Sono, altresì, regolate le figure del «titolare del trattamento» (che è il Dipartimento della pubblica sicurezza) e del «responsabile del trattamento» (la Direzione Centrale della Polizia Criminale, per i dati PNR, e la Direzione Centrale dell'Immigrazione e della Polizia delle Frontiere, per i dati API) (art. 4, commi 1 e 2).

portati rispetto alla originaria proposta di direttiva del 2011 [61], a partire dalla elencazione dei «reati gravi», la cui prevenzione e repressione, unitamente a quelli di terrorismo, giustifica il trattamento, fino alle più puntuali previsioni in tema di protezione dei dati: l'obbligo di conservare i registri di tutte le attività di trattamento e di metterli a disposizione dell'autorità nazionale di controllo; il dovere di informare senza indebito ritardo l'interessato e l'autorità garante in caso di violazioni di dati personali suscettibili di arrecare un rilevante pregiudizio alla riservatezza; l'introduzione della figura del responsabile della protezione dei dati, con la funzione di «punto di contatto unico» per gli interessati in merito a tutte le questioni connesse al trattamento; il potenziamento del ruolo dell'autorità nazionale di controllo (artt. 13-15 direttiva e 20-24 d.lgs. n. 53 del 2018) [62].

L'attenzione posta al tema della protezione dei dati è, del resto, pienamente conforme al ruolo decisivo che, in epoca digitale, la *data protection* ha assunto ai fini della tutela dell'identità di ciascun individuo [63]. Si tratta, in una società democratica, di un interesse non solo privato, ma anche pubblico [64].

Nonostante gli indiscussi passi in avanti, restano, però, immutate le potenzialità invasive del sistema.

L'ingerenza nella sfera privata è *in re ipsa*, se si considera che oggetto di archiviazione, analisi e scambio sono informazioni, quand'anche non sensibili, inerenti a persone fisiche identificate o, comunque, identificabili [65]. Ciò avviene, oltretutto, in deroga ad uno dei cardini dell'autodeterminazione informativa, il principio di finalità limitata: dati ottenuti per scopi essenzialmente commerciali vengono, poi, adoperati, senza il consenso dell'interessato, per obiettivi, anch'essi determinati e legittimi (il contrasto al terrorismo ed alla criminalità grave), ma assolutamente diversi e non consequenziali rispetto a quelli della raccolta iniziale. La deroga non è attenuata dall'obbligo, posto in capo ai vettori, di informare adeguatamente i passeggeri (art. 22, comma 2, d.lgs. n. 53 del 2018), in quanto il contesto in cui i dati sono forniti è profondamente differente da quello in cui successivamente vengono riversati e costituisce, per di più, manifestazione, quantomeno con riguardo ai viaggi *intra*-UE, dell'esercizio di una libertà fondamentale, quella di circolazione.

A fronte di un'eccezione di tal portata alla "finalità limitata", stringente diviene la verifica di «necessità» e «proporzionalità» imposta dalle fonti sovranazionali.

La Convenzione europea (Cedu), come noto, riconosce e tutela il diritto al rispetto della vita privata, consentendone limitazioni solo se previste per legge, rispondenti ad obiettivi legittimi e *necessarie* in una società democratica (art. 8). Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, dalla Convenzione emerge un'insopprimibile esigenza di bilanciamento tra interessi pubblici e privati, che induce a ritenere conformi alla Cedu interferenze alla *privacy* unicamente nella misura in cui soddisfino *bisogni sociali impellenti*, siano *proporzionate* agli scopi perseguiti e si fondino su *ragioni giustificative pertinenti e sufficienti* [66].

---

[61] Cfr. il *Parere* del Garante europeo della protezione dei dati del 24 settembre 2015 (in *G.U.U.E.*, C 392 del 25 novembre 2015), punto n. 62, che, sia pure critico rispetto allo strumento istituito, ha accolto favorevolmente «i vari miglioramenti apportati alla proposta dal Consiglio e dalla Commissione LIBE, che riguardano, ad esempio, le specifiche disposizioni sulla protezione dei dati, la presenza di un Responsabile della protezione dei dati, o un riferimento specifico al potere delle autorità garanti».

[62] Su questi temi v., per tutti, F. Di Matteo, *La raccolta indiscriminata*, cit., p. 232.

[63] Sul tema, v. S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1997, p. 583 ss. V., altresì, nel settore penalistico, S. Allegrezza, *Giustizia penale e diritto all'autodeterminazione dei dati personali nella regione Europa*, in D. Negri (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, Roma, Aracne, 2007, p. 61 ss.

[64] Per queste considerazioni v. F. Rossi Dal Pozzo, *Protezione dei dati personali*, cit., p. 1020. Cfr., altresì, S. Ciampi, *Principio di disponibilità*, cit., p. 38. Evidenzia la «duplice dimensione» della protezione dei dati, «di diritto dell'interessato all'autodeterminazione informativa e alla riservatezza, da un lato, e di strumento di tutela oggettiva che consenta il controllo sulla genuinità del dato, dall'altro», A. Marandola, Information sharing *nella prospettiva del Trattato di Prüm*, cit., p. 180.

[65] Lo ha chiarito C. giust. UE, Grande sez., 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland e Seitlinger e altri, cit., secondo cui, una normativa che consenta alle autorità pubbliche di accedere in maniera generalizzata ai dati personali, pregiudica i diritti al rispetto della vita privata ed alla protezione dei dati, indipendentemente dal se le informazioni abbiano o meno carattere sensibile o che gli interessati abbiano subito eventuali inconvenienti in seguito a tale ingerenza (punti nn. 33-36).

[66] Così si esprime Corte e.d.u., Grande camera, 4 dicembre 2008, S. e Marper c. Regno Unito, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 346, che ha considerato *sproporzionata*, rispetto agli scopi perseguiti, l'ingerenza nella vita privata che si realizza attraverso la conservazione, senza limiti di tempo, di dati biologici ed impronte digitali di soggetti non perseguiti penalmente o non condannati. Più di recente v. Corte e.d.u., 13 settembre 2018, Big Brother e altri c. Regno Unito, che, in tema di accesso da parte delle autorità pubbliche ai dati esterni delle comunicazioni conservati dai fornitori dei servizi di comunicazione, ha dichiarato incompatibile con l'art. 8 Cedu la normativa inglese in quanto eccedente i limiti imposti dal principio di proporzionalità, non es-

Nella stessa direzione si muove la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione nel consacrare il diritto al rispetto della vita privata (art. 7) ed alla protezione dei dati personali, prescrivendo che il trattamento sia improntato al principio di lealtà, avvenga, per *finalità determinate*, in base al consenso della persona o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge, contempli l'accesso dell'interessato e il controllo di una autorità indipendente (art. 8). Eventuali limitazioni, stabilite dalla legge e rispettose del contenuto essenziale dei diritti, possono essere apportate, in conformità al principio di *proporzionalità*, solo laddove siano *necessarie* e rispondano effettivamente a *finalità di interesse generale* riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui (art. 52). Il diritto di ogni persona «alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano» è, peraltro, espressamente sancito dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 16).

La Corte di giustizia ha, al riguardo, rimarcato che la lotta al terrorismo ed alla criminalità grave costituisce, senza dubbio, interesse generale dell'Unione, idoneo a giustificare restrizioni dei detti diritti. Affinché l'ingerenza possa ritenersi consentita è, tuttavia, indispensabile che *non superi i limiti di quanto è appropriato e necessario al conseguimento dell'obiettivo* e che siano fissate *regole chiare* e *precise* in grado di delimitarne la portata ed il campo di applicazione [67].

È in questa cornice che si collocano le perplessità su una misura idonea a porre sotto sorveglianza, a prescindere dall'esistenza di elementi indicativi di un qualsiasi nesso con azioni criminose, la vita privata di chiunque decida di spostarsi, per via aerea, all'interno dell'Europa o verso Paesi terzi. Il controllo generalizzato di *tutti* i passeggeri rappresenta, del resto, il *proprium* di uno strumento ideato, principalmente, al fine di individuare persone "non note", mai sospettate prima, e consentire, in tempo utile, interventi in funzione preventiva o repressiva [68].

Questa sorta di "capacità predittiva" – tipica delle attività di *intelligence* e delle indagini proattive[69] – costituisce l'aspetto più controverso del sistema, ma anche il *quid pluris* rispetto agli altri circuiti di scambio di informazioni [70], che lo renderebbe *necessario* nella lotta al terrorismo ed alla criminalità transnazionale. Una disciplina comune europea si giustificherebbe, in tale ottica, con l'esigenza di evitare tutele eterogenee dei diritti individuali [71] ed obblighi differenti a carico delle compagnie aeree [72].

Non si è mancato, però, di obiettare che nessun esauriente vaglio sia stato compiuto sull'efficacia di misure meno invasive della profilazione di *default* di milioni di viaggiatori [73]. Sicché, non essendone stati in concreto dimostrati i vantaggi, difetterebbe il carattere *necessario* dell'ingerenza [74]. Né varrebbe in-

sendo confinata allo scopo di combattere forme gravi di crimine e non prevedendo la preventiva autorizzazione di un tribunale o di un organo amministrativo indipendente.

[67] Sono i principi espressi da C. giust. UE, Grande sez., 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland e Seitlinger e altri, cit.; C. giust. UE, Grande sez., 6 ottobre 2015, Schrems, in *Giur. cost.*, 2016, p. 273; C. giust. UE, Grande sez., 21 dicembre 2016, Tele2 Sverige e Watson, in *Dir. informaz. e informatica*, 2016, p. 984.

[68] Nella *Relazione di accompagnamento* alla proposta di direttiva del 2011 [COM(2011) 32] si chiariva che, a differenza degli altri strumenti della cooperazione informativa, quali i dati API, il SIS e il VIS, che servono quando l'identità del sospetto è «nota», i dati PNR consentono, invece, di effettuare valutazioni sui passeggeri e, così, contribuiscono ad identificare criminali o terroristi «non noti». Servono, dunque, principalmente, come strumento di *intelligence* criminale. Lo precisa anche il *considerando* n. 7 della direttiva, nel riconoscere che «la valutazione dei dati PNR consente l'identificazione di persone mai sospettate», sicché, attraverso il loro uso, «è possibile far fronte alla minaccia di reati di terrorismo e reati gravi da una prospettiva diversa rispetto al trattamento di altre categorie di dati personali».

[69] Le indagini proattive, in effetti, hanno funzione anticipatoria, in quanto non prendono avvio da un specifica *notitia criminis*, né sono volte semplicemente a cercarla, ma si fondano su un approccio proteso all'assunzione di iniziative dirette ad impedire la commissione di delitti, piuttosto che alla mera reazione agli eventi (cfr., sul tema, la *Risoluzione del XVIII Congresso internazionale di diritto penale*, Istanbul, 20-27 settembre 2009, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 333 ss.). Sulla tendenza, in epoca di lotta alla criminalità organizzata e al terrorismo, ad una progressiva osmosi tra «prevenzione» e «repressione» attraverso la criminalizzazione di condotte meramente preparatorie e la diretta interconnessione (con conseguenti sovrapposizioni) tra attività di *intelligence* ed indagine penale v., per tutti, D. Curtotti, *Procedimento penale e* intelligence *in Italia: un'osmosi inevitabile, ancora orfana di regole*, in *questa Rivista*, 2018, 3, p. 435 ss.; R. Orlandi, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 584 ss.; F. Viganò, *Terrorismo, guerra e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 694 ss.

[70] Che non esistano sistemi alternativi meno invasivi, ma analogamente efficaci, è evidenziato anche in dottrina (cfr., per tutti, F. Rossi Dal Pozzo, *Protezione dei dati personali*, cit., p. 1057).

[71] Cfr. F. Rossi Dal Pozzo, *Protezione dei dati personali*, cit., p. 1058.

[72] E. Carpanelli-N. Lazzerini, *PNR: Passenger Name Record, Problems Not Resolved?*, cit., p. 379.

[73] È il principale rilievo mosso dal *Parere* del Garante europeo della protezione dei dati del 24 settembre 2015, cit., punti n. 12 e 14.

[74] Per queste considerazioni v., tra i tanti, F. Di Matteo, *La raccolta indiscriminata*, cit., p. 223 ss.; D. Lowe, *The European Union's*

vocare l'obiettivo di armonizzare legislazioni differenti, obiettivo di per sé non sufficiente a legittimare una compressione della riservatezza oltre lo stretto indispensabile [75].

Nel dibattito è entrata anche la Corte di giustizia. L'*occasio* è stata la richiesta di parere del Parlamento europeo sulla compatibilità, con i diritti sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta, dell'accordo PNR tra l'Unione europea ed il Canada [76]. Nel ribadire gli approdi raggiunti con le sentenze *Digital Rights Ireland*, *Schrems* e *Tele2 Sverige* [77], per la prima volta applicati al settore in esame, i giudici del Lussemburgo hanno messo da parte posizioni ideologiche sulla primazia dei diritti individuali o sulla funzionalizzazione di questi ultimi alla «sicurezza pubblica», adottando, al contrario, un approccio realistico, conscio dell'utilità di strumenti di sorveglianza nella lotta al terrorismo, ma pure dei rischi che ne discendono per gli individui [78]. L'impegno è stato, dunque, nella direzione di delineare i confini entro cui i sacrifici alla *privacy* ed all'autodeterminazione informativa, conseguenti al trattamento massivo dei dati PNR, risultino proporzionati al fine di combattere il terrorismo ed i gravi reati di natura transnazionale [79].

Modello di riferimento nell'enucleare le condizioni di legittimità della misura – che la Corte non ha ritenuto del tutto soddisfatte dall'accordo UE-Canada – è stata, senza dubbio, la più evoluta disciplina della direttiva PNR, con particolare riguardo al divieto assoluto di trattamento dei dati sensibili [80] ed alla necessità che i risultati delle analisi automatizzate siano sottoposti a riesame individuale [81]. Ma la disamina è andata ben oltre e consente di ricavare argomenti con cui la normativa interna all'Unione dovrà, necessariamente, confrontarsi.

Tralasciando le questioni, pure non secondarie, relative alla base giuridica [82] ed alla non chiara enun-

Passenger Name Record Data Directive 2016/681, cit., p. 78 ss. Cfr., altresì, G. Tiberi, *La direttiva UE sull'uso dei dati del codice di prenotazione*, cit., p. 593, che ravvisa la violazione del principio di minimizzazione dei dati personali, per «essere un sistema di indiretta raccolta di dati personali che per default deve essere massivo e indiscriminato e che trova proprio nell'abbondanza delle informazioni estraibili la propria ragion d'essere».

[75] Cfr., ancora, il *Parere* del Garante europeo della protezione dei dati del 24 settembre 2015, cit., punti 15 e 19-31.

[76] Si tratta di C. giust. UE, Grande sez., parere n. 1/15 del 26 luglio 2017, cit.

[77] Tale giurisprudenza ha attratto l'attenzione della dottrina. Tra i tanti contributi, v. L. Azoulai-M. Van der Sluis, *Institutionalizing personal data protection in times of global institutional distrust*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1343 ss.; R. Bifulco, *La sentenza Schrems e la costruzione del diritto europeo della privacy*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 289 ss.; F. Fabbrini, *Human Rights in the Digital Age: The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and its Lessons for Privacy and Surveillance in the U.S.*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2015, p. 65 ss.; R. Flor, *La Corte di giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. "data retention" contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, p. 178 ss.; A. Giattini, *La tutela dei dati personali davanti alla Corte di giustizia dell'UE: il caso Schrems e l'invalidità del sistema di "approdo sicuro"*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2016, p. 247 ss.; M. Granger-K. Irion, *The Court of Justice and the Data Retention Directive in Digital Rights Ireland: telling off the EU legislator and teaching a lesson in privacy and data protection*, in *European Law Review*, 2014, p. 835 ss.; O. Linskey, *The Data Retention Directive is incompatible with the rights to privacy and data protection and is invalid in its entirety: Digital Rights Ireland*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1789 ss.; T. Ojanen, *Making the Essence of Fundamental Rights Real: The Court of Justice of the European Union Clarifies the Structure of Fundamental Rights under the Charter: ECJ 6 October 2015, Case C-362/14, Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, p. 318 ss.; O. Pollicino, *Diritto all'oblio e conservazione di dati. La Corte di giustizia a piedi uniti: verso un digital right to privacy*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2949 ss.; G. Tiberi, *Il caso Tele2 Sverige/Watson: una iconica sentenza della Corte di Giustizia nella saga sulla data retention*, in *Quaderni cost.*, 2017, p. 434 ss.; A. Vedaschi-V. Lubello, *Data Retention and Its Implications for the Fundamental Right to Privacy: A European Perspective*, in *Tilburg Law Review*, 2015, 20, p. 14 ss.

[78] Per queste considerazioni, v. C. Graziani, *PNR EU-Canada*, cit., p. 964; A. Vedaschi, *The European Court of Justice*, cit., p. 427 ss.

[79] Ad avviso di A. Vedaschi, *L'accordo internazionale*, cit., p. 1937, la Corte di giustizia «sembra aprire al *contemperamento* piuttosto che al *bilanciamento* fra sicurezza e libertà», al fine di «chiarire *in quale misura* la limitazione della libertà può essere tollerata in ragione di indubbie esigenze di sicurezza».

[80] Cfr. i punti nn. 164-167 del parere, in cui la Corte ha rilevato che il trasferimento ed il trattamento di dati sensibili non apparirebbe giustificato dalla sola finalità di lotta al terrorismo ed ai gravi reati di natura transnazionale, stante il rischio di violazione del principio di non discriminazione (art. 21 della Carta), attraverso, ad esempio, una profilazione fondata su dati (quali la razza o la religione) capaci di indurre le autorità pubbliche ad adibire misure contro specifici gruppi di persone.

[81] Si tratta del punto n. 173 del parere.

[82] La Corte ha censurato l'accordo UE/Canada nella parte in cui è fondato, oltre che sull'art. 87 TFUE (inerente alla cooperazione di polizia), anche sull'art. 82 del TFUE (relativo alla cooperazione giudiziaria, quando invece alcuna previsione dell'accordo è intesa a facilitare tale forma di cooperazione) e non, al contrario, sull'art. 16 TFUE (pur rientrando, tra le finalità, la protezione dei dati personali). Le considerazioni svolte sono estensibili anche alla direttiva PNR, non tanto, però, con riguardo all'inclusione nella base giuridica dell'art. 82 TFUE (essendo previsto, dalla direttiva, lo scambio di informazioni anche tra autorità giudiziarie), quanto, piuttosto, sotto il profilo della mancata indicazione dell'art. 16 TFUE.

ciazione delle informazioni che i vettori aerei devono trasmettere [83], meritano riflessione le considerazioni svolte in merito al trattamento automatizzato dei dati.

L'organo giurisdizionale dell'Unione ha, innanzitutto, preso posizione sulla fissazione dei criteri predeterminati di rischio, pretendendo non solo che siano specifici e non discriminatori (in linea con quanto stabilito dalla direttiva), ma anche «affidabili», idonei, cioè, a condurre a risultati che abbiano come obiettivo unicamente «gli individui sui quali potrebbe gravare un sospetto ragionevole di partecipazione a reati di terrorismo o a reati gravi di natura transnazionale» [84].

Si tratta, certamente, come si avrà modo di dire più avanti, di uno dei nodi cruciali del sistema, da cui finirà per dipendere la sua stessa "validità". Deve registrarsi, tuttavia, nel disegno tracciato dal legislatore europeo, la totale assenza di meccanismi di definizione dei criteri a livello dell'Unione ed il mancato apprestamento di strumenti di controllo. Il tutto è rimesso alla discrezionalità della singola UIP, in cooperazione con le competenti autorità nazionali, con la prospettiva di una tutela non uniforme dei diritti individuali.

Oggetto di interesse sono state, in secondo luogo, le banche dati con cui effettuare il confronto, che, ad avviso della Corte, devono essere «affidabili», «aggiornate» e «limitate» a quelle «gestite in relazione alla lotta al terrorismo e ai reati gravi di natura transnazionale» [85]. L'approccio pare indicativo della necessità di una preventiva selezione degli archivi da utilizzare, archivi che andrebbero individuati esclusivamente in quelli relativi a persone condannate, imputate o indiziate di terrorismo o di altri gravi reati.

Sul punto, però, la disciplina europea pare deficitaria, facendo riferimento a banche dati semplicemente «*pertinenti*» allo scopo. Ad analoghe censure si espone la legge interna che, per un verso, adopera una formula altrettanto generica («altre banche dati nazionali, europee ed internazionali» contenenti informazioni «*utili*» agli obiettivi perseguiti), per l'altro, indica specificamente il Centro elaborazione dati del Ministero dell'interno, che è sì *database* «*pertinente*» o «*utile*», ma sicuramente non circoscritto alla prevenzione e repressione del terrorismo o di reati di grave allarme sociale.

I decreti attuativi, nel regolare le modalità tecniche di funzionamento del Sistema informativo di cui si avvale l'UIP nazionale (art. 4, comma 4, d.lgs. n. 53 del 2018), dovrebbero aver cura di precisare che il raffronto automatizzato avvenga con le sole informazioni del CED classificate come attinenti «alla lotta contro la criminalità comune ed organizzata nonché alla lotta contro il terrorismo e l'eversione» (art. 3, comma 1, lett. *b*, d.P.R. 3 maggio 1982, n. 378) [86]. Ma, in ogni caso, l'utilizzo di banche dati (come, appunto, il CED) aventi funzioni più ampie o parzialmente diverse pone un concreto rischio di *function creep*, vale a dire di graduale allargamento dei confini di operatività del sistema oltre lo scopo per il quale è istituito. La conseguenza è che un eventuale *macht* non sarebbe affatto indicativo di un sospetto di commissione di atti di terrorismo o di gravi reati, con chiara violazione del principio di finalità limitata.

Il pericolo è, peraltro, confermato, nella normativa nazionale, dalla riconosciuta possibilità che i dati PNR siano «riversati» nel CED e sottoposti alla relativa disciplina (art. 10, comma 7, d.lgs. n. 53 del 2018). Il che lascia intravedere futuri trattamenti per fini che esulano da quelli ammessi a livello europeo.

Degni di nota sono, altresì, i rilievi formulati con riguardo al controllo reattivo ed alla conservazione dei dati.

I giudici sovranazionali hanno osservato che un uso dei dati PNR successivo all'analisi compiuta, in tempo reale, prima dell'arrivo del volo dovrebbe fondarsi su «nuove circostanze che lo giustifichino» e avvenire in presenza di specifiche «condizioni sostanziali e procedurali», quali: l'esistenza di «elementi obiettivi che consentano di ritenere che i dati PNR di uno o più passeggeri aerei possano fornire un contributo effettivo di lotta contro i reati di terrorismo e i reati gravi di natura transnazionale»; il controllo

[83] Cfr. i punti n. 155-163. Anche l'elenco dei dati contenuto nell'allegato I alla direttiva presenta, in taluni casi (si pensi al punto n. 12, relativo alle «Osservazioni generali»), profili di indeterminatezza analoghi a quelli rilevati dalla Corte.

[84] Punti n. 172 e 174.

[85] V. il punto n. 172.

[86] Le procedure di raffronto informatico dei dati PNR con quelli conservati nel CED e in altre banche dati sono regolate dall'allegato B al citato d.m. 17 agosto 2018 del Ministero dell'interno, assistito, tuttavia, da «classifica di segretezza». Va, comunque, evidenziato che, nell'introdurre un meccanismo di trattamento automatizzato – a soli fini di «prevenzione» del terrorismo e con un periodo limitato di conservazione di sette giorni – dei dati identificativi dei soggetti che richiedono il noleggio di un autoveicolo, il legislatore nazionale ha previsto che il raffronto avvenga con le sole informazioni conservate nel CED concernenti provvedimenti dell'autorità giudiziaria o dell'autorità di pubblica sicurezza o segnalazioni inserite dalle forze di polizia «per finalità di prevenzione e repressione del terrorismo» (art. 17 d.l. 4 ottobre 2018, n. 113).

preventivo, al di fuori dei casi d'urgenza, di un giudice o di un ente amministrativo indipendente [87]. La Corte ha, inoltre, ritenuto contrastante con il principio di proporzionalità la conservazione dei dati anche dopo la ripartenza dei passeggeri, salvo situazioni particolari in cui si possa concretamente sostenere che il singolo passeggero, nonostante abbia lasciato il Paese, presenti ancora profili di rischio [88].

Entrambi gli aspetti evidenziano lacune della regolamentazione europea. Lungi dal tipizzare i casi in cui le autorità di contrasto, nel corso del periodo di soggiorno dei viaggiatori nel territorio UE, possano domandare (ed ottenere) la trasmissione dei dati PNR, se ne consente l'accesso a seguito di una mera richiesta basata su (imprecisati) «motivi sufficienti», senza alcuna previsione di preventive autorizzazioni, se non, come più sopra detto, qualora si tratti di comunicare i dati integrali a seguito di «pseudonimizzazione». Alcun collegamento è, tra l'altro, operato tra conservazione dei dati e permanenza del passeggero nell'Unione, prevedendosi, al contrario, come nell'accordo con il Canada, un'archiviazione continuativa per cinque anni, anche dopo la partenza verso Paesi terzi ed a prescindere dall'emergere di rischi qualificati [89].

Ulteriori considerazioni sono state spese a proposito del diritto del passeggero ad essere informato dell'uso dei propri dati in casi specifici, non appena, ovviamente, l'informazione non sia più suscettibile di compromettere le indagini [90]. Di questa «notifica individuale», funzionale all'esercizio dei diritti di accesso, rettifica e ricorso giurisdizionale, non v'è traccia alcuna né nella direttiva, né nella disciplina attuativa interna. Ben vero che, nella misura in cui i dati tratti dal codice di prenotazione confluiscano in procedimenti penali o di prevenzione, l'interessato potrà avere conoscenza del loro utilizzo attraverso la consultazione dei relativi fascicoli. Manca, tuttavia, l'obbligo generale di una comunicazione *ad hoc*.

Le conclusioni della Corte di giustizia gettano, dunque, importanti ombre sulla «proporzionalità» del sistema realizzato, ma, al contempo, permettono di individuare gli anticorpi idonei a frenare il cammino verso una «*surveillance society*» [91].

Le ricadute sul sistema processuale

La "vita privata" non è l'unico polo con cui la nuova disciplina interagisce. Nell'arricchire l'armamentario a disposizione delle autorità di *intelligence* e di *law enforcement*, è stata, in effetti, istituzionalizzata una specifica metodologia investigativa, fondata sull'analisi dei dati del codice di prenotazione e suscettibile di sfociare nell'adozione di misure incidenti sulle libertà individuali.

La peculiarità, lo si è detto, è che oggetto di *screening* sono informazioni raccolte e conservate, a scopi di prevenzione e repressione dei reati, a prescindere dall'emergere di elementi indizianti. L'obiettivo principale, lo si è rimarcato, è proprio l'individuazione di soggetti "non noti", ossia di persone che, fino a quel momento, non sono mai state sospettate di essere coinvolte in reati terroristici o in altri gravi reati.

All'orizzonte si profila una potenziale interferenza con la presunzione di innocenza: ogni passeggero è trattato con un pre-giudizio di pericolosità [92], che induce a confrontare i suoi dati personali con quelli contenuti in altri *database* utilizzati in ambito criminalistico ed a valutarli alla luce di predeterminati (ma sconosciuti) criteri di rischio. Ciascuna persona, per la sola ragione di spostarsi per via aerea in ambito europeo o al di fuori dell'Unione, diviene potenziale sospetto di reati (passati o futuri).

Noti sono i rischi di un'archiviazione di massa di tal fatta. L'utilizzo, in funzione delle investigazioni

[87] Cfr. i punti n. 199-202. Nello stesso senso si era espresso il *Parere* del Garante europeo della protezione dei dati del 24 settembre 2015, cit., punti nn. 42-46, nell'osservare che, in caso di richiesta di accesso ai dati da parte di un'autorità competente, si dovrebbe sempre ottenere un'autorizzazione preventiva di un tribunale o di un organo amministrativo indipendente, e che i casi legittimanti l'accesso dovrebbero essere tassativamente definiti.

[88] V. i punti n. 204-211.

[89] Cfr. E. Carpanelli-N. Lazzerini, *PNR: Passenger Name Record, Problems Not Resolved?*, cit., p. 395, secondo cui, tuttavia, sarebbe nella pratica complesso garantire che la conservazione sia limitata alla durata della permanenza nell'UE. Ciò richiederebbe un monitoraggio generale dei movimenti di cittadini e, dunque, l'interoperabilità tra il regime PNR e altri meccanismi che realizzano tale monitoraggio.

[90] Cfr. i punti n. 218-225.

[91] Il rischio in tal senso è ben evidenziato dal *Parere* del Garante europeo della protezione dei dati del 24 settembre 2015, cit., secondo cui «the development of such a system raises serious transparency and proportionality issues» and «it might lead to a move towards a surveillance society» (punto n. 30).

[92] Cfr. F. Rossi Dal Pozzo, *Protezione dei dati personali*, cit., p. 1054.

penali, di dati personali raccolti in maniera indiscriminata e riversati in schedari pubblici accresce la possibilità, per gli individui, di incappare, per sbaglio, nelle maglie della giustizia, di subire rilevanti restrizioni di libertà fondamentali (si pensi alle ricadute sulla libertà di circolazione derivanti dai sistematici controlli a cui dovessero essere sottoposti i cittadini europei nei voli *intra*-UE), di essere ingiustamente accusati di reati.

Il pericolo potrebbe essere generato da errori contenuti nelle banche dati adoperate per il raffronto, mai del tutto eliminabili per quante cautele si vogliano apprestare, così come potrebbe derivare dal controllo *ex ante* di tutti i passeggeri sulla scorta dei criteri elaborati attraverso l'uso proattivo dei dati [93]. L'analisi fondata su modelli e profili prefissati (funzionali, almeno in tesi, a svelare sospetti criminali o terroristi ancora ignoti) presenta, in effetti, significativi margini di errore [94], ampiamente riconosciuti anche dalla direttiva che, con riferimento ai criteri "predittivi", auspica che siano «definiti in maniera da ridurre al minimo il numero di *persone innocenti* erroneamente identificate dal sistema» (*considerando* n. 7). È, quindi, espressamente presa in considerazione ed accettata la possibilità di «falsi riscontri positivi» (art. 12, par. 5, direttiva e art. 10, comma 6, d.lgs. n. 53 del 2018).

Il sistema può, insomma, essere fallace. Certo, l'obbligo di un esame individuale dei risultati del trattamento ed il divieto di «decisioni automatizzate» sono diretti a ridimensionare il rischio. Ma, sicuramente, non permettono di escludere che persone vengano sottoposte a misure in qualche modo incidenti sui diritti di libertà per l'unico motivo di aver viaggiato a bordo di un aeromobile [95].

La possibilità che l'analisi delle "prenotazioni aeree" conduca all'adozione di provvedimenti con finalità preventiva o repressiva e determini l'avvio di procedimenti penali o di prevenzione induce, inoltre, ad interrogarsi sul regime di utilizzabilità delle informazioni trasmesse dai vettori e dei risultati del relativo trattamento.

Pare, invero, difficilmente contestabile che i dati PNR, per la loro capacità rappresentativa (di fatti, persone o cose) e per essere formati al di fuori di qualsivoglia contesto procedimentale, rientrino nella categoria della prova documentale, *sub specie* di «documenti informatici» [96]. Come tali sono pienamente utilizzabili, quanto ai procedimenti penali, sia nella fase delle indagini, che in dibattimento.

Il sistema PNR sembra funzionare, da questo punto di vista, come vero e proprio meccanismo di acquisizione e circolazione probatoria in ambito europeo [97]. Per un verso, l'Unità nazionale, a seguito di riscontri positivi, trasmette alle autorità competenti i dati ricevuti dalle compagnie aeree (o dalle UIP di altri Stati). Per altro verso, le autorità nazionali di contrasto possono richiedere i dati, nel corso di specifiche attività preventive o repressive, all'Unità nazionale o a quelle degli altri Paesi dell'Unione; in tale ul-

[93] Così G. Tiberi, *La direttiva UE sull'uso dei dati del codice di prenotazione*, cit., p. 592.

[94] Lo ha evidenziato, nel citato parere, la Corte di giustizia, riconoscendo che le analisi automatizzate dei passeggeri, nei limiti in cui sono effettuate a partire da dati personali non verificati e si fondano su modelli e criteri prestabiliti, presentano necessariamente un tasso d'errore che può essere «significativo» (punti n. 169 e 170).

[95] È ben noto che l'individuazione di un soggetto quale possibile autore del reato attraverso l'utilizzo della profilazione può provocare un «fenomeno di distorta interpretazione di ogni fonte di prova in senso convergente con l'avvenuta identificazione su base criminologica del soggetto», in un'ottica di «raccolta degli elementi probatori selettiva, ossia volta a corroborare una sola posizione, negando le altre». In questi termini e, più in generale, sui limiti epistemici del *criminal profiling* v., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, L. Lupària, *Il* profiling *dell'autore del reato*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 340.

[96] Viene in rilievo, al riguardo, l'art. 1 della Convenzione di Budapest del 23 novembre 2001 sulla criminalità informatica (recepita con l. 18 marzo 2008, n. 48), che definisce il documento informatico come «qualunque presentazione di fatti, informazioni o concetti in forma suscettibile di essere utilizzata in un sistema computerizzato, incluso un programma in grado di consentire ad un sistema computerizzato di svolgere una funzione». Definizione analoga è contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. *p*, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale), secondo cui documento informatico è il «documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti». Il tema è oggetto di significativa attenzione da parte della dottrina. V., *ex multis*, M. Daniele, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. dir. processuale*, 2011, p. 283 ss.; R. Del Coco, *L'utilizzo probatorio dei dati* whatsapp *tra lacune normative e avanguardie giurisprudenziali*, in *questa Rivista*, 2018, 3, p. 532 ss.; G. Di Paolo, voce *Prova informatica (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 736 ss.; L. Marafioti, Digital evidence *e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4509 ss.; M. Pittiruti, Digital evidence *e procedimento penale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 23 ss.; P. Tonini, *Documento informatico e giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 401 ss.; F. Zacché, *La prova documentale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 26 ss.

[97] La finalità della trasmissione dei dati PNR dai vettori alle UIP e da queste alle autorità competenti comprende, del resto, non solo la «prevenzione», ma anche l'«indagine», l'«azione penale» e l'«accertamento», fini che connotano, inevitabilmente, di valore probatorio il meccanismo di acquisizione e scambio dei dati.

tima evenienza, la richiesta, di regola inoltrata tramite l'UIP nazionale, può essere formulata, in situazioni di emergenza, direttamente all'Unità d'informazione estera (artt. 12-16 d.lgs. n. 53 del 2018).

Anche quando il dato informatico è detenuto dall'autorità straniera, non è, pertanto, necessario ricorrere agli ordinari strumenti di acquisizione transnazionale della «prova» [98]. Il riferimento a «qualsiasi canale esistente di cooperazione internazionale di polizia» (art. 17 d.lgs. n. 53 del 2018) vale, in tale scenario, unicamente ad indicare i circuiti adoperabili per lo scambio dei dati.

La particolarità è che si tratta di un meccanismo acquisitivo "chiuso": solo le autorità individuate dalla legge come «competenti» possono richiedere ed ottenere la trasmissione dei dati; l'unica finalità per la quale sono comunicati è il contrasto al terrorismo e ai gravi reati tassativamente indicati. Deve escludersi che, al di fuori dei confini così tracciati, sia possibile, per altri soggetti o in procedimenti relativi a reati diversi, acquisire le informazioni del codice di prenotazione detenute dai vettori o dalle Unità d'informazione sui passeggeri[99].

Va osservato, però, che, nella misura in cui i dati PNR, adoperati in singole vicende, confluiscano in fascicoli processuali o in altri archivi nazionali (come il CED) o sovranazionali (si pensi all'archivio centralizzato di Europol), non sembrano esservi ostacoli a successivi utilizzi oltre i limiti rigorosamente tracciati dalla normativa [100]. Il che amplifica i rischi per le prerogative individuali coinvolte.

Più complesso è il discorso in ordine ai risultati del trattamento effettuato, in tempo reale, dall'Unità nazionale. Si tratta, in tal caso, di una complessa attività di analisi – tipizzata, con riguardo al trattamento automatizzato, ed atipica, per il successivo esame individuale (art. 8, commi 1 e 4, d.lgs. n. 53 del 2018) – compiuta da un organo che, per composizione e collocazione, è posto al vertice dell'apparato statale della pubblica sicurezza.

Alcuna natura documentale può essere riconosciuta alle relative risultanze, che sono, invece, il frutto di verifiche aventi carattere *lato sensu* investigativo, precipuamente rivolte ad «individuare i passeggeri sospettati di essere implicati in reati di terrorismo o in reati gravi» (art. 6, comma 2, lett. *b*, d.lgs. n. 53 del 2018). Non si configurano, dunque, in termini meramente amministrativi, quanto, piuttosto, come operazioni propedeutiche ad allertare gli organi competenti, in vista dell'accertamento di reati o, comunque, della neutralizzazione di possibili fonti di pericolo [101].

Ciò è reso palese dalla stessa normativa interna, che prevede la conservazione dei risultati del trattamento solo «per il tempo strettamente necessario a comunicare gli esiti di eventuali riscontri positivi alle autorità competenti nazionali». Sicché, eseguita l'informazione, vanno definitivamente cancellati (art. 10, comma 6, d.lgs. n. 53 del 2018) [102].

I «riscontri positivi», secondo la terminologia, certamente più pregnante, adoperata dal legislatore nazionale, hanno la valenza di meri elementi di «sospetto» [103], di per sé inidonei sia a legittimare inizia-

[98] La tendenza a superare, in materia di dati informatici, i tradizionali meccanismi della cooperazione europea ed internazionale pare confermata dall'art. 234-*bis* c.p.p. (introdotto dal d.l. n. 43 del 2015) che, sia pure con una formulazione non del tutto chiara, sembra instituire uno strumento derogatorio rispetto agli ordinari circuiti di circolazione della prova. Sul tema v., *ex multis*, S. Aterno, *L'acquisizione di dati personali tra misure antiterrorismo e intromissioni nella privacy*, in *Arch. pen.*, 2016, 1, p. 165 ss.

[99] La nuova normativa, in quanto *lex specialis*, induce a ritenere precluso agli organi investigativi disporre perquisizioni e sequestri informatici, nei confronti delle compagnie aeree, volti a reperire ed apprendere dati PNR. In giurisprudenza, in ogni caso, è stata esclusa la legittimità del provvedimento di perquisizione e sequestro delle credenziali di accesso al sistema informatico di prenotazione dei voli *on line* di una compagnia aerea finalizzato ad identificare per tempo i passeggeri sospettabili di fungere da corrieri internazionali di stupefacenti, trattandosi di provvedimento preordinato non già ad acquisire elementi di conoscenza in ordine ad una o più *notitiae criminis*, quanto a monitorare in modo illimitato, preventivo e permanente il contenuto di un sistema informatico onde pervenire all'accertamento di reati non ancora commessi (cfr. Cass., sez. IV, 17 aprile 2012, n. 19618, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1148 ss. In dottrina v. G. Bono, *Il divieto di indagini* ad explorandum *include i mezzi informatici di ricerca della prova*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1525 ss.).

[100] Lo si ricava dal disposto dell'art. 10, commi 5 e 7, d.lgs. n. 53 del 2018, che, da un lato, prevede, per i dati utilizzati «nell'ambito di un caso specifico», la conservazione nel rispetto delle disposizioni del c.p.p. o di quelle riguardanti i trattamenti per finalità di polizia o di *intelligence* e, dall'altro, con riferimento a quelli riversati nel CED, l'applicazione delle relativa disciplina.

[101] L'attività di trattamento dei dati PNR, prima dell'emergere di una notizia di reato, difficilmente potrebbe essere qualificata come «ispettiva e di vigilanza» *ex* art. 220 norme att. c.p.p. (alle cui risultanze viene, generalmente, riconosciuta natura documentale), essendo istituzionalmente compiuta nella prospettiva di un'indagine penale. In dottrina si è efficacemente osservato che, quando un'attività preventiva venga «*sistematicamente* posta in essere in vista di indagini penali, quella stessa attività preventiva si salda funzionalmente all'attività repressiva mutando così la propria natura» (R. Orlandi, *Inchieste preparatorie*, cit., p. 583, nota 47).

[102] Salva la necessità di conservarli al solo fine di «assicurare l'esattezza di futuri riscontri» (art. 10, comma 6).

[103] La disciplina interna, a differenza della direttiva, contiene la puntuale definizione di «riscontro positivo» («l'individuazio-

tive di pubblica sicurezza, sia, soprattutto, a perfezionare una notizia di reato [104]. Dalla legge di attuazione traspare, in maniera più netta rispetto al tenore della direttiva, la necessità che i dati trasmessi siano sottoposti, dalle autorità di polizia e giudiziarie che li ricevono, ad «ulteriore trattamento», quale *condicio sine qua non* per adottare «provvedimenti idonei a prevenire e reprimere reati di terrorismo o reati gravi» (art. 12, comma 1, d.lgs. n. 53 del 2018).

In cosa debba (o possa) consistere tale ulteriore trattamento non è specificato. Parrebbe trattarsi di attività atipica di analisi, valutazione e indagine, avente ad oggetto le informazioni comunicate dall'Unità nazionale e tesa a verificare la fondatezza dei sospetti emersi.

Sbocchi potrebbero essere: interventi di pubblica sicurezza (che, tuttavia, per espresso dettato legislativo, non possono pregiudicare il diritto di entrare nel territorio dello Stato delle persone che godono del diritto di libera circolazione all'interno dell'Unione) [105]; la raccolta di indizi idonei ad avviare un procedimento di prevenzione o ad integrare una vera e propria notizia di reato, con conseguente formale inizio delle indagini preliminari.

Nel meccanismo congegnato, l'acquisizione della *notitia criminis* si presenta, dunque, come fattispecie a formazione progressiva, in cui si saldano le analisi in tempo reale compiute dall'UIP e l'ulteriore trattamento effettuato dalle autorità di *law enforcement*.

Le prime, nell'ottica dell'accertamento penale, hanno il carattere di operazioni di «*intelligence* criminale», collocandosi nella «fase procedurale precedente all'indagine penale, nella quale un'autorità competente incaricata dell'applicazione della legge, ai sensi della legislazione nazionale, ha facoltà di raccogliere, elaborare e analizzare informazioni su reati o attività criminali al fine di stabilire se sono stati commessi o possono essere commessi in futuro atti criminali concreti» [106]. L'esito positivo dell'incrocio informatizzato dei dati e dell'applicazione di criteri di rischio prefissati è indicativo, come detto, di un «sospetto», da avvalorare attraverso successive verifiche non automatizzate. Il riscontro fornito da queste ultime funge da fonte informativa per gli organi inquirenti, che permette di avviare le attività preprocedimentali (di valutazione dei dati e di indagine) dirette ad appurare se possa ravvisarsi una notizia di reato [107].

Gli atti di «ulteriore trattamento», compiuti da polizia giudiziaria o uffici del pubblico ministero, sono assimilabili, in tale schema, a quelli della pre-inchiesta volta alla ricerca della *notitia criminis* [108]. Nulla impedisce, al di fuori di espressi divieti di legge, che la relativa documentazione confluisca nel fascicolo delle indagini e sia utilizzata, non solo a fini investigativi, ma anche per le decisioni da assumere nei procedimenti cautelari, in udienza preliminare e nei riti alternativi.

Riflessioni specifiche s'impongono, tuttavia, con riguardo alle informazioni estratte dagli archivi nazionali o esteri adoperati per il raffronto. Potrebbe trattarsi di dati della più svariata natura, acquisiti nel

---

ne di un passeggero sospettato di essere implicato in un reato di terrorismo o in reati gravi, all'esito dell'attività di analisi dei dati PNR effettuata dall'UIP nazionale») e di «riscontro negativo» («l'esito dell'attività di analisi dei dati PNR effettuata dall'UIP nazionale in base alla quale un passeggero non è sospettato di essere implicato in un reato di terrorismo o in reati gravi») (art. 2, comma 2, lett. *o* e *p*).

[104] Evidenziano come non possa integrare una notizia di reato «il sospetto» o «il "teorema investigativo"», A.A. Dalia-M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, Cedam, 2018, p. 481. Sul concetto di sospetto quale «anello più "lontano" di quello indiziario nella catena che può condurre alla verifica dell'affermazione probatoria», assimilabile «ad una vera e propria ipotesi di ricerca», v. G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 118.

[105] Si tal senso si esprimono gli artt. 6, par. 9, direttiva, e 8, comma 5, d.lgs. n. 53 del 2018.

[106] È la definizione di «operazione di *intelligence* criminale» contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. *c*, del d.lgs. n. 54 del 2015, attuativo della decisione quadro 2006/960/GAI.

[107] È ampiamente riconosciuta la possibilità di svolgere inchieste preparatorie finalizzate alla formazione della notizia di reato, che possono trarre spunto da «qualsiasi motivo di sospetto, non importa se ricavato da un documento anonimo, da un incrocio di dati, da un'indagine statistica o se altrimenti partorito da una fertile fantasia investigativa» (R. Orlandi, *Inchieste preparatorie*, cit., p. 587).

[108] Sul tema della c.d. pre-inchiesta per la ricerca della notizia di reato v., *ex multis*, R. Aprati, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, Jovene, 2010, p. 45 ss.; Ead. *Notizia di reato*, in G. Garuti (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminari*, vol. 3, *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Torino, Utet, 2009, p. 33 ss.; F. Falato, *Sulla natura degli atti precedenti alla iscrizione della* notitia criminis *e sull'estensibilità del divieto previsto dall'art. 62 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1626 ss.; G. Fumu, *L'attività preprocedimentale del pubblico ministero*, in A. Gaito (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli, Jovene, 1991, p. 135 ss.; A. Marandola, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedimentali*, Padova, Cedam, 2001, p. 89 ss.; P.P. Paulesu, *Notizia di reato e scenari investigativi complessi: contrasto alla criminalità organizzata, operazioni «sotto copertura», captazione di dati digitali*, in *Riv. dir. processuale*, 2010, p. 787 ss.; D. Potetti, *Attività del p.m. diretta all'acquisizione della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 139 ss.; A. Zappulla, *La formazione della notizia di reato*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 24 ss.

corso di attività di *intelligence*, di inchieste preventive, di indagini penali o risultanti da provvedimenti giudiziari. Se alcun ostacolo si frappone al loro impiego per orientare l'azione investigativa, disporre il compimento di atti tipici d'indagine, adottare mezzi di ricerca della prova, ne andrebbe, invece, esclusa la diretta rilevanza negli incidenti cautelari e nei riti alternativi, in cui il giudice è chiamato a rendere una decisione che ingloba un giudizio sulla responsabilità dell'indagato o dell'imputato. In questi casi, il convincimento deve fondarsi su atti che, pur non formati in contraddittorio, richiedono il rispetto di ben precise formalità. Ciò impone, da un lato, di acquisire la documentazione dell'attività da cui è scaturita l'informazione inserita nel *database*, attraverso il ricorso, qualora in possesso di autorità estera, agli strumenti di assistenza giudiziaria; dall'altro, di appurarne, caso per caso, natura e regime di utilizzabilità [109].

Indicazioni in tal senso si ricavano anche dalla normativa regolante il Centro di elaborazione dati del Ministero dell'interno: è espressamente stabilito che i dati e le informazioni ivi conservate «possono essere utilizzati in procedimenti giudiziari o amministrativi soltanto attraverso l'acquisizione delle fonti originarie» (art. 10, comma 2, l. n. 121 del 1981). La norma ha la portata di principio generale e, come tale, è agevolmente estensibile a tutte le informazioni riversate in banche dati e trattate in modo automatizzato [110].

Per quanto attiene all'utilizzabilità dibattimentale, la regola del contraddittorio nella formazione della prova non consente di attribuire valenza probatoria né alle risultanze del «trattamento» dei dati PNR (che, dunque, potrebbero entrare nella sfera cognitiva del giudice solo attraverso l'assunzione degli ordinari mezzi di prova) [111], né alle informazioni ricavate dagli archivi nazionali o stranieri, salvo i casi in cui la legge – alla luce delle deroghe contemplate dall'art. 111, comma 5, Cost. o del carattere *stricto sensu* documentale dell'atto – ne permetta l'acquisizione e sempreché, in caso di elementi ottenuti oltre confine, siano rispettate le forme previste dai meccanismi deputati alla circolazione delle prove [112].

I dati PNR, invece, stante la loro natura di «documenti», hanno, lo si è detto, pieno valore di «prova»: una volta acquisiti nel procedimento penale, «sono conservati nel rispetto delle disposizioni del codice» e, dunque, in deroga alla regola generale che ne prevede il mascheramento dopo sei mesi e la cancellazione trascorsi cinque anni (art. 10, comma 5, d.lgs. n. 53 del 2018).

Né divieti di utilizzo derivano dal principio di finalità limitata. Ben vero è che l'«ulteriore trattamento» va effettuato «unicamente al fine specifico di prevenire, accertare, indagare o perseguire reati di terrorismo o reati gravi» (art. 7, par. 4, direttiva), sicché le analisi e le investigazioni, conseguenti al riscontro positivo dell'Unità nazionale, devono essere orientate verso tale, unico obiettivo. Ciò, però, non limita l'impiego processuale dei dati del codice di prenotazione qualora dagli esiti di queste attività emergano indizi di reati ulteriori e diversi [113].

---

[109] In giurisprudenza se, da un lato, si afferma che, ai fini dell'adozione di provvedimenti cautelari nella fase delle indagini preliminari, possono essere utilizzati, anche al di fuori dei limiti stabiliti dagli artt. 238 c.p.p. e 78 norme att. c.p.p., atti compiuti autonomamente da autorità straniere in un diverso procedimento penale all'estero (Cass., sez. I, 22 gennaio 2009, n. 21673, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1072), dall'altro, si è rimarcato come non sia consentita l'utilizzabilità di una documentazione che si risolva in una relazione riassuntiva degli atti compiuti e dei risultati acquisiti e non in una copia legale di essi, venendo meno, in tal caso, «la possibilità della verifica della compatibilità della procedura con i principi basilari dell'ordinamento nazionale» e «rimanendo sostanzialmente preclusa la doverosa valutazione degli elementi probatori acquisiti» (così Cass., sez. I, 25 giugno 1990, n. 2006, in *Cass. pen.*, 1991, p. 260). Ad ogni modo, la prassi interpretativa tende a riconoscere che siano pienamente utilizzabili le informative redatte dalla polizia estera e da questa consegnate direttamente ad autorità di polizia italiane, al di fuori di procedure formali di rogatoria (Cass., sez. II, 28 novembre 2013, n. 51127, in *CED Cass.*, n. 258221), purché si tratti di atti compiuti nel rispetto dei valori fondamentali del nostro ordinamento (Cass., sez. I, 20 febbraio 2014, n. 37250, in *CED Cass.*, n. 260588).

[110] Cfr., sul tema, M. Gialuz, *Banche dati europee e procedimento penale italiano*, in F. Peroni-M. Gialuz (a cura di), *Cooperazione informativa*, cit., p. 258, il quale riconduce la regola al «diritto al controllo della fonte di informazione» e, dunque, al «principio generale che esclude l'utilizzazione di elementi di prova di fonte ignota».

[111] Cfr. R. Aprati, *Notizia di reato*, cit., p. 41, che, in relazione alla pre-inchiesta volta alla ricerca della notizia di reato, chiarisce che «la documentazione di tali attività non potrà rifluire di per sé fra gli atti probatori processuali».

[112] Per quanto riguarda gli atti compiuti nel corso di inchieste amministrative all'estero, si ritiene, generalmente, che la loro acquisizione non sia soggetta al regime delle rogatorie e che siano pienamente utilizzabili in dibattimento (cfr., da ultimo, Cass., sez. VI, 2 luglio 2012, n. 30068, in *CED Cass.*, n. 253273). In dottrina, tuttavia, con particolare riferimento ai dati provenienti da attività di polizia amministrativa o da inchieste di *intelligence* criminali, trattandosi di elementi destinati *ab origine* all'accertamento penale, si ritiene che possano essere acquisiti come documenti solo se costituiscono veicolo di conoscenze non altrimenti acquisibili al processo per l'impossibilità di assumere oralmente la fonte in dibattimento (così si esprime M. Gialuz, *Banche dati europee*, cit., p. 256; v., anche, R. Orlandi, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 146).

[113] In tal senso pare doversi interpretare l'art. 7, par. 5, della direttiva, a tenore del quale l'ulteriore trattamento operato dalle autorità competenti «non pregiudica le competenze delle autorità di contrasto e giudiziarie nazionali qualora siano individuati

Non è, comunque, possibile adottare decisioni che determinino conseguenze giuridiche negative per l'interessato sulla base di un mero trattamento automatizzato (art. 12, comma 2, d.lgs. n. 53 del 2018). La previsione, che pare istituire una regola di valutazione della prova, più che di esclusione, si pone, chiaramente, a tutela dei diritti di libertà e di difesa e mira ad evitare che il convincimento sia fondato, in via esclusiva, sul *profiling* [114]. Il concetto di «decisione» andrebbe, qui, inteso in senso ampio, comprensivo non solo dell'attività giurisdizionale, ma anche delle determinazioni degli organi inquirenti inerenti al compimento di atti incidenti su prerogative individuali (si pensi ai mezzi di ricerca della prova) o all'esercizio dell'azione penale.

Considerazioni in parte differenti sollecita l'evenienza in cui, durante un procedimento in corso, avente ad oggetto reati di terrorismo o altri gravi reati, le autorità di polizia o giudiziarie richiedano la trasmissione ed il trattamento di dati PNR (art. 6, par. 2, lett. *b*, direttiva e artt. 6, comma 2, lett. *c*, e 12, comma 1, d.lgs. n. 53 del 2018). L'iniziativa, in tal caso, si inscrive nel pieno dell'attività d'indagine preliminare ed ha il valore, quanto ai dati PNR, di acquisizione documentale, quanto invece al trattamento (compiuto dall'Unità nazionale e dall'organo ricevente), di atto di indagine, sia pure atipico nei contenuti [115].

Certo, per i diritti che vi sono implicati, la richiesta rivolta all'UIP dovrebbe essere contornata, come anticipato, da maggiori garanzie sostanziali e procedurali, attraverso la puntuale tipizzazione dei presupposti che la legittimano (quali, i gravi indizi di reato e la necessità ai fini delle indagini) e la preventiva autorizzazione del giudice [116]. Ma non c'è dubbio che si tratti di modalità più ragionevole di utilizzo delle informazioni tratte dalle prenotazioni dei voli, che ne limita l'accesso a situazioni specifiche, in cui siano già emersi indizi di reato, evitando, così, le analisi sistematiche e l'elaborazione di profili, proprie di una logica "preventiva" fortemente invasiva per i diritti fondamentali e che, rivolta nei confronti di soggetti mai sospettati, potrebbe risultare sproporzionata anche rispetto all'obiettivo della lotta al terrorismo.

altri reati o indizi di reato durante l'azione di contrasto determinata da tale trattamento». La previsione non è stata oggetto di specifica trasposizione nel decreto legislativo attuativo della direttiva «in virtù del generale principio del nostro sistema processuale per il quale, in assenza di specifici divieti, le informazioni possono essere utilizzate per le finalità, alle condizioni e con le modalità previste dalle pertinenti disposizioni in vigore» (così si esprime la *Relazione illustrativa*, cit., p. 10). La possibilità che i dati PNR, una volta trasmessi alle autorità competenti, possano essere utilizzati anche per reati diversi da quelli di terrorismo o di altri gravi reati era stata oggetto di specifica critica nel *Parere* del Garante europeo della protezione dei dati del 24 settembre 2015, cit., punto n. 43.

[114] Cfr., al riguardo, A. Vedaschi, *The European Court of Justice*, cit., p. 14. Evidenzia la necessità di vietare qualsiasi utilizzo probatorio dei risultati del trattamento automatizzato, «dal momento che la sua scientificità non appare validabile», L. Pulito, *Il trattamento dei dati personali in ambito penale*, cit., p. 1148.

[115] È da evidenziare che, con riguardo al trattamento compiuto dall'UIP su richiesta dell'autorità competente, non sono richiamate le modalità tipiche di trattamento previste in sede di controllo in tempo reale dall'art. 8 d.lgs. n. 53 del 2018, né è previsto il limite alla conservazione dei risultati per il tempo strettamente necessario ad informare gli organi competenti.

[116] Occorre rilevare come non appaia in linea con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale e con la valenza che, in un'epoca digitale e interconnessa, assume la tutela della *privacy* e della protezione dei dati, l'orientamento della giurisprudenza interna teso ad affermare che la riservatezza sarebbe «tutelata costituzionalmente soltanto in via mediata», quale componente della libertà personale, della libertà di domicilio e della libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni forma di comunicazione (Cass., sez. un., 24 settembre 2003, n. 36747, in *CED Cass.*, n. 225466), o che il diritto alla riservatezza, per quanto riconducibile nell'alveo dell'art. 2 Cost., non godrebbe di una tutela analoga a quella apprestata per gli altri diritti fondamentali (Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3037). Su questa scia si ritiene sufficiente il decreto motivato del magistrato del pubblico ministero (anziché l'autorizzazione del giudice), ad esempio, in tema di acquisizione dei tabulati telefonici (C. cost., sent. 11 marzo 1993, n. 81, in *Giur. cost.*, 1993, p. 731), di registrazioni clandestine ad iniziativa della polizia giudiziaria (*ex multis*, Cass., sez. IV, 11 luglio 2017, n. 48084, in *Cass. pen.*, 2018, p. 598) o di videoriprese investigative in luoghi riservati, ancorché non costituenti domicilio (Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, cit.).

GIORGIA PADUA

Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

La captazione dei colloqui difensivi: novità legislative e ruolo della polizia giudiziaria

Interception of lawyer-client dialogues: legislative changes and role of the judicial police

Al fine di garantire una piena ed efficace tutela all'esercizio libero e sereno dell'attività difensiva, l'ordinamento non consente l'intercettazione dei dialoghi tra l'indagato e il suo difensore: infatti, di fronte ad una simile esigenza di riservatezza, l'interesse all'accertamento della responsabilità diviene secondario. Tuttavia, i confini del divieto non appaiono sempre così netti, soprattutto alla luce dei consolidati orientamenti della giurisprudenza di legittimità.
Le principali perplessità sorgono con riguardo alle modalità operative delle intercettazioni, relative alla fase di ascolto e trascrizione dei colloqui. Occorre, pertanto, interrogarsi sui poteri e sulla discrezionalità della polizia giudiziaria, per evitare che dati conoscitivi riservati facciano il loro ingresso nel materiale probatorio.

In order to guarantee full and effective protection to the right of defence, it is forbidden to intercept the conversations between the suspected person and his lawyer: indeed, the interest of determining the liability takes second place to the need of confidentiality. Nonetheless, the boundaries of the prohibition are not always so clear, especially in the light of settled Supreme Court decisions.
The main concerns are related to the operating procedures of the interceptions, with regard to the phases of listening and transcription of communications. Hence, it is necessary to raise questions about the powers and the discretion of the judicial police, in order to prevent privileged dialogues from entering the evidentiary material.

L'OGGETTO DELLA TUTELA

Primario ed imprescindibile nucleo di articolazione della strategia difensiva, lo scambio di informazioni fra la persona sottoposta alle indagini e il suo difensore gode di copertura costituzionale in quanto estrinsecazione essenziale dell'inviolabile diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost. Da tale ragione scaturisce la peculiare connotazione che il quadro normativo processualpenalistico riconosce ai suddetti dialoghi: non solo meritevoli di protezione di fronte ad un'eccessiva e sproporzionata ingerenza della pubblica autorità, bensì del tutto inaccessibili per l'organo di accusa, indipendentemente dalle esigenze di ricerca probatoria che dovessero emergere. Infatti, benché la captazione delle conversazioni fra avvocato e indagato si collochi nel solco di quelle situazioni in cui l'attività investigativa si trova in potenziale conflitto con il dispiegarsi di quella difensiva, in questo specifico caso non è sufficiente una soluzione di compromesso fra gli interessi contrapposti ispirata al principio di proporzionalità e ad un livellamento di garanzie tra accertamento penale e protezione dei diritti individuali. Piuttosto, al fine di assicurare la piena effettività della tutela costituzionale, diventa indispensabile una scelta binaria che renda subalterna l'esigenza di intrusione investigativa. Di qui, il divieto posto dall'ordinamento di procedere all'intercettazione dei colloqui difensivi, di cui all'art. 103, comma 5, c.p.p.

La *ratio* della disciplina si innesta su un presupposto assiologico di fondo per il quale l'interesse alla ricerca e alla formazione della prova, motore immobile di tutta la fase investigativa, subisce una battuta di arresto di fronte alla salvaguardia della segretezza di queste conversazioni. Naturalmente, il limite assoluto alla captazione dei colloqui non scaturisce dalla volontà di porre uno sbarramento alla compressione della libertà e della segretezza delle conversazioni così come tutelate dall'art. 15 Cost., giacché nei limiti e secondo i presupposti di cui agli art. 266 ss. c.p.p. l'attività intercettativa è legittima. Ne

consegue che, nell'intenzione del legislatore, a dover essere preservate sono quelle conversazioni la cui riservatezza è funzionale al libero e sereno svolgimento dell'attività difensiva. Solo in rapporto a quest'ultima, allora, l'art. 103, comma 5, c.p.p. intende tutelare la segretezza delle comunicazioni, identificando il proprio oggetto di tutela con l'esercizio libero del diritto di difesa quale libertà costituzionale.

Per comprendere, però, le ragioni per le quali la norma in esame rinviene il proprio presidio costituzionale nell'art. 24 Cost. occorre muovere, preliminarmente, da una riflessione di ordine sistematico sulla collocazione del diritto di difesa nell'impalcatura processuale. L'angolo visuale privilegiato, a tal fine, è quello che valorizza la difesa quale "funzione processuale", dialetticamente contrapposta all'accusa, che, al pari di essa, deve essere fortemente tutelata. Quest'ottica ricostruttiva postula una «struttura triadica fondata sul rapporto dialettico delle parti davanti ad un giudice imparziale» [1] che consente di inquadrare e definire la difesa per i rapporti che essa instaura con le altre funzioni del processo, prima che per i poteri che esercita. Da questo approccio definitorio si ricava che la forza della difesa dipende dal suo posto nel sistema delle funzioni e dai suoi legami con l'accusatore e con il giudice.

Fatta questa premessa, tuttavia, occorre spostare l'attenzione sulle modalità e gli strumenti che integrano il contenuto della funzione difensiva così come appena descritta. L'allusione è a quelle prerogative e garanzie predisposte dal legislatore, che – se irrilevanti in punto di espressione della sua "forza" [2] – si attestano come necessarie per lo sviluppo concreto ed effettivo nella dinamica processuale. D'altra parte, ciò si comprende più compiutamente avendo riguardo al contesto spiccatamente accusatorio del processo penale, che non relega il difensore a mero spettatore, bensì gli assegna compiti e responsabilità, condensabili nel diritto-dovere di ricerca e formazione della prova. Questa attribuzione non determina solo il risvolto dell'intervento normativo sulle investigazioni difensive, ma rappresenta, altresì, uno degli approdi della legge costituzionale sul giusto processo che, anche attraverso l'esaltazione delle garanzie di libertà del difensore, persegue gli obiettivi del contraddittorio e della parità delle parti [3]. In un simile quadro procedimentale, per la difesa è necessario, allora, ritagliare una zona franca in cui rivendicare il proprio spazio di estrinsecazione: l'esercizio di tale libertà costituzionale sarebbe, infatti, lesa in uno dei suoi punti chiave se si consentisse l'apprensione di informazioni riservate nel momento del loro trasferimento [4].

Si comprende, a questo punto, come l'inquadramento costituzionale fondato sull'art. 24 Cost. rappresenti il dato valoriale che anima la disciplina sulle intercettazioni dei colloqui con l'avvocato: l'art. 103, comma 5, c.p.p. appare, infatti, strumentale ad attribuire «contenuti concreti e specifici» [5] all'esercizio dell'attività difensiva, concorrendo alla sua realizzazione quale funzione processuale.

In linea con la garanzia costituzionale, si pongono anche le fonti sovranazionali. Infatti, il «diritto ad un processo equo» di cui all'art. 6 della CEDU, declinato dalla Corte di Strasburgo anche sotto il profilo della riservatezza, è stato ritenuto il parametro di riferimento per offrire copertura al diritto alla riservatezza dei colloqui tra indagato e difensore [6]. Inoltre, in maniera ancora più diretta, l'ordinamento comunitario impone agli Stati membri il rispetto della «riservatezza delle comunicazioni fra indagati o imputati ed il loro difensore nell'esercizio del loro diritto di avvalersi di un difensore» [7].

A completamento di questa preliminare ricognizione interpretativa dell'oggetto della tutela relativo alla disciplina, sembra opportuna un'ultima residuale sottolineatura quanto alle specifiche caratteristiche del mezzo di ricerca della prova. Difatti, le intercettazioni già di per sé sono caratterizzate da un al-

[1] In questi termini, P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. pen.*, III, Torino, Utet, 1989, p. 466 ss., che definisce la difesa come la «funzione dialetticamente contrapposta all'accusa che l'imputato (autodifesa) e il suo difensore (difesa tecnica) esercitano di fronte ad un giudice imparziale».

[2] Così, P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, cit., p. 466: l'Autore evidenzia che la forza della difesa, più che da singole garanzie, dipende dal suo posto nel sistema delle funzioni.

[3] Sul punto, G. Biscardi, *Intercettazioni e garanzie di libertà del difensore*, in *Giust. pen.*, 2002, 3, pt. III, p. 129 ss., che incoraggia ad abbracciare l'interpretazione dell'art. 103, comma 5, c.p.p. più in linea con la prospettiva delineata e che valorizzi, in definitiva, la tutela del diritto di difesa.

[4] A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 246.

[5] Così, F.R. Dinacci, *Le garanzie di libertà del difensore tra tutela costituzionale e difficoltà operative*, in G. Garuti-A. Marandola (a cura di), *Oneri e limiti del diritto di difesa. Gli speciali di Dir. pen. proc.*, 2012, p. 20.

[6] In tal senso, Corte e.d.u., 27 novembre 2007, Zagaria c. Italia, che definisce il diritto dell'accusato di comunicare confidenzialmente con il proprio avvocato una esigenza elementare dell'equo processo.

[7] Così si legge nell'art. 4 della Direttiva UE n. 48 del 2013, del Parlamento europeo e del Consiglio, adottata il 22 ottobre 2013.

to grado di invasività, in quanto preordinate all'acquisizione di un dato conoscitivo nella disponibilità dell'indagato eludendo le forme prescritte per l'apprensione di talune dichiarazioni e, di conseguenza, svuotando di contenuto il privilegio del diritto al silenzio [8]. Con riferimento ai colloqui difensivi, però, l'intrusione incide su un profilo della segretezza che appare funzionale – come detto – al libero esercizio dell'attività difensiva. In questa accezione, allora, il divieto di intercettare appare preordinato a tutelare più che la segretezza delle comunicazioni, la libertà, anch'essa di rilievo costituzionale, di far circolare flussi di informazioni al riparo da intrusioni da parte di coloro che, per legge, devono rimanere estranei ad un circuito comunicativo privilegiato [9].

Alla luce di questa ricostruzione, per tutelare il diritto in esame di fronte all'attività intercettativa, non è sufficiente la doppia riserva costituzionale di legge e di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost., ma si impone la necessità di collocare il punto di equilibrio di questa dicotomia a ridosso della posizione dell'indagato. Il conflitto di cui si è detto è, allora, risolto espressamente in favore di determinate posizioni soggettive del procedimento e si sostanzia in un divieto assoluto di intercettare. Una diversa scelta normativa, infatti, non sarebbe stata in grado di mantenere la centratura del sistema dei rapporti fra accusa e difesa, con la conseguenza che una rottura in un momento così delicato come quello investigativo avrebbe comportato serie ricadute anche sulle altre fasi processuali, compromettendo il principio di parità delle parti.

La disciplina e le ricadute interpretative

In linea con quanto appena affermato in termini di oggetto della tutela, la disciplina codicistica che postula il divieto di intercettazioni, contenuta – come detto – nell'art. 103 c.p.p., rappresenta un esempio di perimetrazione dei casi nei quali è consentito l'uso dello strumento intercettativo. Come tale, impone il rispetto di un rigido rigore formale, cui fa seguito l'aspetto sanzionatorio [10]. Sotto il primo profilo, il disposto del comma 5 dell'art. 103 c.p.p. prevede espressamente che le comunicazioni fra i difensori e i propri assistiti non possono costituire oggetto di captazione; per quanto concerne il secondo, il comma 7 specifica che i risultati delle intercettazioni eseguite in violazione delle disposizioni precedenti non possono essere utilizzate.

Partendo dall'analisi del divieto legislativo, occorre preliminarmente inquadrare l'ambito soggettivo nel quale esso opera. La norma, infatti, non consente l'intercettazione «relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari, né a quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite» [11]. Innanzitutto, una simile formulazione non deve lasciar supporre che la tutela sia rivolta a proteggere l'esercizio della professione forense: l'intenzione del legislatore è quella non di riconoscere un particolare privilegio a determinate categorie professionali [12], ma di impedire – innanzitutto – di investigare sull'indagato attraverso

[8] Sul tema, F.R. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 27 ss., sottolinea come lo strumento intercettativo impedisce di rendere dichiarazioni "consapevoli", «che possono derivare solo dalla corretta effettuazione degli "avvertimenti" di legge». Più in generale si veda anche L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 3 ss.

[9] In tal senso, A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., p. 275. Si veda anche M. Siragusa, *L'avvocato e l'interesse dell'assistito nelle situazioni di conflitto*, in *ilPenalista.it*, 9 marzo 2016, p. 1, che individua quale presupposto dell'inviolabilità del diritto di difesa l'indipendenza, in quanto «l'avvocato difende la libertà (dell'assistito) con la libertà (di difendere)».

[10] Sull'importanza del rispetto delle forme per i presupposti ammissioni dell'attività di captazione e la necessità di un apparato sanzionatorio robusto, che vada al di là dei limiti previsti dall'art. 271 c.p.p., F.R. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, cit., che – a sua volta – rimanda a C.-L. Montesquieu, *De l'esprit de lois*, XXIX, I, Parigi, Gallimard, 1995, p. 865.

[11] Per un commento alla norma, si vedano L. Dipaola, sub *art. 103 c.p.p.*, in G. Lattanzi-E. Lupo, *Codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1502 ss.; C. Garavani, sub *art. 103 c.p.p.*, in G. Conso-V. Grevi, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Milano, Cedam, p. 322 ss.; R. Puglisi, sub *art 103 c.p.p.*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, 2017, p. 1024 ss.; V. Torreggiani, sub *art. 103 c.p.p.*, in G. Canzio-R. Bricchetti, *Codice di procedura penale*, I, Milano, Giuffrè, 2017, p. 673 ss.; A. Trinci, sub *art. 103 c.p.p.*, in S. Beltrani (diretto da), *Codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 386 ss.

[12] Così, L. Filippi, *Intercettazioni telefoniche (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 575, che sottolinea come l'intenzione di salvaguardare la difesa in luogo di una determinata categoria professionale emerga già dalla *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in G.U. 24 ottobre 1988, n. 250.

il controllo a carico del difensore [13] e, quindi, di riconoscere – in senso più ampio – che esiste un ambito nel quale l'attività difensiva deve poter essere libera di autodeterminarsi [14]. Ciò significa che non solo si vieta la captazione di conversazioni tra il difensore e il suo assistito, ma anche di quelle che intercorrono fra tutti i soggetti appartenenti al nucleo difensivo [15]. Solo in questa chiave, infatti, può essere letta la tutela apprestata dalla norma, che opera in via anticipatoria sulla sfera di garanzie delle libertà del difensore, statuendo, con un'espressione che non dà adito ad equivoci, che l'intercettazione «non è consentita».

Proprio il riferimento costante al dato valoriale, legato alla necessità di tutelare in concreto la libertà di esercitare il diritto di difesa, consente di comprendere in che misura delimitare l'ambito di operatività *ratione personae* del divieto in esame. Sul punto, si rinvengono pronunce giurisprudenziali più risalenti che hanno sostenuto come il richiamo letterale della norma al «difensore» imponesse di limitarne l'applicazione ai soli avvocati che assumono l'ufficio di difensore nel procedimento nel quale vengono disposte le attività di indagine [16], sulla scorta della collocazione della disciplina nella parte del codice dedicata al difensore, quale soggetto che interviene nel «rapporto processuale». Tuttavia, non sono mancati orientamenti di senso contrario [17], fino alla decisione delle Sezioni Unite [18] che ha definitivamente escluso, in via interpretativa, la limitazione al solo rapporto instaurato nel procedimento in cui si esplica l'incarico [19]. La spinta garantistica prevalsa in questo contrasto esegetico ha avuto un seguito in quel filone giurisprudenziale che ha allargato l'operatività del divieto anche a quei rapporti difensivi in cui non sia stato conferito un mandato formale *ex* art. 96 c.p.p., ritenendo di poter desumere l'esistenza di un mandato fiduciario anche dalla natura stessa dell'incarico [20].

D'altra parte, accogliendo come punto focale della disciplina l'attività difensiva, viene da sé che deve essere accordata importanza preminente alla natura del colloquio: ragionando *a contrario* da quanto detto sinora, si desume che non tutte le conversazioni intercorrenti fra i soggetti individuati sono indiscriminatamente oggetto di protezione, bensì solo quelle che attengono alla funzione difensiva, come attestato dagli orientamenti consolidati nella giurisprudenza di legittimità [21]. In tal modo, è possibile circoscrivere l'ambito oggettivo di operatività dell'art. 103, comma 5, c.p.p., avendo riguardo al solo scambio di informazioni a fini difensivi ed escludendo l'estensione del divieto ad ogni altra comunicazione non inerente [22]. Ciò comporta, allora, che non tutte le conversazioni che si svolgono con un avvocato sono protette dalla norma, dovendosi compiere una valutazione sul contenuto delle stesse per accertare la sussistenza di un nesso con la funzione esercitata [23]. Ulteriore corollario è, infine, l'impossibilità di invocare il divieto nei casi in cui la conversazione costituisca essa stessa reato [24].

---

[13] Così, A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 132. Nello stesso senso anche F.R. Dinacci, *Le garanzie di libertà del difensore tra tutela costituzionale e difficoltà operative*, cit., p. 25 e R. Puglisi, sub *art. 103 c.p.p.*, cit., p. 1031.

[14] A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., p. 283.

[15] F.R. Dinacci, *Le garanzie di libertà del difensore tra tutela costituzionale e difficoltà operative*, cit., p. 25.

[16] Cass., sez. VI, 22 gennaio 1991, n. 195, in *CED Cass.*, n. 187030; Cass., sez. II, 5 aprile 1995, n. 1906, *in CED Cass.*, n. 201270.

[17] Cass., sez. VI, 27 ottobre 1992, n. 3804, in *CED Cass.*, n. 193108.

[18] Cass., sez. un., 12 novembre 1993, n. 25, in *Cass. pen.*, 1994, p. 910, con nota di A. Nappi.

[19] Sulla ricognizione di questo contrasto giurisprudenziale sino alla pronuncia dirimente delle Sezioni Unite, si vedano O. Bruno, *Quali limiti al divieto di intercettare i colloqui tra imputato e difensore?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 2, p. 231; L. Filippi, *Un'inquietante pronuncia che annienta il divieto di intercettazione nei confronti del difensore*, in *Cass. pen.*, 2001, 12, p. 3459 ss.

[20] Cass., sez. V, 18 febbraio 2003, n. 12944, in *CED Cass.*, n. 224251, ove si precisa che «ciò che rileva ai fini della garanzia di cui all'art. 103 è la natura del colloquio e non la formalizzazione del ruolo del difensore». Nello stesso senso, Cass., sez. VI, 16 dicembre 2002, n. 10664, in *CED Cass.*, n. 223965; Cass., sez. V, 17 aprile 2001, n. 8963, in *CED Cass.*, n. 221900.

[21] Da ultimo, Cass., sez. II, 22 marzo 2018, n. 24451, non massimata. Precedentemente, nello stesso senso, Cass., sez. II, 29 maggio 2014, n. 26323, in *CED Cass.*, n. 259585; Cass., sez. V, 25 settembre 2014, n. 42854, in *CED Cass.*, n. 261081; Cass., sez. V, 5 marzo 2013, n. 17979, in *CED Cass.*, n. 255516; Cass., sez. VI, 4 luglio 2006, n. 34065, in *CED Cass.*, n. 234865; Cass., sez. VI, 11 aprile 2001, n. 21206, in *CED Cass.*, n. 219076.

[22] Con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione della norma, pare non superfluo precisare che il divieto di intercettazione opera anche con riguardo a quelle telematiche, coprendo altresì le comunicazioni informatiche. Cfr. A. Trinci, sub *art. 103 c.p.p.*, in S. Beltrani (diretto da), *Codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 389. In questa specifica materia, è facile, allora, aspettarsi l'emersione di ulteriori criticità in punto di garanzie, attese le peculiari difficoltà che si incontrano nel cercare di tutelare appieno i diritti fondamentali della persona in punto di acquisizione di prove digitali.

[23] Cass., sez. IV, 5 ottobre 2016, n. 55253, in *CED Cass.*, n. 268618; Cass., sez. VI, 3 giugno 2008, n. 38578, in *CED Cass.*, n. 241510; Cass., sez. VI, 2 novembre 1998, n. 1472, in *CED Cass.*, n. 213451.

[24] Cass., sez. II, 6 ottobre 2015, n. 43410, in *CED Cass.*, n. 265096; Cass., sez. VI, 16 giugno 2003, in *CED Cass.*, n. 226659; Cass., sez. VI, 2 novembre 1998, n. 1472, cit.

Ragionando in questi termini, la Suprema Corte è arrivata a dichiarare l'utilizzabilità delle intercettazioni di colloqui tra l'indagato e un avvocato, avendone qualificato il contenuto come amicale e pertanto avulso da qualsiasi consulenza professionale. In tal modo, si è affermato in giurisprudenza il principio secondo cui il divieto di intercettare non investe quelle conversazioni che, all'esito di un accertamento contenutistico, risultino confidenziali, qualora tra l'avvocato e il suo assistito intercorra un rapporto di amicizia. Per giungere ad una tale determinazione, la Cassazione demanda, però, ai giudici di merito di operare una valutazione in questi termini: «a) se quanto detto dall'indagato fosse finalizzato ad ottenere consigli difensivi professionali o non costituisse piuttosto una mera confidenza fatta all'amico; b) se quanto detto dall'avvocato avesse natura professionale oppure consolatoria ed amicale a fronte delle confidenze ricevute» [25].

Non convince, tuttavia, questa deriva interpretativa che giunge irrimediabilmente a snaturare la *ratio* sottesa alla disciplina. Non si comprende, infatti, con quali parametri sia possibile cogliere il labile discrimine tra confidenza "privata" e "professionale" senza incorrere in un pregiudizio irreversibile ai danni proprio di quella libertà di esercizio del diritto difesa che la norma è preordinata a salvaguardare.

La questione si riannoda al *modus operandi* investigativo che, aderendo al dettato codicistico, dovrebbe rendere sul versante pragmatico ciò che la prescrizione statuisce sul piano normativo, riuscendovi raramente. Letture stridenti con la lettera della norma, anche (e soprattutto) laddove appare più chiara ed inequivoca, possono, infatti, condurre facilmente a disarmanti prassi che si traducono in veri e propri abusi [26]. È questo il caso dell'ascolto di conversazioni tra i soggetti richiamati dalla norma sulla base però di un'attività captativa autorizzata sulle utenze in uso all'indagato.

Stando al menzionato indirizzo della Suprema Corte, è il giudice di merito a dover compiere un accertamento in ordine al contenuto delle conversazioni; ma non sfugge che, per stabilire se esse abbiano natura amicale o professionale, occorre, innanzitutto, che siano ascoltate. Se l'obiettivo è quello di garantire una zona franca per l'esercizio della difesa in cui l'indagato è libero di scambiare informazioni con il suo difensore al riparo da qualsiasi intrusione dell'organo di accusa, è evidente come il previo ascolto delle comunicazioni già consente, di fatto, una entratura dell'apparato investigativo nell'area difensiva [27]. Per non parlare dell'eventuale trascrizione del contenuto dei dialoghi da parte degli operatori di polizia giudiziaria, snodo problematico su cui è intervenuto espressamente il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216.

Natura del divieto e profili sanzionatori

Quanto detto finora si traduce, sul piano concettuale, nella dicotomia fra l'approccio che postula la necessità di operare una verifica postuma sul contenuto delle conversazioni intercettate, in linea con il dettato giurisprudenziale sino ad ora consolidatosi, e la soluzione interpretativa offerta dalla dottrina che qualifica la disciplina di cui all'art. 103, comma 5, c.p.p. come un divieto di disporre l'attività captativa a monte [28].

Abbracciando la prima delle due posizioni prospettate, la Suprema Corte esclude, dunque, che la

[25] Così, recentemente, Cass., sez. II, 22 marzo 2018, n. 24451, cit.; Cass., sez. II, 29 maggio 2014, n. 26323, cit.

[26] Così si esprime, sul punto, F. Siracusano, *Intercettazione di colloqui fra difensore e assistito. Soluzioni "poco convincenti" che pongono in pericolo lo "spazio protetto" per l'esercizio dell'attività difensiva*, in *Arch. pen. Web*, 2012, 3, p. 2: «Secondo un *clichet* che pare ormai purtroppo consolidato, la violazione delle garanzie elementari nel processo italiano si verifica, il più delle volte, non tanto in conseguenza di disposizioni legislative che tali garanzie pongano in pericolo ma, piuttosto, attraverso interpretazioni giurisprudenziali che stravolgono o vanificano i divieti processuali; o, addirittura, mediante l'instaurazione di vere e proprie "prassi" che, in contrasto con la corretta interpretazione di una disposizione di legge, la rendono di fatto inoperante. Anzi: proprio laddove non necessita lo specifico apporto esplicativo, stante l'assoluta nitidezza del dettato normativo, s'annida il rischio di letture che finiscono con il neutralizzarne la stessa *ratio* ispiratrice. Queste interpretazioni, spinte da inopinate esigenze di efficientismo giudiziario, eludono il rigore della norma e conferiscono un'apparente veste di legittimità a scelte operative come quelle "sponsorizzate" dal documento qui analizzato».

[27] Parla di divieto di conoscenza G. Pansini, *Sono utilizzabili i colloqui dell'avvocato se gli indizi precedono l'intercettazione*, in *Dir. giust.*, 2001, 26, p. 19.

[28] Cfr. E. Aprile, *Intercettazioni di comunicazioni*, in A. Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, II, t. 1 (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2009, p. 499, che evidenzia il contrasto interpretativo tra giurisprudenza di legittimità e dottrina sulla portata operativa del divieto.

preclusione in esame possa essere considerata un divieto assoluto di conoscenza *ex ante* ed afferma che solo la violazione dell'obbligo di effettuare la verifica contenutistica *ex post*, ovvero un eventuale accertamento positivo circa la natura professionale dei colloqui, possano comportare l'inutilizzabilità delle risultanze dell'ascolto non consentito, *ex* art. 103, comma 7, c.p.p., e la distruzione della relativa documentazione, a mente dell'art. 271 c.p.p. [29].

Uno dei punti di maggiore frizione scaturisce proprio dalla relazione fra le norme da ultimo citate [30]. L'art. 103, comma 7, c.p.p. precisa che i risultati delle intercettazioni eseguite in violazione delle disposizioni precedenti sono inutilizzabili, salvo quanto previsto dall'art. 271 c.p.p. Il richiamo alla norma per intero lascia supporre un rapporto di *genus* a *species* tra il comma 1 dell'art. 271 c.p.p. e il comma 7 dell'art. 103 c.p.p.: quest'ultimo rappresenta la specificazione di una sanzione processuale prescritta in via generale dal primo, che stabilisce l'inutilizzabilità delle intercettazioni avvenute *contra legem* [31] ed è dunque destinato a rimanere residuale. Per quanto concerne il comma 3 dell'art. 271 c.p.p., che dispone la distruzione della relativa documentazione, esso costituisce un utile rimando, in grado di rafforzare l'efficacia della sanzione.

Maggiori criticità ha sollevato, invece, il riferimento al comma 2, che sancisce l'inutilizzabilità dei risultati della captazione di comunicazioni di persone tenute al segreto professionale. Seppur potenzialmente coincidenti sul piano soggettivo, in quanto abbracciano – di fatto – anche il medesimo novero di soggetti in esame, le due norme non condividono tuttavia né la *ratio*, né l'ambito oggettivo [32]. Innanzitutto, è diversa la prospettiva di tutela: se l'art. 103 c.p.p. – come ampiamente sottolineato – crea una sfera di salvaguardia orientata al diritto di difesa, l'art. 271, comma 2, c.p.p. individua il suo parametro assiologico nella salvaguardia del segreto professionale. Quest'ultimo, inoltre, non intende sanzionare eventuali irregolarità nell'attività investigativa; rappresenta semplicemente un'ulteriore manifestazione della protezione accordata dalla legge a determinati soggetti per la loro condizione professionale e si aggiunge alle tutele in materia di testimonianza e di sequestro [33]. Conseguenza immediata è allora che, mentre l'art. 271 c.p.p. ha ad oggetto i contenuti di una captazione e pone uno sbarramento all'utilizzabilità dei materiali coperti da segreto professionale [34], indirizzando il suo *focus* sull'apposizione di un limite all'impiego di determinati risultati probatori, nel caso dell'art. 103 c.p.p. il divieto opera in sede di ammissione del mezzo di ricerca della prova [35]. Questa norma, difatti, postula un divieto assoluto di intercettare e il suo polo di riferimento non è il contenuto della comunicazione, ovvero il risultato dell'intercettazione, bensì l'attività investigativa in sé considerata.

La portata del profilo sanzionatorio contenuto nell'art. 103, comma 7, c.p.p. interviene, allora, in risposta ad una sorta di *horror vacui*: prevedere un regime di inutilizzabilità serve per "coprire" quelle situazioni in cui non è possibile evitare a monte l'intercettazione, ovvero laddove si proceda alla captazione di utenze legittimamente autorizzate e ci si imbatta in un secondo momento in una conversazione posta ad oggetto della preclusione. Ma ciò non neutralizza la morfologia di un divieto, quale è quello del precedente comma 5, destinato ad operare *ex ante* e a qualificare come illegittime tutte le attività che lo violano, indipendentemente dalla sorte dei relativi risultati.

A rigor di logica, dunque, ogniqualvolta nel caso di un'intercettazione legalmente disposta si abbia contezza della captazione di un colloquio vietato, si dovrebbe procedere all'arresto immediato delle operazioni di ascolto [36] e all'estromissione di qualsiasi dato comunicativo dal materiale probatorio, a

[29] Cass., sez. VI, 4 maggio 2005, n. 36600, in *CED Cass.*, n. 232266; Cass., sez. V, 12 febbraio 2003, in *CED Cass.*, n. 224944.

[30] Sul punto si vedano R. Puglisi, sub *art. 103 c.p.p.*, cit., p. 1032; A. Trinci, sub *art. 103 c.p.p.*, cit., p. 389; G. Biscardi, *Intercettazioni e garanzie di libertà del difensore*, in *Giust. pen.*, 2002, 3, pt. III, p. 134 ss.

[31] Si veda N. Galantini, *Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina*, in T. Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Bari, Cacucci editore, 2018, p. 227, che osserva come l'art. 271 c.p.p. non esaurisce le ipotesi di inutilizzabilità delle intercettazioni, citando – fra gli esempi – l'art. 103, comma 7, c.p.p.

[32] Così, A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., p. 285 ss.

[33] Così, A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 133.

[34] Sull'inutilizzabilità dei dati intercettati, L. Cusano-E. Piro, *Intercettazioni e videoregistrazioni*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 644 ss.

[35] Si vedano F. Ruggieri, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 115; A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 132; G. Biscardi, *Intercettazioni e garanzie di libertà del difensore*, cit., p. 135. In senso contrario, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 299: l'Autore ritiene che l'art. 103, comma 5, c.p.p. «più che imporre veti alla ricerca […] individua dei casi in cui il materiale illegalmente raccolto non è valutabile ad alcun fine processuale».

[36] Così, O. Bruno, *Quali limiti al divieto di intercettare i colloqui tra imputato e difensore?*, cit., p. 232.

pena di inficiare la trasparenza e la liceità del patrimonio conoscitivo degli inquirenti.

La soluzione dell'inutilizzabilità dei risultati [37], dal canto suo, persegue lo scopo di rendere effettiva la tutela ma si risolve in una garanzia debole del diritto di difesa e sposta ad un momento successivo una preclusione che dovrebbe intervenire in via anticipatoria. Sul piano generale della disciplina si configura, allora, come mero rimedio postumo, di fatto azionabile solo in caso di inoperatività del divieto.

Dalla teoria alla prassi: divieto di trascrizione e ruolo della polizia giudiziaria

In soccorso al perseguimento del citato obiettivo, individuato nel rafforzamento del divieto di captazione, sono giunte alcune linee guida dettate dal Consiglio Superiore della Magistratura [38] e da svariati uffici di procura [39], anche nel tentativo di garantire un'applicazione uniforme dell'art. 103, comma 5, c.p.p. Lo scopo di queste direttive è nel senso di espungere dal materiale del procedimento quanto illegittimamente intercettato, provvedendo ad omettere qualsiasi riferimento ai contenuti captati nelle annotazioni, e nei relativi allegati, delle operazioni svolte. La Circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, del 17 gennaio 2017, ad esempio, motiva questa raccomandazione sulla scorta del fatto che «ancorché la conversazione medesima non venga concretamente utilizzata ai fini delle indagini e del processo, la stessa presenza, agli atti del procedimento, della conversazione radicalmente inutilizzabile e dunque la sua concreta conoscenza e potenziale diffusione costituiscono oggettiva violazione delle disposizioni di legge ed elusione delle linee direttive già impartite».

Sulla stessa spinta si colloca l'intervento legislativo riformatore contenuto nel d.lgs. n. 216 del 2017, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 84, lett. a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103. Esso introduce nel comma 7 dell'art. 103 c.p.p. una nuova disposizione che vieta la trascrizione anche sommaria dei colloqui con l'avvocato comunque intercettati [40], di cui sono indicati – nel verbale delle operazioni – soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta, fermo restando il divieto di utilizzazione già statuito, che rimane un rimedio residuale.

È stato, dunque, positivizzato il principio già fatto proprio da alcuni uffici giudiziari, assegnando

[37] Con riferimento alla relazione fra comma 5 e comma 7 dell'art. 103 c.p.p., si veda S. Sau, *In tema di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: alcune riflessioni a margine di una recente inchiesta giudiziaria*, in *questa Rivista*, 2016, 5, p. 184 ss. In generale, sull'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, si veda C. Conti, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011, 10, p. 3638 ss. Con specifico riguardo al rimedio dell'inutilizzabilità di contenuti comunicativi riservati, si segnala questo passaggio di *C. cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1*, in *www.cortecostituzionale.it*: «La funzione di tutela del divieto si trasferisce dalla fase anteriore all'intercettazione, in cui rileva la direzione impressa all'atto di indagine dall'autorità procedente, a quella posteriore, giacché si impone alle autorità che hanno disposto ed effettuato le captazioni l'obbligo di non aggravare il vulnus alla sfera di riservatezza delle comunicazioni presidenziali, adottando tutte le misure necessarie e utili per impedire la diffusione del contenuto delle intercettazioni. Si tratta di conclusioni perfettamente compatibili con la logica dei divieti probatori nel processo penale, cui si connette la sanzione dell'inutilizzabilità della prova (art. 191 cod. proc. pen.). Tale sanzione processuale opera a garanzia dell'interesse presidiato dal divieto, a prescindere dalla responsabilità dell'inquirente per la violazione di regole procedurali nell'attività di acquisizione. Il carattere casuale di una captazione non consentita (si pensi all'episodico contatto, da parte di una persona legittimamente sottoposta ad intercettazione, con un soggetto tenuto al segreto professionale) non incide sulla necessità di tutela della riservatezza del relativo colloquio».

[38] *Ricognizione di buona prassi in materia di intercettazione di comunicazioni*, Delibera del Consiglio Superiore della Magistratura adottata il 29 luglio 2016, dove si precisa: «I testi delle intercettazioni – telefoniche ed ambientali – relative a colloqui tra l'indagato ed i propri difensori, dei quali è vietata l'utilizzazione ai sensi dell'art. 103 co. 5 cpp, non vanno riportati né nei brogliacci di intercettazioni, né nelle comunicazioni inviate al pubblico ministero. In tali casi la p.g. potrebbe indicare nel brogliaccio, oltre ai conversanti ed agli ulteriori dati estrinseci della conversazione, la dizione: "conversazione con difensore". Opportuna è la scelta, effettuata in talune circolari, di prevedere che dell'esistenza di detti colloqui debba essere quanto prima dato avviso al pubblico ministero per le sue valutazioni».

[39] *Circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma*, del 16 giugno 2015; *Circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli*, del 16 febbraio 2016; *Circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma*, del 17 gennaio 2017; *Circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli*, del 16 marzo 2017. Sul fondamento giuridico e sui profili più rilevanti inerenti a questo strumento di autoregolamentazione, si rimanda a A. Cisterna, *L'autoregolamentazione delle intercettazioni nelle linee guida per le procure*, in *Arch. pen. Web*, 2016, 2, p. 1 ss.

[40] Sul tema, recentemente, P. Maggio, *I presupposti applicativi*, in T. Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Bari, Cacucci editore, 2018, p. 44 ss.; C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, p. 94 ss.; R.G. Grassia, *L'ascolto dei colloqui tra imputato e difensore*, in T. Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Bari, Cacucci editore, 2018, p. 201 ss.; L. Iannone, *Difesa e difensore*, in *ilPenalista.it*, 5 settembre 2018, p. 5.

agli ufficiali di polizia giudiziaria, delegati dal pubblico ministero ad eseguire le operazioni, il compito di vagliare preventivamente il contenuto dei dialoghi e prevenirne l'ingresso nella documentazione [41]. Viene, cioè, anticipato uno sbarramento che, seppur "tardivo", perché intervenuto in costanza di intercettazione, precede quello dell'inutilizzabilità, andando a coprire tutte quelle situazioni in cui la captazione sebbene legittimamente autorizzata [42], abbia ad oggetto colloqui riservati. In questo modo, la modifica legislativa vuole impedire del tutto la permeabilità dei dati comunicativi nel materiale riassuntivo delle operazioni e riportare ad uno stadio "fisiologico" una situazione che altrimenti sarebbe irrimediabilmente compromessa.

La novellata disciplina in tema di colloqui con l'avvocato si innesta sullo spirito di una riforma volta a tutelare maggiormente la riservatezza delle comunicazioni [43], con speciale riguardo alle persone coinvolte occasionalmente nel processo e ai dialoghi ritenuti non rilevanti ai fini dell'accertamento penale [44]. D'altra parte, come si legge dalla Relazione illustrativa [45] allo schema del decreto legislativo citato, il riferimento alla riservatezza, oggetto dell'art. 1, comma 84, lett. *a*), della legge delega n. 103 del 2017, è strettamente collegato anche alla protezione dei colloqui fra il difensore e il proprio assistito [46]. In particolare, con riferimento alla disciplina in questione, il meccanismo preordinato alla tutela della privatezza delle comunicazioni, agisce già al momento della conoscenza del loro contenuto [47], ovvero quello in cui per la prima volta il dato comunicativo è percepito dagli addetti alle indagini.

Sotto un primo profilo, ciò costituisce un passo avanti verso l'affermazione di maggiori garanzie in capo all'imputato e segna una battuta di arresto contro la dilagante prassi giudiziaria incline ad autorizzare l'utilizzazione dei contenuti intercettati sulla scorta di una verifica postuma affidata al giudice. In sostanza, con il novellato comma 7 dell'art. 103 c.p.p., si vuole eliminare qualsiasi forma di discrezionalità all'impiego dei dati, imponendo lo stralcio dei colloqui vietati [48].

D'altra parte, la disciplina non resta esente da criticità.

Innanzitutto, non si fronteggia il rischio che gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto, chiamati di fatto ad una valutazione di grande delicatezza, in assenza di ulteriori criteri normativi, provvedano a far confluire i contenuti riservati nella documentazione probatoria, tanto più se si considera l'assenza di sanzioni [49]. La scrematura iniziale in sede di redazione dei c.d. "brogliacci d'ascolto" [50] diventa, allora, un potenziale coacervo di perplessità interpretative ed indecisioni operative destinate

[41] Sul punto, P. Maggio, *I presupposti applicativi*, cit., p. 44: l'Autrice parla di «una sorta di pre-diagnosi sull'utilizzabilità affidata alla polizia giudiziaria».

[42] Il riferimento è sia ai casi in cui sia legittimo intercettare una determinata utenza, in quanto non ricompresa fra quelle dei soggetti aventi un ruolo difensivo individuati dalla norma, sia a quelli in cui si proceda ad un'intercettazione di tipo ambientale, non potendo preventivamente assumere che ivi si verifichi lo scambio di informazioni la cui acquisizione non è consentita.

[43] Cfr. T. Bene, *La riforma parziale (e il gorilla invisibile)*, in T. Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Bari, Cacucci editore, 2018, p. 16; L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 3, p. 294; C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, cit., p. 78 ss.; D. Pretti, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, p. 190. Più in generale, sul rapporto tra riservatezza e intercettazioni, A. Capone, *Intercettazioni e Costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, 2017, 3, p. 1263.

[44] T. Bene, *La legge delega per la riforma delle intercettazioni*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 290. L'Autrice poi però sottolinea che la legge delega, nel demandare il perseguimento di questi obiettivi, raccomanda che siano fatte salve le esigenze di indagine.

[45] Ivi si afferma che l'intento della riforma è di salvaguardare, attraverso «un giusto equilibro tra interessi parimenti meritevoli di tutela a livello costituzionale, la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15 Cost.), nonché il diritto all'informazione (art. 21 Cost.)».

[46] F.R. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, cit., p. 32, osserva che i valori con cui la Relazione si confronta sono la libertà e la segretezza delle comunicazioni e il diritto all'informazione, non già il diritto di difesa *ex* art. 24 Cost. e che, nel complesso della disciplina, tale omissione non appare solamente formale.

[47] L. Cusano-E. Piro, *Intercettazioni e videoregistrazioni*, cit., p. 511.

[48] Resta ferma la fase del controllo giurisdizionale, sede naturale del contraddittorio in materia di intercettazioni, ove si rafforza la tutela della legalità della prova, al fine di evitare che nel materiale probatorio possano confluire registrazioni vietate dalla legge. Sul punto, T. Bene, *La legge delega per la riforma delle intercettazioni*, cit., p. 300.

[49] Così, P. Maggio, *I presupposti applicativi*, cit., p. 44.

[50] Sul brogliaccio d'ascolto si veda C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, cit., p. 82, che lo considera «destinato a rimanere a lungo l'unico *signum* procedimentale dell'intercettazione».

ad esercitare un impatto (difficilmente garantista) su una sagoma dei rapporti tra avvocato e assistito ancora molto fluida, soprattutto nel primo stadio del procedimento.

In linea di fondo, peraltro, per comprendere la riuscita della disciplina in termini di adeguatezza, occorre porla in rapporto agli snodi procedurali concernenti l'ascolto, soprattutto quelli relativi alla valutazione sull'irrilevanza dei colloqui. Nel regolamentare la redazione dei c.d. "brogliacci d'ascolto" ad opera della polizia giudiziaria, infatti, il legislatore introduce – con il comma 2-*bis* dell'art. 268 c.p.p. – un divieto di trascrizione delle conversazioni ritenute irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché di quelle ugualmente irrilevanti che riguardino dati personali definiti sensibili dalla legge [51]. Naturalmente sorprende, sin da una prima lettura, la leggerezza nel demandare un accertamento tanto accorto che determina l'ingresso o meno del contenuto dell'intercettazione nell'*iter* investigativo [52], quando è ancora difficile formulare un giudizio di rilevanza prescindendo dal contesto informativo delle captazioni [53].

Per superare il problema di aver posto un simile onere valutativo a carico della polizia giudiziaria, la disciplina attribuisce al pubblico ministero il potere di disporre, con decreto motivato, che le comunicazioni di cui al comma 2-*bis* siano trascritte nel verbale quando ne ritiene la rilevanza per i fatti oggetto di prova [54]. Infatti, stante il nuovo periodo introdotto nell'art. 267, comma 4, c.p.p., l'ufficiale di polizia giudiziaria «provvede a norma dell'art. 268, comma 2-*bis*, informando preventivamente il pubblico ministero con annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni».

Sembra che il legislatore abbia voluto tentare di rendere questa prima analisi valutativa ad appannaggio della polizia giudiziaria [55], rassicurando – in termini di tutela – con l'attribuzione ultima della responsabilità in capo al pubblico ministero. Emerge, dunque, la volontà di affidarsi, in definitiva, alla discrezionalità del magistrato requirente, richiedendo che sia orientata anche ad una misurata e sapiente scelta qualitativa del materiale intercettato [56]. Tuttavia, il sistema così ricostruito non appare sufficientemente rispettoso né degli obiettivi di riservatezza che la riforma si è posta, né delle prerogative della difesa.

Innanzitutto, attraverso il meccanismo dell'informazione preventiva, corredata delle necessarie annotazioni, non si estingue l'eventualità che il contenuto delle comunicazioni venga comunque riportato, seppur non integralmente. Senza considerare che, per ordinare la verbalizzazione delle comunicazioni inizialmente stralciate, o comunque per garantire un valido accertamento, il pubblico ministero dovrebbe procedere all'ascolto.

Inoltre, alla luce di una riflessione più sistematica, appare irragionevole e anche un po' azzardato affidare un incarico così delicato e con importanti ricadute in termini di garanzie ad una figura istituzionale non imparziale e che difficilmente, nella prassi, si ritrova a compiere un apprezzamento sinceramente interessato alla piena salvaguardia dei diritti difensivi.

Ad ogni modo, a ciò si aggiunga che il *sub*-procedimento di selezione dei colloqui appena descritto traccia un sistema di rimandi tra polizia giudiziaria e pubblico ministero in cui i criteri appaiono, se non inappropriati [57], semplicemente tratteggiati e il *modus operandi* in ordine alla trascrizione suscettibile

[51] In tali ipotesi si prevede, analogamente a quanto si legge nella nuova disposizione del comma 7 dell'art. 103 c.p.p., che nel verbale delle operazioni siano indicati soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta.

[52] Basti pensare alla natura "anfibia" delle intercettazioni che, sul piano funzionale, valgono quale mezzo di ricerca e, al tempo stesso, veicolo processuale della prova. Sul punto, A. Bargi, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Dig. pen.*, Agg. III, t. 1, Torino, Utet, 2005, p. 790 ss.

[53] Così, F.R. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, cit., p. 39.

[54] Tale disposizione è contenuta nell'art. 268, comma 2-*ter*, c.p.p., che in merito alle comunicazioni relative a dati personali sensibili stabilisce che la loro trascrizione possa essere disposta dal pubblico ministero sulla base di una valutazione in punto non di rilevanza, bensì di necessarietà a fini di prova, predisponendo così una tutela rafforzata.

[55] Non stupisce tanto il trovarsi di fronte ad una simile prassi operativa, quanto che sia intervenuta una legittimazione normativa da parte di un legislatore dichiaratamente intenzionato a proteggere i diritti dei soggetti i cui dialoghi siano intercettati di fronte ad un'attività investigativa intrusiva ed irrimediabilmente lesiva della riservatezza. Analogamente, L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, cit., p. 298; F. Vergine, *La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra scordata*, in *questa Rivista*, 2018, 4, p. 790.

[56] Così, T. Bene, *La legge delega per la riforma delle intercettazioni*, cit., p. 295. Analogamente, C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, cit., p. 96: l'Autrice osserva come la protezione della riservatezza sia affidata dal legislatore al pubblico ministero «facendo affidamento fondamentalmente sugli obblighi istituzionali di lealtà e correttezza nell'ottica di tutela della legalità».

[57] Il riferimento alle intercettazioni irrilevanti denota un uso non troppo adeguato della terminologia, che richiederebbe la

di applicazioni non sempre uniformi, senza che si faccia menzione ai materiali inutilizzabili. Sebbene tale opinabile scelta possa essere bilanciata dai presidi generali in tema di inutilizzabilità [58], la regolamentazione descritta non sembra adattarsi del tutto a quell'esigenza di garanzia che anima il divieto di captazione dei colloqui difensivi.

Naturalmente, la valutazione sulla rilevanza o meno dei colloqui a fini probatori è cosa diversa (e muove da premesse diverse) da quella demandata dall'art. 103 c.p.p., laddove si chiede di vagliare se la conversazione rientra nelle ipotesi oggetto del divieto e, nel caso di risposta affermativa, di omettere la trascrizione, trattandosi di contenuti non irrilevanti, bensì non intercettabili. Allora, il divieto di trascrizione *ex* art. 103, comma 7, c.p.p. non può essere considerato quale mera affermazione di principio, seppur pregnante, in ordine alla rivendicazione di uno spazio protetto dell'attività difensiva, ma deve essere ritenuto soluzione univoca e, in quanto tale, sottratto a questo intrecciato sistema di interrelazioni all'interno degli uffici di procura.

Il punto è che la disciplina, pur riformulata, dell'art. 103, comma 7, c.p.p. non chiarisce quando, durante il colloquio con la parte, può dirsi che un professionista legale sta svolgendo il ruolo di difensore e quando no, con le implicazioni circa l'obbligo di trascriverne il contenuto; la qual cosa induce a prevedere un perdurante intervento discrezionale *ex post* sull'operatività del divieto, sulla base di un'antica linea giurisprudenziale. Saranno ancora le direttive interne agli uffici giudiziari a fornire le linee guida agli operatori di polizia per stabilire dove emerge l'obbligo di trascrizione, con netto compromesso del principio di legalità probatoria.

menzione anche del criterio della pertinenza. Così, C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, cit., p. 82 ss.; G. Pestelli, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, p. 172.

[58] Così, F.R. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, cit., p. 43 ss.: l'Autore precisa che l'inutilizzabilità «opera nell'arco dell'intero procedimento e, caratterizzandosi per un "divieto d'uso" generale, non tollera forme di utilizzo a geometria variabile». In modo più ampio, sul tema, cfr. F.R. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 37 ss.

NICOLA RUSSO
Magistrato

La legge sui testimoni di giustizia: non più figli di un Dio minore

The law on the witnesses of justice n. 6 of 2018: no more children of a minor God

La legge n. 6 del 21 febbraio 2018 ha attribuito un'autonoma considerazione alla figura dei testimoni di giustizia, cioè a quelle persone che, per effetto delle dichiarazioni rese in procedimenti penali soprattutto di criminalità organizzata, si trovano esposte ad un serio pericolo. La considerazione, attraverso strumenti concreti, offerta ai diversi ambiti della vita dell'individuo (economico, lavorativo, sociale ecc.) rende questa legge uno strumento efficace non solo per la protezione dei testimoni e del loro nucleo familiare ma anche per la promozione di scelte civiche così importanti per il contrasto al crimine.

The law 11 January 2018, n. 6 gave independent consideration to witnesses of justice, that is to people who, due to the statements in organized crime proceedings, are exposed to serious danger. The consideration, through concrete tools, for the different spheres of an individual's life (economic, work, social, etc.) makes this law an effective tool not only for the protection of witnesses and their family nucleus but also for promoting civic choices so important for the fight against crime.

PREMESSA

In data 21 febbraio 2018 è entrata in vigore la legge n. 6, intitolata "Disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia" (in *G.U.* del 6 febbraio 2018, n. 30).

Dopo una lunga e non semplicissima gestazione, portata a termine in Senato soprattutto grazie al sapiente lavoro di ricucitura compiuto dalla Commissione Parlamentare antimafia tra i disegni pendenti nei due rami del Parlamento, ha trovato approvazione con consensi trasversali questa legge da lungo tempo attesa.

Il Legislatore si è fatto carico, finalmente, di dettare una disciplina specifica ed autonoma volta a procedimentalizzare il trattamento di coloro che, estranei alla commissione del reato, ne siano stati vittima o che, pur senza assumere la qualità di persone offese, comunque abbiano fornito un significativo contributo testimoniale e che per questa ragione si trovino esposti ad un rischio particolarmente elevato.

Dunque, un deciso passo in avanti rispetto alla scelta compiuta nel 2001 con la legge n. 45 che dedicava un'unica disposizione (l'art. 12, sostanzialmente di rinvio) ai testimoni di giustizia nell'ambito di una previsione generale riferita al sistema di protezione dei collaboratori di giustizia [1].

[1] Sintomatica di questa scelta è la stessa intitolazione delle legge: "*Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza*", quasi a segnalare l'interesse pressoché residuale alla peculiare posizione di soggetti non responsabili dei fatti di reato a loro conoscenza. La previsione – come giustamente osservato – ivi contenuta del concetto autonomo di "testimone di giustizia" non è stata accompagnata da un altrettanto differenziato regime di tutela, dal momento che, al di fuori di autonome disposizioni concernenti profili patrimoniali od in materia di reinserimento sociale, il resto della disciplina era derivata da quella prevista per i collaboratori di giustizia (sul punto, R. Fonti-M. Montagna, *Le speciali misure di protezione per i testimoni di giustizia*, in A. Giarda-F. Giunta-G. Varraso (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Padova, Cedam, 2018, p. 431). In argomento, v. S. Sau, *La nuova disciplina sui testimoni di giustizia: prime riflessioni*, in *Dir. pen. proc.*, p. 993 ss.

La disposizione appena richiamata si limitava all'inserimento, nel corpo del decreto legge n. 8 del 1991, degli artt. 16bis e 16ter. Il rilievo di queste due norme si racchiudeva tutto nel fatto di fornire una disciplina definitoria e sintetica della figura di testimone di giustizia e delle misure di sostegno e di protezione allo stesso applicabili. In particolare, si definivano espressamente testimoni di giustizia "*coloro che assumono rispetto al fatto o ai fatti delittuosi in ordine ai quali rendono le dichiarazioni esclusivamente la qualità di persona offesa dal reato, ovvero di persona informata sui fatti o di testimone*". A questa definizione, ritagliata sulla base dello *status* processuale del dichiarante, si aggiungeva la condizione che il soggetto non fosse sottoposto a misura di prevenzione o ad un procedimento volto alla sua applicazione.

La legge n. 6 del 2018 ha inteso disancorare del tutto la posizione del testimone dallo statuto di tutela del collaboratore di giustizia sulla scorta del rilievo, avanzato soprattutto in sede di relazione della Commissione parlamentare antimafia [2], che la pregressa disciplina finiva per considerare solo determinate situazioni soggettive molto definite e non riconosceva, anche dal punto di vista della ricaduta in termini di difesa effettiva, ai testimoni di giustizia quella considerazione che doverosamente andava loro riconosciuta per la scelta coraggiosa effettuata.

Peraltro, a differenza della legge omologa sui collaboratori di giustizia, questa normativa non si lega specificamente ai reati di criminalità organizzata. Pur essendo sicuramente più frequente che una tale disciplina di protezione sia attivata a tutela di testimoni che intervengano in questo tipo di contesti, la connotazione "mafiosa" del reato non costituisce una condizione di applicazione.

La struttura della legge

a) Le condizioni soggettive

L'art. 2 detta una disciplina definitoria della qualità di testimone di giustizia. Sebbene la disposizione abbia un'*architettura a catalogo* che farebbe pensare a categorie soggettive concorrenti, in realtà la diversità di contenuto della previsione delle varie lettere (alcune incidenti su profili soggettivi, altre invece su quelli oggettivi) indica che i requisiti devono cumulativamente essere sussistenti ai fini dell'applicazione della tutela prevista dalla legge [3].

In base alla disposizione in commento, possono essere sottoposti allo speciale programma di protezione ed assistenza previsto per i testimoni di giustizia le persone offese oppure coloro che, non rivestendo questa qualità, abbiano reso informazioni nel procedimento o testimonianza nel processo.

Non basta, però, che il soggetto considerato (vittima o meno) abbia reso delle dichiarazioni, bensì occorre che queste abbiano il carattere di «*fondata attendibilità intrinseca*» e che siano rilevanti per lo svolgimento delle indagini o per l'accertamento dei fatti in dibattimento.

Ciò che però determina l'attivazione del meccanismo di tutela è la circostanza indicata alla lett. *e*) dell'art. 2: «*una situazione di grave, concreto e attuale pericolo, rispetto alla quale risulti l'assoluta inadeguatezza delle ordinarie misure di tutela adottabili direttamente dalle autorità di pubblica sicurezza*».

---

[2] Nella Relazione al progetto di legge C. n. 3500 ispirato proprio dal significativo lavoro compiuto dalla Commissione, è ben chiarito lo spirito che muove l'intervento normativo che, come si legge, «*intende attuare correttamente il rapporto tra Stato e testimone riconducendolo fermamente al di fuori dello schema di un contratto sinallagmatico e modulandolo, invece, come un atto unilaterale di riconoscimento di debito del primo verso il secondo. Pertanto, a parte l'osservanza delle regole di sicurezza, nessun altro sacrificio (come quello abnorme dei programmi speciali di protezione per come disciplinati attualmente) può essere richiesto al testimone in cambio della sua tutela, né sotto forma di menomazione di diritti e libertà, né sotto forma di assunzione di doveri di alcun altro tipo*». (in *Atti Camera, XVII leg*., Disegni di legge e relazioni, pp. 3-4).

[3] In senso parzialmente contrario, si è osservato che «*a differenza di quanto disposto nella formulazione originaria della proposta di legge, nel testo definitivamente approvato è stato eliminato il riferimento alla contestualità delle diverse condizioni richieste ai fini del riconoscimento dello status in questione. Sebbene fosse funzionale ad ancorare a dati certi la fisionomia del testimone di giustizia, la simultanea sussistenza di tutti i parametri (lett. a-e) di cui all'art. 2 poteva risultare eccessivamente stringente; da qui la scelta di sopprimere l'avverbio ("contestualmente") che compariva nell'incipit della norma, in modo da consentire una maggiore elasticità nella valutazione delle variegate situazioni prospettabili*» (cfr. R. Fonti-M. Montagna, *op. cit.*, pp. 437-438). Tuttavia, gli stessi sostenitori di questo approccio interpretativo evidenziano che «*in ogni caso, il conferimento della qualifica di testimone di giustizia dovrà basarsi su un apprezzamento complessivo dei requisiti previsti dal legislatore, dovendosi ovviamente escludere, ad esempio, che possa avere rilievo la presenza di criteri di tipo "soggettivo" disgiunti da quelli "oggettivi" (e viceversa) o, ancora, la sola qualifica processuale non accompagnata da altri indici sintomatici della "terzietà" del dichiarante.*». Conseguentemente, appare preferibile ritenere che l'espunzione dell'avverbio "cumulativamente" sia stata compiuta perché considerato superfluo.

La rilevanza dell'esposizione a rischio deve essere valutata alla stregua di criteri predeterminati sui quali più innanzi ci si soffermerà.

Solo ricorrendo queste condizioni positive potrà essere considerata l'applicazione dei meccanismi di protezione e sostegno descritti dalla legge.

Sempre l'art. 2 enuclea alcuni requisiti "*in negativo*", cioè condizioni che non devono ricorrere. Innanzitutto, il proponendo non deve essere stato condannato per reati non colposi connessi con quelli per cui si procede. Il secondo requisito è descritto con terminologia meno consueta. Si dice, infatti, nel secondo punto della lett. *c*), che il soggetto non deve aver «*rivolto a proprio profitto l'essere venuto in relazione con il contesto delittuoso su cui rende le dichiarazioni*».

L'espressione utilizzata sembrerebbe aver riguardo a tutte le situazioni di vantaggio (anche non patrimoniale) che il soggetto può aver ricavato dai suoi rapporti o dalla connivenza con il contesto criminale su cui fornisce il suo apporto dichiarativo. Altrettanto fumosa risulta la definizione di «*contesto delittuoso*». Probabilmente essa va intesa come nozione aperta, ricomprendente sia i casi in cui le dichiarazioni riguardino una vera e propria associazione criminosa, sia le ipotesi in cui riguardino singoli o gruppi criminali non strutturati in forma associativa in senso stretto.

L'uso della congiunzione «*e*» per legare sintatticamente i due riferimenti, farebbe – infine – pensare alla necessità che le due condizioni concorrano. Questa soluzione, seppur coerente sul piano letterale, sembra però poco convincente – invece – sul versante logico. Si tratta, infatti, di due requisiti tra loro totalmente distinti e, perciò, appare più opportuno ritenere che sia sufficiente anche la ricorrenza di una sola delle enunciate condizioni.

Sempre nella lett. *c*), dell'art. 2 è indicata anche un'eccettuazione alla regola di esclusione. Non viene meno la qualità di testimone di giustizia se il proponendo ha tenuto comportamenti o rapporti determinati dalla condizione di assoggettamento nei confronti dei singoli o dei gruppi criminali interessati dalle dichiarazioni o se ha rapporti di parentela o affinità con gli indagati o imputati coinvolti.

Infine, per poter accedere al trattamento previsto dalla legge, il proponendo non deve essere gravato (per il passato o all'attualità) da misure di prevenzione previste dal codice antimafia né deve essere sottoposto al procedimento finalizzato alla loro applicazione, di guisa che da tali dati si possa desumere una pericolosità sociale attuale e persistente e la ragionevole probabilità che possa commettere altri reati di elevato allarme.

A questa previsione la Commissione centrale ha attribuito un'interpretazione esondante la lettera normativa, tant'è che, nelle cd. delibere di massima, l'ha riferita alla effettiva pericolosità sociale del soggetto dichiarante (desumibile dalla commissione di specifici reati o dalla contiguità ad ambienti criminali), svincolandola dalla circostanza dell'applicazione o meno della misura di prevenzione o dal relativo iter in corso (questa impostazione ha, peraltro, trovato avallo anche nella giurisprudenza amministrativa [4]).

Secondo alcuni commentatori, l'attuale disciplina dell'art. 2 consentirebbe, invece, alle condizioni precisate nelle lett. *d*) ed *e*) di ricomprendere figure di dichiaranti cd. *border line* che la prassi amministrativa della Commissione centrale (avallata dalla giurisprudenza del Tar) aveva tenuto fuori dal sistema di tutela. Ciò allo scopo, non dichiarato, d'incentivare l'apporto dichiarativo di tutti quei soggetti che per, ragioni di parentela o di soggezione, si trovano in posizione di contiguità con il contesto criminale nei cui confronti rendono testimonianza [5].

Sembra cogliere più nel segno altra dottrina che ha "letto" la previsione normativa dell'art. 2 come un tentativo di reazione alla suaccennata posizione della Commissione centrale che aveva dilatato l'ambito di esclusione dal sistema di protezione anche per tutte le situazioni in cui il proposto manifestava una pericolosità sociale (attuale o passata) svincolata dalle condotte di reato su cui rendeva le sue dichiarazioni.

In altri termini, si è osservato, che si era inopportunamente operata un'estensione interpretativa del «*presupposto normativo dell'assenza di misure di prevenzione, assumendo che lo stesso andasse inteso come mancanza di pericolosità sociale in senso lato: ne conseguiva che anche soggetti non destinatari di misure di prevenzione potevano vedersi negare il riconoscimento dello status di testimone di giustizia, qualora avessero riportato condanne per reati – pur se non connessi a quelli sui quali il dichiarante riferiva – espressivi di pericolosità socia-*

[4] cfr. TAR Lazio, sez. I *ter*, 6 dicembre 2013 n. 667.

[5] In tal senso S. Sau, *La nuova disciplina sui testimoni di giustizia: prime riflessioni*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2018, p. 999.

le. Per altro verso, si erano impiegati i parametri codificati nella materia – del tutto eterogenea – dei benefici accordati ai familiari delle vittime della criminalità organizzata (L. 20 ottobre 1990, n. 302), in relazione ai quali è previsto che la concessione sia subordinata alla duplice condizione dell'assenza di vincoli di parentela o convivenza con soggetti sottoposti a misure di prevenzione o a procedimenti penali per delitti di stampo mafioso e dell'estraneità ad ambienti e rapporti delinquenziali»[6].

A ben vedere, la fisionomia di testimone di giustizia descritta dall'art. 2 della legge del 2018, oltre all'evidente ricomprensione nel suo alveo di soggetti che non rivestano lo status di persona offesa dal reato, pare dettare una disciplina molto accorta delle condizioni legittimanti l'ammissione al programma di protezione sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo (al netto di qualche locuzione terminologica che, come si è detto, appare viziata di eccessiva genericità).

L'*identikit* che ne deriva è assolutamente realistico e non sembra sottendere ad alcuna strategia di sollecitazione delle delazioni provenienti da soggetti contigui ad "ambienti mafiosi". Al contrario, il legislatore del 2018 ha preso atto della necessità di assicurare protezione anche a quei soggetti, che per ragioni ambientali o familiari, avrebbero maggiori difficoltà a rivelare il proprio stato di soggezione ma che ciononostante sono disposti a fornire elementi significativi di ricostruzione di fatti di reato posti in essere da soggetti od organizzazioni criminali. Ciò alla condizione di non essere stati, a loro volta, anche indirettamente coinvolti nella commissione di quei delitti (ciò spiega il richiamo alla "connessione" contenuto nella lett. *e*), né di essersi avvantaggiati comunque di quel rapporto di contiguità.

Per calare nel concreto questo distinguo, potrebbe essere, ad esempio, ammesso al programma di protezione il titolare di un esercizio commerciale che, per evitare il pagamento di una somma a titolo di estorsione, accetti di acquistare la merce da un fornitore intraneo ad un clan. Di contro, non potrebbe trovare tutela l'imprenditore che si sia avvalso del sostegno di un clan per ottenere l'affidamento di una commessa pubblica.

Allo stesso modo, potrebbe essere ammesso al programma di protezione un soggetto con passato criminale avulso dall'attività delinquenziale del gruppo sul quale rende le sue dichiarazioni.

In questi casi, l'ulteriore condizione dirimente è che non si tratti di un soggetto sottoposto a misura di prevenzione antimafia (o in corso di sottoposizione ad essa) quando da tale condizione si ricavi il convincimento della persistente attualità della sua pericolosità sociale e vi sia la ragionevole probabilità che possa commettere delitti di grave allarme sociale.

In definitiva, la cornice entro la quale il legislatore ha collocato la figura del testimone di giustizia, appare adeguatamente dettagliata.

Accanto ai testimoni di giustizia vengono, poi, presi in considerazione dalla legge (art. 1 comma 2) i cd. "altri protetti", cioè i soggetti che «*risultano esposti a grave, attuale e concreto pericolo a causa del rapporto di stabile convivenza o delle relazioni intrattenute con i testimoni di giustizia*». A queste persone le misure di protezione vengono applicate solo ove non ci sia un loro dissenso.

b) Le condizioni oggettive

Sul versante oggettivo è, poi, necessario che il testimone versi in una «*situazione di grave, concreto e attuale pericolo, rispetto alla quale risulti l'assoluta inadeguatezza delle ordinarie misure di tutela adottabili direttamente dalle autorità di pubblica sicurezza*». Si tratta, quindi, di situazioni eccezionali che, pur tuttavia, possono prescindere (almeno sul piano della considerazione diretta) dall'eventuale adozione di misure cautelari nei confronti dell'autore o degli autori del reato. Infatti, la disposizione fa riferimento alle ordinarie misure di tutela adottabili direttamente (quindi, non in esecuzione di un ordine dell'A.G.) dalle autorità di pubblica sicurezza.

Tuttavia la concorrenza (eventuale) di misure cautelari potrà essere oggetto di considerazione indiretta al fine di escludere la necessità del ricorso al programma di protezione, tenuto conto che vi è la possibilità di valutare «ogni utile elemento» che, combinato con l'adozione delle ordinarie misure di pubblica sicurezza, sia idoneo a non far considerare queste ultime come del tutto ("*assolutamente*") inidonee.

Sempre nella lett. *e*) dell'art. 2 è, però, indicata una serie di parametri (il catalogo è solo esemplificativo) cui può essere agganciato l'apprezzamento sull'inadeguatezza e sul suo carattere assoluto.

Si tratta di specificazioni di differente contenuto. Alcune sono di ordine oggettivo (rilevanza e quali-

[6] Cfr. R. Fonti-M. Montagna, *op. cit.*, pp. 433-434.

tà delle dichiarazioni rese, natura del reato e stato e grado del procedimento), altre di carattere soggettivo (caratteristiche di reazione dei singoli o dei gruppi criminali oggetto delle dichiarazioni).

Dunque, è la combinazione dei requisiti e condizioni indicati nell'art. 2 a descrivere lo status del testimone di giustizia ed a influenzarne nel prosieguo le eventuali modifiche (successive rivalutazioni sull'ammissione ai benefici o sulla revoca degli stessi).

(segue:) La fondata attendibilità intrinseca delle dichiarazioni

Appare opportuno un approfondimento sulla nozione utilizzata nella lett. *a*), dell'art. 2.

La previgente disciplina contenuta nella legge del 2001, limitava la caratteristica delle dichiarazioni al requisito dell'attendibilità intrinseca (art. 16-*bis*, comma 2, d.l. n. 8 del 1991 introdotto dall'art. 12, legge n. 45 del 2001), non richiedendo che esse presentassero necessariamente anche le connotazioni descritte nell'art. 9, comma 3, d.l. n. 8 del 1991[7] né che concernessero i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale ovvero che fossero tra quelli ricompresi nell'art. 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale.

L'espressione attualmente utilizzata nell'art 2, lett. *a*) è rafforzativa del requisito dell'attendibilità intrinseca, richiedendo che essa risulti "fondata".

La locuzione "*fondata attendibilità intrinseca*" è utilizzata dal Legislatore senza distinzioni per la fase processuale in cui le dichiarazioni del testimone di giustizia vengono rese.

Una precisazione di fondo va fatta: la legge in commento disciplina un procedimento di natura amministrativa, senza inferenze in termini di utilizzabilità sul piano dell'accertamento della responsabilità penale.

È alla luce di questo orizzonte che va, dunque, intesa l'espressione contenuta nella disposizione della lett. *a*).

Iniziamo a compiere una possibile esegesi della norma. L'attendibilità della dichiarazione va, innanzitutto, valutata in sé stessa, senza necessità di ricorrere all'individuazione di elementi esterni di conferma. Questo, ovviamente, non esclude la possibilità di avvalorare la credibilità del testimone verificando la tenuta delle sue dichiarazioni anche alla luce delle altre risultanze (investigative o probatorie, a seconda della fase in cui si operi). Tuttavia questo supporto "esterno" (volutamente non si fa ricorso in questa esposizione all'aggettivo "estrinseco", normalmente evocativo di altri scenari) non è indispensabile per l'ammissione del soggetto al programma.

Certo è, però, che deve trattarsi di propalazioni convincenti. L'attendibilità deve essere, infatti, "fondata" (cioè basata su una validazione) e le dichiarazioni devono essere rilevanti per il procedimento penale.

In definitiva, la valutazione si baserà sulla coerenza intrinseca della dichiarazione, sulla sua genuinità, sulla spontaneità o sulle ragioni che hanno motivato il soggetto a fornire il suo apporto dichiarativo; insomma, i parametri di riferimento saranno quelli classici enucleati dalla giurisprudenza per apprezzare l'affidabilità di una testimonianza[8].

c) Gli organi del procedimento ed i loro compiti

Occorre, poi, chiedersi a chi spetti effettuare questa valutazione sull'apporto dichiarativo del proponendo.

Poiché, come si è detto, si tratta di un procedimento di natura amministrativa (sia pur originato dal-

[7] L'art 2 della legge n. 45 del 2001, che ha novellato l'art. 9, stabiliva che le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia dovessero altresì avere «carattere di novità o di completezza o per altri elementi devono apparire di notevole importanza per lo sviluppo delle indagini o ai fini del giudizio ovvero per le attività di investigazione sulle connotazioni strutturali, le dotazioni di armi, esplosivi o beni, le articolazioni e i collegamenti interni o internazionali delle organizzazioni criminali di tipo mafioso o terroristico-eversivo o sugli obiettivi, le finalità e le modalità operative di dette organizzazioni».

[8] Quale ulteriore presidio dell'affidabilità delle dichiarazioni raccolte si colloca la previsione dell'art. 21 della legge in commento, laddove introduce una circostanza aggravante ad effetto speciale per il reato di calunnia, prevedendo che le pene previste per quel reato sono aumentate da un terzo alla metà «quando il colpevole ha commesso il fatto allo scopo di usufruire o di continuare a usufruire delle speciali misure di protezione previste dalla presente legge». La sanzione, poi, aumenta dalla metà ai due terzi nel caso in cui uno dei benefici sia stato ottenuto.

la circostanza che le dichiarazioni vengono rese nell'ambito di un procedimento penale) la valutazione è necessariamente rimessa agli organi che intervengono nel suo ambito.

In questo contesto i due termini di riferimento sono: l'autorità proponente e la commissione centrale.

La prima è individuata nell'art. 10 della legge in commento attraverso il rinvio compiuto all'art 11, d.l. n. 8 del 15 gennaio del 1991, convertito nella legge n. 82 del 15 marzo 1991[9]. Quest'ultima disciplina l'analoga procedura di ammissione al programma di protezione e sostegno per i collaboratori di giustizia.

Dunque, organo proponente (in via ordinaria) è il «procuratore della Repubblica il cui ufficio procede o ha proceduto sui fatti indicati nelle dichiarazioni».

Il riferimento in parola consente ancor più di avvalorare la tesi secondo cui il ricorso al programma di protezione sia attivabile anche per fronteggiare un pericolo non discendente necessariamente da reati di criminalità organizzata di stampo mafioso.

Laddove, poi, si tratti di delitti di questa specifica tipologia, la proposta dovrà provenire dal Procuratore della Repubblica del distretto oppure, ove questo abbia conferito una delega ad altro magistrato per i reati di competenza distrettuale, la proposta dovrà essere formulata da quest'ultimo.

Un'ulteriore ipotesi riguarda i casi di reati di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale per i quali più Procure distrettuali procedano ad indagini collegate. In tal caso, la richiesta sarà formulata dal Procuratore della Repubblica di uno di questi uffici, d'intesa con gli altri, e dovrà essere comunicata al Procuratore nazionale antimafia, cui spetta pure la risoluzione di eventuali conflitti al riguardo.

Infine, la proposta può essere formulata anche dal Capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza previa acquisizione del parere del procuratore della Repubblica che, se ne ricorrono le condizioni, è formulato d'intesa con le modalità appena sopra descritte.

Così individuato il soggetto proponente, occorre domandarsi come (e da chi) vada compiuta la verifica sulla sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per l'ammissione al programma e, in particolare, entro quali termini possano essere comunicate alla commissione centrale le informazioni relative al procedimento essenziali alla prospettazione della ricorrenza dei requisiti previsti dalla legge.

La risposta al quesito va tratta dal rinvio, operato dall'art. 10, comma 1, della legge in commento agli artt. 10, 11 e 13, commi 1,2, 3 e 12, d.l. n. 8 del 1991.

In particolare, l'art. 10, comma 2-*ter*, d.l. n. 8 del 91 stabilisce che «*sono coperti dal segreto di ufficio, oltre alla proposta di cui all'articolo 11, tutti gli atti e i provvedimenti comunque pervenuti alla commissione centrale, gli atti e i provvedimenti della commissione stessa, salvi gli estratti essenziali e le attività svolte per l'attuazione delle misure di protezione. Agli atti e ai provvedimenti della commissione, salvi gli estratti essenziali che devono essere comunicati a organi diversi da quelli preposti all'attuazione delle speciali misure di protezione, si applicano altresì le norme per la tenuta e la circolazione degli atti classificati, con classifica di segretezza adeguata al contenuto di ciascun atto.*».

Dunque, la tutela della segretezza degli atti, ribadita dalla legge, è affidata all'osservanza ad essa data dai componenti della commissione centrale e – nei limiti di quanto venga da loro appreso – dai componenti dell'ufficio di segreteria.

L'esistenza delle condizioni e dei presupposti per il ricorso al regime di tutela andrà prospettato e documentato dall'autorità (giudiziaria o di polizia) proponente. Tuttavia, la commissione centrale ha un proprio autonomo potere istruttorio per valutare la ricorrenza dei requisiti.

Questo potere si esplica nell'acquisizione del parere previsto dall'art. 11 della legge (parere del Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo), nonché nell'acquisizione di informazioni dal Servizio centrale di protezione e dal Prefetto del luogo di dimora del soggetto da sottoporre al programma di protezione.

Il potere istruttorio è, tuttavia, molto ampio dal momento che l'art. 13 stabilisce che, ai fini dell'adozione del programma definitivo di protezione, la commissione può acquisire «*ogni altro parere o informazione che ritenga utile*».

Sempre in forza del rinvio alle disposizioni del d.l. n. 8 del 1991 (nei limiti della loro compatibilità) si ricava (art. 13, comma 3) che per la sola valutazione dei presupposti per l'applicazione delle speciali

[9] In via transitoria, fino all'adozione del nuovo regolamento di attuazione di cui all'articolo 26 si applicano, oltre alle norme richiamate del d.l. n. 8 del 1991, le disposizioni dei regolamenti ministeriali attuativi del suo articolo 17-*bis* (cioè il d.m. n. 161 del 23 aprile 2004 ed il regolamento per l'assunzione dei testimoni di giustizia nella Pubblica Amministrazione, contenuto nel d.m. n. 204 del 18 dicembre 2014).

misure di protezione la commissione possa «*procedere anche all'audizione delle autorità che hanno formulato la proposta o il parere e di altri organi giudiziari, investigativi e di sicurezza*». Sempre a tal fine può utilizzare gli atti trasmessi dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 118 del codice di procedura penale (e, quindi, anche in deroga all'obbligo di segreto previsto dall'art. 329 c.p.p.).

Infine, il già menzionato art. 13, al comma 2, prevede la possibilità per la commissione di ottenere «*specifiche e dettagliate indicazioni sulle misure di prevenzione o di tutela già adottate o adottabili dall'autorità di pubblica sicurezza, dall'Amministrazione penitenziaria o da altri organi, nonché ogni ulteriore elemento eventualmente occorrente per definire la gravità e l'attualità del pericolo*» cui è esposto il testimone allo scopo di stabilire se e quali misure predisporre a sua tutela.

Come reso chiaro dalle norme finora richiamate, appare evidente che il potere istruttorio della commissione non è perimetrato dalle fonti di conoscenza fornite dall'organo proponente o da questo stesso possedute, ma può aprirsi ad approfondimenti ed aspetti assolutamente ulteriori rispetto a quelli costituenti oggetto dei temi dell'indagine penale considerata. Al tempo stesso, appare altrettanto evidente che il coinvolgimento di fonti, soggetti e contesti non predeterminabili apre al rischio di una eccessiva occasione di conoscenza/conoscibilità di vicende e situazioni che dovrebbero rimanere assolutamente riservate.

L'art. 9 della legge in commento ha innovato la composizione della commissione centrale.

Attualmente essa è composta da un Sottosegretario di Stato per l'interno, che la presiede, da un avvocato dello Stato, da due magistrati e da cinque funzionari e ufficiali. I componenti tecnici (magistrati, funzionari ed ufficiali) sono selezionati in base alle specifiche competenze in materia di criminalità organizzata ma si deve preferibilmente trattare di soggetti non addetti a uffici che svolgono attività di investigazione o di indagine preliminare sui fatti o procedimenti relativi alla criminalità organizzata di tipo mafioso o terroristico-eversivo [10].

A fronte di questo ampio e profondo potere valutativo della commissione centrale, l'organo proponente assume, come già detto, una funzione propulsiva rispetto al procedimento ed ha il compito (*ex* art. 13, comma 1, d.l. n. 8 del 1991) di illustrare la vicenda con l'indicazione "quantomeno sommaria" dei fatti sui quali il soggetto interessato ha reso le sue dichiarazioni e dei motivi per i quali queste sono ritenute attendibili e di notevole importanza. Ha, altresì, il compito di specificare le circostanze da cui risultano la particolare gravità del pericolo e l'urgenza di provvedere. Inoltre, nella proposta devono essere riportate le notizie e gli elementi utili alla valutazione sulla gravità e attualità del pericolo cui il testimone ed eventualmente i suoi familiari risultano esposti per effetto delle dichiarazioni. Infine, devono essere elencate le eventuali misure di tutela adottate o fatte adottare ed evidenziati i motivi per i quali le stesse non appaiono adeguate (art. 10, comma 7, d.l. n. 8 del 1991).

d) Le misure di protezione

L'art. 3 della legge in commento descrive le tipologie di misure di protezione, distinguendole in a) misure di tutela, b) misure di sostegno economico, c) misure di reinserimento sociale e lavorativo.

La scelta deve essere, ovviamente, orientata non secondo categorie generali ma in base alla specifica situazione ed al grado di rischio.

In linea di massima, deve essere evitata qualsiasi limitazione nel godimento dei diritti se non in maniera del tutto contingente e per ragioni di tutela dell'incolumità personale.

L'obiettivo fondamentale da perseguire nella selezione delle misure di protezione è quello di garantire la permanenza del testimone nel luogo di origine e la prosecuzione delle attività dallo stesso ivi svolte.

Dunque, in primo luogo, vuole evitarsi che l'esigenza di protezione – ove non sia assolutamente necessario – si trasformi in una "condanna" del soggetto e dei suoi familiari allo sradicamento dalla realtà sociale in cui sono inseriti e nel quale hanno il proprio centro d'interessi affettivi e professionali.

È lo stesso art. 4, al comma 2, a precisare che «*le misure del trasferimento nella località protetta, dell'uso di documenti di copertura e del cambiamento di generalità sono adottate eccezionalmente, quando le altre forme di*

[10] Come opportunamente è stato osservato (R. Fonti-M. Montagna, *op. cit.*, p. 448) «*siffatto parametro d'individuazione dei componenti della Commissione ha lo scopo di garantire la terzietà di quest'organo amministrativo ed evitare che valutazioni di tipo investigativo possano influenzare le decisioni concernenti la protezione dei collaboratori e testimoni di giustizia. Si tratta, comunque, di un criterio orientativo posto che la norma prevede che i membri della Commissione siano "preferibilmente" scelti tra i soggetti menzionati. Si ritiene che ove tale criterio di scelta non sia seguito, nessun effetto invalidante potrebbe riverberarsi sulla validità degli atti compiuti*».

tutela risultano assolutamente inadeguate rispetto alla gravità e all'attualità del pericolo, e devono comunque tendere a riprodurre le precedenti condizioni di vita, tenuto conto delle valutazioni espresse dalle competenti autorità giudiziarie e di pubblica sicurezza». In ogni caso, va assicurata al testimone una esistenza dignitosa.

Si tratta di una presa di posizione impegnativa e coraggiosa da parte del Legislatore che punta a dare un segnale che va ben oltre il fine della tutela del testimone. Quest'ultimo deve essere difeso dallo Stato nel luogo in cui vive. In questo modo si punta a dare a tutta la comunità circostante il segnale della vicinanza e della presenza delle Istituzioni nel territorio e a spingere altri individui a seguire l'esempio civico del testimone di giustizia.

Le speciali misure di protezione, ai sensi dell'art. 8, sono soggette ad un termine massimo di durata di sei anni. Il termine è fissato dalla Commissione centrale cui spetta, però, procedere a verifiche periodiche sulla gravità e attualità del pericolo e sull'idoneità delle misure. Su richiesta motivata dell'autorità giudiziaria che le ha proposte, il termine massimo può tuttavia essere prorogato.

Segue: Le misure di tutela

L'art. 5 elenca le misure denominate "di tutela", racchiudendo in un'unica disposizione – rispetto alla differente scelta del legislatore del 1991 – quelle destinate ad operare nel luogo di residenza del testimone e quelle previste in caso di suo trasferimento in località protetta.

L'elenco è organizzato secondo un ordine di gravità ed attualità della situazione di pericolo da fronteggiare; tuttavia si tratta di misure che possono operare anche cumulativamente.

Il catalogo delle misure si conclude con una previsione di tipo "aperto" che contempla «*ogni altra misura straordinaria, anche di carattere economico*» che sia eventualmente necessaria. Ovviamente, un siffatto intervento non tipizzato deve rispettare le direttive impartite dal Capo della Polizia.

Le misure tipiche previste sono:

a) la predisposizione di misure di vigilanza e protezione;

b) la predisposizione di accorgimenti tecnici di sicurezza per le abitazioni, per gli immobili e per le aziende di pertinenza dei protetti [11];

c) l'adozione delle misure necessarie per gli spostamenti nello stesso comune e in comuni diversi da quello di residenza;

d) il trasferimento in luoghi protetti;

e) speciali modalità di tenuta della documentazione e delle comunicazioni al servizio informatico;

f) l'utilizzazione di documenti di copertura;

g) il cambiamento delle generalità ai sensi del decreto legislativo 29 marzo 1993, n. 119, autorizzato con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della giustizia, garantendone la riservatezza anche in atti della pubblica amministrazione.

Ai sensi di quanto previsto dall'art. 8 della legge in commento, fermo restando il termine massimo stabilito, le misure di tutela devono essere mantenute finché il pericolo per il testimone risulti grave, concreto ed attuale, pur essendo previsto in via generale che esse vadano gradualmente affievolite ove possibile.

Segue: Le misure di sostegno economico

Più articolato è sicuramente l'*iter* di applicazione delle misure di sostegno economico descritte dall'art. 6 della legge. Esse sono riconosciute al testimone di giustizia ed agli altri protetti.

A differenza di quanto era previsto dall'art. 16-*ter*, d.l. n. 8 del 1991, le misure di sostegno economico sono adottate anche nei casi in cui il testimone o il beneficiato non sia costretto a trasferirsi dal luogo di residenza [12].

[11] Com'è stato osservato (R. Fonti-M. Montagna, *op. cit.*, p. 442) l'estensione degli accorgimenti tecnici di sicurezza anche alle aziende dei soggetti protetti rappresenta un'assoluta novità dello statuto tutorio.

[12] «*Ispirate a una logica di reintegrazione e non di assistenzialismo o, al contrario, di premialità, le misure economiche, così come quelle socio-lavorative, mirano a garantire il ripristino della situazione antecedente, compensando con gli emolumenti le perdite derivanti dall'adempimento del dovere di testimonianza, in questa prospettiva si indirizza anche la riformulazione del fine al quale esse tendono: si sostituisce il riferimento al "pregresso tenore di vita" – sulla cui misurazione si erano registrate, peraltro, incertezze interpretative – con quello della "condizione economica equivalente a quella preesistente", decisamente più in linea con la funzione reintegrativa del sostegno economico statale*» (R. Fonti-M. Montagna, *op. cit.*, p. 443).

Un deciso superamento di prospettiva ha rappresentato la previsione secondo cui la condizione economica da assicurare al testimone di giustizia deve essere equivalente a quella preesistente. In precedenza, si faceva riferimento al diverso parametro dell'assicurazione di un tenore di vita non inferiore a quello antecedente alle dichiarazioni. La differenza sostanziale sta nell'abbandono del generico parametro del "tenore di vita" in favore dell'adozione del ben più concreto richiamo alla "condizione economica".

A quali elementi occorre fare riferimento per determinare la condizione economica pregressa, soprattutto nei casi – tutt'altro che infrequenti – in cui il testimone di giustizia svolgeva un'attività lavorativa di tipo imprenditoriale?

La risposta è da cercarsi nello stesso testo dell'art. 6 che, ai fini della determinazione dell'assegno periodico (lett. *b*), fa richiamo alle entrate ed al «*godimento di beni pregressi, determinati attraverso il reddito e il patrimonio risultanti all'Agenzia delle entrate per l'ultimo triennio ed escluse le perdite cagionate dai fatti di reato oggetto delle dichiarazioni*».

Questo sostegno corrisponde, in termini più dettagliati, all'assegno di mantenimento che era già previsto dall'art. 8, comma 5, lett. *d*), d.m. n. 161 del 2004 per i collaboratori ed i testimoni di giustizia.

L'assegno in argomento, secondo quanto previsto dall'art. 7 della legge, può essere – in casi stabiliti – capitalizzato.

Più precisi sono anche i criteri di individuazione delle caratteristiche dell'alloggio che deve essere attribuito in caso di trasferimento in altra località. Esso, infatti, deve rientrare nella medesima categoria catastale della dimora originaria e deve essere idoneo a garantire la sicurezza e la dignità del testimone e degli altri protetti.

Tra le novità riguardanti questa categoria di misure vanno ricordate:

a) il rimborso delle spese sostenute dal testimone o dagli altri protetti a causa delle speciali misure di protezione;

b) l'assistenza legale nel processo penale in cui il testimone rende dichiarazioni ed è persona offesa dal reato o parte civile;

c) un indennizzo a titolo di ristoro per il pregiudizio subito con l'applicazione delle misure di protezione conseguenti alla testimonianza resa; detto indennizzo non è però dovuto se il testimone o gli altri protetti agiscano, in giudizio, per il risarcimento del danno biologico o esistenziale;

d) l'acquisizione – dietro pagamento di una somma determinata alla stregua del valore di mercato – dei beni immobili dei quali sono proprietari il testimone o gli altri protetti al patrimonio dello Stato nei casi di definitivo trasferimento dalla località di origine;

e) il riconoscimento di una somma di denaro a compensazione del mancato guadagno conseguente alla cessazione dell'attività lavorativa del testimone;

f) il diritto alle spese sanitarie, ove non sia possibile ricorrere al servizio sanitario nazionale.

Segue: Le misure di reinserimento sociale e lavorativo

A completare il quadro degli interventi a sostegno dei testimoni di giustizia e degli altri protetti intervengono le misure – per lo più costruite sull'ipotesi dell'allontanamento dalla residenza originaria – volte a consentire la prosecuzione di un impegno lavorativo (art. 7).

Alcune previsioni ribadiscono il quadro di tutele previgente, altre sono di nuova introduzione.

Viene, innanzitutto, ribadito il diritto del testimone alla conservazione del proprio posto di lavoro. Laddove ragioni di sicurezza lo richiedano, il soggetto potrà ottenere di essere trasferito presso altra sede o altre amministrazioni. A queste possibilità si è aggiunta, se queste non sono idonee a garantire la sicurezza del testimone, di ottenere l'attribuzione di un nuovo posto di lavoro, anche temporaneo, con mansioni e posizione equivalenti a quelle che il testimone di giustizia (o gli altri protetti) ha perso in conseguenza delle sue dichiarazioni o che non può essere più svolto in ragione delle misure di sicurezza.

La legge tiene conto anche dell'eventualità che il testimone svolgesse (o svolga) un'attività imprenditoriale. In tal caso – sia pur con previsione generica – è previsto il sostegno all'attività secondo modalità rimesse alla specifica determinazione in sede di regolamento di attuazione. Nei limiti della loro compatibilità, possono trovare applicazione le disposizioni del codice antimafia relative alle aziende confiscate alla criminalità organizzata.

È stata mantenuta ferma nella nuova legge pure la previsione della possibilità, in alternativa alla ca-

pitalizzazione dell'assegno di mantenimento, dell'accesso a un programma di assunzioni presso la Pubblica amministrazione con chiamata nominativa e con attribuzione di una qualifica corrispondente ai titoli posseduti, nei limiti dei posti vacanti. Tale diritto è riconosciuto pure ai testimoni di giustizia usciti dal programma di protezione e non più sottoposti alle speciali misure di protezione così come ai testimoni che, prima della riforma attuata con la legge n. 45 del 13 febbraio 2001, erano ammessi alle misure o al programma di protezione in quanto in possesso dei requisiti previsti dalla normativa previgente.

Anche il coniuge, figli e fratelli del testimone ammessi al programma di protezione e stabilmente conviventi possono ottenere l'assunzione nelle pubbliche amministrazioni, ma solamente in via sostitutiva rispetto al congiunto sottoposto a tutela prioritaria che non abbia fatto ricorso al collocamento obbligatorio.

Le modalità di attuazione del programma di assunzioni sono stabilite dal regolamento cui la disposizione fa rinvio. In esso dovranno essere indicate le cautele finalizzate alla sicurezza dei testimoni, alle modalità di svolgimento della formazione ai fini dell'assunzione nonché dovranno essere fissati i criteri di priorità per l'assunzione tra i testimoni, alla luce dei benefici già ricevuti e delle cause dell'eventuale revoca del programma di protezione.

Ancora, è previsto che il testimone possa svolgere – nella località di trasferimento – attività volte allo sviluppo della persona umana e alla partecipazione sociale. Si può trattare anche di attività lavorative non retribuite, da individuarsi secondo le inclinazioni del soggetto. La ragione di quest'ultima previsione è evidente. Si vuole mirare ad evitare che all'allontamento dal contesto sociale e lavorativo di origine si unisca pure un'avulsione del soggetto da ogni forma d'impegno personale che, se si concretizzasse, rischierebbe d'incidere pesantemente sull'equilibrio dell'individuo e sulla stabilità della sua scelta civica.

Sempre al fine di assicurare un inserimento non traumatico nella nuova realtà geografica l'art. 7 prevede pure la possibilità dell'assegnazione in uso di beni che siano nella disponibilità dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Il catalogo dei beni è indeterminato; potrà trattarsi di mezzi di trasporto, di abitazioni ma – se del caso – anche di attività produttive.

Infine è riconosciuto al testimone il diritto di accedere a mutui agevolati secondo le convenzioni stipulate tra il Ministero dell'Interno e gli istituti di credito.

Le vicende del procedimento: modifica, proroga e revoca delle misure di protezione

La disciplina procedimentale (per ciò che residua rispetto ai profili soggettivi già considerati nei paragrafi precedenti) è introdotta, all'art. 9, mediante il rinvio alle disposizioni degli artt. 10, 11 e 13, commi 1, 2, 3 e 12, d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 82 del 15 marzo 1991.

Come già detto, in via transitoria, fino all'adozione del nuovo regolamento di attuazione di cui all'articolo 26 si applicano, oltre alle norme richiamate dell'appena citato d.l. n. 8 del 1991, le disposizioni dei regolamenti ministeriali attuativi del suo articolo 17-*bis* (cioè il d.m. n. 161 del 2004 ed il regolamento per l'assunzione dei testimoni di giustizia nella Pubblica Amministrazione, contenuto nel d.m. n. 204 del 2014).

Il procedimento si sviluppa attraverso l'adozione di un un piano provvisorio di protezione (nei casi previsti) e di uno definitivo.

Tuttavia, l'art. 18 prevede la possibilità – in presenza di una situazione di particolare gravità ed urgenza che non consenta l'adozione di un provvedimento (anche provvisorio) da parte della Commissione – che in attesa di una tale deliberazione trovino applicazione le misure previste dall'art. 13 dall'articolo 13, comma 1, sesto e settimo periodo, del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8. In altri termini, il rinvio a questa disposizione consente che, su richiesta motivata della competente autorità provinciale di pubblica sicurezza, il Capo della polizia – direttore generale della pubblica sicurezza – possa autorizzare detta autorità ad avvalersi degli stanziamenti riservati previsti dall'articolo 17 del medesimo decreto dando indicazioni di contenuti e destinazione dei fondi messi a disposizione.

La disciplina del piano provvisorio è interamente racchiusa nella lettera dell'art. 12.

Laddove ricorrano ragioni di urgenza e appaiano sussistere le condizioni legittimanti l'adozione del provvedimento, la Commissione dispone – senza formalità e senza indugio – l'adozione di un programma provvisorio di protezione che contempli già le misure di tutela personale e che assicuri delle condi-

zioni di vita congrue. Trattandosi di un provvedimento di durata temporanea, il legislatore non si è preoccupato di assicurare l'attivazione di un sistema di provvidenze economiche ed abitative comparabili con quelle precedenti del protetto, limitandosi a prescrivere che esse devono essere "congrue". La nozione di congruità richiama un'idea di generica adeguatezza della misura rispetto allo scopo considerato (e, quindi, può anche prescindere dallo status economico o dalle condizioni di vita pregresse del protetto). Il termine temporale previsto per l'adozione del programma provvisorio è rappresentato dalla seduta immediatamente successiva alla presentazione della richiesta da parte dell'Autorità proponente (che, per tutta evidenza, avrà rappresentato alla Commissione l'esistenza di ragioni di particolare urgenza).

La Commissione provvede anche all'assegnazione al protetto ed agli altri aventi diritto di un referente specializzato, appartenente al Servizio centrale di protezione, che svolga i compiti indicati dall'art. 16 della legge in commento. Nella vigenza del programma provvisorio il referente costituisce il punto di contatto tra il protetto, l'Autorità proponente e la Commissione centrale.

Infatti il protetto, tramite il referente, ha l'onere di fornire all'autorità proponente tutta la documentazione comprovante il proprio stato civile, di famiglia e patrimoniale, le proprie obbligazioni, nonché tutte le informazioni su procedimenti penali, civili e amministrativi pendenti, sui titoli di studio e professionali e su ogni titolo abilitativo di cui sia in possesso.

Al referente è anche affidato il compito di fornire ai protetti tutte le informazioni necessarie sui propri diritti e doveri, sul contenuto delle misure adottate e su quelle applicabili. Se richiesto dagli interessati, può richiedere alla Commissione centrale di nominare un soggetto professionalmente qualificato che garantisca ai protetti un sostegno psicologico.

Infine, entro trenta giorni dall'adozione del piano provvisorio, il referente deve trasmettere tutta la documentazione necessaria all'adozione del piano definitivo alla Commissione centrale.

Il rapporto tra referente e protetto è, peraltro destinato a protrarsi in alcuni casi anche oltre la durata del piano. Infatti, l'art. 16, al comma 4 stabilisce che l'assistenza è assicurata "finché il testimone di giustizia e gli altri protetti riacquistano la propria autonomia economica".

Con la nuova legge è stata predeterminata in 90 giorni la durata massima della vigenza del piano provvisorio. In caso di mancata richiesta di proroga o di adozione del programma definitivo da parte dell'autorità proponente, il piano provvisorio perde efficacia.

In via straordinaria il presidente della Commissione centrale può autorizzare la prosecuzione della vigenza del piano provvisorio per il tempo strettamente necessario all'esame della proposta che sia stata tempestivamente presentata.

Un potere di proroga è attribuito anche all'autorità proponente che può esercitarlo, sulla base di un provvedimento motivato, estendendo gli effetti delle misure fino ad una durata massima di 180 giorni.

Per l'adozione, modifica e revoca del programma definitivo è competente in via esclusiva la Commissione centrale.

Una volta acquisiti i pareri richiesti dall'art. 11, dispone – in presenza delle condizioni previste – l'adozione delle misure. Il programma deve essere specificamente approvato dal testimone di giustizia e dagli altri protetti i quali, nel sottoscriverlo, assumono tutti gli impegni previsti dal comma 2 dell'art. 13.

Il programma può essere modificato o revocato in ogni tempo dalla Commissione centrale, che vi provvede d'ufficio o su richiesta dall'autorità proponente. Le ragioni che possono comportare questo tipo di interventi sono connesse all'attualità, alla concretezza e alla gravità del pericolo, all'idoneità delle misure adottate, alle esigenze degli interessati, all'osservanza degli impegni da loro assunti, alla rinuncia espressa alle misure o al rifiuto di accettare l'offerta di adeguate opportunità di lavoro o di impresa.

Laddove la modifica o la revoca non siano disposte d'ufficio, la commissione centrale provvede sull'istanza entro un termine di venti giorni, dopo aver sentito l'autorità giudiziaria competente (laddove la richiesta non sia stata avanzata da quest'ultima) e, per le ipotesi previste, dopo avere acquisito anche il parere del procuratore nazionale antimafia.

La modifica o la revoca, però, non mutano lo *status* processuale del testimone di giustizia. L'art. 13 al comma 5 precisa, infatti che questi provvedimenti non producono effetto sull'applicabilità delle disposizioni dell'art. 147-*bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale come modificate dall'art. 24 della legge in commento (di cui si dirà più innanzi).

A prescindere da queste iniziative, il programma di protezione è comunque sottoposto a verifica semestrale da parte della Commissione.

A questa disciplina va collegata anche la previsione dell'art. 17 della legge, secondo cui gli interessati (testimone ed altri protetti) possono chiedere, in qualsiasi momento dell'operatività del programma

provvisorio o di quello definitivo, l'audizione dinanzi alla Commissione od al Servizio centrale di protezione. L'audizione deve essere fissata entro trenta giorni dalla richiesta.

Gli adattamenti della legge processuale conseguenti all'entrata in vigore della legge n. 6 del 2018

La presa d'atto legislativa dell'esigenza di una tutela piena del testimone di giustizia che avesse anche la funzione "promozionale" delle rivelazioni ricostruttive di fatti di reato non poteva non manifestarsi pure in ambito processuale.

È, infatti, nel momento dell'intervento nel procedimento penale che la posizione del testimone risulta particolarmente esposta ed è, pertanto, anche in questa sede che occorreva richiamare "in soccorso" quei meccanismi di rassicurazione/protezione della libertà delle dichiarazioni che si presentano sotto forma di cautele rivolte verso il soggetto che le rende.

Il primo intervento è stato realizzato mediante l'inserimento di una ipotesi specifica di accesso all'incidente probatorio descritto dall'art. 392, comma 1, lett. *d*), c.p.p. Accanto ai soggetti "coinvolti nel fatto" ai sensi dell'art. 210 c.p.p. è stata, infatti, inserita anche la figura del testimone di giustizia [13].

Per l'esame del testimone di giustizia, peraltro, si procederà ad incidente probatorio sempre, ciò in quanto non operano le limitazioni descritte per la categoria dei coimputati di reato connesso, cui la disciplina dell'incidente probatorio si applica solo laddove ricorrano le condizioni descritte dalle lett. *a*) e *b*), art. 392 del codice di rito [14].

Il secondo intervento non riguarda il "*quando*" della dichiarazione, bensì il "*quomodo*". In tal caso, la norma interessata è stata l'art. 147-*bis* delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale.

La disposizione, intitolata «*Esame degli operatori sotto copertura, delle persone che collaborano con la giustizia e degli imputati di reato connesso*», è ora arricchita dalla previsione casistica della lett. *a-bis*) che si riferisce alle ipotesi in cui «*l'esame o altro atto istruttorio è disposto nei confronti di persone ammesse al piano provvisorio o al programma definitivo per la protezione dei testimoni di giustizia*».

Dunque, l'audizione dei testimoni di giustizia dovrà avvenire, previa adozione di tutte le cautele volte a rafforzare la tutela della loro incolumità, mediante predisposizione della videoconferenza salvo che il giudice non ritenga assolutamente necessaria la presenza del soggetto in aula. L'audizione a distanza, inoltre, dovrà essere predisposta quale che sia il ruolo processuale del testimone di giustizia (che, in ipotesi, potrebbe vedersi imputato in una vicenda totalmente avulsa da quella per la quale è sottoposto a protezione) [15].

In conclusione si può valutare in termini sostanzialmente positivi il testo della legge n. 6 del 2018 che raccogliendo le sollecitazioni della Commissione parlamentare antimafia e, soprattutto, il grido di allarme lanciato dai numerosi testimoni di giustizia sentiti in quella sede, ha finalmente restituito dignità e sostegno a scelte di estremo coraggio compiute senza l'utilità processuale che normalmente spinge i collaboratori di giustizia.

---

[13] Taluno (cfr. S. Sau, *op. cit.*, p. 1001) ha criticato la scelta di "collocazione topografica" della posizione del testimone di giustizia accanto ai collaboratori, foriera – secondo l'opinione espressa – di riprodurre un clima di confusione delle due condizioni soggettive e di offuscare quella del testimone.

[14] Ciò spiega l'abbinamento delle posizioni soggettive del testimone e del collaboratore di giustizia nella lett. *d*), art. 392, comma 1, c.p.p.. In entrambi i casi il Legislatore ha dato per presunta la situazione legittimante il ricorso allo strumento di anticipazione dell'assunzione della prova. In altri termini è la peculiare condizione del testimone di giustizia a far ritenere, senza bisogno di allegazione, il pericolo di non rinviabilità al dibattimento dell'assunzione della prova o il pericolo che il dichiarante sia esposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro. Nel medesimo senso cfr. R. Fonti-M. Montagna, *cit.*, p. 461, e –seppur con accenti critici S. Sau, *op. cit.*, p. 1001. Non appare, invece, condivisibile la preoccupazione paventata da quest'ultimo Autore secondo cui, data l'ampiezza di situazioni in cui potrebbe darsi luogo al riconoscimento dello status di testimone di giustizia, «*mediante la L. n. 6/2018, si perviene al probabile risultato di una apertura pressoché totale e sistematica del ricorso alla procedura incidentale. L'incidente probatorio ha progressivamente fagocitato i principi cardinali del codice dell'89*» (*cit.*, p. 1002). In realtà, la complessità dell'esame svolto dalla Commissione centrale sulla sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 2, legge n. 6 del 2018 non fa ipotizzare un allargamento smisurato dei casi di ammissione al programma di protezione (anche per gli evidenti vincoli economici ed organizzativi).

[15] Si è fatto osservare (R. Fonti-M. Montagna, *op. cit.*, p. 462) che la descritta modalità di assunzione della testimonianza «*era già prevista dall'art. 147 bis comma 3 c.p.p. nei riguardi di persone ammesse al piano provvisorio di protezione previsto dall'art. 13 comma 1 d.l. n. 8 del 1991 o alle speciali misure di protezione di cui all'art. 13 commi 4 e 5 del d.l. n. 8 del 1991. Sembrerebbe, dunque, che l'integrazione ora apportata all'art. 147 bis disp. atto c.p.p. voglia fare specifico riferimento ai testimoni di giustizia che pure vedono l'ammissione ai programmi, provvisori o definitivi, di protezione avvenire tramite le modalità fissate dall'art. 13 d.l. n.8 del 1991*».



Processo penale e giustizia n. 1 | 2019

Analisi e prospettive

Analysis and Prospects

FRANCESCA DELVECCHIO

Dottore di ricerca in Diritto processuale penale – Università degli Studi di Foggia

I recenti orientamenti in tema di revisione delle sentenze di proscioglimento con condanna al risarcimento

The recent case law on the revision of the judgments on damages

La giurisprudenza di legittimità per lungo tempo ha ritenuto non soggette a revisione le sentenze di proscioglimento per prescrizione con condanna alle statuizioni civili, attesa l'impossibilità di ricondurre simili pronunce nell'alveo delle sentenze di condanna *stricto sensu* intese.
Sulla scorta delle indicazioni europee, però, si è progressivamente imposta una riflessione più matura sulla natura di tali provvedimenti "apparentemente liberatori", che ha condotto le Sezioni Unite a rovesciare l'orientamento *in auge*.

For a long time the case law concluded that judgments on damages could not be challenged for revision, only convictions could be.
Recently, since European case law called for deeper reflection about the nature of this judgments, the Italian Supreme Court took a significant step towards overcoming the orientation in vogue.

LA REVISIONE DELLA CONDANNA ALLE SOLE STATUIZIONI CIVILI AI TEMPI DELLA CEDEVOLEZZA DEL GIUDICATO

Sono revisionabili le sentenze di proscioglimento per prescrizione che, nel dichiarare l'estinzione del reato, abbiano confermato le deliberazioni della precedente sentenza in materia di risarcimento del danno in favore della parte civile?

Il quesito, che impegna la giurisprudenza ormai da tempo [1], e su cui di recente si sono espresse le Sezioni Unite [2], chiama in causa schemi concettuali di analisi proposti nell'ambito della più sofisticata riflessione di teoria generale sulla stabilità del giudicato, da un lato, e sulla possibilità di emendare l'errore giudiziario, dall'altro. Il tema, vasto e multiforme, torna ciclicamente alla ribalta, spesso sotto lo slancio delle corti sovranazionali, da sempre attente al tema della giustizia sostanziale [3].

Preliminarmente, appare opportuno delineare lo sfondo sistematico di riferimento entro cui calare la specifica *quaestio* che qui ci occupa.

Come è stato acutamente osservato, è proprio nella disciplina della revisione che si coglie il punto di massima flessibilità dell'*auctoritas rei iudicatae* [4].

[1] Sull'ammissibilità della revisione nei confronti di una sentenza di proscioglimento per prescrizione che abbia però condannato al risarcimento del danno sono intervenute, *ex multis*, Cass., sez. II, 28 novembre 2017, n. 53678, in *CED Cass.*, n. 271367; Cass., sez. II, 19 gennaio 2017, n. 2656, *ivi*, n. 269528; Cass., sez. III, 16 giugno 2011, n. 24155, *ivi*, n. 250631; Cass., sez. V, 25 gennaio 2011, n. 2393, *ivi*, n. 249781. Analoga *quaestio*, ancorché in relazione ad una sentenza di proscioglimento per amnistia, era sorta in tempi più risalenti, cfr. Cass., sez. VI, 22 gennaio 1993, n. 4231, *ivi*, n. 193457; Cass., sez. I, 15 maggio 1992, n. 1672, *ivi*, n. 190002.

[2] Cass., sez. un., c.c. 25 ottobre 2018, Pres. Carcano, Rel. Beltrani, ric. Milanesi (informazione provvisoria).

[3] Per un articolato e più recente studio della materia, senza pretesa di esaustività, v. B. Lavarini, *I rimedi* post iudicatum *alla violazione dei canoni europei*, in A. Gaito (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, Dike giuridica, 2016, p. 87 ss.; M. Gialuz, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane* e G. Ubertis, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazioni dell'equità processuale*, in P. Corso-E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Piacenza, La Tribuna, 2010, p. 275 ss. e p. 614 ss. Si veda inoltre D. Rinoldi, *L'impatto interno delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso di ricorso individuale*, in P. Corvi (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 302 ss.

[4] In questo senso M.R. Marchetti, *La revisione*, in L. Kalb (a cura di), *Impugnazioni. Esecuzione penale. Rapporti giurisdizionali con*

È noto come, se pur con alcuni temperamenti rispetto al codice previgente [5], la stabilità del giudicato costituisce un principio costantemente ribadito dal nostro sistema processuale [6]. Di recente, anche il Giudice delle leggi ha avuto modo di esprimersi nettamente sul punto evidenziando come «giunge un tempo in cui, formatosi il giudicato, l'individuo è sottratto alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto», sempre che la decisione abbia goduto di tutte le garanzie del giusto processo; pena, al contrario, una continua proiezione dell'ombra dell'apparato punitivo dello Stato sulle libertà del cittadino [7].

Una funzione social-garantista mai sottaciuta neanche in dottrina, che non ha mancato di sottolineare come se «ogni caso (fosse) indefinitamente giudicabile, ogni lite (diventerebbe) un focolaio cronico, nessun corpo sociale tollera simili tensioni» [8].

Tradizionalmente si ritiene che l'*auctoritas rei iudicatae* dispieghi i suoi effetti "dentro" e "fuori" il processo [9]: sottrae l'imputato ad una (potenziale) illimitata possibilità di persecuzione – e in ciò è massima espressione del giusto processo [10] – oltre ad assicurare ai consociati la certezza del diritto e l'intangibilità delle statuizioni degli organi giurisdizionali, regolando le situazioni giuridiche in maniera tendenzialmente stabile e definitiva [11].

Il monolite cristallizzato nell'art. 648 c.p.p. ammette, però, di essere scalfito nelle ipotesi in cui vi sia «il pericolo che al rigore delle forme siano sacrificate le esigenze della verità e della giustizia reale» [12].

Ed infatti, di fronte all'illegittima limitazione della libertà personale e all'ingiusto superamento della

autorità straniere, IV, in G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Torino, Utet, 2015, pp. 419-420. Parte della dottrina esclude, invece, l'esistenza di un rapporto tra divieto di *bis in idem* e rivisitazione delle pronunce penale irrevocabili. Per questa posizione v. A. Scalfati, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, Cedam, 1995, p. 52. Più di recente, nello stesso senso, v. F. Callari, *La revisione. La giustizia penale fra forma e sostanza*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 70 ss.

[5] Il codice del 1930 prevedeva espressamente all'art. 552 l'inoppugnabilità delle sentenze della Suprema Corte. La norma, sancendo la stabilità del giudicato, intendeva elevarlo a simbolo dell'autorità dello Stato, dell'infallibilità della pretesa punitiva esercitata contro il singolo e dell'ineccepibilità della conoscenza acquisita attraverso il processo. Con l'avvento della Costituzione e il varo del codice Vassalli questa visione del giudicato è mutata, essendosi innestata l'idea che un errore giudiziale fosse possibile e che l'ordinamento avesse il compito di porvi rimedio, aprendosi al fenomeno dell'autotutela. In chiave storica si rinvia a F. Callari, *La* firmitas *del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 59 ss.; G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 20. In argomento cfr. anche G. Leone, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, p. 181.

[6] Senza pretesa di esaustività, per una trattazione puntuale dell'argomento si rinvia a G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963; Id., *Giudicato (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, p. 1 ss.; G. Lozzi, *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 912. Si vedano inoltre U. Lucarelli, *L'istituto del giudicato. Il giudicato penale e i suoi effetti civili*, Torino, Utet, 2006; E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2012; S. Ruggeri, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, Giuffrè, 2004.

[7] C. cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200, in *Cass. pen.*, 2017, p. 60 con note di P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il* ne bis in idem *tra diritto vigente e diritto vivente* e di D. Pulitanò, *La Corte costituzionale sul* ne bis in idem. In senso conforme v. anche C. cost., sent. 12 ottobre 2012, n. 230, *ivi*, 2013, p. 890, che ne individua la finalità nella «esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti». Nella stessa direzione anche pronunce più risalenti: C. cost., sent. 20 maggio 1980, n. 74, in *www.giurcost.org*; C. cost., sent. 5 marzo 1969, n. 28, in *Giur. cost.*, 1969, p. 391.

[8] F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, Cacucci, 1985, p. 604. Anche F. Carrara, *Della regiudicata criminale*, in AA.VV., *Opuscoli di diritto criminale*, VII, Firenze, Casa Editrice libraria "Fratelli Cammelli", 1911, p. 290, evidenziava come non sarebbe tranquilla una società governata da leggi capaci di esporre i cittadini al pericolo di continui processi.

[9] Cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale*, IV ed., Torino, Utet, 1972, p. 573. Porta *in nuce* la duplice finalità della cosa giudicata anche G. De Luca, *Giudicato (dir. proc. pen.)*, cit., p. 1: offrire al singolo la sicurezza dei diritti acquisiti con quella pronuncia irrevocabile e garantire la pace sociale e la stabilità delle relazioni giuridiche.

[10] Sul giudicato come massima espressione del giusto processo v. T. Rafaraci, Ne bis in idem *e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 621 ss. Del resto, che il principio del *ne bis in idem* costituisse un diritto fondamentale collegato alla presunzione di non colpevolezza di cui agli artt. 27, comma 2, Cost., 14, § 7, Patto internazionale sui diritti civili e politici e 4, § 1, Protocollo addizionale n. 7 alla Cedu, ha da sempre costituito assunto condiviso. In tal senso, autorevolmente, F. Carnelutti, *Contro il giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, p. 291; F. Cordero, *Ideologie del processo penale*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 197. Sul fondamento costituzionale del giudicato v. anche M. Gialuz, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 46 ss.; E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 25 ss.; P. Moscarini, *L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato*, Padova, Cedam, 2005, p. 56 ss. In senso contrario, F. Callari, *La* firmitas *del giudicato penale: essenza e limiti*, cit., p. 146 ss.; M.R. Marchetti, *La revisione*, cit., pp. 419-420.

[11] Così G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 90.

[12] Le parole sono di A. De Marsico, *Diritto processuale penale*, Napoli, Jovene, 1966, p. 328. Richiama la celebre definizione M.R. Marchetti, *La revisione*, cit., pp. 417-418.

presunzione di non colpevolezza, la Carta costituzionale non pone alcun vincolo, anzi impone la previsione di rimedi attivabili *post iudicatum*, funzionali a ripristinare una situazione di legalità e giustizia [13].

Il divieto di *bis in idem*, in altre parole, pur costituendo limite invalicabile alla reiterazione dell'azione penale e alla previsione di impugnazioni straordinarie sfavorevoli, non impedisce di certo modifiche *in melius* del giudicato, quando giustificate dalla necessità di salvaguardare diritti che si collocano al vertice della gerarchia costituzionale [14].

Ovviamente queste indicazioni si traducono, sul piano della disciplina positiva, nella necessità di predisporre meccanismi e procedure che consentano di rilevare e porre rimedio a situazioni di ingiustizia, pur senza estromettere dall'ordinamento l'istituto del giudicato, la cui assenza avrebbe gravissime ripercussioni sulla funzionalità complessiva del sistema.

Si tratta, insomma, di predisporre una disciplina di compromesso, che bilanci la tendenza auto-conservativa del processo con la necessità di verificare e rilevare l'errore giudiziario [15].

Questo "*check and balance*" ha ispirato proprio i precetti normativi in tema di revisione [16]– oltre che le altre ipotesi revocatorie o modificative del titolo esecutivo [17] – che rappresenta senza dubbio il rimedio per eccellenza all'ingiusta sentenza [18], tale da poter travolgere la *res iudicata* se pur entro limiti soggettivamente e oggettivamente predeterminati.

La disciplina codicistica, nel riservare al reo la possibilità di sottoporre a revisione esclusivamente le sentenze penali di condanna, dimostra chiaramente la sua sudditanza ad un principio che potrebbe definirsi di "doppia tassatività": per un verso, il principio di tassatività dei rimedi contro il giudicato, nella sua duplice valenza garantista individuale e collettiva; per l'altro, la tassatività che governa il sistema delle impugnazioni *ex* art. 568 c.p.p., canone generale dell'intero regime dei gravami.

A questo giudicato "a flessibilità condizionata" di matrice codicistica si contrappone la dinamica giurisprudenziale europea dell'ultimo ventennio, tesa a «stemperare l'utopica idealizzazione dell'*auctoritas rei iudicatae*» [19] a favore della correlativa espansione di un nutrito reticolo di rimedi all'irrevocabilità delle decisioni penali giustificati dalla necessità di porre rimedio alla violazione di diritti fondamentali.

Le affermazioni di principio che hanno orientato le numerose pronunce sul tema [20], al netto della specifica *quaestio* affrontata, sono tutte accomunate dalla necessità di elevare a paradigma di sistema il canone per cui l'intangibilità del giudicato debba cedere il passo a più pregnanti esigenze di tutela dell'imputato, dischiudendo così inediti scenari sul versante processuale [21].

Questo nuovo *cursus* è stato poi seguito anche dalla giurisprudenza domestica, che ha fatto dell'equità processuale e della salvaguardia della legalità penale il terreno elettivo per sperimentazioni in grado di porre costantemente in crisi il dogma del giudicato [22].

---

[13] C. cost., sent. 9 aprile 1987, n. 115, in *Riv. pen.*, 1987, p. 719, rimarcava la necessità che il principio dell'intangibilità del giudicato fosse «rettamente inteso»: «è proprio l'ordinamento stesso che è tutto decisamente orientato a non tenere conto del giudicato, e quindi a non mitizzarne l'intangibilità, ogniqualvolta dal giudicato resterebbe sacrificato il buon diritto del cittadino».

[14] P. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2015, p. 5.

[15] G. Dean, *Revisione*, Padova, Cedam, 1999, p. 1.

[16] Sull'istituto si rinvia, tra gli altri, a G. Galli, *Sentenza penale (revisione della)*, in *Ns. dig. it.*, XVI, Torino, Utet, 1969, p. 1204 ss.; R. Normando, *Prime riflessioni sulla "nuova" revisione del giudicato penale*, in AA.VV., *Annali dell'Istituto di Diritto e procedura penale*, Università degli Studi di Salerno, 1993, p. 239 ss.; A. Presutti, *Revisione del processo penale*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 1; G. Spangher, *Revisione*, in *Dig. pen.*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 131 ss.; R. Vanni, *Revisione del giudicato*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, Giuffrè, 1989, p. 157 ss.

[17] Tutte accomunate dalla circostanza che non concorrono alla formazione del giudicato, ma lo presuppongono e puntano a risolverlo, cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1217.

[18] V. R. Normando, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 103. In giurisprudenza per questa stessa affermazione v. Cass., sez. un., 26 settembre 2001, n. 624, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1697.

[19] G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 20.

[20] Decisioni che hanno rivitalizzato il diritto a riaprire il processo nei casi di violazione del diritto dell'imputato di interrogare o far interrogare i testimoni a carico (da ultimo, Corte e.d.u., 18 maggio 2010, Ogaristi c. Italia), del diritto alla effettività della difesa tecnica (Corte e.d.u., 27 aprile 2006, Sannino c. Italia), del diritto di essere informato del motivo dell'accusa e, in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data ai fatti oggetto di imputazione (Corte e.d.u., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia), del principio di legalità della pena e del diritto al riconoscimento dei vantaggi connessi a procedure che comportano la rinuncia ad essenziali garanzie del processo equo (Corte e.d.u., Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia).

[21] Le ricostruisce P. Troisi, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 9 ss.

[22] Il *trend* espansivo è testimoniato da Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, in *Cass. pen.*, 2015, p. 28 con nota di M. Gam-

In quest'opera di modernizzazione, il contributo del legislatore è stato assai più marginale. Fatta eccezione per la rescissione del giudicato [23], introdotta unitamente alla disciplina del processo *in absentia* (l. 28 aprile 2014, n. 67) e recentemente modificata dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 [24], l'atteggiamento più generale è stato nel senso di rinunciare ad esplorare nuove vie per incidere su vicende definitivamente concluse. Sono rimaste così del tutto inevase le richieste dei giudici sovranazionali in ordine ad una più incisiva tutela dei diritti fondamentali [25].

A bloccare gli avamposti normativi vi è sicuramente il rischio – peraltro non infondato – di pericolose ricadute di ordine sistematico, connesso ad interventi che, benché motivati da indiscutibili esigenze di giustizia sostanziale, appaiono capaci di «scardinare quel poco che resta della stabilità della *res iudicata*» [26].

Per rispondere all'interrogativo iniziale, se cioè le sentenze di proscioglimento con condanna al risarcimento siano o meno revisionabili, bisogna allora tornare sul rapporto fra giudicato e revisione, interrogandosi *funditus* sui limiti di stabilità di un valore ormai ampiamente in discussione.

La revisione della condanna al risarcimento civile nella tradizione della Corte di legittimità

Sulla possibilità di sottoporre a revisione le sentenze di proscioglimento che, nel dichiarare il reato estinto, avessero comunque confermato le statuizioni civili, la giurisprudenza della Suprema Corte ha da sempre fatto fronte comune, opponendosi fermamente a letture dell'art. 629 c.p.p. legittimanti l'esperibilità del rimedio.

La rigidità di tale posizione doveva ritenersi imposta, stando all'orientamento tradizionale, alla luce del principio di tassatività vigente in materia di impugnazioni che, consacrato fra le disposizioni generali, può ritenersi applicabile anche in materia di impugnazioni straordinarie, ove, anzi, troverebbe il proprio campo elettivo di applicazione [27].

---

bardella, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*; Cass., sez. un., 22 novembre 2014, n. 42858, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2015, p. 975 con nota di D. Vicoli, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni Unite*; Cass., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, in *questa Rivista*, 2015, 6, p. 37 con nota di P. Maggio, *Spetta al giudice dell'esecuzione rideterminare la pena patteggiata "illegale" conseguente a declaratoria di illegittimità costituzionale*.

Nella giurisprudenza costituzionale, per tutte, C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1523 su cui A. Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 481 ss., secondo il quale «la certezza del diritto deve farsi da canto, nella scala costituzionale dei valori, davanti alla certezza dei diritti costituzionali, vale a dire alla loro effettività, quale risulta in forza dei riconoscimenti fatti a beneficio dei diritti stessi dalla Corte europea».

Una recente sintesi sullo stato del giudicato penale è contenuta in G. Spangher, *Impugnazioni straordinarie: aspetti sistematici di una categoria allargata*, in P. Corvi (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, cit., p. 1 ss.

[23] Su cui, tra gli altri, M. Bargis, *La rescissione del giudicato* ex *art. 625*-ter *c.p.p.: un istituto da rimeditare*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, p. 160 ss.; R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, in *Guida dir.*, 2014, 21, p. 103 ss.; C. Carvelli, *Rescissione del giudicato e* reformatio in peius, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1039 ss.; S. Chimici, *Art. 625* ter*: la rescissione del giudicato*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Padova, Cedam, 2014, p. 321 ss.; C. Conti-P. Tonini, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 516 ss.; A. Diddi, *Novità in materia di impugnazioni e di* restitutio in integrum, in D. Vigoni (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 224 ss.; B. Nacar, *Il processo* in absentia *tra fonti internazionali, disciplina codicistica e recenti interventi riformatori*, Padova, Cedam, 2014, p. 108 ss.; S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 2, p. 101 ss.

[24] F. Alonzi, *Rescissione del giudicato: una nuova edizione, non ancora soddisfacente*, in G.M. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 469 ss.; S. Chimici, *La rescissione del giudicato,* in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L.103/2017)*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 302 ss.; A. Furgiuele, *La nuova procedura per la rescissione del giudicato*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 249 ss.; M.M. Monaco, *La riforma Orlando: come cambia il giudizio in Cassazione*, in G. Spangher (a cura di), *La Riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa, Pacini Giuridica, 2017, p. 287.

[25] Così si esprime Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, in *CED Cass.*, n. 258649 con nota di D. Amoroso, *Sugli effetti* ultra partes *del giudicato di Strasburgo*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1752 ss.

[26] V. G. Romeo, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 16 aprile 2012, p. 9.

[27] In questi termini P. Spagnolo, sub *art. 629*, in G. Spangher (diretto da), *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, Milano, Wolters Kluwer, 2013, p. 3418, nel riassumere l'orientamento restrittivo della Corte di cassazione.

L'esaurimento degli ordinari strumenti di critica all'accertamento giudiziale, ovvero l'acquiescenza allo stesso, ne determinano, come è noto, l'assunzione del carattere della definitività, coincidente con il passaggio in giudicato della sentenza che lo veicola. Di qui, la necessità che le norme che consentono di vincere questa stabilità siano interpretate in senso restrittivo, come espressione di una logica di *extrema ratio*, alla ricerca di un necessario punto di equilibrio tra i valori di stabilità e certezza dei rapporti giuridici, da un lato, e l'esigenza di rimuovere la decisione ingiusta perseguendo il *favor innocentiae*, dall'altro [28].

Le ipotesi in cui l'ordinamento consente di superare la *res iudicata* dovrebbero, dunque, ritenersi di carattere rigorosamente eccezionale e, come tali, insuscettibili di interpretazione analogica; di talché si è ritenuto che l'elencazione di cui all'art. 629 c.p.p. andasse intesa in senso strettamente letterale.

Il richiamo alle ipotesi previste dall'art. 629 c.p.p. contenuto nell'art. 634 c.p.p. quanto all'ammissibilità della richiesta ha pertanto spinto a limitare l'operatività del rimedio alle sentenze di condanna, comprese quelle emesse ai sensi dell'art. 444 c.p.p. [29], nonché ai decreti penali di condanna [30]. Va da sé che restano escluse dalla latitudine dell'istituto tutte le ordinanze, le sentenze di proscioglimento, anche quando il proscioglimento sia conseguenza di un'amnistia ovvero dell'applicazione del perdono giudiziale o sia pronunciato per mancanza di imputabilità. Escluse sono pure le sentenze di non luogo a procedere, per le quali è prevista la revoca ai sensi dell'art. 434 c.p.p. Sempre in ragione dell'esistenza di un'espressa disciplina, non possono essere oggetto di revisione i casi di *abolitio criminis*, le sentenze pronunciate dai giudici speciali, i provvedimenti applicativi di una misura di prevenzione. Del pari, si ritiene che il rimedio straordinario non sia attivabile per le sentenze pronunciate dal giudice civile o amministrativo, per le sentenze penali sulle statuizioni civili e per le sentenze straniere riconosciute in Italia [31].

La precisa individuazione dei provvedimenti che possono dar luogo a revisione risulta connessa alla funzione demandata all'istituto: rimuovere il *dictum* cognitivo laddove emerga la necessità di prosciogliere la persona già condannata in via definitiva [32]. Ed infatti l'art. 631 c.p.p., nello stabilire che gli elementi in base ai quali può chiedersi la revisione devono essere tali da dimostrare, se accertati, che il condannato deve essere prosciolto ai sensi degli artt. 529, 530 e 531 c.p.p., richiama tutte le formule di proscioglimento dibattimentale, sottolineando come questo possa pronunciarsi per qualsiasi causa [33].

Del resto, anche la Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale vigente [34], nell'enunciare la finalità sottesa alla revisione, espressamente evidenziava come «l'art. 623 c.p.p., intitolato "Limiti della revisione", esprime in forma sintetica il risultato potenziale cui deve tendere l'istituto della revisione. È stato adottato il termine "prosciolto" in luogo del riferimento all'assoluzione, perché vi è un rinvio unitario alle disposizioni di legge, che si riferiscono ad ogni forma di proscioglimento: gli artt. 522 (sentenze di non doversi procedere), 523 (sentenza di assoluzione), 524 (dichiarazione di estinzione del reato)». Significativamente, tale indicazione sta a confermare che la finalità della revisione

[28] Il principio è stato elaborato in dottrina proprio rispetto al rimedio della revisione, cfr. G. Leone, *Il mito del giudicato*, cit., p. 197 ss.

[29] Infatti, l'art. 3, l. 12 giugno 2003, n. 134, ha affiancato alle sentenze di condanna e ai decreti penali, le sentenze emesse ai sensi dell'art. 444, comma 2, c.p.p. Tale scelta è stata valutata positivamente da quella parte della dottrina che sottolinea come il nostro sistema lasci ampio spazio ai riti negoziali e, di conseguenza, aumenti il pericolo di errori giudiziari (E. Amodio, *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 705; I. Calamandrei, *Sentenza di patteggiamento e revisione*, in *Giur. it.*, 2005, p. 214). Altra parte della dottrina, invece, ha ritenuto che la scelta fosse criticabile data l'incompatibilità strutturale tra la revisione e la sentenza di patteggiamento, la quale, a causa di un incompleto accertamento, non è realmente equiparabile ad una decisione di condanna (L. Cremonesi, *Patteggiamento "tradizionale" e "allargato", ecco le differenze*, in *Dir. giust.*, 2003, p. 15). Una posizione intermedia, infine, è stata assunta da chi ha criticato l'omessa previsione di una disciplina differenziata per la revisione della sentenza di patteggiamento (A. Scalfati, *Patteggiamento e revisione: tra recupero del giudizio e attriti di sistema*, in F. Peroni (a cura di), *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 51). Ricostruisce i diversi orientamenti M. Gialuz, sub *art. 629*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, II, Milano, Wolters Kluwer, 2017, p. 3590 ss.

[30] Sul punto vi è uniformità in dottrina. Per tutti v. G. Spangher, *Revisione*, cit., p. 132.

[31] Per l'elencazione dei provvedimenti non revisionabili si rinvia a M. Gialuz, sub *art. 629*, cit., p. 3589; E. Jannelli, sub *art. 629*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale,* Torino, Utet, 1991, p. 328; A. Presutti, sub *art. 629*, in G. Conso-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2015, p. 2801.

[32] Testualmente M.R. Marchetti, *La revisione*, cit., p. 431.

[33] Così M. Gialuz, sub *art. 631*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 3621.

[34] Cfr. *Relazione al Progetto preliminare*, in *G.U.*, Suppl. ord. n. 2, 24 ottobre 1988, n. 250, p. 136.

consiste nel verificare se, nel processo cui l'istanza si riferisce, ricorrano o meno i presupposti idonei a fondare una pronuncia di proscioglimento nei confronti del soggetto già condannato.

Ad un'analisi attenta delle numerose pronunce della Suprema Corte che escludono la revisionabilità delle sentenze di proscioglimento si nota, però, una certa pigrizia esegetica: le motivazioni, difatti, sono tutte costruite attorno al perno della tassatività che impone di *default* un'interpretazione restrittiva della disciplina.

Se una simile standardizzazione motivazionale poteva apparire comprensibile in relazione alle pronunce più risalenti, risulta difficile aderirvi acriticamente rispetto alle decisioni più recenti, che invece dovrebbero confrontarsi con quella tendenza al ridimensionamento della "sacralità" del giudicato penale di cui si è dato conto, soprattutto quando si tratta di assicurare, anche successivamente all'irrevocabilità, la tutela dei diritti individuali.

Ed è così che l'appiattimento argomentativo della Corte ha lasciato ampi spazi per l'emersione di un netto *revirement* dei giudici di legittimità [35], che ha messo in discussione la tradizionale stabilità della condanna ai soli effetti civili, valorizzando l'imprescindibile necessità di rimediare anche *post iudicatum* ad un *qualsiasi* effetto pregiudizievole in grado di comprimere le garanzie individuali.

La virata a 360° della V sezione: deviazione isolata o nuova rotta esegetica?

Nell'affermare l'innovativo principio dell'ammissibilità della richiesta di revisione delle sentenze di proscioglimento che contengano statuizioni civili sfavorevoli al prosciolto, la sentenza n. 46707/2016 ha adottato una strategia ben meditata: anziché cimentarsi in uno scontro frontale col principio di tassatività delle impugnazioni, ha proposto una soluzione interpretativa sì innovativa ma ad esso dichiaratamente fedele.

Gli assunti di partenza sono pacificamente condivisi: la disciplina della revisione, quale mezzo di impugnazione straordinario, è sottoposta al principio di tassatività; il rimedio è esperibile per i soli provvedimenti indicati nell'art. 629 c.p.p., di talché le sentenze definitive di proscioglimento "secche" si ritengono non revisionabili.

Considerazioni difformi vengono, invece, formulate in relazione alle pronunce di proscioglimento per estinzione del reato che, disponendo il risarcimento del danno, siano in qualche modo lesive degli interessi dell'imputato.

Ebbene, rispetto a queste ipotesi, la Corte ha proposto un'inedita lettura delle disposizioni interessate, più aderente al dato letterale ma anche sistematicamente coerente.

Innanzitutto, l'art. 629 c.p.p., nell'indicare i provvedimenti soggetti a revisione, fa riferimento soltanto alle sentenze di condanna senza ulteriori specificazioni che ne circoscrivano l'oggetto. L'indeterminatezza della norma permette agevolmente di attrarre nel suo raggio operativo tutte le pronunce di condanna *lato sensu* intese.

E che ci si trovi di fronte ad una sentenza di condanna viene pure confermato dagli artt. 576 e 578 c.p.p. che, come noto, nel prevedere due vistose deroghe al rapporto di accessorietà fra la condanna agli effetti penali e le statuizioni civili, conferiscono a quest'ultime una loro autonomia concettuale rispetto al precedente proscioglimento [36]. In entrambi i casi, evidenziano i giudici della V sezione, l'eventuale statuizione relativa al risarcimento del danno ed alle restituzioni non potrà che essere considerata una "condanna" e, in quanto tale, rientrerà nell'ambito di applicazione dell'art. 629 c.p.p. [37].

---

[35] Il riferimento è a Cass., sez. V, 8 novembre 2016, n. 46707, in *CED Cass*, n. 269939 con note di G.M. Baccari, *Revisione in materia penale. Estinzione del reato per prescrizione. Conferma delle statuizioni civili*, in *Foro it*., 2017, 5, II, p. 303 ss. e di A. Gusmitta, *La Cassazione torna sul tema della stabilità del giudicato penale: ammissibile la richiesta di revisione di sentenza di proscioglimento con condanna ai fini civili*, in *Cass. pen*., 2017, p. 3297 ss. Sulla sentenza, più di recente, si veda G. Stampanoni Bassi, *Sui limiti oggettivi della revisione: tra sentenze "a contenuto pienamente liberatorio" e sentenze di proscioglimento "non pienamente liberatorie"*, *ivi*, 2018, p. 1265 ss.

[36] L'art. 578 c.p.p. consente al giudice dell'impugnazione, chiamato a riformare la condanna dell'imputato per estinzione del reato – nei casi tassativamente ivi previsti di amnistia e prescrizione – di pronunciarsi contestualmente sulla pretesa risarcitoria già accolta, anche se rispetto al solo *an*, nel grado precedente. L'art. 576 c.p.p., poi, legittimando la parte civile ad impugnare in via autonoma rispetto al pubblico ministero i capi della sentenza di proscioglimento inerenti all'azione civile, conferisce al giudice dell'impugnazione il potere di decidere, in maniera del tutto inedita, sulla fondatezza delle pretese del danneggiato, sulla base di un accertamento incidentale della responsabilità dell'imputato per il reato addebitatogli, fermo restando il carattere oramai definitivo del relativo proscioglimento.

[37] A. Gusmitta, *La Cassazione torna sul tema della stabilità del giudicato penale: ammissibile la richiesta di revisione di sentenza di proscioglimento con condanna ai fini civili*, cit., p. 3302.

Del pari indeterminata, secondo la Corte, la formula utilizzata dall'art. 632 c.p.p. che, nell'individuare i soggetti legittimati a proporre la richiesta di revisione, non traccia alcuna distinzione, richiamando genericamente la figura del condannato. E poiché la soccombenza dell'imputato rispetto alle pretese risarcitorie della parte civile postula pur sempre la condanna agli effetti penali e, pertanto, l'accertamento della responsabilità per il fatto addebitatogli, come si ricava agevolmente dagli artt. 538 e 539 c.p.p., non pare revocabile in dubbio che lo stesso sia a tutti gli effetti un "condannato" [38].

Sempre con riferimento alla legittimazione *ex* art. 632 c.p.p., poi, i giudici di legittimità hanno pure sottolineato come appaia arbitraria un'interpretazione che limiti questa qualifica solo a colui che abbia subito una condanna penale e non anche alla persona prosciolta per estinzione del reato, ma condannata in forza dell'azione civile nel processo penale. Se si adottasse questa prospettiva si determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento basata unicamente sul differente tipo di condanna subita dall'imputato, laddove invece l'esser stato convenuto in giudizio tanto sulla base dell'azione penale quanto in forza della azione civile ospitata nel processo penale, «non può che comportare una ontologica identità di diritti processuali» [39].

Seguendo questo *iter*, l'innovativa pronuncia, lungi dal tentare di aggirare il principio di tassatività ne costituirebbe piuttosto una sintesi, posto che è la stessa disciplina positiva, così come (re)interpretata, ad imporre la revisione anche per le condanne ai soli effetti civili [40].

Il merito di questa sentenza, che pure richiama ulteriori argomentazioni letterali a suo sostegno [41], sta nell'aver fornito un'interpretazione "moderna" del fatto processuale idoneo ad ammettere il rimedio straordinario, la cui latitudine viene estesa sino a ricomprendere anche i casi di condanna riguardante le spese civili.

Un'inversione di rotta ritenuta dalla Corte pressoché ineluttabile se si guarda alla mutata concezione della *res iudicata* nel panorama sovranazionale, «non più baluardo predisposto per attuare il *dictum* cognitivo, ma dato terminale flessibile, proteso ad assicurare la giusta soluzione della controversia» [42].

Se, allora, si ammette che il giudicato sia sacrificabile sull'altare delle giustizia concreta, bisognerà – *a fortiori* – ritenerlo recessivo ogni qual volta si discuta della tutela dei diritti e delle garanzie individuali, fra cui rientrano anche gli interessi economici dell'imputato condannato al risarcimento.

Peraltro, a conferire spessore a queste argomentazioni soccorre un orientamento sostenuto da tempo in dottrina, che evidenzia come l'esclusione di tutte le sentenze di proscioglimento dall'ambito di operatività delle revisione possa concretizzare un'irragionevole disparità di trattamento per coloro che, nel ricorrere dei presupposti, avessero interesse a chiedere la revisione di una sentenza di proscioglimento a fronte del residuare di pregiudizi, come nel caso di sentenze con le quali viene applicata una misura di sicurezza o viene concesso il perdono giudiziale [43].

---

[38] G.M. Baccari, *Revisione in materia penale. Estinzione del reato per prescrizione. Conferma delle statuizioni civili*, cit., p. 304.

[39] Cass., sez. un., 21 giugno 2012, n. 28719, in *Foro it*., 2014, II, p. 66 ss. con nota di V. Campilongo, *Ricorso straordinario: la legittimazione del condannato ai soli effetti civili*.

[40] Cass., sez. V, 8 novembre 2016, n. 46707, cit., espressamente sul tema esclude la necessità di «ricorrere all'analogia od evocare la potenziale incoerenza costituzionale del dettato normativo di riferimento per ammettere che la condanna per la responsabilità civile pronunziata nel processo penale sia assoggettabile a revisione secondo le regole del rito penale, atteso che tale eventualità già discende dalla stessa lettera della legge processuale».

[41] Secondo Cass., sez. V, 8 novembre 2016, n. 46707, cit., l'interpretazione restrittiva sposata dal precedente orientamento giurisprudenziale non troverebbe appigli né nell'art. 2, direttiva n. 99, l. n. 81 del 1987, del tutto silente sul punto, né nel fatto che l'art. 629 c.p.p. consenta la revisione anche a pena eseguita o estinta, né, tantomeno, nel richiamo operato dall'art. 631 c.p.p. a tutte le formule di cui agli artt. 529 ss. c.p.p., presupponendo la condanna per la sola responsabilità civile che il proscioglimento dell'imputato sia avvenuto esclusivamente per estinzione del reato *ex* art 531 c.p.p., così residuando, quale possibile esito del giudizio di revisione, il proscioglimento con una delle più favorevoli formule di cui ai due precedenti articoli. Analizza in modo puntuale tutti i passaggi della decisione A. Gusmitta, *La Cassazione torna sul tema della stabilità del giudicato penale: ammissibile la richiesta di revisione di sentenza di proscioglimento con condanna ai fini civili*, cit., p. 3301 ss.

[42] R. Normando, *Le condanne civili statuite nel processo penale non sono impugnabili per revisione*, in *questa Rivista*, 2017, 4, p. 646.

[43] Autorevole dottrina da tempo suggerisce di valutare la revisionabilità di una pronuncia alla luce del suo contenuto (pregiudizievole o meno nei confronti del prosciolto), e non in base al suo essere o meno considerata una sentenza *stricto sensu* di condanna. Tale linea di pensiero muove dal presupposto che all'interno della categoria delle sentenze (apparentemente) escluse dall'ambito di operatività della revisione, ben potrebbero rientrare anche decisioni che, muovendo comunque da un accertamento di responsabilità, presentino un contenuto fortemente pregiudizievole per il prosciolto. Tra queste vi rientrerebbe certamente l'ipotesi in cui, all'esito del giudizio di secondo grado, contestualmente alla dichiarazione di intervenuta prescrizione, vi

La pronuncia, innovativa e con spunti argomentativi pregevoli, ha però inizialmente avuto una scarsa eco nelle aule di piazza Cavour: i giudici di legittimità, infatti, tornando sul tema, hanno seccamente ribadito l'orientamento tradizionale [44], continuando ad esimersi dal confrontarsi con la vera problematica di fondo, ossia la natura della sentenza di proscioglimento con condanna al risarcimento.

GLI SCENARI POSSIBILI DOPO L'APPLICAZIONE DEGLI *ENGEL CRITERIA*

Dalla situazione di sostanziale stallo ermeneutico appena descritta è possibile uscire solo stabilendo in via pregiudiziale cosa debba intendersi per "sentenza di condanna" *ex* art. 629 c.p.p. e per "condannato" *ex* art. 632 c.p.p.

Nel farlo è necessario ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza convenzionale e costituzionale che ha finito per assegnare a questi due concetti un significato ben più ampio di quello strettamente letterale.

Ed infatti i giudici di Strasburgo, sin dagli anni settanta, hanno costantemente ribadito la necessità di un approccio antiformalistico nella materia *de qua*, che verifichi in concreto se una determinata sanzione, qualificata nell'ordinamento interno come amministrativa o civile, abbia caratteristiche tali da risultare intrinsecamente e sostanzialmente penale.

Leading case in materia è rappresentato dalla nota sentenza Engel c. Paesi Bassi del 1976 con cui la Corte europea, disinteressandosi delle nomenclature nazionali, ha analizzato il problema della qualificazione penale sulla base di una propria "interpretazione autentica", che sposta il baricentro cognitivo dalla natura dell'illecito alle sue conseguenze giuridiche, individuando inoltre alcuni indici per orientare la valutazione contenutistica della sanzione [45].

Gli *Engel criteria*, secondo l'insegnamento dei giudici europei, coesistono in un rapporto di alternatività [46] e si identificano nella qualificazione dell'infrazione nel diritto interno, nella sua natura, nello scopo punitivo e nella gravità della sanzione, nelle procedure di adozione ed esecuzione della stessa [47].

Tramite tale approccio si è avuta un'estensione delle diverse declinazioni garantistiche ricavabili dagli artt. 6 e 7 Cedu anche ad illeciti formalmente qualificati come amministrativi, ma contenutisticamente assimilabili ad illeciti penali, con conseguenti riflessi in ambito sanzionatorio [48].

---

sia stata la conferma delle statuizioni civili, comprensiva di condanna alla provvisionale e condanna generica al risarcimento dei danni. Se così è, negare l'estensione dell'operatività della revisione di simili pronunce appare non giustificato sotto il profilo costituzionale (art. 3 Cost.) e comunque non rispondente a considerazioni di equità. In tal senso si veda G. Stampanoni Bassi, *Sui limiti oggettivi della revisione: tra sentenze "a contenuto pienamente liberatorio" e sentenze di proscioglimento "non pienamente liberatorie"*, cit., p. 1273; S. Lonati, *Applicazione dell'art. 587 c.p.p. nel giudizio di revisione e riassunzione della qualità di imputato (un aspetto particolare del "caso Sofri")*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3144; R. Normando, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, cit., p. 105; G. Spangher, *Revisione*, cit., p. 133. Questa posizione è condivisa anche da M. D'Orazi, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova, Cedam, 1999, p. 500; N. Zappalà, *Sull'applicabilità della disciplina della revisione alla sentenza istruttoria di proscioglimento con formula non pienamente liberatoria*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 2066.

[44] Cass., sez. II, 19 gennaio 2017, n. 2656, cit., su cui R. Normando, *Le condanne civili statuite nel processo penale non sono impugnabili per revisione*, cit., p. 642 ss.

[45] Corte e.d.u., 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, su cui v. *amplius* E. Marzaduri, *Processo penale e processo disciplinare: giurisprudenza "europea" e prospettive per la legislazione interna italiana*, in M. Cappelletti-A. Pizzorusso (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 591 ss. Successivamente, in senso conforme, Corte e.d.u., 21 febbraio 1984, Ozteirk c. Germania con nota di C.E. Palliero, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" ad una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.

[46] In questo senso Corte e.d.u., 25 agosto 1987, Lutz c. Germania; Corte e.d.u., 24 settembre 1997, Garyfallou Aebe c. Grecia; Corte e.d.u., 2 settembre 1998, Lauko c. Slovacchia; Corte e.d.u., 23 luglio 2002, Janosevic c. Svezia; Corte e.d.u., 9 ottobre 2003, Ezeh e Connors c. Regno Unito.

[47] Per una ricostruzione dei criteri impiegati dalla Corte europea v. V. Manes, sub *art. 7*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012, p. 259 ss.

[48] Essenzialmente tre le aree di impatto della giurisprudenza europea. La prima attiene alla confisca urbanistica, tema su cui si sono espresse, *ex multis,* Corte e.d.u., 20 gennaio 2009, Sud Fondi srl e altri c. Italia con nota di A. Balsamo, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in *Cass. pen.,* 2008, p. 3504 ss.; Corte e.d.u., 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, commentata da Id., *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, *ivi*, 2014, p. 1392 ss. Un altro settore "attenzionato" dalla Corte europea è quello del *markete abuse* su cui, per tutte, Corte e.d.u., Grande Camera, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia annotata da F. Viganò, *Doppio binario sanzionatorio e* ne bis in idem*: verso una diretta applicazione dell'art.*

Anche la giurisprudenza costituzionale, nel porsi in chiara ed esplicita linea di continuità con quella europea, ha adottato una nozione di sentenza di condanna ben più ampia di quella meramente formale, giungendo a ritenere che il sintagma vada inteso, al di là del dato letterale, in senso sostanziale e cioè come una pronuncia a seguito della quale sia inflitta all'imputato una sanzione da cui derivi un significativo pregiudizio sia di ordine morale che giuridico [49].

Questo approccio antiformalistico è poi penetrato anche nella giurisprudenza di legittimità che, in relazione alle sentenze di condanna, ha precisato come occorra verificarne in concreto la natura, guardando all'ambito applicativo della sanzione – che deve essere generale, e non limitato agli appartenenti ad un ordinamento particolare – e agli scopi (di tipo punitivo e deterrente, e non meramente riparatorio o preventivo) per i quali è prevista [50].

In questo mutato contesto, va ad inserirsi una recente sentenza della Corte di legittimità [51], che è tornata sul tema che qui occupa, e che merita di essere evidenziata non già per le sue conclusioni– che, come si vedrà, ricalcano l'orientamento maggioritario – quanto per l'i*ter* argomentativo sviluppato che, abbandonando quell'arida autoreferenzialità che aveva caratterizzato i precedenti in materia, si apre a considerazioni di sistema che involgono il nuovo orizzonte assiologico sovranazionale.

Il sillogismo giudiziario è piuttosto chiaro: la premessa maggiore è che per verificare se una sanzione è sostanzialmente penale bisogna guardare (anche) alla sua funzione secondo i criteri di Engel; la premessa minore, invece, è che il risarcimento del danno abbia natura tradizionalmente riparatoria e non punitivo-deterrente. La logica conclusione è che la sentenza di proscioglimento con condanna al risarcimento non possa essere considerata una sentenza di condanna e, dunque, non sia revisionabile.

Pur nell'apprezzabile tentativo di risolvere la *quaestio* di specie attraverso l'applicazione rigorosa degli *Engel criteria*, il risultato ottenuto potrebbe, però, rivelarsi un "falso negativo".

Ad essere incerta è la premessa minore su cui si basa quel sillogismo motivazionale che – troppo frettolosamente – conclude per la tradizionale funzione riparatoria – e non punitiva – del risarcimento, senza tuttavia considerare la poliedrica "spendibilità" che ormai caratterizza gli obblighi risarcitori.

Il tema meriterebbe un'attenzione maggiore di quella che gli si può riservare in questa sede, tuttavia un rapido accenno alla *querelle* basterà ad insinuare un dubbio sull'effettiva stabilità dell'epilogo argomentativo della Corte.

Che il risarcimento del danno in favore della parte civile stia cambiando pelle è ormai un dato acquisito al dibattito scientifico, e da tempo. Alla storica teoria monofunzionale, che guarda all'istituto in funzione esclusivamente compensativo-riparatoria [52], si sta via via affiancando una nuova concezione pluralista, che lo proietta verso il terreno della prevenzione e della repressione.

Esistono ormai svariati indici sintomatici di questa nuova tendenza. Si pensi, sul terreno della pre-

50 della Carta?, in *Dir. pen. cont*., 2014, 3-4, p. 221 ss. Infine, l'ultima area interessata è quella del diritto penale tributario, su cui è intervenuta C. giust. CE, 5 aprile 2017, Orsi e Baldetti con commento a prima lettura di M. Scoletta, Ne bis in idem *e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il rappresentante legale per lo stesso fatto*, *ivi,* 2017, 4, p. 333 ss. Il dibattito sugli effettivi confini della "materia penale" nella giurisprudenza Cedu è ormai pluridecennale e ancora lontano dall'essersi concluso: v. per tutti G. Ubertis, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 210 ss.

[49] C. cost., sent. 4 aprile 2008, n. 85, in *Giur. cost.,* 2008, p. 1032 le cui argomentazioni vengono poi riprese da C. cost., sent. 24 luglio 2009, n. 239, *ivi*, 2009, p. 3004 ss. e da C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2015 con note di F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione* e di M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*. Sulla pronuncia si veda anche A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Dir. pen. cont*., 2015, 2, p. 325 ss.

[50] Cass., sez. un., 21 luglio 2015, n. 31617, in *CED Cass*., n. 264434, con la quale le Sezioni Unite hanno stabilito, proprio recependo il concetto di pronuncia avente carattere sostanziale di condanna, che «il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può disporre, a norma dell'art. 240, comma secondo, n. 1 c.p., la confisca del prezzo e, ai sensi dell'art. 322 *ter* c.p., la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna e l'accertamento relativo alla sussistenza del reato». Sulla pronuncia v. F. Lumino, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, in *Cass. pen*., 2016, p. 1362 ss.; S. Melodia, *Prescrizione del reato e confisca: il "nodo" dell'accertamento processuale,* in *Arch. n. proc. pen*., 2016, p. 398 ss.

[51] Cass., sez. II, 28 novembre 2017, n. 53678, cit.

[52] Su cui, per tutti, T. Padovani, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 370. In tema anche M. Romano, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1993, p. 876. Si veda inoltre D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 552 ss. In giurisprudenza v. Cass.,sez. VI, 21 gennaio 1992, n. 2521, in *Cass. pen*., 1992, p. 2376.

venzione, alle ipotesi ormai numerose in cui l'adempimento di obblighi risarcitori, riparatori e restitutori in favore della vittima ha natura prettamente premiale, condizionando, di fatto, la concessione al reo di benefici variamente intesi [53].

L'estinzione del reato per condotte riparatorie *ex* art. 162-*ter* c.p., di recente introduzione, costituisce solo l'ultimo esempio delle nuove possibilità applicative del risarcimento in senso special-preventivo [54].

Ma la valorizzazione dell'istituto, in ambito penale, sembra spingere verso un orizzonte addirittura più ampio di quello già positivizzato e questa "pressione" si avverte in particolare sul terreno della repressione.

Alla visione "statica" di un diritto penale ancorato a «tipologie sanzionatorie precostituite» [55], che ritiene inaccettabile la tesi del risarcimento come terzo binario punitivo [56], si va affermando una tendenza più "dinamica" che, pur non riconoscendo (ancora) espressamente al risarcimento natura di sanzione penale, lo interpreta di fatto come tale [57].

La riscoperta della vittima all'interno del paradigma criminale, unitamente alla crisi della retribuzione a favore della funzione preventiva della pena hanno portato a rivalutare l'istituto del risarcimento del danno, individuando in esso possibili effetti penalistici e financo una sorta di sanzione sostitutiva della pena [58].

Sono sempre più numerose le voci che, evidenziando la natura comunque afflittiva della prestazione pecuniaria in favore del danneggiato, tentano di valorizzarne la vocazione punitiva con la conseguenza di giungere a configurarla come «sanzione autonoma nella quale convivono elementi di ordine civilistico e penalistico» [59], che può porsi in funzione sussidiaria rispetto alla pena e alle misure di sicurezza [60]. Per questa via la disciplina del risarcimento verrebbe attratta nel codice penale, abbandonando la sua tradizionale *sedes materiae* [61].

---

[53] Si pensi – in termini meramente esemplificativi – alla circostanza attenuante del ravvedimento operoso, prevista dall'art. 62, n. 6, c.p.; alla concessione della sospensione condizionale della pena, che può e, in alcuni casi, deve essere subordinata all'adempimento di simili obblighi da parte del condannato (art. 165 c.p.); alla possibilità di essere ammesso all'oblazione speciale (art. 162-*bis* c.p.), che viene meno in caso di mancata (possibile) eliminazione, ad opera del contravventore, delle conseguenze dannose o pericolose del reato; come pure alla liberazione condizionale (art. 176 c.p.) ed alla riabilitazione (art. 179 c.p.), vincolate all'adempimento delle obbligazioni civili nascenti dal reato. Senza trascurare che, in sede di commisurazione della pena da infliggere in concreto, il giudice, nel valutare la «capacità a delinquere del colpevole», deve tener conto anche della condotta del reo susseguente al reato (art. 133, comma 2, n. 3, c.p.), verosimilmente comprensiva dell'avvenuta riparazione del danno. Su questa connotazione premiale si rinvia per un'elencazione esaustiva a M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene, 2015, p. 269 ss.

[54] Introdotto dalla l. 23 giugno 2017, n. 103, su cui E. Mattevi, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, cit., p. 21 ss.; O. Murro, *La riparazione del danno come causa di estinzione del reato*, in G. Spangher (a cura di), *La Riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, cit., p. 47 ss.

[55] F. Bricola, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 316.

[56] Di questo avviso, *ex multis*, D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 435; Id., *Profili problematici del risarcimento e della riparazione come strumenti penalistici "alternativi"*, in E. Venafro-C. Piemontese (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 149; M. Romano, *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile, diritto penale*, cit., p. 875 ss.

[57] Su questo *trend*, emerso ormai da qualche decennio, v. L. Ferrajoli, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 519; D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 552.

[58] A. Manna, *Risarcimento del danno, offensività ed irrilevanza penale del fatto: rapporti ed intersezioni*, in *Crit. dir.*, 2001, p. 382; Id., *Risarcimento del danno*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale*, III, Torino, Utet, 2014, p. 386 ss.

[59] Come autorevolmente proposto da C. Roxin, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 5 ss., che riesce a superare la rigida separazione tra diritto civile e diritto penale, valorizzando la possibilità che il risarcimento produca effetti nel segno della prevenzione generale e di quella speciale, che rappresentano l'unico fine razionale della pena in un diritto penale moderno.

[60] Cfr. ancora C. Roxin, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., pp. 21-22, secondo cui il risarcimento «potrebbe sostituire la pena o, integrandola, mitigarla nei casi in cui corrisponda ai fini di quest'ultima ed alle necessità della vittima allo stesso modo ovvero meglio di una pena assolutamente intangibile».

[61] Questa nuova tendenza viene analizzata da A. Manna, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2015, p. 743 ss., che sottolinea come, partendo da una concezione "classica" del diritto penale, fedele al brocardo *ob malum actionis, malum passionis*, il risarcimento non possa essere affiancato alla pena vera e propria; se, però, si accede ad una nuova prospettiva in cui la pena perde il suo carattere retributivo per assumere legittimazione in un'ottica generale e special-preventiva, il risarcimento può emanciparsi a sanzione autonoma.

La tesi, che a livello nazionale potrebbe apparire quasi eversiva, trova in realtà autorevoli appigli nella dottrina tedesca [62], che ormai da tempo individua una componente penalistica nel risarcimento, ritenuto uno strumento più duttile in grado di assolvere ai moderni scopi della pena [63].

Senza dubbio le proposte per una differente sistemazione dell'istituto all'interno del sistema penale incontrano seri ostacoli sul piano dogmatico, dischiudendo scenari preoccupanti soprattutto sotto il profilo del rispetto del principio di legalità che, com'è noto, pretende che la pena venga predeterminata *ex lege* [64]. Il rischio paventato, più nel dettaglio, è che la creazione di un *tertium genus* costituisca una via surrettizia attraverso cui immettere nel sistema una pena ibrida, svincolata dal contesto civilistico e che opera come una sanzione penale, pur senza averne le caratteristiche e senza dover soggiacere ai vincoli costituzionali in materia [65].

Taluni superano queste perplessità evidenziando come il principio di legalità abbia subito negli anni uno svuotamento attesa l'incapacità della pena astrattamente posta a dare attuazione alla funzione risocializzante che la Costituzione le riconosce [66]. Si sostiene, in altre parole, che il tradizionale doppio binario pene/misure di sicurezze non sia più idoneo a descrivere tutte le soluzioni sanzionatorie possibili in relazione alla specificità del fatto concreto; di qui, la necessità di ampliare il catalogo delle sanzioni oltre gli stretti confini posti dall'art. 25 Cost. sino a ricomprendere anche il risarcimento.

Ma pur a voler rifuggire da posizioni così nette, ritenendo – al contrario – intangibile il dogma del risarcimento in funzione riparatoria e continuando a rinviare per la sua disciplina al codice civile, va dato atto che anche quest'area da tempo è attraversata da una riflessione "moderna" sulla responsabilità civile, che sempre più va assumendo una nuova coloritura sanzionatoria [67].

Questi moniti, a lungo disattesi [68], sono stati accolti di recente anche dalla giurisprudenza di legittimità, che gradualmente è giunta ad ammettere la compatibilità fra la funzione punitiva del risarcimento del danno e i principi generali del nostro ordinamento [69]. Basterà qui richiamare la sentenza delle Sezioni Unite del 2017 in tema di *punitive damages* per leggere espressamente come l'istituto aquiliano, pur

---

[62] C. Roxin, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., p. 3 ss.; Id., *La posizione della vittima nel diritto penale*, in *Ind. pen*., 1989, p. 10.

[63] Sui diversi orientamenti nella letteratura scientifica tedesca v. A. Manna, *La vittima del reato: "*à la recherche*" di un difficile modello dialogico nel sistema penale,* in E. Dolcini-C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 990 ss.; M. Romano, *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile, diritto penale*, cit., p. 872 ss.

[64] Secondo M. Romano, *Risarcimento del danno da reato. Diritto civile, diritto penale*, cit., pp. 877-878, potrebbero configurarsi dei profili di criticità rispetto al principio di uguaglianza (declinato come parità di trattamento fra abbienti e non abbienti) e con il principio di rieducazione della pena (da intendersi come perdita di *chances* per un concreto reinserimento). In realtà – precisa l'Autore – queste perplessità sono facilmente superabili; il vero ostacolo – conclude – risiede nel limite del *nulla poena sine lege*. In argomento v. anche M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., p. 275.

[65] Di qui, l'icastica espressione utilizzata da D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, cit., p. 28 e p. 533, di «sanzione occulta».

[66] A. Manna, *La vittima del reato: "*à la recherche*" di un difficile modello dialogico nel sistema penale,* cit., p. 983 ss.

[67] Sulla polifunzionalità della responsabilità civile, *ex multis,* G. Alpa, *La responsabilità civile. Principi*, Torino, Utet, 2010; Id., *Gli incerti confini della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev*., 2006, p. 1805 ss.; F.D. Busnelli; *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, in P. Sirena (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei* Principles of European Tort Law, Milano, Giuffrè, 2011, p. 37 ss.; P. Pardolesi, *La Cassazione, i danni punitivi e la natura polifunzionale della responsabilità civile: il triangolo no!*, in *Corr. giur*., 2012, p. 1068 ss.; P. Perlingeri, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ*., 2011, p. 119 ss.; G. Ponzanelli, *Nota a Cass. n. 19 gennaio 2007, n. 1183*, in *Foro it*., 2007, I, p. 1460, per il quale la responsabilità civile è destinata «a non essere più mera riparazione, ma a svolgere anche una funzione di generale prevenzione nei confronti dei fatti illeciti». Per una prospettiva penalistica si rinvia a F. Bricola, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in F.D. Busnelli-G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 28, secondo cui esiste «nell'ambito del settore di tutela definito da regole finalizzate *lato sensu* alla riparazione dei danni, spazi per l'uso di tecniche sanzionatorie in senso proprio, aventi funzione di prevenzione e di repressione-punizione».

[68] Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781, in *CED Cass.*, n. 621332: «Nel vigente ordinamento, il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive – restando estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile». Conf., Cass. civ., sez. II, 12 giugno 2008, n. 15814, *ivi*, n. 604086; Cass. civ., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, *ivi*, n. 596200.

[69] Cass. civ., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, in *CED Cass.*, n. 635451, che – in tema di responsabilità degli amministratori di una società – ha evidenziato come la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non sia più «incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, come una volta si riteneva, giacché negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato *lato sensu* sanzionatorio al risarcimento».

non avendo mutato la sua essenza, presenta oggi un'innegabile «curvatura deterrente/sanzionatoria» [70].

In sostanza, a qualsiasi percorso ermeneutico si voglia accedere, ciascuna traiettoria passa attraverso un unico punto di convergenza: l'afflittività intrinseca del risarcimento.

Ebbene, alla luce di questo nuovo *esprit du temps*, che vede l'area penalistica attrarre il risarcimento e quella civilistica spingerlo verso nuove frontiere, può davvero darsi per scontata la funzione meramente riparatoria degli obblighi risarcitori?

La pur insoddisfacente risposta offerta dalla sentenza n. 53678/2017, non oscura il pregevole *iter* argomentativo della pronuncia che, nel richiamare gli *Engel criteria*, ha fornito indicazioni metodologiche innovative per risolvere la questione della natura della sentenza di proscioglimento con condanna al risarcimento e della sua revisionabilità.

Di questi suggerimenti ha fatto sapiente uso la giurisprudenza successiva [71] che, nuovamente interrogata sul punto, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, alla ricerca di un principio di diritto stabile e capace di fugare ogni dubbio futuro.

La Corte, nella sua più autorevole composizione, ha rovesciato l'orientamento *in auge*, ritenendo revisionabili le sentenze che, nel dichiarare prescritto il reato, abbiano comunque confermato il risarcimento in favore della parte civile, chiarendo così una volta per tutte la natura sostanzialmente pregiudizievole di simile pronunce [72].

La decisione segna l'epilogo di un dibattito pluridecennale, riconoscendo alle «sentenze di proscioglimento apparente» [73] il diritto di cittadinanza all'interno del sistema e riscoprendo la finalità più intima dell'istituto della revisione.

[70] Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *CED Cass.*, n. 644914: «Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subìto la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile». Sulla pronuncia, *ex multis,* G. Corsi, *Le Sezioni Unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di* "punitive damages", in *Danno resp.*, 2017, 4, p. 429 ss.; M. Grondona, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e* punitive damages, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 10, p. 1392 ss.; A. Palmieri-R. Pardolesi, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, 9, I, p. 2613 ss.; E. Sacchettini, *Una bizzarra categoria di danni estranea al sistema*, in *Guida dir.*, 2017, 33, p. 40 ss.

[71] Il riferimento è a Cass., sez. IV, ord. 15 giugno 2018, n. 27539, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 22 giugno 2018.

[72] Cass., sez. un., c.c. 25 ottobre 2018, Pres. Carcano, Rel. Beltrani, ric. Milanesi, cit. Per leggere il percorso argomentativo della sentenza bisognerà attendere il deposito delle motivazioni.

[73] M. La Rocca, *Sentenze di proscioglimento apparente e revisione*, in *Foro it.*, 1960, 83, VIII, p. 251.

ROSANNA GAMBINI

Professore ordinario di Procedura penale – Università degli Studi di Torino

L'autodifesa esclusiva nel processo penale statunitense
Self Representation in American Criminal Trials

L'autodifesa esclusiva, praticata già in epoca coloniale, e riconosciuta dalla Corte suprema come diritto di rango costituzionale nel 1975, è una presenza tuttora visibile negli USA, principalmente, per ragioni ideologiche e socio-economiche, non ostante la sua ammissibilità di modello di difesa alternativo alla difesa tecnica abbia dato e dia luogo a molteplici problemi in termini di correttezza processuale e di uguaglianza di trattamento che, purtroppo, l'innesto del difensore di sostegno, a fianco dell'autodifeso, non è stato in grado di superare.

Pro se representation or pro se defense, well known, since the time of the british colonies, and recognized by the U.S. Supreme court, as a constitutional right in 1975, is still alive in the USA, dependent on many fact or, especially, on ideological or socio-economic ones. Nonetheless it created and ever does serious problems in fairness and discrepancies in equality, if unsolved or not conveniently solved through the appointment of a stand by counsel to guide the accused and assure a fair trial, then the status quo ante *remains.*

USA: LA *PRO SE DEFENSE*, DIRITTO INDIVIDUALE O FINZIONE DEL SISTEMA?

Presso di noi, l'adesione al principio della irrinunciabilità della difesa tecnica nel processo penale, in assenza di una norma *ad hoc* che l'autorizzi, ancora ribadito dal giudice di legittimità [1], ha eretto una barriera, pressoché impenetrabile, all'ingresso dell'autodifesa esclusiva.

Non così negli USA, dove, anche per l'influenza del *common law*, la sua legittimità e la sua valenza di modello alternativo alla *full representation* del difensore, hanno trovato, fin da subito, ampio riconoscimento nelle legislazioni degli Stati e della federazione.

Va da sé, d'altro canto, che quando si assume la libertà di ognuno, quale valore paradigmatico e connotativo del sistema giuridico e sociale, risulta oltremodo agevole ammettere che qualsiasi diritto riconosciuto, qualsivoglia garanzia, pur se di rango costituzionale, siano liberamente rinunciabili da parte di colui che ne ha la disponibilità (*standing)*, senza doversi considerare la gravità del reato o la severità della pena [2].

Ma, né il richiamo ai valori fondativi o alla tradizione di *common law* [3] – che valgono, semmai, a giustificarne la genesi – né il *favor*, a suo tempo, ostentato dalla Corte suprema [4], bastano a spiegare il persistere, in quell'universo processuale [5], di un fenomeno che attraversa, trasversalmente, sia la giustizia civile che quella penale.

[1] Cass., sez. II, 2 ottobre 2013, n. 40715, in *Proc. pen. giust*., 2014, p. 68 ss.

[2] Così, *ex pluribus*, People v. Joseph, 34 Cal.3d 936, 939, 671 P.2d 843, 844, 196 Cal. Rptr. 339, 340 (1983).

[3] La *defense in person*, ammessa molto presto nell'ordinamento inglese, dove, per lungo tempo, ha rappresentato la sola forma di difesa, è stata, dopo la formazione degli Stati americani, inserita in molte legislazioni statali oltre che in quella federale.

[4] In Faretta v. California, 422 U.S. 806 (1975), sopravanzando l'ostilità del Chief Justice Burger e dei giudici minoritari, il diritto alla *pro se defense*, da diritto comune assurge al rango di garanzia costituzionale, scaturente anch'esso dal VI emendamento del *Bill of Rights*. Tuttavia, se deve riconoscersi una maggior risolutezza espressiva ai Giudici di Faretta, non si tratta di un *novum*, giacché, già prima, la Corte suprema in Adams v. United States ex rel. Mc Cann, 317 U. S. 269 (1942), aveva affermato che "*(T)he Constitution does not force a lawyer upon a defendant … He may waive his Constitutional right to assistance of counsel if he knows what he is doing and his choice is made with open eyes*", mentre in Carter v. Illinois, 329 U.S. 173, 174 (1946) che «*(N)either the historic conception of Due process nor the vitality it derives from progressive standard of justice denies a person the right to defend himself*». In tema, v. D. Schneider, *The Right to Appear Pro Se: Developments in The Law*, in 59 *Nebraska L. Rev*., 135 (1980) e gli Autori citati alla nota 7.

[5] Si calcola che, a livello federale, l'autodifesa di almeno una delle parti intervenga all'incirca nel 27% delle *civil actions*, spe-

Si è così appurato [6] che la sua visibile insistenza, nel corso del tempo, si deve a molteplici ragioni ed esprime esigenze tra loro diverse: che talvolta, come nei casi di matrice ideologica o politica, il rifiuto all'ausilio difensivo origina dal disconoscimento dello Stato e di qualunque propaggine dell'autorità statuale [7], talaltra da una percezione ottimistica delle *chances* di assoluzione [8] o per una sopravvalutazione delle proprie capacità argomentative; che, più spesso, però, l'assenza del difensore dal processo o la rinuncia ad esso si legano allo *status* finanziario del *defendant* [9] e, in concreto, discendono da un servizio pubblico di difesa del tutto insufficiente e, per lo più, inadeguato [10].

A farne le spese è, soprattutto, quella fascia di popolazione, che, per reddito familiare o *pro capite,* non può considerarsi abbiente, ma che, trovandosi poco al di sopra della *poverty line* [11], viene, in automatico, estromessa dal servizio di *legal aid*.

Ma per i *near poverty* [12] che, per quanto detto, non rientrano tra gli eligibili al servizio [13], l'ammontare della spesa per ragioni di difesa [14] – quale che sia l'esito del processo [15] – si traduce in un onere difficilmente sopportabile o in una perdita finanziaria secca.

Ma, paradossalmente, a soffrirne, sono, altresì, gli indigenti che, sebbene in possesso dei requisiti per venirvi inclusi, sovente, ne disdegnano le provvidenze, per un diffuso senso di sfiducia o disistima nei confronti di legali (*public defenders* o *private lawyers*), non scelti, ma nominati officiosamente dal giudice [16].

Del resto, chi conosca la realtà difensiva statunitense, non ha difficoltà a riconoscere che gli uni e gli altri, sebbene per *input* diversi, sono ben lungi dal fornire al *poor people* un'assistenza in giudizio davvero soddisfacente [17].

Non i *private lawyers*, che, essendo principalmente interessati a massimizzare i loro profitti, si orientano verso casi più vantaggiosi per loro e, quindi, scelgono, in termini egoistici, di *to lose quickly*, anziché perse-

---

cie ove si tratti di controversie di modesto valore economico (*small claims)*, mentre il tasso oscilla tra lo 0,3 e lo 0,5% nei *criminal trials*.

[6] Per brevi cenni, v. S. Zamir, Pro Se *Representation: The Good, The Bad and the Ugly of Presenting Yourself in Courts*, *www criminal lawyersinhouston* e, più diffusamente, nella dottrina meno recente, ma *evergreen*, S. Brick, *Self Representation in Criminal Trials: The Dilemma of the Pro Se Defendant,* 59 *Cal. L. Rev*., 1479 (1971), p.1498 ss.; J. Pearson, *Mandatory Advisory Counsel for Pro Se Defendants: Maintaining Fairness in Criminal Trials*, 72 *Cal. L. Rev*., 697 (1984), p. 712.

[7] Il riferimento va, oltre che ai casi di "autodifesa anarchica", propriamente detta, a tutte le ipotesi, comunque, espressive di *ideological defense*. Al riguardo, v. E. Hashimoto, *Defending the Right to Self Representation: An Empirical Look at the Pro Se Felony Defendant*, 85 *North Carolina L. Rev*. 423 (2007), pp. 429-30.

[8] Va da sé, infatti, che quanto più l'imputato ritiene improbabile la condanna tanto più forte sarà la percezione dei costi per spese di giustizia, e tanto maggiore la propensione ad evitarsi un esborso di denaro che considera inutile.

[9] Così D. Owens, *The Reality of Pro Se Representation*, 82 *Miss. L. Jou.*, 147 (2013), p. 152, secondo cui lo stato di indigenza continua ad essere «*the biggest culprit in the lack of access to justice*».

[10] J. Paroni Rumi, *Il problema dell'autodifesa nel processo penale anglo-americano*, in, V. Grevi (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, Zanichelli, 1977, p .107.

[11] Negli USA, la "linea della povertà", assunta a ideale spartiacque tra ricchi e poveri, varia da circa 11000 $, per un gruppo familiare composto da due persone, a circa 23.000 $, per una famiglia di quattro.

[12] Lo *status* di *near poverty*, per tali si intendono i *Low Income Tax Payers* che vivono "*paycheck to paycheck*", riguarderebbe almeno 100 milioni della popolazione statunitense.

[13] Per un'idea più precisa del numero degli eligibili al *legal aid*, si vedano i dati rilevati dal U.S. Census Bureau, nel 2016, dai quali risulta che circa 43.1 milioni di cittadini americani ovvero il 12.7% vivono in povertà e tra costoro 18.5 milioni, in condizioni di *deep poverty*.

[14] Si consideri, per visualizzare il fenomeno da un punta di vista quantitativo, che i costi dell'assistenza difensiva, allorché si tratti di un reato di *felony,* differiscono enormemente da Stato a Stato, e da Stato a federazione, a seconda del percorso prescelto: si va da qualche centinaia di dollari, se l'imputato opta per le procedure economiche (tali il *plea bargain* e il *guilty plea*), a parecchie migliaia per una difesa nel *trial by jury*.

[15] Non senza ragione, già negli anni settanta del secolo scorso, si era caldeggiata l'introduzione di meccanismi compensativi che assegnassero all'imputato, riconosciuto *not guilty,* il diritto ad essere risarcito delle spese sostenute, e ragionevolmente necessarie, a fini difensivi. In tal senso, si era espresso R. Lovell, *The Case for Reimbursing Court Cost and a Reasonable Attorney Fee to the Non-Indigent Defendant upon Acquittal*, 49 *Nebraska L. Rev*., 515 (1970), pp. 515, 16.

[16] A conferma, di quanto detto nel testo, si vedano le cifre raccolte dalla prestigiosa American Bar Association, secondo cui circa il 45% degli assistiti, tramite il servizio di difesa pubblica, manifesta il convincimento che gli avvocati, scelti con il sistema dell'*appointment*, siano più propensi ad instaurare una *good working relationship* con giudici e *prosecutors* che a garantire loro una difesa *partisan* ed *efficient*.

[17] V., specialmente, V. Berger, *The Supreme Court and Defense Counsel: Old Roads, New Paths – A Dead End?,* in 86 *Colum. L. Rev.* 9 (1986).

guire ogni possibile difesa. Ma nemmeno i difensori pubblici, stipendiati dallo Stato, che, un po' per l'effetto della *routine*, un po' perché gravati da una mole enorme di difese, a fronte di risorse dell'ufficio, quasi sempre, insufficienti, sembrano poco inclini a dedicare troppo tempo all'assistito [18].

Forse, però, ad incrinare la comunione di interessi tra difeso e difensore officioso non contribuiscono solo gli egoismi della classe forense, o le insufficienze del *public legal aid*, bensì è anche la logica complessiva di un *court system*, nel quale accusa, difesa e giudice agiscono in modo ravvicinato e collaborativo, non ostante sia chiaro che, ogni qual volta tali forme cooperative prendono il posto della necessaria contrapposizione dialettica, si finisce per introdurre storture e gravi compromissioni per la tutela dell'imputato [19].

Con il che prende corpo e si rafforza l'impressione che dietro molte delle ipotesi, sbrigativamente, classificate di autodifesa esclusiva, si nascondano, piuttosto, casi di denegata difesa.

Di certo, ove si fosse proceduto ad una disamina, meno superficiale, delle ragioni sottostanti ai casi di *pro se defense* [20], si sarebbe evitata una sottovalutazione dei costi, e dei guasti, i quali non si riversano solo sul singolo imputato, ma si ripercuotono, in egual misura, su interessi più generali ed indisponibili, mettendo a rischio la correttezza e l'equità del sistema [21].

Mentre, se si fossero operati i correttivi indispensabili a garantire il buon funzionamento del servizio pubblico di difesa, soprattutto rimediando alle troppe rigidità e alle molte carenze di fondi e personale che, senza soluzione di continuità, ancora lo denotano in vaste aree del paese [22], forse, il ricorso alla difesa *pro se*, per il *poor people* e per i *near poverty*, sarebbe stato più contenuto.

Waiver doctrine e rinuncia al difensore

Purtroppo, nell'affrontare il tema, ben poca attenzione vi ha dedicato il giudiziario statunitense, il quale, ancora una volta, si è mostrato incapace di cogliere i riflessi condizionanti che le sperequazioni socio-economiche introducono nel processo e, quindi, di riconoscere che il *criminal justice system* non funziona per tutti allo stesso modo.

Nell'ottica, talvolta, miope delle Corti, lo *status* finanziario dell'imputato non rileva, e nemmeno rilevano l'inefficienza o l'insufficienza del sistema-difesa. Ciò che conta, alla fine, e consente al giudice di validare o no la rinuncia al difensore, sono solo la "conoscenza" dei *sequitur* e la "intenzionalità" manifestate dal rinunciante.

Pertanto, se l'imputato è stato adeguatamente informato dei suoi diritti, ammonito degli svantaggi derivanti dalla *self representation* e degli effetti negativi scaturenti dalla sua scelta, in caso di condanna, è, per ciò stesso, ritenuto consapevole. Mentre, se non è etero diretto o, peggio, costretto con violenza, minacce o blandizie, la rinuncia è volontaria, ed il giudice la avalla, tenendo conto di taluni fattori soggettivi, quali *background*, età, condizioni mentali, esperienze pregresse [23], il cui apprezzamento congiunto dovrebbe assicurare un esito di maggiore ponderatezza.

Ma, ammesso e concesso che, alla luce dei principi fondativi dell'ordinamento, l'imputato vanti il diritto di decidere se difendersi di persona, purché sia in grado di rinunciare "consapevolmente e volontariamente" al suo diritto al difensore, mi chiedo, e la domanda è puramente retorica, come si possano trascurare profili, quali la capacità del soggetto di organizzare per sé una difesa adeguata, di avere familiarità con le norme sostanziali o procedurali o cognizione dei tecnicismi processuali [24], alla cui osser-

[18] Cfr. A. Bowen Pouling, *The Role of Stand by Counsel in Criminal Cases: In the Twilight Zone of the Criminal Justice System*, 75 *Ny. U.L. Rev.*, 676 (2000), p. 680.

[19] Così, A. Blumberg, *The Practice of Lawyers as a Confidence Game: Organization, Cooperation of a Profession*, 1 *Law & Soc.y Rev.*,15 (1967), p. 39.

[20] Per un invito ad approfondire il *trend* e le cause del fenomeno, nei *federal court pro se cases*, v. J. Goldschmidt & D. Stemen, *Patterns and Trends in Federal Pro Se Defense*, 1996-2011: *An Exploratory Study*, in *8 Federal Courts L. Rev.*, 82 (2015), p. 110.

[21] V. J. Pearson, *Mandatory Advisory Counsel for Pro Se Defendants*, cit., pp. 697, 700, 709, 710.

[22] In negativo, primeggiano gli Stati del Texas e della Georgia. Per cenni, v. J. Goldschmidt & D. Stemen, *Patterns and Trends in Federal Pro Se Defense*, 1996-2011 cit., pp.107-08, note 68, 69.

[23] Così la Corte suprema in Von Moltke v. Gillies, 332 U.S. 708 (1948).

[24] Sorprendentemente, anche per la Corte di Washington, ferma ai criteri, a suo tempo, enunciati in Dusky v. United States, 362 U.S. 402 (1960), ovvero di possedere "*a sufficient present ability*" di consultarsi con il difensore e "*a rational as well as factual*

vanza, peraltro, il *self defendant* è tenuto, perché l'ignoranza della legge non lo scusa [25]?

Tutti profili di sicura rilevanza e decisività che, se presi in seria considerazione, a mio avviso, dovrebbero, nella maggior parte dei casi, indurre il giudice a considerare *unfair* la richiesta di autodifendersi e, di converso, a respingerla.

Il fatto poi che il togato si rifiuti di accoglierla, presenti certe condizioni, così quando la richiesta non sia tempestivamente interposta [26] o che la annulli in casi di *disruptive behavior* [27], sebbene il confine tra ciò che rappresenta una difesa vigorosa (*forceful advocacy*) e ciò che, invece, è qualificabile come un esempio di *abusive behavior*, non risulti poi tanto agevole, la dice lunga sulla natura degli interessi che sono presi in cura dalle Corti.

L'ALIBI DELLA VOLONTARIETÀ NELL'*INQUIRY* DEL GIUDICE

Da quanto detto, mi pare evidente che né i requisiti che presiedono alla scelta, per come vengono interpretati dalla giurisprudenza, né l'*inquiry* rimessa al giudice possano fornire a quest'ultimo i dati necessari, per addivenire ad una decisione meditata sulla rinuncia.

Si consideri, in particolare, l'incidenza che vi assume il *voluntariness requirement*. Qui, come per ogni altra ipotesi di rinuncia ad un diritto o ad una garanzia, l'intenzionalità che deve sorreggere l'atto riguarda l'aspetto formale del "dichiarato" e l'accettazione delle conseguenze da parte del "dichiarante", ma non offre un canone decisorio al quale attenersi in tutte le situazioni rappresentabili.

E mi spiego. Non dubito che alla luce del requisito della *volontarietà*, come declinato dalla giurisprudenza statunitense [28], una rinuncia al difensore, resa dietro violenza minaccia o inganno, sia certamente invalida, perché divergente dalla scelta che l'imputato avrebbe fatto, per sé, ove non fosse stato sottoposto a quelle pressioni; che, invece, nei casi di c.d. autodifesa "anarchica", il rifiuto opposto all'ausilio difensivo sia sicuramente volontario [29].

Che dire, però, rispetto ad altre ipotesi, tra quelle prima elencate, ovverossia, allorché la decisione di autodifendersi rifletta le condizioni socio-economiche dell'imputato, né ricco né povero, oppure sia un esito indotto da un servizio di difesa insufficiente, a causa dei robusti tagli che, in omaggio ad una gestione volutamente realistica, quasi cinica, della finanza statale, o ai *desiderata* di un'opinione pubblica sempre più forcaiola, sono stati inferti al sistema di patrocinio gratuito? Può quella rinuncia o quel rifiuto, per come sono maturati, considerarsi, a tutti gli effetti, intenzionali? Credo proprio di no.

Ma, non poche perplessità mi suscita anche l'indagine demandata al giudice, indagine che, come è costume nei sistemi di *case law*, non è disciplinata *ex lege* [30], né, a dispetto dei parametri ai quali, in Von Moltke, ha dato il suo *imprimatur* la Corte suprema [31] uniformemente standardizzata nelle varie giurisdizioni [32].

---

understanding of the proceeding against him", la '*tecnical legal– knowledge*' dell'imputato non rileva. Così in Faretta v. California *supra* cit. e Godinez v. Moran, 509 U.S. 389 (1993). Mentre, più sensatamente, per il giudice Blackmun, *dissenting* in Godinez, la capacità di rinunciare al *right to counsel*, non può non ricondursi alla '*skill and knowledge*' dell'imputato.

[25] Un atteggiamento meno rigido è stato tenuto, in ambito civile, dove le Corti hanno talvolta tollerato qualche refuso processuale, purché fosse scusabile. Cfr. Blair v. Maynard, 324 S.E. 2d 391, 396 (W. Va. 1984).

[26] Per il riconoscimento del potere della *trial court* di respingere la rinuncia al difensore, se presentata dall'imputato, tardivamente, nel corso del giudizio, v. People v. Joseph, *supra* cit. alla nota 2.

[27] Così in Ferrel v. Superior Court, 20 Cal. 3d 888, 891, 576 P. 2d 93,95, 144 Cal. Rptr. 610, 612 (1978).

[28] V. per la definizione del concetto di *waiver*, oltre a Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938), Brewer v. Williams, 430 U.S. 387 (1977).

[29] In tali ipotesi, infatti, la rinuncia al difensore è frutto dell'opposizione ideologica allo stato, alle sue leggi e al sistema giudiziario che ne rappresenta un'articolazione fondamentale.

[30] V., per una lista delle domande che il giudice federale dovrebbe rivolgere all'imputato *pro se*, il *Benchbook for U.S. District Court Judges* § 1.02, at 4-5 (4th ed. 1996).

[31] Così Von Moltke *supra* cit.

[32] Anzi, a limitarne la portata garantistica, talvolta i giudici hanno negato che l'omessa valutazione di uno o più dei parametri indicati dalla Corte, comportino l'annullamento automatico della condanna, per violazione del diritto di difesa, asserendo, invece, che se i trascorsi e il *background* dell'imputato emergessero, a chiare lettere, dal verbale, la rinuncia all'ausilio difensivo sarebbe da ritenersi valida, pur quando il giudice avesse trascurato l'esame di tutti i fattori di Von Moltke. Cfr. G. Rossetto, *Diritto di difesa e difensore*, in *Il processo penale statunitense, Soggetti e Atti*, a cura di Rosanna Gambini Musso, Torino, 1994, p. 262, nota 245.

E, *last but not least*, perché temo che, nella quotidianità del lavoro delle Corti di merito statali, gravate da un *case load* molto elevato e, per solito, più votate ad evitare ritardi o interruzioni nello svolgimento dei giudizi, la *judicial inquiry* potrebbe anche ridursi ad una mera formalità, con uno scambio ridotto all'essenziale, e senza verifica o riscontro di quanto delle informazioni, dispensate dal giudice, sia stato recepito e compreso dall'imputato [33].

Dall'autodifesa esclusiva alla 'pseudo-assistenza' dello *stand by counsel*

Del tutto inadeguata, a fini di reale tutela, la figura dello *stand by counsel*, o difensore d'appoggio o di sostegno [34] – introdotta da una sentenza, per certi versi storica, anche se molto dibattuta tra i Giudici supremi [35] – e ciò sia nella sua versione primigenia, sia in quella successiva [36], dove i suoi contorni, prima lasciati, irresponsabilmente, nel vago [37], vengono meglio esplicitati [38].

Infatti, ben poco rileva che in Mc Kaskle in Mc Kaskle lo *stand by counsel* non sia più solo un mero spettatore, la cui presenza in aula poteva venire utile, se e quando l'autodifesa dovesse, per qualche motivo [39], cessare nel corso del processo; che gli venga riconosciuto, dunque, un ruolo più "difensivistico"; che lo si autorizzi ad agire in giudizio, senza che i suoi interventi difensivi debbano venire richiesti dal *pro se defendant*, ma a patto che siano a bassa frequenza e di poca sostanza [40], giacché, a mio modo di vedere, il risultato non cambia: si tratta, pur sempre, di un *difensore depotenziato*, al quale non si riconoscono né spettano la conduzione e l'organizzazione della difesa [41].

Del resto, era *in re ipsa* che la vaghezza degli *standards*, assunti in sentenza, non si prestassero, a dissipare tutte le incognite che, nella prassi, il legale prescelto avrebbe dovuto affrontare. Anzi era, già in allora, facile preconizzare [42] come, il più delle volte, costui si sarebbe trovato, suo malgrado, a presenziare in udienza, senza sapere quali siano e fin dove si estendano i suoi poteri di azione e di intervento.

Né, a ben vedere, da quel *corpus* di norme che disciplinano l'etica professionale [43] e prefigurano *ex ante* la condotta corretta per ogni difensore, possono venirgli lumi bastanti a guidarlo.

Tra l'altro e, per il rilievo che occupa, mi pare sia un *omissis* di non poco conto, non è affatto chiaro se il dovere di difendere con zelo e lealtà il cliente, con il solo limite di rispettare la legge e l'etica professionale, che dovrebbe intervenire ad orientare il percorso di ogni difensore penale, meriti altrettanta osservanza nel rapporto *sui generis* che si dipana tra *stand by counsel* e imputato *pro se*.

Si consideri che, di regola, in nome del *warm zealous* e della *loyalty* verso il cliente, andrebbe dal lega-

[33] Così, soprattutto, A. Bowen Pouling, *The Role of Stand by Counsel in Criminal Cases: In the Twilight Zone of the Criminal Justice System* cit., p. 686.

[34] In Faretta v. California cit.,la Corte, abbandona l'ipotesi dell'*advisory counsel* di Mayberry v. Pennsyilvania, 400 U.S. 455 (1971), preferendogli l'avvocato di sostegno, sebbene, avuto riguardo ai ruoli corrispettivi, mi pare trattarsi più di una variante terminologica che di sostanza. Nella dottrina, v. R. Chused, *Faretta and the Personal Defense: The Role of a Represented Defendant in Trial Tactics*, 65 *Cal. L. Rev.*, 636 (1977); J. Decker, *The Sixth Amendemnt Right to Shoot Oneself in The Foot: An Assessment of The Guarantee of Self Representation Twenty Years after Faretta, Seton Hall Const. L. J.*, 483 (1996), T. Meares, *What's Wrong With Gideon*, 70 *U. Chi. L. Rev.* 215 (2003).

[35] V. supra nota 4.

[36] Mc Kaskle v. Wiggins, 465 U.S. 168 (1984).

[37] La definizione *flou*, peraltro racchiusa in una nota del testo della sentenza, aveva, infatti, permesso alle Corti inferiori di interpretarne il ruolo, nei termini dell'*advisory counsel* di Mayberry, al più, quindi, quale testimone o garante muto della regolarità formale del processo.

[38] In senso critico, J. Pearson, *op. cit.*, p. 704.

[39] O per l'ostilità manifestata dall'imputato o per un provvedimento del giudice che ponga fine all'autodifesa, in caso di *disruptive behavior*.

[40] Più precisamente, per i Giudici supremi, gli interventi del legale d'appoggio non devono essere né troppo *frequent* né troppo *substantial*, in modo da non indebolire la percezione di giudice e giuria che l'imputato sta avvalendosi della *pro se representation.* Così Mc Kaskle 104 S. Ct. Cit., at 951 ss.

[41] Cfr. Mc Kaskle cit., at 949-51, dove la Corte precisa che il controllo della difesa spetta interamente al *pro se defendant*.

[42] Più di recente, A. Bowen Pouling, *The Role of Stand by Counsel in Criminal Cases: In the Twilight Zone of the Criminal Justice System*, pp. 703, 04, 05.

[43] Negli *Standards for Criminal Justice*, redatti dall'ABA, il solo riferimento, peraltro, generalista, allo *stand by counsel* è contenuto nel commento allo standard 5-8.2: "*the court may appoint stand by counsel to assist when called upon by the defendant*".

le perseguita, nei limiti anzidetti, ogni possibile difesa. Ma, *quid*, invece, quando, la condotta ritenuta appropriata da costui, venisse a scontrarsi con il diniego dell'autodifeso [44], che è poi il solo titolare della garanzia difensiva? È il difensore d'appoggio tenuto ad agire comunque, in ossequio al canone etico e alla propria coscienza o deve astenersi dal farlo? [45]

E, allora, come venirne a capo? Forse, ammettendo che talvolta è necessario sacrificare la *personal participation* e *willingness* dell'autodifeso, pur di rispondere ad esigenze che si riconnettono al corretto esercizio e alla reale efficacia del diritto di difesa, con il che la condotta prescelta dal difensore di sostegno, pur se osteggiata dall'imputato, deve poter prevalere, se serve ad evitare risultati *contra jus* o a garantire altri valori non meno degni di tutela? Oppure concludendosi, come lascerebbero intendere le pronunce della Corte suprema, che "la libertà", comportando sempre "l'assunzione di una responsabilità", sarebbe comprensiva altresì della "scelta di una difesa che possa andare a detrimento dell'imputato: in una parola un diritto a nuocersi" [46]?

Ma, dall'assistenza *sui generis,* rimessa al difensore d'appoggio, discendono anche altri problemi interpretativi che investono i diritti difensivi *post trial*, rendendone più incerti l'esercizio e l'esito per l'autodifeso [47].

Come è noto, ogni imputato, giudicato colpevole e condannato [48], vanta il diritto di attaccare in appello la sua condanna, per ottenerne l'annullamento, adducendo, però, solo motivi di diritto, siano questi *procedural defaults o constitutional errors* [49]. Nei motivi fondanti il ricorso, quindi, l'imputato ben potrebbe sostenere una violazione del VI emendamento, e lamentare che la mediocre *performance* del suo difensore, operando a suo danno, ha determinato quell'epilogo, per lui, negativo.

Ma, il difeso *pro se* potrà, così come il *counseled defendant*, avvalersi dell'appello per quei medesimi motivi?

A fil di logica, talora, è facile rispondere*: nullo dubio* che, in caso di sconfitta, il *pro se defendant,* il quale affronti il giudizio in solitario, diversamente dall'imputato assistito, non possa dolersi in appello della *ineffectiveness* di una condotta a lui solo imputabile, giacché il fatto che non abbia saputo difendersi, convenientemente, non è motivo *reasonable* per ottenere l'annullamento della condanna [50].

Del resto, se si assume l'autodifesa come un diritto spettante ad ogni imputato, il ricorso ad essa non può, di certo, costituire un comodo alibi, per non rispettare la legge, o un *passe-partout,* per ottenere la revisione del processo. Pertanto, colui che abbia scelto, liberamente, di autodifendersi non potrà poi accampare una violazione del suo diritto ad essere assistito da un difensore *competent,* ma come *homo faber fortunae suae* dovrà sopportare le conseguenze del suo gesto [51].

Né l'epilogo cambia, ovvero la condanna patita sarà del pari inattaccabile in appello, *mutatis mutandis*, quando l'imputato *pro se* si sia rifiutato di seguire i consigli del difensore d'appoggio – una evenienza più che probabile, allorché la nomina del legale avvenga per un atto d'imperio o quando abbia operato, *sua sponte*, senza tenerli in conto [52].

Ma, che dire, invece, allorché l'imputato abbia agito in giudizio, di persona, ma in conformità ai

---

[44] Cfr. A. Bowen Pouling, *The Role of Stand by Counsel in Criminal Cases: In the Twilight Zone of the Criminal Justice System,* loc. cit.

45E, in caso di elusione, il legale potrà essere chiamato a risponderne di fronte all'*Ethics Commettee*?

[46] La parafrasi dell'orientamento, emergente da Faretta cit., si deve a J. Paroni Rumi, *Il problema dell'autodifesa nel processo penale americano*, cit., p. 121.

[47] Per questi rilievi, v. G. Rossetto, *Diritto di Difesa e difensore*, cit., p. 282 ss.

[48] Infatti, negli ordinamenti che si ispirano al principio della *bifurcation*, il processo di primo grado si definisce bifasico, in quanto all'accertamento positivo della sussistenza del fatto, della sua rilevanza penale e della responsabilità dell'accusato, nel *trial by jury*, segue nella fase del *sentencing* la quantificazione della pena da parte del giudice.

[49] Gli errori di diritto, verificatisi durante il giudizio o nel *sentencing*, possono portare all'annullamento della condanna, con o senza giudizio di rinvio (*de novo trial)*, da parte dell'*Appellate Court*, a meno che si tratti di errore "innocuo". Beninteso, una violazione del diritto di difesa non può mai essere considerata "*harmless*".

[50] Sul punto, v. G. Rossetto, *Diritto di Difesa e difensore*, cit., p. 283.

[51] Per la Corte di Faretta cit., at 834, l'imputato *pro se* "(he) *cannot thereafter complain that the quality of his own defense amounted to a denial of effective assistance of counsel*".

[52] Il che conferma, se ancora ce ne fosse bisogno, che si tratta di un correttivo del tutto inadeguato, posto che l'assistenza del difensore d'appoggio, potrà rivelarsi proficua, a patto che tra i due si instauri una relazione minimamente collaborativa. Per rilievi consimili, in caso di *hostile defendant*, anche se, a suo dire, la nomina di un "*advisor*" non sarebbe del tutto priva di giustificazioni, in vista dell'interesse pubblico al *fair trial*, J. Pearson, *op. cit*., p. 718.

suggerimenti tattici o alle indicazioni di *trial strategy* dispensate da colui che lo affianca? Potrà o no accampare, al pari del *counseled defendant*, una violazione del VI emendamento, trattandosi di condotta difensiva, non da lui decisa, ma ispirata dall'avvocato d'appoggio?

Per ragioni di equità e di giustizia sostanziale, mi parrebbe proprio di si. Ciò, a considerare che, se già nei casi di *full representation* è, a stento, accettabile che la persona, che ne fa le spese, non sia colui al quale è rapportabile l'errore o l'omissione, salvo solo poter reagire *ex post* in sede giudiziaria, ma con tutti gli oneri di prova che ne derivano [53], ove si tratti dell'autodifeso – a parte il disagio di ammettere che ad indurlo in errore sia chi gli viene imposto per guidarlo [54] – far patire a costui le conseguenze, negandogli la possibilità di azionare l'*appeal,* mi sembra, francamente, inaccettabile [55].

Tutti problemi di non facile risoluzione, in assenza di riferimenti testuali precisi o di regole più circostanziate, che restano fuori campo fino a quando l'autodifesa e la difesa tecnica vengono intese *aut/aut*, vale a dire, come due ipotesi antagoniste e mutualmente escludentesi [56], ma che, inevitabilmente, si palesano nel momento in cui la Corte suprema, per tramite dello *stand by counsel*, avanza la pretesa di conciliarle.

Stand by counsel e/o *advising* del Giudice?

Di recente, però, la dottrina statunitense ha cominciato a chiedersi se la soluzione, prospettata nei *companion cases*, Faretta-Mc Kaskle, e che, forse più per esigenze conservative dell'esistente, che per profonda convinzione ideologica, non è stata ancora smentita dalla Corte suprema [57], rappresenti la sola via d'uscita, fermo restando che altre, però, avrebbero potuto alterare le geometrie di un processo inteso come una contesa a due avanti ad un organo terzo.

Così sarebbe stato, se, in luogo dello *stand by counsel*, si fosse optato per destinare interamente al giudice il delicato compito di sopperire all'ignoranza legale dell'imputato, dispensandogli in udienza tutti i suggerimenti necessari a sostenere una difesa appropriata [58].

Va da sé, infatti, che una tale scelta, se non governata, oltre a rallentare i tempi di un processo, informato ai criteri dell'oralità e dell'immediatezza, avrebbe comportato una metamorfosi del *Trial Judge,* il quale da arbitro, *neutral* e *detached*, si sarebbe trasformato o, per lo meno, così sarebbe stato percepito dalla *jury* e dall'opinione pubblica come il "custode" degli interessi di colui che si autodifende [59].

Ma, pur dovendosi riconoscere che un rischio di devianza rispetto ad un'ipotesi corretta dello schema processuale triadico, sussiste ogni qualvolta si decide di assegnare a colui che presiede un ruolo più pregnante e meno afasico, non di meno una tale preoccupazione non andrebbe estremizzata. Non è detto, infatti, che la concessione di maggiori spazi di intervento al giudice – sempre che siano attentamente calibrati e che l'*advising* da parte sua non si traduca in una vera e propria attività di supporto tecnico-giuridico ovverossia di *couching* – debba scontrarsi con o compromettere l'*efficiency* o la *judicial impartiality* [60].

Piuttosto, si è obiettato [61], vi sarebbero taluni avvertimenti che il giudice potrebbe impartire a colui

---

[53] V., *ex pluribus*, Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984), in tema di *ineffectiveness*, dove la Corte elabora "*a two-prong test*", dispensando una presunzione di correttezza alla condotta difensiva, allorquando sembri "*reasonable considering all the circumstances*", ma, nel contempo, gravando il condannato, del pesante onere di provare il pregiudizio concretamente sofferto (*actual prejudice*).

[54] Al danno si aggiungerebbe poi la beffa, dato che, ove si tratti di *non indigent defendant*, costui sarebbe tenuto a corrispondere gli onorari al difensore di sostegno, *appointed* dal giudice, anche quando avesse obiettato alla nomina. In tal senso, United States v. Salemo, 81 F.3d 1453, 1460 (9th Cir. 1996), dove la *Circuit Court* esclude, *a priori*, che, ai sensi del *Criminal Justice Act,* (CJA1964), che contiene le linee guida in materia di *legal aid,* il giudice sia autorizzato a "*to compensate advisory counsel requested by a defendant who has waived his right to representation by counsel*". *Contra* J. Pearson, *op. cit.*, p. 714, nota 139, secondo il quale, ove il numero delle autodifese fosse contenuto, lo Stato dovrebbe accollarsi i costi dell'assistenza prestata dallo *stand by counsel*.

[55] In senso conforme, A. Bowen Pouling, *op. cit.*, pp. 725-28, la quale ritiene non estendibile al caso di specie il *dictum* di Coleman v. Thompson, 501 U.S. 722 (1991), dovendosi operare un distinguo a seconda che l'*ineffective assistance* del difensore d'appoggio sia occorsa in un *post conviction review,* dove "*the defendant has no constitutional right to counsel*", come in Coleman, oppure nel corso di un *criminal trial*.

[56] J. Paroni Rumi, *Il problema dell'autodifesa*, cit., p. 113.

[57] Indiana v. Edwards, 554 U. S. 164 (2008).

[58] Per questi rilievi, v. G. Rossetto, *op. cit.*, p. 283.

[59] Così G. Rossetto, loc. cit.

[60] In tal senso M. Moskowitz, *Advising the Pro Se Defendant: The Trial Court's Duties under Faretta*, 42 *Brandeis L. J.*,329 (2004), pp. 338, 39.

[61] M. Moskowitz, *op. cit.*, p. 333.

che si autodifende, senza per questo perdere la sua caratura di *mere unpire*: così, a mo' di esempio, quando i suoi moniti, pur se *ad adiuvandum,* apparissero mirati a garantire al *pro se defendant* il pieno esercizio delle garanzie che gli competono o a difenderlo dagli attacchi di "*an overreaching prosecutor*" che cerca di "*to take advantage of defendant'lack of legal knowledge*".

Né si tratterebbe, per il giudice, di una discesa in campo aperto tale da alterarne ruolo o immagine, se rammentasse al non *counseled defendant* i suoi diritti al *trial by jury* o al *bench trial* [62], a non testimoniare *pro se*, a presentare prove a difesa, a confrontarsi con chi lo accusa ecc., ovviamente, senza spendersi in quei dettagli o precisare, per ognuna delle scelte, i *pros* e *cons* che, di solito, vengono somministrati dal difensore [63].

Un'idea che, senza provocare crepe o squilibri negli schemi tradizionali, è parsa ai proponenti in grado di prevenire sbagli o omissioni nella conduzione dell'autodifesa, supplendo, allorché latiti il difensore d'appoggio, a quel minimo compito didattico-pedagogico che quest'ultimo, ove fosse presente, sarebbe chiamato ad assolvere [64].

Ma, è un'opzione che non ha incontrato il favore delle Corti, le quali [65], pur riconoscendo, in sentenza, che dal silenzio di Faretta e Mc Kaskle non potesse farsi discendere, per il giudice, né un obbligo di rendere edotto il *pro se defendant* dei suoi diritti, ma nemmeno un divieto ad informarlo, sono apparse piuttosto reticenti.

Anzi, al riguardo, il *trend* espresso dai giudici statunitensi, se si prescinde da talune isolate decisioni che, però, antecedono la sentenza Faretta [66] si è, per lo più, risolto nel verso di vietare al *Trial Judge* qualsiasi intromissione esplicativa in udienza.

E, dunque, difettando una verifica sul campo, per l'ostracismo della giurisprudenza, riesce difficile dire se, e in che misura, l'*advising* del giudice avrebbe potuto contribuire ad innalzare i livelli di tutela, nei casi di autodifesa esclusiva.

Ma, a mio modo di vedere, il *non placet* delle corti alla fine conta ben poco, giacché si sarebbe trattato dell'ennesimo *maquillage* per far sì che, agli occhi di chi la guarda, la *pro se defense* appaia più *fair* o meno ingiusta.

[62] Per tale si intende il processo nel quale, dietro rinuncia da parte dell'imputato al *trial by jury*, un giudice singolo, il quale riassume in sé tutti i poteri cognitivi e decisionali della giuria, procede per qualsiasi ipotesi di *felony*, dall'ammissione delle prove "per quel che valgono" fino alla decisione finale (*finding*). Per taluni cenni sui *no-jury trials*, cfr. W. La Fave-J. Israel, *Criminal Procedure*, St. Paul, Minn., 1985, p. 831 ss.

[63] Anzi, per M. Moskowitz, *op. cit.*, p. 341 ss., alla luce della *Due Process Clause*, andrebbe stilata una *Trial Rights'Schedule,* che il giudice dovrebbe leggere in udienza, consegnandone una copia all'imputato *pro se*, quando non sia affiancato da un *advisory counsel*.

[64] Si consideri, infatti, che per la Faretta *doctrine,* in seguito confermata in Mc Kaskle, il giudice può, *discretionally*, nominare un difensore di sostegno, ma non necessariamente deve, e quindi l'elencazione dei *Trial Rights*, in tali casi, non sarebbe irrilevante. In conformità a Faretta, cfr. Downey v. People, 25 P.3d 1200, 1203 (Colo 2001), dove una Corte statale precisa che il *pro se defendant* non vanta un diritto, costituzionalmente garantito, alla nomina di un *advisory counsel*.

Contra, in dottrina, rilevando un insanabile conflitto tra il potere del giudice di "*to provide assistance at its own discretion*" e il dovere in capo allo stato e alla società di garantire ad ogni imputato "*a fair trial*", J. Pearson, *op. cit.*, p. 709.

[65] V. People v. Barnum 64 P. 3d 788 (Cal. 2003).

[66] Killpatrick v. Superior Court, 314 P. 2d 164 (Cal. Dist. Ct. App.1957); People v. Kramer, Cal. App. 2d 199 (Cal. Dist. Ct. App.1964).

AGATA CIAVOLA

Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Enna "Kore"

La testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto delle conversazioni intercettate: quando la prassi dimentica il valore del principio di legalità della prova

Police officers as witnesses about conversations obtained by wiretapping: when practice forgets the value of the principle of legality of evidence

È sempre più diffuso in giurisprudenza l'orientamento secondo cui è possibile utilizzare come prova la testimonianza degli ufficiali di polizia giudiziaria sul contenuto delle conversazioni intercettate.
Tale prassi conferma la tendenza da parte dei giudici a non tollerare aprioristiche esclusioni in materia probatoria e a considerare utilizzabile qualsiasi elemento di prova appaia rilevante per il convincimento giudiziale.
Contro la fungibilità delle forme previste per la loro acquisizione, deve invocarsi il principio di legalità processuale che vale anche in materia probatoria e che deve ritenersi possa trovare tutela attraverso la disciplina dell'inutilizzabilità delle prove, la cui dimensione assiologica deve assurgere ad elemento qualificante di un sistema in cui non è solo la verità che condiziona la validità, ma è anche la validità che condiziona la verità nel processo.

The testimony of police officers about conversations obtained by wiretapping is frequently admitted by judges. This practice can not be shared because it clashes with the principle of legality, that also applies to evidence, which must be protected by the exclusionary rule set out by article 191 c.p.p.

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ DELLA PROVA TRA TEORIA E PRASSI

È sempre più diffuso in giurisprudenza l'orientamento secondo cui è possibile utilizzare come prova la testimonianza degli ufficiali di polizia giudiziaria sul contenuto delle conversazioni intercettate.

Alla base di questo indirizzo vi è l'idea che, nella materia *de qua*, la prova è costituita dalla bobina-cassetta o supporto digitale che racchiude la conversazione telefonica o ambientale, nonché dai verbali delle operazioni compiute. La trascrizione delle conversazioni, invece, costituisce una mera trasposizione grafica del contenuto del supporto, sicché, dal momento che al giudice è sempre consentito l'ascolto dei supporti analogici e digitali recanti le registrazioni, ove la parte non ne faccia richiesta e la trascrizione non venga disposta, non si verifica alcuna invalidità della prova [1].

Non basta. È affermazione ricorrente che «non essendo necessaria la trascrizione delle registrazioni nelle forme della perizia, il contenuto delle conversazioni intercettate possa essere provato anche mediante deposizione testimoniale, non essendo la deposizione testimoniale sul contenuto di intercettazioni telefoniche inutilizzabile, giacché la sanzione processuale dell'inutilizzabilità discende da espressi divieti di acquisizione probatoria *ex* art. 191 c.p.p. (inutilizzabilità generali), ovvero da una specifica previsione – che nel caso non è rinvenibile nell'ordinamento – della sanzione in relazione a un'acquisizione difforme dai modelli legali (inutilizzabilità speciali)» [2]. Nel caso di specie, in particolare, si ritiene

[1] Cass., sez. III, 11 aprile 2018, n. 16040, in *questa rivista*, 2018, n. 5, p. 913, con nota adesiva di G. Visone, *Le intercettazioni tra perizia trascrittiva e prova testimoniale*; analogamente v., Cass., sez. I, 6 ottobre 2000, n. 12082, in *CED Cass.*, n. 217345.

[2] Così, Cass., sez. III, 11 aprile 2018, n. 16040, cit., p. 913; Cass., sez. VI, 20 febbraio 2014, n. 25806, in *CED Cass.*, n. 259675; Cass., sez. II, 26 febbraio 2013, *ivi*, n. 254910. In senso contrario v. Cass., sez. VI, 3 luglio 2002, n. 28861, *ivi*, n. 222023; Cass., sez. IV, 5 dicembre 2000, n. 9797, *ivi*, n. 218316.

che non sia possibile individuare, nella disciplina della prova testimoniale, un espresso divieto di testimonianza sul contenuto delle conversazioni intercettate, mentre, nella disciplina delle intercettazioni, le uniche previsioni di inutilizzabilità dei relativi risultati sono quelle di cui all'art. 271 c.p.p.

Tale prassi conferma la tendenza da parte dei giudici a non tollerare aprioristiche esclusioni in materia probatoria e a considerare utilizzabile qualsiasi elemento di prova appaia rilevante per il convincimento giudiziale [3].

Questa tendenza rappresenta una chiara espressione della resistenza culturale alla adesione effettiva ai valori del sistema accusatorio, riflettendo «una attitudine inquisitoria che pare ineluttabile» [4]. È il ripudio del principio di legalità processuale. È il primato del giudice sulla legge [5]; una legge che, nel descrivere le modalità di formazione dei singoli mezzi di prova e le modalità di acquisizione dei risultati dei mezzi di ricerca della prova, fissa delle regole funzionali ad assicurare la qualità della decisione giudiziale. Ed ancora: è il segno che, pur essendo passati trent'anni dalla approvazione del codice di procedura penale, non si riesca ancora a guardare al garantismo penale come ad un valore.

Non solo, dunque, non può condividersi, ma deve fermamente criticarsi la diffusa indifferenza o, talvolta, la malcelata insofferenza, nei confronti delle regole sulle modalità di assunzione della prova.

Non può, infatti, sfuggire che in materia probatoria dietro l'osservanza delle norme processuali si racchiude un valore fondamentale del sistema giudiziale: la verità processuale va raggiunta nel rispetto delle regole, giacché il rispetto di queste regole è garanzia di verità.

A ben vedere, non è solo la verità che condiziona la validità, ma è anche la validità che condiziona la verità nel processo [6]. La legalità delle forme è un limite allo strapotere giudiziario; essa è un antidoto contro i soprusi in danno all'imputato, in più è un baluardo del principio di uguaglianza [7].

È in questa cornice valoriale che occorre inquadrare la prassi in esame, consapevoli che è attraverso la salvaguardia della legalità della prova – intesa come soggezione del conoscere giudiziale a regole di «razionalità gnoseologica e/o di *fairness* processuale essenzialmente tipizzate in sede legislativa e destinate ad operare *ex ante*, quali limiti ai metodi dell'accertamento, invece che *ex post*, quali criteri di critica del risultato probatorio al momento della valutazione e in sede di motivazione» [8], che si contrasta la bulimia cognitiva del giudice, e si riesce a segnare una discontinuità con il passato e con le distorsioni create dal trionfo della versione irrazionale ed emotiva del principio del libero convincimento, inteso come metodo di valutazione sottratto a qualsiasi regolamentazione normativa.

La dimensione assiologica dell'inutilizzabilità

Approfondendo l'analisi della tesi sostenuta dalla giurisprudenza, un primo dato a non convincere è la confusione tra due piani. Nel caso della deposizione degli ufficiali di polizia giudiziaria sui contenuti di un'intercettazione telefonica, il punto non è tanto quello dell'esistenza di un divieto testimoniale, quanto quello della legittimità dell'operazione con la quale i risultati dell'intercettazione sono introdotti nel processo attesa la difformità dalla disciplina per essi previsti dalla legge. In altri termini, la questione è analizzare quali siano le conseguenze previste dall'ordinamento nel caso in cui il contenuto di una conversazione intercettata sia acquisita con modalità diverse da quelle prescritte e corrispondenti ad un altro mezzo di prova tipico.

[3] In tal senso, volendo, A. Ciavola, *Prova testimoniale e acquisizione per il suo tramite del contenuto delle intercettazioni telefoniche*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 482.

[4] E. Dezza, *Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea*, in D. Negri-M. Pifferi (a cura di), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia Repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 107.

[5] La cultura del primato giudiziale nella ricostruzione del fatto continua a conservare tutta la sua vitalità. «Le iniziative delle parti nel condurre l'esame si scontrano con il sovrano assoluto della prova che censura le domande del difensore, rettifica le risposte dei testi, si autorizza a porre ogni genere di quesiti anche in forma decisamente suggestiva, quasi fosse alla ricerca della conferma, come un vero accusatore, di fatti già bene sedimentati nella sua mente» (E. Amodio, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna*, in *Criminalia*, 2010, p. 14).

[6] La verità processuale può essere definita una "verità normativa", in quanto, per il profilo che ci interessa, «lo è solo se è cercata e acquisita con il rispetto di norme» (L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 34).

[7] E. Amodio, *Estetica della giustizia penale*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 18-19.

[8] Così E. Amodio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 310 ss.; a cui si richiama anche T. Rafaraci, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1740.

Il campo di indagine investe quello delle invalidità e in via prioritaria quello dell'inutilizzabilità della prova [9].

L'inutilizzabilità può considerarsi una delle novità più interessanti del codice di procedura penale del 1988. Sebbene, però, sotto il profilo assiologico, essa costituisca un elemento qualificante del sistema, in quanto espressione del principio di legalità della prova (che come si è detto è posto a garanzia della attendibilità dell'accertamento e dei diritti fondamentali della persona) [10], sul piano applicativo l'interpretazione della fattispecie è controversa [11]. In particolare, in dottrina e in giurisprudenza è rimasto aperto il dibattito sui criteri di individuazione dei divieti probatori a cui si ricollega la disciplina dell'inutilizzabilità. Altro aspetto controverso è se essa riguardi le sole violazioni dell'*an* di ammissione di una prova o possa altresì estendersi ai casi di violazione del *quomodo* di formazione della prova. Occorre, poi, definire i rapporti tra nullità e inutilizzabilità della prova, così da distinguere l'ambito di operatività delle due sanzioni, vista la diversità del loro regime giuridico.

Va subito premesso che le diverse tesi suggerite nel corso del tempo non consentono di pervenire a risultati totalmente soddisfacenti. Nel tentativo di colmare il «deficit di tipicità» [12] della norma, si privilegiano o profili di carattere formale che, se appaiono meglio rispettare il principio di tassatività delle invalidità, introducono elementi di rigidità che rischiano di lasciare disattese le istanze di tutela sottese al principio di legalità della prova. O, diversamente, si dilatano i confini di applicabilità della disciplina, con il pericolo, da una parte, di attribuire un'eccessiva discrezionalità all'interprete, dall'altra, di estendere oltre misura l'area di applicabilità dell'istituto, fino a sovrapporsi con quello delle nullità, per le quali è previsto un regime di rilevazione degli effetti dell'atto invalido più articolato e meno radicale.

L'impossibilità di individuare un criterio esegetico efficace ha indubbiamente contribuito all'affermazione dell'idea che nell'ordinamento vige un'ampia libertà in materia probatoria. Complice anche la presenza dell'art. 189 c.p.p. che autorizza l'acquisizione di prove non disciplinate dalla legge. In dibattimento, si consente che le regole sulla formazione della prova vengano violate senza che ciò produca conseguenze sul piano dell'utilizzabilità dell'atto. La trasgressione delle regole sull'esame incrociato e, segnatamente, il divieto di domande suggestive (pure da parte del giudice), la pretesa fungibilità o equivalenza funzionale delle forme probatorie [13], sono il segnale che ancora oggi, nonostante la svolta accusatoria del modello processuale, nella prassi, «il sovrano assoluto della prova resta il giudice dibattimentale e in particolare il presidente della corte» [14].

L'individuazione dei divieti probatori

Com'è stato acutamente osservato, l'art. 191, comma 1, c.p.p., non vieta niente: spiega cos'avverrebbe se risultasse violato qualche divieto d'acquisire la prova; «le regole negative devono saltare fuori da qualche parte» [15].

---

[9] Per un'analisi della teoria secondo la quale l'inutilizzabilità rappresenta una forma di invalidità, per tutti, v. M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 19, a cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

[10] Come osserva F.M. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 41, la disciplina assume, da un lato, una dimensione assiologica che tutela gli interessi fondamentali che l'ordinamento eleva a parametri di legalità del metodo probatorio, dall'altro, una prospettiva invalidante diretta a sanzionare la violazione delle regole conoscitive.

[11] Sul punto, ad esempio, v. F.M. Grifantini, sub *art. 191*, in G. Conso-G. Illuminati, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, II ed., 2015, p. 694, a cui si rimanda per ulteriori approfondimenti e richiami dottrinali e giurisprudenziali.

[12] Così C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, 2007, p. 57. In tal senso, altresì, v. C. Cesari, *L'«isolamento» del testimone prima dell'esame: spunti di riflessione sull'istituto dell'inutilizzabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 697, che evidenzia come «nella sua conformazione normativa, l'inutilizzabilità risulta connotata da un certo grado di atipicità, essendo definita da una clausola generale, che mira ad occupare tutti gli spazi lasciati vuoti dalle norme speciali ed impone all'interprete una sofisticata operazione esegetica, per integrare il precetto e dargli la necessaria concretezza».

[13] Al riguardo, in particolare, v. T. Rarafaci, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, cit., p. 1739.

[14] E. Dezza, *Accusa e inquisizione nell'esperienza italiana contemporanea*, cit., p. 108, il quale prosegue domandandosi cosa sia realmente cambiato da quando erano in vigore l'art. 484 del codice Romagnosi del 1807 («Il presidente di ogni tribunale o corte […] è rivestito del potere che si chiama di discrezione: in virtù di esso ei può fare di sua autorità tutto ciò che gli sembri conducente a scoprire la verità. La legge ne incarica il suo onore e la sua coscienza») o l'analogo art. 268 del Code d'Instruction Criminelle del 1808 («Le président est investi d'un povoir discrétionnaire, en vertu duquel il pourra prendre sur lui tout ce qu'il ecroira utile pour découvrir la vérité; et la loi charge son honneur et sa conscience d'employer tous ses efforts pour en favoriser la manifestation»).

[15] F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 613 s.; in particolare, secondo l'A., le regole di esclusione «stanno

In base ad una tesi formale "pura", dunque, sono divieti probatori quelli esplicitamente sanciti dalle norme di legge con espressioni del tipo "è vietato", "non può" o simili. Tale indicazione, però – si è già anticipato – non è risolutiva: da un lato, pecca per eccesso, visto che vi sono norme che, per quanto formulate in tal modo, in realtà non stabiliscono divieti probatori, perché riguardano aspetti meramente formali ai quali non sono sottesi interessi tali da giustificare la sanzione dell'inutilizzabilità. Da un altro lato, pecca per difetto, dato che vi sono ipotesi nelle quali malgrado la norma non si esprima in forma di divieto, essa detta una regolamentazione posta a tutela di valori essenziali [16].

Ecco perché prevale, soprattutto in dottrina, l'idea secondo cui il concetto di divieto non può essere identificato avendo riguardo unicamente alla tecnica di formulazione delle norme. Pertanto, se da una parte, non possono sussistere incertezze nei casi di divieti, per così dire "espliciti" (come quando vengono utilizzate espressioni del tipo «è vietato», «non sono ammesse», «non sono consentite»), dall'altra, vanno considerati divieti pure le ipotesi in cui il legislatore utilizza forme sintattiche in positivo, esprimendo il divieto in forma indiretta [17]. Si pensi alle fattispecie in cui la norma è costruita nei termini di una permissione, oppure alle disposizioni che prevedono il rispetto di "condizioni" o "presupposti" [18]. Norme del genere, invero, scompongono le possibili situazioni in due e – quale che sia la dizione di volta in volta preferita – fissano (contemporaneamente) l'area del giuridicamente consentito e, implicitamente, del proibito [19].

Anche questa tesi, però, presenta alcuni limiti, atteso che tutte le norme in tema di prova potrebbero essere interpretate *a contrario* come se recassero un'implicita regola di esclusione di tutto ciò che non è espressamente consentito [20].

Ecco perché, si è suggerito di ricorrere ad un criterio di tipo sostanziale, che tenga conto dell'interesse tutelato dalla norma processuale [21]. Sono inutilizzabili le prove che violano i diritti fondamentali dell'individuo, cioè valori di imprescindibile rilievo nell'ambito dell'ordinamento giuridico [22]. Inoltre, devono considerarsi inutilizzabili le prove acquisite in violazione di prescrizioni la cui inosservanza comporti uno stravolgimento del sistema processuale, tanto che la sua funzione possa esserne compromessa. In altri termini, attraverso l'inutilizzabilità occorre dare rilievo a norme con le quali «il processo protegge se stesso, si autotutela come meccanismo, congegno strutturato dal legislatore nel modo più consono al suo scopo» [23].

---

nelle norme sulle singole prove» e si caratterizzano per l'esistenza o meno del potere istruttorio (Id., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 120); altresì v. A. Scella, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 159; Id., voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 486-487.

[16] In tal senso, ad esempio, v. C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 59.

[17] Sul punto, *ex pluribus*, v. M. Nobili, *Commento all'art. 191 c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, Utet, 1990, p. 411. Analogamente, fra gli altri, v. N. Galantini, *L'inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie*, in G. Ubertis (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 177; D. Siracusano-F. Siracusano, *Le prove*, in D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, Aggiornata da G. Di Chiara-V. Patané-F. Siracusano, Milano, Giuffrè, 2018, p. 275 s.

[18] M. Nobili, *Commento all'art. 191*, cit., p. 411.

[19] In questi termini v. M. Nobili, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III c. 647.

[20] Così C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 60.

[21] N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 1992, p. 137; Ead., voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 699; F. Grifantini, voce *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, p. 248. In particolare, secondo questa dottrina, per pervenire alla individuazione di un divieto si ritiene necessario che sussista un interesse di natura endoprocessuale o extraprocessuale da tutelare. Segnatamente, si è osservato che, se si parte dall'assunto secondo cui tutte le disposizioni portatrici di regole di esclusione sono norme di garanzia, si deve procedere ad individuare un sistema selettivo di divieti rapportato a due settori di tutela: l'uno relativo a diritti riconosciuti indipendentemente dal processo, l'altro concernente le finalità collegate alla logica dell'indagine. Tra le varie regole di esclusione possono rinvenirsi quelle che, ad esempio, garantiscono il diritto alla riservatezza, oppure quelle che mirano ad assicurare il rispetto del diritto di difesa o ancora, quelle intese a garantire la validità gnoseologica dell'accertamento (N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., pp. 139-140).

[22] «I valori costituzionali sono valida chiave di lettura nell'individuazione delle ipotesi in cui il legislatore ha bilanciato il potere pubblico con i diritti privati, stabilendo casi e modi in cui questi ultimi possono subire legittimamente una compressione in funzione degli scopi, pubblici, dell'accertamento giudiziale; oltre quei casi e quei modi i diritti individuali si riespandono e l'intrusione dell'autorità diviene illegittima, al punto che i risultati delle sue attività vengono espulsi dal processo» (C. Cesari, *L'«isolamento» del testimone prima dell'esame: spunti di riflessione sull'istituto dell'inutilizzabilità*, cit., p. 698).

[23] C. Cesari, *L'«isolamento» del testimone prima dell'esame: spunti di riflessione sull'istituto dell'inutilizzabilità*, cit., p. 700.

C'è da aggiungere che, giacché l'inutilizzabilità rappresenta la sanzione tipica del procedimento probatorio, l'uso della parola "acquisizione", contenuta nell'art. 191 c.p.p., consente di ampliare l'ambito di operatività dell'istituto, permettendo di sanzionare anche le violazioni delle regole sull'acquisizione della prova [24]. Da un esame della disciplina codicistica, d'altronde, ci si accorge che, molte volte, le prescrizioni inerenti alla forma degli atti probatori sono dettate a guisa di divieti e che, sovente, sono espressamente stabilite delle inutilizzabilità con riguardo proprio ai modi della procedura acquisitiva [25]. La violazione del divieto di acquisizione, di conseguenza, può determinare l'illegittimità della prova ed essere sanzionata con l'inutilizzabilità.

Secondo un diverso indirizzo [26], maggioritario in giurisprudenza [27], così facendo, però, si corre il rischio di sovrapporre le due categorie delle nullità e dell'inutilizzabilità. Pertanto, onde evitare questo effetto, si è sostenuto che mentre la nullità va applicata ai casi di inosservanza della forma degli atti processuali, l'inutilizzabilità va circoscritta alla violazione dei divieti probatori. In particolare, lo specifico riferimento dell'art. 191 comma 1 c.p.p. ai divieti probatori non può giudicarsi privo di significato normativo. Prova vietata non può essere quella che sia consentita, seppur disciplinata nelle condizioni di ammissibilità o nelle modalità di assunzione; prova vietata è solo quella che sia, in quanto tale, proibita [28]. L'inosservanza delle "modalità" di assunzione di una prova di regola, dunque, non rende la prova inutilizzabile: la prova lo diventa soltanto se tale assunzione è prevista dalla legge come effetto della violazione di quella modalità di assunzione [29]. In altri termini, ad eccezione di singole ipotesi di inutilizzabilità speciale, il divieto d'uso riguarda le sole prove intrinsecamente inammissibili [30].

La prova irrituale: nulla, inutilizzabile o irregolare?

Muovendo da quest'ultima impostazione, è costante in giurisprudenza l'affermazione che in assenza di un divieto espresso, la violazione delle regole sulle modalità di assunzione della prova non determini un'inutilizzabilità, ma rilevi solo sul piano delle nullità.

Sulla base di questo assunto – come si è anticipato –, per i giudici non vi è alcun ostacolo a consentire che il contenuto delle conversazioni intercettate possa essere provato mediante testimonianza degli ufficiali di polizia giudiziaria, atteso che non ricorre né un'ipotesi di inutilizzabilità, trattandosi di una prova ammissibile; né di nullità, atteso che non è prevista alcuna nullità speciale e sul piano delle nullità generali non è possibile ravvisare alcuna violazione inquadrabile tra le ipotesi di cui all'art. 178 c.p.p. [31].

Certo, è possibile sostenere che il rispetto delle forme stabilite dalla legge per l'elaborazione della prova si pone a garanzia del diritto di partecipazione delle parti al procedimento [32]. Dal momento, però,

[24] Al riguardo, v. M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., p. 6; F.R. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, cit., p. 48; Id., *Cultura dell'esame incrociato e resistenza operative*, in D. Negri-R. Orlandi (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, Giappichelli, 2015; p. 108; N. Galantini, voce *Inutilizzabilità*, cit., p. 695; F.M. Grifantini, sub *art. 191*, cit., p. 698 s.; M. Nobili, *La nuova procedura penale*, Clueb, 1989, p. 153; Id., *La prova inutilizzabile nel nuovo codice di procedura penale*, in *Studi in onore di V. Denti*, III, Padova, Cedam, 1994, p. 379; A. Scalfati-D. Servi, *Premesse sulla prova penale*, in A. Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, II, t. 1, (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2009, p. 44; D. Siracusano-F. Siracusano, *Le prove*, cit., p. 276.

[25] Per tutti v. M. Nobili, *La nuova procedura penale*, cit., p. 153.

[26] Fra gli altri, v. A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 193; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 217; Id., *La prova penale*, Padova, Cedam, 1999, p. 38.

[27] *Ex plurimis*, v. Cass., sez. II, 7 febbraio 2018, n. 9494, in *CED Cass.*, n. 272348; Cass., sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 40973, *ivi*, n. 241318; Cass., sez. VI, 13 febbraio 1998, *ivi*, n. 210089; altresì v. Cass., sez. un., 27 marzo 1996, n. 5021, *ivi*, n. 204644.

[28] Così A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 192. Analogamente v. G. Baccari, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 898.

[29] P. Tonini-C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 99, ove, in particolare, si specifica che in linea di principio possono esistere divieti probatori che si riferiscono anche alle modalità acquisitive, ad esempio, quando le violazioni verificatesi nel procedimento acquisitivo siano talmente gravi da *inficiare il risultato* dell'esperimento probatorio o da ledere irreparabilmente un diritto inviolabile. È fondamentale, tuttavia, attenersi ad una interpretazione restrittiva, che ravvisi l'inutilizzabilità solo allorché vengano in gioco violazioni connesse con la *forma essentialis* dell'atto.

[30] Nei confronti di questa teoria si esprime in senso critico, ad esempio, F.R. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, cit., p. 48.

[31] In tal senso v. G. Viscone, *Le intercettazioni tra perizia trascrittiva e prova testimoniale*, cit., p. 919.

[32] Al riguardo v. Cass., sez. V, 10 gennaio 2013, n. 20824, in *CED Cass.*, n. 256496; Cass., sez. VI, 12 ottobre 1998, in *Cass. pen.*,

che i risultati delle intercettazioni sono acquisiti proprio attraverso l'escussione orale degli ufficiali di polizia giudiziaria nel contraddittorio tra le parti, si tratta di una forzatura, che incontra un ostacolo nel principio di tassatività che regola la materia delle nullità [33].

Ed invero, il principio di legalità della prova deve trovare tutela nella disciplina dell'inutilizzabilità contenuta nell'art. 191 c.p.p.

Un punto, in particolare, a nostro avviso, deve tenersi fermo: il legislatore nel riferirsi alle prove "acquisite", ha inevitabilmente ampliato l'ambito di operatività del divieto, proiettandosi ad una fase del procedimento che è chiaramente successiva a quella della ammissione della prova. L'inutilizzabilità, quindi, deve ritenersi sia posta a tutela non solo delle prove inammissibili, ma anche di quelle che vengono introdotte nel processo secondo modalità di formazione non consentite.

Una conferma in tal senso sembra, altresì, potersi trarre dall'art. 526 c.p.p., il quale, nel disporre che il giudice non può utilizzare per la decisione prove illegittimamente acquisite in dibattimento, implicitamente riconosce che pure le violazioni delle regole probatorie hanno quale effetto l'esclusione dei risultati così ottenuti dall'orizzonte conoscitivo del giudice [34].

L'inutilizzabilità va considerata una fattispecie a "geometria variabile", e cioè capace di mutare il proprio raggio di azione, adeguandolo alle peculiari esigenze delle differenti fasi procedimentali. Sicché, mentre nelle indagini preliminari l'inutilizzabilità discende dal solo art. 191 c.p.p. e riguarda esclusivamente l'inosservanza dei divieti relativi all'*an* della prova; all'interno della fase dibattimentale, grazie all'apporto dell'art. 526 c.p.p., si estende anche alle violazioni inerenti alla procedura acquisitiva [35]. Ciò vale soprattutto quando l'inosservanza delle regole processuali finisce per ledere le libertà fondamentali della persona o per determinare uno stravolgimento del sistema processuale, tanto che la sua funzione possa esserne compromessa, senza che vi si possa altrimenti porre rimedio [36]. Mentre, quando non sussiste un divieto probatorio palesemente riconducibile ad uno di tali settori di tutela [37], la prova o è nulla o è irregolare [38], ma non è inutilizzabile.

In quest'ottica, il deficit di tipicità dell'art. 191 c.p.p. può essere visto non come un fattore negativo, ma come un elemento di flessibilità volto ad innalzare il tasso di protezione offerto dall'istituto. Del resto, nell'ideologia di fondo del codice del 1988, l'inutilizzabilità avrebbe dovuto guidare l'interprete verso un rinnovato concetto di prova e di sapere giudiziario, ove la legalità della prova ha la funzione di limitare e non di estendere il potere di chi lo esercita [39].

La (pretesa) libertà delle prove

La prassi, però, come si è visto, ha dimostrato che l'uso normativo di clausole troppo generali spesso non è opportuno. «Le distorsioni del libero convincimento e la ricerca della verità "vera" sembrano die-

1998, p. 481, con nota, volendo, di A. Ciavola, *Prova testimoniale e acquisizione per il suo tramite del contenuto delle intercettazioni telefoniche*.

[33] A. Ciavola, *Prova testimoniale e acquisizione per il suo tramite del contenuto delle intercettazioni telefoniche*, cit., p. 483.

[34] E. Zappalà, *La deliberazione della sentenza e gli atti successivi*, in *Il nuovo rito penale*, Latina, Bucalo, 1989, p. 166.

[35] Così v. A. Scella, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 210; Id., *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, cit., p. 167, che riporta tale tesi sottolineandone alcune criticità. Criticità sono evidenziate, altresì, da C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 87, secondo la quale «non è possibile che l'art. 526 c.p.p. usi l'avverbio "legittimamente" in un senso diverso da quello fatto proprio dalla rubrica dell'art. 191, per sanzionare ipotesi di inutilizzabilità patologica ulteriori rispetto a quelle menzionate in quest'ultima norma». In giurisprudenza v. Cass., sez. I, 27 maggio 1994, n. 7491, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, p. 504, che proprio con riferimento all'art. 526 c.p.p. afferma che non potendosi «prescindere, nella interpretazione di detta ultima norma, dall'esigenza del suo inserimento in un sistema coerente e armonico che vede nettamente distinte le categorie della nullità e dell'inutilizzabilità (distinzione che verrebbe di fatto meno qualora ogni inosservanza formale, anche se non sanzionata da nullità ovvero sanzionata da nullità non più deducibile o comunque sanata venisse poi a rilevare come causa di inutilizzabilità), deve necessariamente ritenersi che per "prove diverse da quelle legittimamente acquisite" debbono intendersi non tutte le prove le cui formalità di acquisizione non siano state osservate, ma solo quelle che non si sarebbero potute acquisire proprio a cagione dell'esistenza di un espresso o implicito divieto».

[36] C. Cesari, *L'«isolamento» del testimone prima dell'esame: spunti di riflessione sull'istituto dell'inutilizzabilità*, cit., p. 700.

[37] N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 144 s.

[38] Sul concetto di irregolarità, ad esempio, v. G. Ubertis, *Commento all'art. 124 c.p.p.*, in E. Amodio-O. Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, Giuffrè, 1989, p. 72.

[39] F.R. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, cit., p. 47.

tro l'angolo quando le formule legislative offrono spazi alla tentazione dell'interprete di abbandonare il diritto positivo per inseguire prospettive assiologiche» [40].

E ciò pare particolarmente chiaro quando la giurisprudenza si richiama all'art. 189 c.p.p. per invocare la libertà delle prove e dedurne la fungibilità delle forme previste per i singoli mezzi di prova previsti dall'ordinamento.

È opinione comune in dottrina che l'introduzione dell'art. 189 c.p.p., offrendo la possibilità di assumere nel processo prove non disciplinate dalla legge, in realtà, non ha indirettamente riconosciuto la sussistenza di un'ampia libertà di prova. Semmai, il contrario. Se, da una parte, infatti, il legislatore ha voluto consentire al processo di stare di pari passo con i progressi della scienza e della tecnica ammettendo l'ingresso di mezzi di prova atipici, dall'altro, ha fissato per legge le condizioni e i modi della loro acquisizione; fermo restando che, al di fuori degli spazi tracciati dall'art. 189 c.p.p., è preclusa ogni libertà di prova. In altri termini, se è certo che il giudice può assumere mezzi di prova non disciplinati dalla legge, è altrettanto certo che non gli è consentito compiere liberamente deviazioni dai modelli normativi dei diversi procedimenti probatori.

«Prova non disciplinata» è la prova ontologicamente nuova o, al più, la prova che pur perseguendo un risultato probatorio corrispondente a quello di un modello tipico si formi con modalità previste dalla legge e non corrispondenti a quelle di un altro mezzo tipico [41]. È la prova che si plasma secondo un *iter* di assunzione che si pone non in violazione ma *al di fuori* dal campo di applicazione delle norme che disciplinano la materia [42].

Deve, invece, considerarsi vietata la prova c.d. irrituale per anomalia, ossia quella che si serve delle modalità di formazione di una prova tipica allorché ricorrano gli estremi identificativi di un'altra fattispecie probatoria tipica [43]. Cioè non è possibile conseguire un risultato probatorio con le forme previste per un altro mezzo nominato.

L'art. 189 c.p.p., se visto in combinato disposto con gli articoli 191 e 526 c.p.p., dunque, è il segnale dell'adesione ad un sistema improntato sul principio di legalità dei mezzi di prova [44]. Ed infatti, per un verso, la regolamentazione del procedimento di acquisizione delle «prove non disciplinate» rende chiaro che altro è la prova atipica, altro è la prova irrituale. Per altro verso, la disciplina dell'inutilizzabilità della prova si pone a presidio e a limite dell'ammissibilità e dell'utilizzazione giudiziale dei mezzi di prova difformi da quelli previsti dal codice, o formati in violazione delle disposizioni legali [45].

In altri termini, proprio in virtù di quanto previsto dall'art. 189 c.p.p., se il modello probatorio sussiste, non è possibile costruire figure "parallele" (omologhe, come è stato detto), per eludere, così, la fattispecie posta legislativamente per quell'atto [46].

È obbligatorio, cioè, osservare l'ordine normativo che fa corrispondere ad ogni tipo di esigenza probatoria uno specifico mezzo per soddisfarla. Quando la legge prevede un determinato procedimento di assunzione della prova a garanzia della genuinità e della pienezza della capacità dimostrativa della prova stessa, il rispetto di detto procedimento assuntivo si pone come condizione necessaria affinché lo strumento istruttorio possa valere come prova del fatto oggetto di dimostrazione [47]. A tal fine va impe-

---

[40] C. Cesari, *L'«isolamento» del testimone prima dell'esame: spunti di riflessione sull'istituto dell'inutilizzabilità*, cit., p. 702.

[41] In argomento, per tutti, v. O. Dominioni, *Il diritto delle prove*, in O. Dominioni-P. Corso-A. Gaito-G. Spangher-N. Galantini-L. Filippi-G. Garuti-O. Mazza-G. Varraso-D. Vigoni, *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 259-260; F.R. Dinacci, *Prove*, in G. Spangher (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, I, *Soggetti. Atti. Prove*, Torino, Utet, 2015, p. 776 s.; M. Nobili, *Diritti per la fase che non «conta e non pesa»*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, Cedam, 1998, p. 43; R. Orlandi, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 25; P. Tonini, *La prova penale*, cit., p. 90; G. Ubertis, *La prova penale*, Torino, Utet, 1995, pp. 73-74; nonché, fra gli altri, S. Cavini, *Il riconoscimento informale di persone o di cose come mezzo di prova atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 838. Per un'approfondita analisi della problematica anteriormente al codice del 1988 v. E. Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1982.

[42] M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 357.

[43] Per tale definizione, ad esempio, v. S. Cavini, *Il riconoscimento informale di persone o di cose come mezzo di prova atipico*, cit., p. 838; analogamente v. C. Conti, sub *art. 191*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, Wolters Kluwer, 2017, p. 1881.

[44] Cfr. C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 172.

[45] In questi termini v. A. Melchionda, voce *Prova in generale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 854-855.

[46] M. Nobili, *Gli atti a contenuto probatorio nella fase delle indagini preliminari*, in *Crit. dir.*, 1991, p. 10.

[47] T. Rafaraci, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, cit., p. 1744.

dito tanto che il mezzo di prova venga svuotato senz'altro del suo nucleo di disciplina caratterizzante, quanto che al medesimo risultato si pervenga, più surrettiziamente, indugiando e facendo leva su di un'apparente fungibilità fra mezzi di prova che presentano note comuni ma che proprio per questo vanno tra loro ancor più nettamente distinti [48].

Dall'esame del codice attuale, sembra pertanto possano trarsi le seguenti conclusioni: il giudice è libero di ammettere "prove non disciplinate"; se, però, intende acquisire una prova non rispettando le prescrizioni normative presenti nell'ordinamento, le maglie delle possibili sanzioni applicabili caso per caso possono e devono richiudersi [49].

Sotto questo profilo, non sembra fuori luogo affermare che l'art. 189 c.p.p. rappresenti qualcosa di più di una clausola di salvezza per tutti quei casi in cui il progresso scientifico scopra strumenti di conoscenza nuovi ed utili per il processo, assumendo il ruolo di norma di chiusura della disciplina dei mezzi di prova e di principio guida dell'attuale sistema processuale penale.

L'infungibilità della disciplina sulle modalità di acquisizione dei contenuti di un'intercettazione

Alla luce di questa ricostruzione sistematica e valoriale deve, di conseguenza, dedursi che la testimonianza degli ufficiali di polizia giudiziaria sui contenuti di un'intercettazione dovrebbe considerarsi illegittima e conseguentemente dovrebbe essere dichiarata inutilizzabile.

Come affermato dalla stessa giurisprudenza, la prova in tema di intercettazione è sicuramente rappresentata dalla bobina o dal supporto sonoro su cui è registrata la conversazione, nonché dai verbali delle operazioni compiute.

Una prima considerazione da fare è, quindi, che in assenza di tale supporto non è possibile introdurre nel processo i contenuti di quell'intercettazione per mezzo della testimonianza degli agenti o degli ufficiali che hanno preso parte all'ascolto delle conversazioni o delle comunicazioni [50]. Qui verrebbe a mancare l'essenza della prova.

La Corte di cassazione, però, in diverse occasioni ha precisato che solo il difetto di «memorizzazione dei colloqui per omessa registrazione rende inesistente il mezzo di ricerca della prova, pur ritualmente autorizzato, e inutilizzabile l'acquisizione del contenuto dei colloqui altrimenti compiuta, attraverso annotazioni o dichiarazioni dei verbalizzanti», mentre in caso di deterioramento o di smarrimento del supporto magnetico la prova del colloquio e del suo contenuto può essere documentato "aliunde" [51]. Compito del giudice, semmai, è «esercitare la massima prudenza nella valutazione dei mezzi di prova da assumere per la ricostruzione del contenuto delle intercettazioni, escludendo ogni automatismo surrogatorio» [52].

Una conclusione, quest'ultima, che non convince affatto, in quanto trasferisce sul piano valutativo una questione che dovrebbe essere affrontata a monte, verificando la legittimità di tale prova.

Sennonché, la predisposizione dei modi di documentazione può soltanto significare che unicamente le registrazioni e la loro traduzione in verbali possono fornire la prova delle notizie acquisite, dovendosi, a tal fine, escludere le prove provenienti da qualsiasi altro mezzo, e in particolar modo dalla testimonianza degli esecutori [53].

---

[48] T. Rafaraci, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, cit., p. 1743. Come osserva ancora l'A., è il legislatore che, nel fissare le modalità di assunzione, formula «*ex ante* un giudizio di utilità della prova per l'accertamento dei fatti che deve dirsi tipico, in quanto la disciplina del mezzo è tutta orientata a rispondere ad una altrettanto tipica esigenza probatoria. È dunque un corollario che un dato mezzo di prova dovrà essere assunto solo se e tutte le volte che la fattispecie denoti i segni distintivi della funzione per la quale è stato disegnato. Se così non fosse, quel giudizio legislativo di utilità verrebbe infranto e l'arbitrio giudiziale prenderebbe il posto delle garanzie dell'accertamento» (p. 1744).

[49] In questa accezione è ancora attuale il principio di tassatività delle prove (Cfr. A. Melchionda, voce *Prova in generale (dir. proc. pen.)*, cit., p. 855).

[50] In tal senso v. Cass., sez. VI, 3 luglio 2002, n. 28861, cit.; Cass., sez. IV, 5 dicembre 2000, n. 9797, cit.; Cass., sez. VI, 13 novembre 1995, n. 4136, in *CED Cass.*, n. 203820.

[51] Cass., sez. II, 11 novembre 2010, n. 44327, in *CED Cass.*, n. 248909.

[52] In questi termini v. Cass., sez. I, 12 gennaio 2011, n. 5095, in *CED Cass.*, n. 249790; analogamente, Cass., sez. IV, 27 giugno 2017, n. 45809, *ivi*, n. 271054; Cass., sez. VI, 9 giugno 2003, n. 29725, *ivi*, n. 226256.

[53] Al riguardo, fra gli altri, v. A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 26; G. Carofiglio, *La te-*

L'esistenza di un reperto sonoro va considerata un requisito imprescindibile attinente alle modalità di esecuzione delle intercettazioni, la cui mancanza deve comportare l'inutilizzabilità delle conversazioni captate [54].

La forte compressione della libertà e della segretezza delle comunicazioni e delle conversazioni che può avvenire facendo ricorso a strumenti di captazione indebita impone, infatti, di ritenere che solo nei modi previsti dalla legge è possibile riversare nel processo il risultato probatorio così ottenuto.

Senza trascurare che l'impossibilità di rendere fungibili le due discipline della testimonianza e delle intercettazioni può ricavarsi dal fatto che senza strumenti tecnici di registrazione non sarebbe possibile superare le cautele elementari, che dovrebbero garantire la libertà e la segretezza del colloquio, e captarne i contenuti. Ovvero, senza questi strumenti, non sarebbe possibile rendere testimonianza, atteso che le comunicazioni o le conversazioni rimarrebbero coperte dalla segretezza. Il che conferma che nell'intercettazione è la captazione e conseguente registrazione del contenuto delle conversazioni a costituire l'elemento identitario della disciplina.

L'inammissibilità della testimonianza, peraltro, va affermata non soltanto quando manca la registrazione delle comunicazioni, ma anche quando essa è agli atti.

Ed invero, la testimonianza degli operatori non sarà mai in grado di riprodurre fedelmente il contenuto probatorio dell'intercettazione, soprattutto quado si limiti inevitabilmente al riassunto dei dialoghi ascoltati; senza dimenticare la concreta impossibilità di scindere il racconto *de relato* dalle valutazioni personali degli investigatori, con il rischio di "inquinare" e "trasfigurare" il risultato probatorio [55].

Alla luce di queste considerazioni, deve ritenersi che, mentre non pare sussistano limiti a che la testimonianza dell'operatore di polizia giudiziaria possa avere ad oggetto il fatto storico dell'avvenuta intercettazione [56], al contrario, la testimonianza sui contenuti delle comunicazioni intercettate deve considerarsi vietata, in quanto, in tal modo, non vengono semplicemente violate alcune delle prescrizioni sul *quomodo* di assunzione della prova (quali quelle inerenti l'espletamento della perizia o la trascrizione delle registrazioni), bensì viene in radice aggirata l'intera disciplina sull'acquisizione delle intercettazioni. Ed invero, anziché procedere alla lettura delle trascrizioni o all'ascolto delle bobine, si tenta di conseguire il medesimo risultato probatorio attraverso l'applicazione delle modalità previste per il diverso mezzo di prova della testimonianza. In palese contrasto con il dettato normativo, il quale, proprio in considerazione della delicatezza degli interessi coinvolti, impone una serie di prescrizioni volte a garantire la conoscenza integrale del testo delle conversazioni intercettate, con il filtro di un indiscutibile controllo tecnico e al fine di escludere letture parziali, frazionate o deformanti [57]. In difformità con l'assunto secondo cui è attraverso l'osservanza delle modalità di acquisizione delle intercettazioni che si ha la garanzia della genuinità della prova.

Senza, poi, considerare che la disciplina sulle intercettazioni tutela specifici interessi extraprocessuali, come si evince anche dall'introduzione – ad opera del d.lgs. 29 dicembre 2017 n. 216 – del divieto di trascrizione delle conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini e di quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge (art. 268, comma 2-*bis*, c.p.p.)[58]. Il legislatore, nel riformare la materia, ha

stimonianza dell'ufficiale e dell'agente di polizia giudiziaria, Milano, Giuffrè, 2005, p. 142; L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 122; C. Valentini, *La ricostruzione dinamico-fattuale mediante «esperimento» investigativo*, in A. Scalfati (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 253. Ad analoga conclusione perviene quella parte della dottrina che ritiene che l'inammissibilità della prova testimoniale vertente sul contenuto dei colloqui è sottintesa dall'art. 271, che attraverso il richiamo all'art. 268 comma 1 c.p.p., sottolinea l'imprescindibile necessità delle registrazioni (F. Caprioli, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 187 ss.; F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 859; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 132).

[54] Sul punto v. F. Cordero, *Commento all'art. 271 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 315.

[55] M.L. Strummiello, *Brevi note in tema di testimonianza della polizia giudiziaria sulle dichiarazioni dell'imputato oggetto di intercettazione*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 2, p. 6.

[56] Secondo G. Carofiglio, *La testimonianza dell'ufficiale e dell'agente di polizia giudiziaria*, cit., p. 144, deve ritenersi ammissibile la deposizione dell'operatore di polizia nella quale si faccia riferimento al contenuto di intercettazioni al solo scopo di spiegare il senso e lo sviluppo complessivo della investigazione. Tale deposizione, invero, svolge una funzione sintattica; consente cioè di connettere, nella narrazione dell'operatore, i vari passaggi storici dell'attività investigativa, per renderli comprensibili e consentirne una corretta valutazione da parte del giudice.

[57] Cfr. A. Chiarello, *Atto irripetibile e verbali di intercettazioni telefoniche ai sensi dell'art. 268 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1510.

[58] Va, nondimeno, rilevato che la l. 30 dicembre 2018, n. 145, c.d. legge di bilancio, ha prorogato l'entrata in vigore della riforma delle intercettazioni contenuta nel d.lgs. n. 216 /2017 al 1° agosto 2019.

imposto il rispetto di una serie di passaggi procedurali il cui scopo è chiaramente volto a contemperare le esigenze di tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti e le esigenze di accertamento dei fatti costituenti reato. Con il risultato che se si consentisse di testimoniare sui risultati di intercettazioni relative a tali dati sensibili o su conversazioni del tutto irrilevanti per il processo ma lesive della privacy dei soggetti coinvolti, si comprometterebbe la *ratio legis* [59] e si svuoterebbe di contenuto la relativa disciplina.

Ed allora, considerato che la legge prevede una rigida procedura per l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria delle conversazioni intercettate; che tale procedura costituisce diretta emanazione della tutela costituzionale della libertà di comunicazione, *ex* art. 15 Cost.; che occorre imporre il minor sacrificio possibile del diritto alla *privacy* dei soggetti intercettati, ai sensi dell'art. 2 Cost.; che le limitazioni di queste libertà e la conseguente acquisizione processuale dei risultati di tali limitazioni possono avvenire solo con le garanzie e quindi con le specifiche forme previste dalla legge; che proprio la specificità, l'analiticità e la tassatività di tale disciplina include un implicito ma inequivoco divieto di modalità alternative per l'acquisizione e l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni; ci sembra conseguente ritenere che, pure in assenza di una precisa indicazione normativa, la testimonianza sul contenuto di intercettazioni di conversazioni è inammissibile e ove acquisita va dichiarata inutilizzabile in quanto viola precisi interessi extraprocessuali e, sotto il profilo endoprocedimentale, eludendo le forme previste dalla legge a garanzia della validità gnoseologica dello strumento probatorio, viola il divieto di fungibilità delle modalità di assunzione delle prove ricavabile dal combinato disposto degli artt. 191, 526 e 189 c.p.p.

[59] Come osserva N. Galantini, *Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina*, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2018, pp. 13-14, in verità, la mancata integrazione dell'art. 271 comma 1 c.p.p. con il rinvio alle nuove disposizioni in punto di esecuzione dell'atto, conduce al rischio di una minore attenzione al ruolo delle regole esecutive e al peso delle forme, abitualmente sottoposte ad un giudizio giurisprudenziale di marginale rilevanza, talvolta espresso nel disagio di vedere omologato il trattamento di violazioni di requisiti sostanziali al regime delle regole formali.

MATTEO RAMPIONI

Dottore di ricerca in procedura penale presso l'Università degli studi di Roma-Tor Vergata

Le c.d. indagini "anfibie": linee di fondo sul controverso legame tra attività ispettive e processo penale

Amphibious investigations: considerations on the controversial relationship between administrative inspections and criminal trial

Sin dall'esperienza codicistica previgente, il tema relativo all'utilizzabilità degli atti assunti in sede ispettiva e di vigilanza ha determinato la formazione di numerose questioni interpretative di cui oggi, nonostante le numerose pronunce della Corte costituzionale e la coniazione di una normativa ad hoc, ancora si discute.

Since the experience of pre-existing code, the theme on the usability of the acts drafted during administrative investigations has determined the creation of several interpretive issues that today, altough numerous judgments of the constitutional Court and the creation of an ad hoc legislation, are still discussed

PROLOGO

È noto come la materia regolata dall'art. 220 disp. att. c.p.p., per un verso, presenti aspetti anfibi, riguardando aree giuridiche differenti (amministrativo e penale), e per altro, nonostante l'apparente chiarezza della disciplina, rivela notevoli profili di incertezza.

Come spesso accade, i settori giuridici regolati da una pluralità di fonti normative, sono equivoci, risultando complicato stabilire quale è il confine che segna il passaggio da un ambito all'altro. Tali criticità si rinvengono, per l'appunto, anche nell'ambito tematico tracciato dall'art. 220 disp. att. c.p.p. che tenta di disciplinare il rapporto tra attività amministrativa di accertamento e procedimento penale.

Nell'esperienza originaria del codice Rocco, priva di una normativa specifica al riguardo, l'incertezza del confine tra attività amministrativa e giudiziaria veniva sfruttata al fine di acquisire, senza alcuna limitazione di efficacia probatoria, le risultanze degli accertamenti svolti in sede extra-penale. Perciò ampi poteri erano conferiti all'organo inquirente che, in sintonia con l'impostazione inquisitoria, risultava il solo soggetto legittimato a stabilire sia il passaggio da un tipo di accertamento all'altro, sia il momento applicativo delle garanzie difensive.

Di qui la prassi giudiziaria diffusa all'epoca, di svolgere per le cd. materie di confine, quand'anche avessero assunto connotati di tipo penale, l'indagine nella sola preistruzione (o istruzione preliminare) la quale, esorbitando dal procedimento penale, non prevedeva l'applicazione di alcuna tutela partecipativa dell'incolpato.

Con l'entrata in vigore della Costituzione e, dunque, con la cristallizzazione dell'art. 24, comma 2, che sancisce l'inviolabilità del diritto di difesa, si rese necessario un radicale ripensamento della materia al fine di adeguarne la disciplina ai principi informatori dettati dalla Carta fondamentale.

A partire da allora si sono alternate differenti prospettive, dapprima grazie ai numerosi spunti offerti dai giudici della Consulta [1], poi anche in forza di alcuni interventi legislativi [2]; tuttavia, solo con la promulgazione del codice attuale si affrontano mediante una previsione *ad hoc* – appunto, l'art. 220 disp. att. c.p.p. – le problematiche insorte fino a quel momento.

[1] In particolare, C. cost. sentenza n. 86 del 1968, in *www.cortecostituzionale.it.*

[2] Leggi 5 dicembre 1969, n. 932 e 14 ottobre 1974, n. 497.

La scelta legislativa ha tentato di individuare, ricalcando essenzialmente la lettura della sentenza costituzionale n. 149 del 1969[3], un criterio certo in base al quale applicare le regole del codice di rito invece che quelle del procedimento amministrativo; tale criterio si identifica con «l'emersione degli indizi di reato». Stabilisce, infatti, la disposizione che «*Quando nel corso di attività ispettiva e di vigilanza prevista da legge o decreti emergono indizi di reato, gli atti per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice*».

Tale limite normativo, oltre a segnare il passaggio dalla fase amministrativa di accertamento a quella giudiziaria, si rileva fondamentale ai fini dell'utilizzabilità del materiale probatorio assunto in sede extra-penale; invero, allo scopo di non replicare la prassi invalsa nella previgente codificazione, l'impostazione odierna appare funzionale ad una selezione del materiale probatorio utilizzabile.

Stando al tenore letterale della norma, in linea generale e di fondo, tutto ciò che emerge prima degli indizi di reato potrà essere inserito, ai sensi dell'art. 431 c.p.p., nel fascicolo per il dibattimento sotto forma di prova documentale. Il materiale che si forma, invece, successivamente al suindicato limite richiede l'impiego delle regole processuali; inoltre allorquando non si tratti di atti irripetibili, dovrà restare nel fascicolo del pubblico ministero, non risultando "spendibile" in dibattimento.

Ad una prima lettura, la norma non pare prestare il fianco a particolari questioni interpretative; tuttavia, come si vedrà, nonostante l'intervento legislativo, molteplici sono i punti oscuri – a partire dalla stessa nozione di «indizi di reato» su cui ruota l'art. 220 disp. att. c.p.p. – che non consentono di stabilire con certezza se gli scopi di garanzia prefissati dal legislatore siano stati raggiunti.

Evoluzione normativa

Come anticipato già, il codice Rocco nella sua formulazione originaria non contemplava una norma specifica in materia di attività ispettiva e di vigilanza; le ragioni di tale lacuna vanno ricondotte essenzialmente alla natura inquisitoria del codice previgente che, fondandosi sul cd. principio di autorità[4], soprattutto in fase d'indagine, da un lato, concedeva all'organo inquirente poteri pressoché illimitati; dall'altro, non era prevista alcuna garanzia alla difesa.

Gli accertamenti di natura ispettiva si eseguivano nella fase cd. istruttoria (sede preposta all'assunzione delle prove e volta alla verifica relativa alla necessità di disporre il rinvio a giudizio), più precisamente, nella preistruzione[5].

La preistruzione, rubricata dal libro II del codice «atti preliminari all'istruzione», trovava il suo nucleo fondamentale negli artt. 219, 231, 232 e 234 c.p.p. abr.; scopo della fase era quello di ricevere immediate informazioni volte a dare una prima configurazione alla notizia di reato e, dunque, a stabilire se si potesse proseguire con il giudizio oppure si dovesse optare per l'archiviazione[6].

Il codice Rocco non prevedeva – diversamente dal precedente codice del 1913[7] agli artt. 162 ss. – alcuna garanzia difensiva optando per un sistema votato alla totale segretezza delle risultanze processuali[8].

In tema di garanzie difensive la "svolta" è segnata dall'entrata in vigore della Costituzione. L'evento, invero, rappresenta uno dei momenti in cui con maggiore consapevolezza e determinazione si sono concretate le esigenze di democrazia e di tutela della persona[9].

---

[3] C. cost., sentenza n. 149 del 1969 in *www.cortecostituzionale.it*.

[4] Per una panoramica sulle principali caratteristiche del sistema inquisitorio, tra gli altri, A. Scalfati, *Manuale di diritto processuale* penale, a cura di A. Scalfati, Giappichelli, Torino, 2017, p. 8 ss.; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012, 5, cui adde, A.A. Dalia-M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, Padova, 2010, p. 10.

[5] G. Leone, *Manuale di procedura penale*, Jovene, Napoli, 1971, p. 346.

[6] G. Conso, *Atti proc. pen.*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 154; G. Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, II, Giuffrè, Milano 1968, p. 19; G. Conso-V. Grevi, *sub* art. 219 c.p.p., in *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1987, p. 685.

[7] Cfr. P. Tuozzi, *Il nuovo codice di procedura penale*, Milano, ed. Vallardi, 1914, p. 162 ss.: «il codice del 1913, all'art. 72, consacra un principio nuovo, reclamato dalla coscienza pubblica per sentimento di umanità e di giustizia, e dietro anche l'esempio di qualche legislazione straniera, consacra cioè l'intervento della difesa nel periodo dell'istruzione, per cui resta squarciato in diversi punti quel segreto assoluto, nel quale il vecchio codice teneva avvolto tutto lo stadio inquisitorio. E dispone che durante l'istruzione l'imputato può farsi assistere dal difensore […]».

[8] S. Santini, *Istruzione nel processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, vol. IX,1993, p. 303 ss.

[9] F. Mencarelli, *Il diritto di difesa nell'istruzione preliminare*, Jovene, Napoli, 1972, p. 7. Ancora, L. Migliorini, *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1988, p. 2.

Tra i numerosi postulati sanciti nella Carta fondamentale rileva (ai fini del tema oggetto di trattazione) l'introduzione dell'art. 24, comma 2, Cost.

I presupposti storici e la *ratio* della norma emergono con chiarezza dagli atti dell'Assemblea Costituente, nei quali si affermava, non soltanto che il principio «segnava una precisa direttiva al legislatore», garantendo «in termini lapidari e perentori la presenza e l'esperimento attivo» del diritto di difesa in ogni stato e grado del processo; ma che essa recava in sé come ulteriore intento quello di cancellare gli abusi, le incertezze e le deficienze, che nel passato regime lo avevano «vulnerato» [10].

L'impianto costituzionale e le letture ricostruttive della Corte costituzionale, evidenziavano, dinanzi al grave deficit del regime codicistico, la necessità di una riforma del processo penale che non si limitasse ad una semplice modifica o integrazione di singole norme o istituti, ma che, invece, riguardasse l'intero sistema normativo; la qual cosa condusse allo studio di diversi progetti di riforma [11], tra cui rileva quello presentato dal Ministro Guardasigilli Di Pietro, che divenne la legge 18 giugno 1955, n. 517 [12].

La novella aggiunse al codice di procedura penale (tra gli altri) gli artt. 304-*bis*, *ter*, *quater* concernenti l'applicazione delle garanzie difensive durante lo svolgimento della fase istruttoria: si riconosceva alle difese in misura assoluta, ed alle parti in misura più ridotta, il diritto di partecipare ad importanti atti istruttori [13].

Tali modifiche normative, tuttavia, non trovarono attuazione né in sede di istruzione preliminare né sommaria essendo, dette fasi, considerate, complici sia la giurisprudenza che la dottrina del tempo, "extra-processuali" [14].

L'attribuzione di tale natura fece registrare un diffuso ricorso all'impiego dell'istruzione preliminare, in luogo di quella formale, al fine di eludere le suindicate garanzie, ritenute (inutili) intralci al rapido ed efficiente avviarsi del procedimento [15].

Il percorso attraverso cui viene riconosciuta all'istruzione preliminare (e, pertanto, anche all'attività ispettiva e di vigilanza) rilevanza processuale è stato lungo e controverso.

I primi passi si sono mossi nel 1965, grazie a due pronunce della Corte costituzionale [16] mediante le quali

---

[10] G. Comoglio, *sub art. 24, comma 2 Cost*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 53 ss. Sul punto ancora, N. Carulli, *La difesa dell'imputato*, Jovene, Napoli, 1985, p. 61; G. De Luca, *il contraddittorio nei procedimenti speciali penali*, in *Atti XI Convegno nazionale Ass. studiosi proc. civ.* p. 47; A. Jemolo, *In tema di limitazioni del patrocinio penale*, in *Giur. Cost.*, 1963, p. 855; G. Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale,* in *Riv. it. proc. pen.*, 1968, p. 12; M. Cappelletti, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale*: *art. 24 Costituzione e «due process of law clause»*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 1287; G. Conso, *Inizio delle indagini e diritto di difesa*, in *Arch. pen.*, 1970, I, p. 140; G.P. Voena, *Difesa* (difesa penale), in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1988, p. 1 ss.; P. Ferrua, *La difesa nel processo penale*, Utet, Torino, 1988, p. 1 ss.

Su queste considerazioni insistono tutti gli interventi svolti nel dibattito assembleare sull'art. 19 del progetto (seduta del 17 settembre 1946, in *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, VI, 361 ss.).

[11] E.F. Carabba-L. Alessandri, *Appendice (Legge 18 giugno 1955, n. 517 apportante modificazioni al codice di procedura penale) al codice penale e al codice di procedura* penale, 1955, Firenze, p. 1 «Nel 1952 il Ministro Zoli, rilevata la esigenza di coordinare il Codice di procedura vigente con le norme costituzionale e di andare incontro a talune aspirazioni, fatte palesi dall'opinione pubblica in ordine al rito penale, predispose un disegno di legge in cui erano contenute le modifiche ritenute urgenti. […]. Nel marzo del 1953 un comitato parlamentare predispose un nuovo testo che fu approvato dalla III Commissione della Camera dei Deputati in sede legislativa. Sopravvenuto lo scioglimento del Parlamento, il suindicato disegno di legge doveva essere considerato decaduto, ma gli onorevoli Leone, Riccio e Amatucci ne ripresentarono un altro, avente lo stesso contenuto, alla Camera dei deputati nella seduta del 27 luglio 1953». Il Ministro Guardasigilli Di Pietro, nel giugno del 1954, presentava altro disegno di legge riproducente, sostanzialmente, il progetto Leone, dopo aver eliminato alcune lacune, difetti di coordinamento ed errori materiali apportandovi anche alcune rilevanti modifiche. È questo progetto che, dopo gli emendamenti delle Commissioni legislative, è ora divenuto legge dello Stato.

[12] Legge 18 giugno 1955, n. 517, in *Suppl. ord. Gazz. uff.*, n. 148, 30 giugno 1955.

[13] G. Leone, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 354.

[14] Cass., S.U.,17 maggio 1958, in *Riv.it. dir. proc. pen*, 1958, p. 623. Tale tendenza si riallacciava peraltro all'insegnamento prevalente della dottrina secondo cui l'attività espletata dalla polizia giudiziaria in questa fase doveva essere considerata di natura extra-processuale; così, V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. II, Utet, Torino, 1956, p. 261; S. Ranieri, *Istituz. di dir. proc. pen.*, Giuffrè, Milano, 1948, p. 168.

[15] Sull'abnorme sviluppo della fase preistruttoria e sulla differente efficacia degli atti compiuti dalla polizia giudiziaria rispetto a quelli compiuti dall'Autorità giudiziaria, per tutti, D. Siracusano, *Preistruttoria*, in *Noviss. dig. it.*, 1966, Utet, Torino, III ed., vol. XIII, p. 617 ss.

[16] C. cost., sentenze n. 11 e n. 52 del 1965, in *www.cortecostituzionale.it.* La letteratura a commento delle due decisioni è molto ampia al punto da ritenerne inutile la citazione. Un'identica scelta è stata compiuta con riferimento alla sentenza n. 86 del 1968.

si negò la possibilità di fondare la pretesa inapplicabilità delle garanzie di cui agli artt. 304-*bis*, *ter*, *quater* c.p.p. 1930, all'istruzione sommaria sulla base di una presunta diversità di natura tra questa e quella formale.

Passo decisamente più marcato fu compiuto dai giudici della Consulta con la sentenza 5 luglio 1968, n. 86 che segnò, così come affermò l'On. Senatore Zaccalà nella seduta del 27 novembre 1969, la distanza verso «l'estremo arroccamento dell'impostazione inquisitoria mantenuta dalla magistratura nei confronti del processo penale» [17].

Con la pronuncia in questione, il Giudice delle leggi si espresse sulla questione di legittimità costituzionale degli artt. 225 e 232 c.p.p. abr. sotto il profilo che la mancata applicazione degli artt. 304-*bis*, *ter*, *quater* (stesso codice) in fase preistruttoria avrebbe leso il diritto di difesa ed il principio di uguaglianza. Facendo proprie le argomentazioni già proposte in precedenza, la Corte dichiarò l'illegittimità delle norme oggetto di sindacato nella parte in cui rendevano possibile, nelle indagini di polizia giudiziaria ivi previste, il compimento di atti istruttori senza l'applicazione degli artt. 390, 304-*bis*, *ter*, *quater* del codice di procedura penale [18].

L'importanza della sentenza non risiede soltanto nell'aver esteso il diritto di difesa alla fase preistruttoria, bensì rileva sotto ulteriori profili. Innanzitutto, per l'aderenza alla realtà giuridica e sociale con la quale si prendeva atto del delicato fenomeno di lunghe e complesse indagini svolte con le forme dell'istruzione preliminare, sottratte alla titolarità del magistrato, pur di privare l'indagato delle proprie garanzie difensive. Poi, per aver definitivamente liberato il campo da qualsiasi equivoco in ordine al concetto di «attività di polizia giudiziaria, risolventesi in veri e propri atti istruttori da utilizzare direttamente in dibattimento» [19]; infine, poiché risaltava i pericoli connessi alla arbitrarietà della scelta sul tipo di istruttoria dalla quale dipendeva l'attuazione o meno delle garanzie partecipative dell'imputato [20].

La pronuncia del luglio 1968 determinò immediati effetti (anche) in sede legislativa. Già pochi giorni dopo la sua adozione – il 22 e 23 luglio del 1968 – vennero presentati alla Camera, con carattere di assoluta urgenza, tre disegni di legge: il primo, proposto dall'allora Ministro di Grazia e Giustizia, On. Gonella, il secondo, d'iniziativa dei Deputati Riz, Mitterdorfer e Dietl; ed il terzo, a firma del Deputato Alessi.

I tre progetti di riforma si coordinavano intorno al comune obiettivo di estendere i diritti di difesa nella fase precedente al giudizio; estensione che, non solo, tutelava il diritto naturale ed irrinunciabile del cittadino, bensì interessava anche l'Amministrazione giudiziaria «poiché primo ed ultimo fine del processo è l'accertamento della verità reale e l'attuazione della giustizia: il cui raggiungimento si rende più possibile e chiaro quanto più aperto al rispetto delle regole del contraddittorio» [21].

Il disegno "Gonella" appariva per la sua portata, non solo, assorbire i contenuti degli altri due, ma proporre anche cinque innovazioni fondamentali: la parificazione, ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, della figura dell'indiziato a quella dell'imputato; la consacrazione del principio del *nemo tenetur se detegere*; la nomina del difensore che doveva avvenire fin dalla fase delle indagini preliminari, quand'anche il soggetto fosse solo indiziato di reato [22]; l'obbligatorietà dell'avviso ai familiari dell'arrestato o del ferma-

[17] Opinione, peraltro, condivisa dalla dottrina maggioritaria del tempo, concorde nel ritenere che la sentenza rappresentasse una delle più importanti decisioni pronunciate dalla Corte costituzionale nei primi dodici anni della sua esistenza: «una sentenza fondamentale non solo per il suo dispositivo ma, anche, per alcuni passi della sua motivazione, che segnano una direttiva del più grande significato per il legislatore non meno per il giudice». G. Vassalli, *Relazione alla IV Commissione permanente (giustizia) ai disegni di legge n. 238-228-243*; G. Conso, *Il diritto di difesa nella preistruttoria,* in *Costituzione e processo*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 392.

[18] In *www.cortecostituzionale.it*, massima n. 2931: «Gli atti costituenti le cd. indagini preliminari […] a parte la loro sommarietà, non differiscono sostanzialmente da quelli in cui si concreta la vera e propria istruzione e perciò possono condurre il processo su binari dai quali più tardi non sarà facile uscire e possono così compromettere irrimediabilmente le sorti del giudizio».

[19] L'ambiguità terminologica veniva superata compiendo una vera e propria dilatazione del concetto d'imputazione, da non considerare come formale attribuzione ad una persona di una fattispecie determinata costituente reato, ma da intendere, in senso lato, quale momento in cui si delinea il riferimento, sia pure non ben definito, a un fatto e a una determinata persona.

[20] G. Vassalli, *Relazione alla IV commissione permanente (giustizia) ai disegni di legge n. 238-228-243.* «codesto potere che ha la polizia giudiziaria direttamente attraverso l'articolo 225 c.p.p., che ha il pubblico ministero per l'art. 232 c.p.p., viene denunciato, o se si vuole, enunciato dalla sentenza n. 86 del 1968 come un potere che può essere fonte di abusi ma, particolarmente, di incertezze; che, soprattutto, può creare una situazione imprecisa, contrastante con la certezza del diritto e, di qui, con il diritto fondamentale della difesa, sancito nella norma costituzionale con la quale sono stati, appunto posti a confronto gli articoli del codice di procedura penale dei quali viene denunciata, e poi ritenuta, l'illegittimità costituzionale».

[21] Atti parlamentari, proposta di legge n. 243 del 1968.

[22] Questo punto era toccato sia dall'art. 2 («Costituisce grave infrazione disciplinare per gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria o della forza pubblica e per tutti i dipendenti dell'Amministrazione degli istituti di prevenzione e di pena dare consigli sulla scelta o rice-

to [23]; l'introduzione di norme adeguate sia in tema di avviso al difensore, sia in tema di deposito atti.

Sulla base di tali argomentazioni [24] il 5 dicembre 1969 venne approvata dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica la legge n. 932 intitolata «Modificazioni al codice di procedura penale in merito alle indagini preliminari, al diritto di difesa, all'avviso di procedimento ed alla nomina del difensore», modificativa di ben otto articoli dell'allora vigente codice Rocco [25].

Nonostante la considerevole evoluzione delle garanzie difensive nell'ambito dell'intera fase istruttoria, e dunque – teoricamente – anche nell'ambito dell'attività ispettiva e di vigilanza nel processo penale, tali modifiche non risultarono sufficienti ad arginare gli abusi e le incertezze.

Invero, già dallo stesso anno la sentenza costituzionale 149 del 1969 [26], compì una clamorosa inversione di marcia optando per una differente soluzione, (che, in sostanza, attutiva gli effetti benefici del precedente), secondo cui nei casi d'indagini aventi natura extra-penale, i diritti di cui agli artt. 304-*bis*, *ter*, *quater* c.p.p. 1930 potevano essere estesi all'incolpato solo allorquando emergevano nei suoi confronti «indizi di reato» [27].

Nei quindici anni successivi [28] la Corte costituzionale alternò provvedimenti che, ora s'inspiravano alla pronuncia n. 86 del 1968 [29], ora alla sentenza n. 149 del 1969 [30].

Fu proprio al fine di eliminare le incertezze intorno alla materia degli accertamenti ispettivi, che il legislatore ritenne di adottare in occasione della riforma del codice di rito (entrato in vigore il 24 ottobre 1989) un'apposita norma, inserendo tra le «disposizioni di attuazione», l'art. 220 in materia di attività ispettiva e di vigilanza [31].

Tramite la previsione il legislatore delegato tentò [32] di disciplinare in chiave garantistica il rapporto tra attività amministrativa di accertamento e procedimento penale [33].

---

vere la nomina del difensore di fiducia, salvo quanto è stabilito nell'art. 80 e, per la fase delle indagini di polizia giudiziaria, nell'articolo 225»), che dall'art. 3 («Nel corso di dette indagini, l'ufficiale di polizia giudiziaria è tenuto a ricevere la dichiarazione di nomina del difensore di fiducia; altrimenti deve chiedere al pubblico ministero la nomina di un difensore di ufficio») del disegno di legge n. 238.

[23] L'art. 5 del disegno n. 238 stabiliva: «nei casi di arresto in flagranza o di fermo d'indiziati di reato, gli organi di polizia giudiziaria, col consenso della persona arrestata o fermata, devono senza ritardo, dare notizia ai familiari dell'avvenuto arresto o fermo».

[24] G. Vassalli, *Relazione alla IV commissione permanente (giustizia) ai disegni di legge n. 238-228-243* «si è potuto approvare un testo unificato, nel quale hanno trovato largo accoglimento ed armonica fusione non solo i tre progetti di legge, ma anche talune delle più avanzate ed innovative proposte di riforma emerse come necessarie o come possibili nel corso dei lavori della Commissione. Anche dal punto di vista formale il nuovo testo unificato riesce ad inserirsi, nonostante le profonde innovazioni di cui è portatore nel corpo del codice vigente, già riformato dalla legge del 1955 e da altre pronunce della Corte costituzionale».

[25] L'art. 78 (assunzione della qualità di imputato); l'art. 134, comma 2 (in tema di infrazioni sulla scelta del difensore); l'art. 225 (sommarie informazioni); l'art. 231, comma 1 (in tema di reati attribuiti alla competenza del pretore); l'art. 232 (atti di Polizia giudiziaria del procuratore della Repubblica); l'art. 238, commi 1 e 4 (rispettivamente, da un lato in tema di pericolo di fuga dell'indiziato, dall'altro d'interrogatorio del soggetto fermato); l'art. 304 (avviso di procedimento, nomina del difensore); l'art. 390 (avviso di procedimento-nomina del difensore). La novella introduceva, infine, l'art. 249-*bis* (avviso dell'arresto o del fermo ai familiari).

[26] C. cost. n. 149 del 1969, in *www.cortecostituzionale.it*. Anche qui valgono le scelte sulle citazioni indicate in nota 16.

[27] Massima n. 3451, C. cost. n. 149 del 1969, in *www.cortecostituzionale.it* «Se al termine procedimento, a cui, nel garantire la difesa come diritto inviolabile, fa riferimento l'art. 24 della Costituzione, si desse un significato restrittivo, con conseguente esclusione di tutte le attività poste in essere al di fuori del normale intervento del giudice, il principio costituzionale perderebbe gran parte della sua effettività. La nozione procedimento, peraltro, non può dilatarsi al di là dei confini necessari e sufficienti a garantire a tutti il diritto di difesa. E poiché in concreto questo non può essere operante prima che un soggetto risulti indiziato del reato, è a partire da questo momento – già rilevante per la vigente legge processuale (art. 78, secondo comma, cod. proc. pen.) – che devono entrare in funzione i meccanismi normativi idonei a garantire almeno un minimo di contraddittorio, assistenza e difesa». Soluzione adottata anche in successive occasioni con le sentenze n. 2 del 1970, n. 179 del 1971, e, infine, con la sentenza n. 122 del 1974.

[28] Sul punto, M. Nobili, *Atti di polizia amministrativa utilizzabili nel processo penale e diritto di difesa: una pronuncia marcatamente innovativa*, in *Foro it.*, 1984, 376.

[29] C. cost., sentenza n. 248 del 1983, in *www.cortecostituzionale.it*, C. cost. sentenza n. 469 del 1988, in *www.cortecostituzionale.it*.

[30] C. cost., sentenza n. 200 del 1970, in *Giur. Cost.*, 1970, p. 2237; C. cost., sentenza n. 122 del 1974, in *Giur. cost.*, 1974, p. 833.

[31] L'art. 220 disp. att. c.p.p. stabilisce: «*quando nel corso di attività ispettiva e di vigilanza prevista da legge o decreti emergono indizi di reato, gli atti per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice*».

[32] G. Ubertis, *L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 431: «Scopo della norma in esame è quello di impedire che le attività amministrative di ispezione e di vigilanza siano impiegate come *escamotage* per ottenere elementi probatori utilizzabili nel processo penale a carico di un soggetto, ma al di fuori delle garanzie difensive normalmente previste per ogni tipo di reato». Del medesimo avviso anche N. Furin-L. Tedeschi, *Garanzie di difesa tra attività amministrative di vigilanza e attività investigative di polizia giudiziaria in materia di igiene e sicurezza del lavoro*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1511.

[33] R.E. Kostoris, *sub* art. 220 disp. att. c.p.p., in *Commentario del nuovo codice di procedura penale,* Appendice-Norme di Coordi-

Già da una prima lettura, la disposizione evidenzia come la regola, incentrata sul momento della emersione degli indizi di reato, si ispiri – nonostante il suggerimento della Commissione parlamentare teso ad estendere l'osservanza delle norme codicistiche ogniqualvolta sia prevedibile che dagli accertamenti amministrativi venga a profilarsi l'esistenza di un reato [34] – all'orientamento della Corte costituzionale delineatosi dal 1969.

Dunque, solo l'emersione d'indizi di reato determina effetti rilevanti in sede penale: innanzitutto, la trasformazione del tipo d'indagine, da semplice verifica amministrativa (ad es., un controllo da parte dell'ispettorato del lavoro) si converte in una vera e propria investigazione penale; poi, la mutazione delle regole applicabili, una volta emersi gli indizi non vi è più spazio per modalità di accertamento diverse da quelle stabilite dal codice di rito; infine, il regime di utilizzabilità degli atti assunti durante l'accertamento [35].

Nonostante l'espressa previsione normativa, la materia continua a prestare il fianco a numerose problematiche.

Il (dibattuto) significato della formula «indizi di reato».

Si è scritto che «pur nell'incertezza che la caratterizza sotto molteplici aspetti, la figura degli indizi nel processo penale non assume una connotazione statica, ma si modella diversamente a seconda del progredire del procedimento ed in funzione dei provvedimenti da adottare [36]». Talvolta, infatti, l'inferenza presuntiva che caratterizza l'indizio può integrare una prova critica (prova indiziaria) [37], la quale, come è noto, si distingue da quella cd. "diretta" o "rappresentativa" sulla base del diverso rapporto tra elemento probatorio e relativo risultato (*thema probandum*) [38]; altre volte, invece, può presentare in maniera velata alcuni degli elementi costitutivi di una *notitia criminis*. Solo nel primo caso è richiesto che gli indizi siano gravi, precisi, concordanti (art. 192 c.p.p.), nel secondo, invece, (gli indizi) devono essere presi in considerazione nel momento della loro insorgenza. Si tratta, in sostanza, di indizi "semplici". A quest'ultima categoria è, per l'appunto, ispirato l'art. 220 disp. att. c.p.p.

Il verbo «emergere» utilizzato dall'art. 220 disp. att. c.p.p. indica, già di per se, che l'indizio non dev'essere formato nella sua totalità, ma è sufficiente che si trovi in uno stato, per così dire, "embrionale"; sarà (necessariamente) l'operatore a valutare caso per caso il momento della sua insorgenza [39].

In letteratura, numerosi sono i significati attribuiti al concetto di indizio di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p. Alcuni affermano che esso si profila allorché si evidenzi una sufficiente specificazione sia del fatto che del soggetto cui il fatto medesimo è attribuibile [40]; altri sostengono che la previsione mutui il suo

namento e Transitorie, a cura di E. Amodio-O. Dominioni, Giuffrè, Milano, 1990, p. 73 ss. Sul punto anche, G. Biscardi, *Atti a finalità mista, indizi di reato e garanzie difensive. Una sintesi difficile*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2015, p. 154 ss.; G. Fumu, sub *art. 220 disp att. c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale – la normativa complementare – II – Norme di coordinamento e transitorie*, Utet, Torino, 1992, p. 101.

[34] *Parere commissione parlamentare prog. prel. norme coord.*, in *Doc. giust.*, 1990, n. 2-3, p. 205. Occorre precisare che il legislatore ha accolto l'impostazione delineata solo in rapporto allo specifico settore delle analisi di campioni (art. 223 disp. att. cpp.): in effetti, il terreno dove con più evidenza si manifesta la necessità di disporre in sede penale dei verbali degli atti compiuti in fase amministrativa, in quanto si tratta generalmente di atti irripetibili che spesso costituiscono l'unico elemento probatorio a disposizione R.E. Kostoris,. *sub* art. 220 disp. att. c.p.p,. cit., p. 77.

[35] G. Ferro, *Osservazioni in tema di concorso e connessione di reati tributari nel nuovo codice di procedura penale*, in *Fisco*, 1989, p. 7160.

[36] R.E. Kostoris, *sub* art. 220 disp. att. c.p.p., cit., p. 79.

[37] P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Utet, Torino, 2015, p. 67. Tra i molti sulla prova indiziaria: G. Battaglio, *"Indizio" e "prova indiziaria" nel processo penale*, in *Riv. it. dir.. proc. pen.*, 1995, p. 375; E. Battaglini, *Gli indizi nel processo penale*, in *Giur. Compl. Cass. pen.*, 1964, I, p. 225; V. Gianturco, *La prova indiziaria*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 70 ss.; G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 118; E. Palmieri, *Contributo in tema di prova di indizi,* in *Riv. pol.*, 1980, p. 502; R. Li Vecchi, *Rischi e pericoli del processo indiziario*, in *Riv. pen.*,1992, p. 327 ss.; A. Melichionda, voce *Prova* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, p. 653.

[38] A. Scalfati, *Premesse sulla prova penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. 2, tomo I, *Le prove,* a cura di A. Scalfati, Utet, Torino, 2009, p. 67 ss.; ancora G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, Utet, Torino, 2004, p. 71 ss.; G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Utet, Torino, VIII, 2013, p. 210; De Michele, *Indizio*, in *Dig. discipline penalistiche*, Utet, Torino, 1992, vol. VI, p. 380.

[39] N. Furin, *Diritto di difesa, indizi, sospetti e l'art. 220 norme att. cpp.*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2722.

[40] M. Guernelli, *Aspetti operativi e processuali dell'attività di p.g. nel nuovo processo penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, p. 157.

contenuto dall'art. 55 c.p.p. e che l'indizio rilevante, in tal caso, equivalga all'emergere della *notitia criminis*, la quale deve essere in qualche modo circostanziata nei suoi essenziali elementi fattuali [41]; altri ancora, ritengono che l'indizio vada inteso nella sua accezione più ampia e, pertanto, che non è necessario un determinato grado di specificazione, costituendo la disciplina in questione una norma di garanzia [42]; inoltre, si ipotizza che l'indizio di cui all'art. 220 disp. att. cpp. equivalga all'intervenuta conoscenza da parte dell'amministrazione pubblica di un possibile reato, con la conseguenza che la scoperta degli indizi equivarrebbe alla scoperta di una *notitia criminis* [43]; poi, c'è chi postula che la disposizione attuativa appartiene al novero di quelle norme che segnano l'*incipit* del procedimento penale e che gli indizi di reato di cui si discute sono costituiti da «fatti dai quali, per via deduttiva, si possa ricavare l'esistenza di un fatto ulteriore riconducibile ad una norma penale incriminatrice, più precisamente ad una ragionevole supposizione circa l'esistenza del reato» [44]; infine, taluni pensano che, a tal fine, «sono indizi tutti quegli elementi rinvenibili dall'osservazione e quindi percepibili durante l'attività ispettiva e di vigilanza amministrativa, in base ai quali non si può escludere con assoluta certezza che il soggetto violi o abbia violato norme di rilievo penale [45]. Parimenti, costituiscono indizi di reato rilevanti ai sensi dell'art. 220 disp. att. c.p.p. tutti quegli elementi che vengono comunicati o rappresentati da terzi all'organo di vigilanza e a seguito dei quali quest'ultimo ritiene di effettuare le indagini ritenute più opportune» [46].

L'impossibilità di affidarsi a criteri stabili determina il profilarsi di diverse criticità.

Innanzitutto, la nozione "aperta" di indizio entra in collisione con l'intento legislativo di disciplinare in maniera meno equivoca la materia; risulta, infatti, difficile stabilire quando ci si trova innanzi a questa tipologia di fonti di prova.

Un secondo problema, connesso al precedente, concerne la difficoltà di distinguere il concetto d'indizio semplice dal sospetto [47]. La differenza non è di poco conto. Invero, se il confine tra i due vocaboli è sottile, le conseguenze processuali sono invece enormi: qualora emerga un puro sospetto, si applicano le regole amministrative senza le garanzie codicistiche; viceversa, se il dato probatorio è qualificato come indizio (semplice), si applicheranno le norme del codice di procedura penale con l'estensione delle relative garanzie difensive.

La suindicata distinzione (indizio-sospetto) si riflette – inevitabilmente – sul regime di utilizzabilità degli atti redatti in sede di investigazione extra-penale: quelli assunti prima dell'emersione degli indizi, in accoglimento di un consolidato orientamento giurisprudenziale (che si analizzerà di qui a poco), in quanto fonti extra-processuali, confluiranno nel fascicolo del dibattimento in qualità di documenti; viceversa, quelli acquisiti dopo l'emersione degli indizi risulteranno spendibili in sede giudiziaria soltanto nei casi previsti dal codice di procedura penale. Scontate, allora, le ragioni che possono indurre a qualificare come semplici sospetti elementi che, invece, andrebbero considerati come veri e propri indizi semplici: più tardi si qualificheranno gli elementi come indizi, maggiori saranno gli atti da poter utilizzare.

Nonostante il codice non definisca, né la nozione di indizi di reato né di sospetti [48], la dottrina maggioritaria è assolutamente concorde nel ritenere che l'indizio è il frutto di una circostanza fattuale cui l'osservatore può connettere un significato associandola, in base ad una regola di esperienza, ad un evento diverso; mentre il sospetto non ha nulla a che fare con fatti o circostanze obiettive, tanto da integrare un giudizio che postula una pura ipotesi [49].

---

[41] R.E. Kostoris, *sub* art. 220 disp. att. c.p.p, *op. cit*., p. 79.

[42] M. Bontempelli, *La polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale. Le linee generali e alcuni aspetti particolari*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1990, p. 218.

[43] R. Orlandi, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 156.

[44] D. Potetti, *Attività del pm. diretta all'acquisizione della notizia di reato e ricerca di prova,* in *Cass. pen.*, 1995, p.125.

[45] Furin, *Diritto di difesa, indizi, sospetti e l'art. 220 norme att. cpp*, cit., p. 2722.

[46] Furin, *Diritto di difesa, indizi, sospetti e l'art. 220 norme att. cpp*, cit., p. 2722.

[47] G.C. Angeloni, *Il sospetto,* in *Giust. pen.*, 1949, I, p. 91; R. Gagliardi, *Sospetto e indizio. Presunzione e congettura*, in *Riv. pol.*, 1969, p. 720; U. Aloisi, *Sentenze di proscioglimento, prova, indizio, sospetto di reato,* in *Riv. pen.*, 1946, II, p. 627.

[48] Cfr. N. Furin, *Diritto di difesa, indizi e sospetti e l'art. 220 norme att. cpp.*,. cit., p. 2718 ss. «Anche quando l'art. 116 disp. att. c.p.p. prevede che basta la sussistenza di un sospetto di reato perché sia disposta l'autopsia di un cadavere, il legislatore ha certamente inteso riferirsi ad un qualche elemento concreto concernente il cadavere, ossia il suo abbigliamento, il luogo in cui lo stesso è stato rinvenuto, o altro dato ancora idoneo a provocare il sospetto che la morte sia causata da un fatto illecito. E questo qualche cosa di oggettivo su cui si fonda il sospetto certamente in nulla si differenzia rispetto a quegli elementi concreti che sono idonei a far sorgere un dubbio. Quindi detti percepibili elementi concreti non possono che rientrare nella nozione di indizio semplice non qualificato».

[49] N. Mannarino, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione*, Cedam, Padova, 1993, 87. Ancora, G.

Se l'esegesi relativa all'indizio risulta di per sé condivisibile, tuttavia, ove messa in relazione alla materia trattata, e alla differenza tra indizi semplici e sospetti, suscita alcune riserve.

In primo luogo, considerando che la nozione "dura" d'indizio rischia di comprimere la portata garantista della disciplina in esame, sembra opportuno ridurre le distanze, limitatamente a questo specifico settore, tra la categoria degli indizi semplici e quella dei sospetti "qualificati", ovvero, risultati cognitivi che muovono da elementi di fatto, sostenuti da una probabilità misurata sull'esperienza di settore (es., se la polizia tributaria rinviene documentazione aziendale che attiene a movimenti di risorse economiche che si manifestano subito di un certo peso, senza ritrovarle ad un sommario controllo nei libri contabili, l'esperienza induce al sospetto qualificato di notizie di reato di matrice fiscale).

Nonostante l'inesistenza di una nozione espressa, il *corpus* normativo offre qualche spunto per ritenere che anche il sospetto possiede un, seppur minimo, grado di certezza [50] (contrariamente al "dubbio" che invece, facendo dell'indefinibilità la sua nota costitutiva [51], non può avere alcuna rilevanza probatoria).

L'art. 116 disp. att. c.p.p., stabilendo infatti che «se per la morte di una persona sorge un sospetto di reato, il Procuratore della Repubblica accerta la causa della morte e, se lo ravvisa necessario, ordina l'autopsia secondo le modalità previste dall'art. 360 del codice ovvero fa richiesta di incidente probatorio, dopo aver compiuto le indagini occorrenti per l'identificazione», evidenzia come anche il sospetto possa costituire, al pari degli indizi semplici, il presupposto per lo svolgimento di atti d'indagine [52].

In definitiva, a volergli dare un contenuto para-normativo, così intesi, i sospetti non sono distanti dagli indizi semplici: in ambedue i casi, infatti, dalla fonte che si pone alla base dell'inferenza può trarsi soltanto una conclusione incerta [53]. La differenza difficilmente percepibile in concreto, potrebbe stare nel fatto che nel sospetto si individua un anello più lontano, rispetto all'elemento indiziario, lungo la catena che conduce alla verifica finale [54]. Sicché, l'emergere di un sospetto durante la fase originaria del procedimento, può segnare il momento di svolta grazie al quale, successivamente, possono individuarsi indizi semplici, indizi *ex* art. 192 c.p.p., infine prove [55].

Per tali ragioni, al fine di ovviare alle suindicate problematiche, si potrebbe adottare simile soluzione: anche dal momento di emersione di un sospetto qualificato, l'autorità competente deve adottare la disciplina codicistica.

In tal modo, non solo si supera la questione relativa alla distinzione dogmatica tra le due fonti probatorie, ma, ciò che più conta, ampliando il diritto di difesa [56] ci si uniforma allo scopo liberal-garantista cui mirava il legislatore con l'introduzione dell'art. 220 disp. att. c.p.p.

La convivenza tra le funzioni di polizia amministrativa e di polizia giudiziaria

Secondo una classificazione tradizionale, che si fonda su un criterio teleologico o finalistico, nell'ambito della generale disciplina dell'attività di polizia è possibile distinguere tre distinte funzioni: quella

Sabatini, *Progressività causale e procedimento istruttorio*, in *Giust. pen.*, 1978, III, p. 49 ss.; G. Bellavista, *Indizi*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. XXI, 1971, p. 224. Ancora sul tema, cfr. S. Battaglio, *Indizio e prova indiziaria nel processo penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1995, p. 410; G. Di Trocchio, *Indiziato di reità e comunicazione giudiziaria,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1141.

[50] Sul punto, sia la dottrina, che la giurisprudenza, giungono alla medesima conclusione: il sospetto deve avere, al pari dell'indizio semplice, un contenuto minimo di certezza: L. Giuliani, *Rimessione del processo*, in *Dig. pen.*, XII, Utet, Torino, 1997, p. 306; V. Grevi, *La disciplina della rimessione del processo dalle Sezioni Unite alla Corte costituzionale: un'ordinanza di manifesta inammissibilità per difetto di rilevanza ignara delle sopravvenute modifiche legislative*, in *Giur. cost*, 2002, p. 3845; G. Illuminati, *Precostituzione del giudice e presupposti della rimessione*, in *La nuova disciplina della rimessione del processo*, a cura di F. Caprioli, Utet, Torino, 2003, p. 59; R. Gargiulo, *sub* art. 45, in *Codice di procedura penale-Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi-E. Lupo, Giuffrè, Milano, 2008, p. 424; P. Saviotti, sub *art. 116 disp. att. c.p.p.* in *Commento al nuovo codice di procedura penale,* coordinato da M. Chiavario, *La normativa complementare*, I, *Norme di attuazione,* Utet, Torino, 1992, p. 409; Cass., S.U., 26 marzo 2003, n. 13687, in *Arch.n. proc. pen.*, 2003, p. 212.

[51] Zingarelli, *Vocabolario della lingua italiana*, voce *Dubbio*, Bologna, 2008, p. 740 «Che è privo di certezza, sicurezza; che non si può conoscere, definire o affermare con esattezza».

[52] Sul tema M. Bontempelli, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 172.

[53] G. Sabatini, *Prova* (*in generale*), in *Dig. disc. pen*, Utet, Torino, Vol. X, 2010, p. 316.

[54] È per tali ragioni che alcuni autori definiscono il sospetto «indizio semplice», cfr. G. Ubertis, voce *Prova*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, IV ed., Utet, Torino, 1995, p. 316.

[55] V. Gianturco, *La prova indiziaria*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 70.

[56] N. Furin, *Diritto di difesa, indizi, sospetti e l'art. 220 norme att. cpp.*, cit., p. 2718.

di polizia amministrativa, quella di polizia di sicurezza e quella di polizia giudiziaria [57].

La funzione di polizia amministrativa è costituita dall'insieme di norme che disciplinano l'attività di vigilanza ed osservazione delle condotte, allo scopo di verificare se i loro comportamenti siano o meno rispettosi delle leggi, dei regolamenti e degli atti amministrativi in generale [58]. La funzione di polizia di sicurezza riguarda, invece, le norme che consentono agli organi pubblici di intervenire per impedire o, meglio ancora, per neutralizzare tutti i pericoli che possono danneggiare, anche solo potenzialmente, la collettività. La funzione di polizia giudiziaria, infine, per le finalità che persegue e gli strumenti giuridici di cui l'ordinamento la dota, assume natura e caratteristiche proprie, le quali la fanno partecipe, entro dati limiti, dell'esercizio della funzione giudiziaria [59].

Come accennato, la prima conseguenza che l'art. 220 disp. att. c.p.p. collega all'insorgere degli indizi di reato è la mutazione del tipo di indagine [60].

Sul punto non si dovrebbe profilare alcuna questione interpretativa. Tuttavia, poiché la norma disciplina una materia caratterizzata dalla progressione della sanzione, ed ha ad oggetto materie cd. di "confine" (es., igiene, sanità, previdenza, infortunistica, edilizia, imposte e tributi), accade non di rado, nella prassi, che la polizia amministrativa non si spogli delle indagini, quand'anche assumano connotati penali, svolgendo (di fatto) una funzione giudiziaria secondo regole non giudiziarie.

La questione non è nuova, anzi. I primi tentativi risoluzione risalgono alla richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 86 del 1968 che evidenziò la realtà giuridica e sociale del tempo prendendo atto del fenomeno di complesse e lunghe indagini svolte sotto forma di pre-istruzione (considerata al di fuori del procedimento penale), con l'esito di privare l'indagato delle garanzie difensive.

La situazione oggi, non solo, appare immutata, ma è aggravata dal fatto che l'indebito ritardo nell'attuazione della disciplina confezionata dall'art. 220 disp. att. non è più, soltanto, strumentale alla elusione delle garanzie difensive, bensì pare finalizzata all'indiscriminata utilizzabilità dibattimentale degli atti assunti in sede investigativa.

Nella prassi giudiziaria odierna, in particolare per il settore dei reati in materia tributaria, sede in cui l'organo di polizia può rivestire contemporaneamente la funzione amministrativa e quella giudiziaria, accade non di rado che gli organismi di vigilanza amministrativa operino come vera e propria lunga mano del pubblico ministero, così da costituire la fonte primaria di acquisizione delle fonti di prova, spendibili anche in fase dibattimentale.

A tal proposito si evidenzia un orientamento della giurisprudenza di merito [61] in tema di accertamenti fiscali eseguiti dall'Agenzia delle Entrate che, seppur minoritario (per non dire "unico"), è recentissimo e "fotografa" la prasi corrente: «*orbene, trattasi di atti di polizia giudiziaria mascherati da atti di polizia tributaria, come chiaramente si evince dalla premessa della stessa informativa, ove si descrive l'attività svolta come un'operazione di controllo fiscale* (…) *finalizzata ad acquisire ogni elemento utile al riscontro delle ipotesi di reato formulate nelle informative precedentemente depositate. Non vi è dubbio, dunque, che si tratti di attività formalmente svolte secondo la (meno garantita) disciplina di polizia tributaria, ma di fatto assimilabili a quelle compiute dalla polizia giudiziaria al fine di ricercare e assicurare gli elementi di prova per il processo*».

Il rapporto intercorrente tra Autorità giudiziaria e organi amministrativi di controllo, determina una sorta di "cooperazione funzionale", talvolta (addirittura) regolamentata espressamente. È il caso, ad esempio, del capo V d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 recante disposizioni in materia di rapporti tra Consob [62] e la Procura della Repubblica. Dapprima la previsione di cui all'art. 187-*decies*, comma 2, stabilendo che «Il Presidente della Consob trasmette al pubblico ministero, con una relazione motivata, la do-

[57] A. Chiappetti, voce *Polizia (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 121; N. Furin, *Polizia amministrativa e polizia giudiziaria: possono le pretese distinzioni tra queste funzioni limitare le garanzie difensive nell'ambito dell'attività ispettiva e di vigilanza amministrativa?* in *Cass. pen.*, 1999, p. 2437.

[58] A. Morsillo, *Diritto della difesa e poteri degli ispettori sul lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1968, p. 356 ss.

[59] A. Chiappetti, voce *Polizia (dir. pubblico)*, cit., p. 121.

[60] R.E. Kostoris, *sub* art. 220 disp. att. c.p.p., cit., p. 81 «Una volta emersi gli indizi di reato non vi è più spazio per modalità di accertamento dell'illecito penale diverse da quelle stabilite dal codice, ove eventualmente previste dal leggi speciali».

[61] Trib. Milano, ord. 3 marzo 2016, in *Cass. pen.* 2017, p. 332 (sia permesso rinviare anche a M. Rampioni, *Brevi note in tema di attività ispettiva e di vigilanza di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p.*).

[62] Consob sta per «Commissione Nazionale per le Società e la Borsa», istituita con la legge n. 216 del 7 giugno 1974, essa è un'autorità amministrativa indipendente, dotata di personalità giuridica e piena autonomia con la legge 281 del 1985, la cui attività è rivolta alla tutela degli investitori, all'efficienza, alla trasparenza e allo sviluppo del mercato mobiliare italiano.

cumentazione raccolta nello svolgimento dell'attività di accertamento nel caso in cui emergano elementi che facciano presumere la esistenza di un reato», appare in linea con quanto stabilito dall'art. 220 disp. att. c.p.p.; poi, il successivo comma 3 della disposizione manifesta chiaramente il rapporto di cooperazione tra ufficio di Procura ed ente amministrativo di controllo, sancendo che «la Consob e l'autorità giudiziaria collaborano tra loro, anche mediante scambio di informazioni, al fine di agevolare l'accertamento delle violazioni di cui al presente titolo *anche* quando queste non costituiscono reato».

Il quadro risulta confermato dalla esistenza di numerose intese di collaborazione, ad esempio il «*Protocollo relativo ai rapporti di collaborazione tra la Banca d'Italia e la Guardia di Finanza*», che paiono strumentali al continuo scambio di dati tra i differenti uffici da utilizzare, eventualmente, per la repressione dei reati.

La mescolanza tra la funzione di polizia giudiziaria e quella amministrativa, con gli intuibili risultati sul terreno delle regole di garanzia applicabili, sembra avallata anche dalla giurisprudenza che, non solo, non ricollega alcuna sanzione (ad esempio l'invalidità delle indagini compiute in seguito al ritardo della comunicazione della *notitia criminis*) all'inosservanza del precetto contenuto nell'art. 220 disp. att. c.p.p., limitandosi a constatare come tale documentazione sia sempre acquisibile nella parte in cui gli atti di accertamento ed ispezione contengono la riproduzione di situazioni di fatto esistenti in un determinato momento [63]; ma, inoltre, riconosce (addirittura) una dipendenza funzionale dell'organo amministrativo all'autorità giudiziaria [64].

De jure condendo, e al fine di salvaguardare le garanzie fondamentali del soggetto che subisce l'accertamento ispettivo, si potrebbero prospettare soluzioni alternative.

Innanzitutto, l'attuazione di un sistema in cui la separazione delle funzioni è totale. Per cui, tutto ciò che emerge in sede d'indagine amministrativa non può essere utilizzato in alcuna fase del processo penale. Alla polizia amministrativa spetterà il solo compito di comunicare all'autorità giudiziaria un'eventuale anomalia; il magistrato del pubblico ministero, poi, applicando le disposizioni del codice di rito, dovrà verificare, autonomamente o in collaborazione con la polizia giudiziaria, se tale segnalazione è fondata o meno.

Eliminando *ex tunc* qualsiasi forma di collaborazione, si risolverebbero (per altro) altre due problematiche strettamente connesse fra loro: quella relativa al binomio indizi-sospetti e quella concernente il momento applicativo delle garanzie difensive.

Una simile ricostruzione tuttavia, non solo, appare eccessivamente drastica e perciò di difficile applicazione, risultando inverosimile l'ipotesi di nessun contatto tra i diversi organi; inoltre, non sembra neppure rispondere alle esigenze di economia, in quanto la netta separazione delle funzioni provocherebbe la ripetizione dei medesimi accertamenti.

Altra soluzione, forse l'unica (almeno ad avviso di chi scrive) in grado di salvaguardare le garanzie del soggetto che subisce l'accertamento, quella di anticipare massimamente le tutele difensive: sin dall'inizio dell'accertamento amministrativo (pertanto quando ancora non sono emersi indizi) si informa il soggetto passivo della verifica del diritto di farsi assistere dal proprio difensore di fiducia. Così facendo, non solo si consente la collaborazione tra autorità giudiziaria e amministrativa (espressione di «armonia» tra i diversi poteri dello Stato al fine di raggiungere obiettivi comuni), ma, inoltre, si risolvereb-

[63] Cass., sez. V, 18 ottobre 1993, in *Cass. pen.*, 1995, p. 631; Cass., sez. I, 28 aprile 1995, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3711; Cass., sez. V 10 novembre 1995, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2268; Cass., sez., VI, 14 luglio 1995, in *Cass. pen.*, 2268; Cass., sez. IV, 22 giugno 2004, in *Cass. pen.*, 2006, p. 185.

Sul tema, M. Bontempelli, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale,* cit., p. 130 ss. «Non abilitati all'esercizio di funzioni processuali penali, i suddetti organi sono tenuti a trasmettere la denuncia ai sensi dell'art. 131 c.p.p. appena abbiano registrato la comparsa di indizi di reato, ma il procedimento amministrativo segue il suo corso naturale in presenza di un contemporaneo attivarsi dei soggetti delle indagini preliminari. Solo la presenza di una disciplina speciale (art. 221 disp. att. c.p.p.) legittima gli organi pubblici a derogare a questo schema di trasmissione della notizia di reato. In queste evenienze a profilarsi non è tanto il problema della disciplina applicabile alle indagini che gli organi pubblici sono autorizzati a svolgere prima di trasmettere la notizia di reato, quanto quello relativo alle conseguenze procedimentali del mancato perfezionamento degli schemi di azione tracciati dalle norme sulla fase investigativa del procedimento. Qui, invero, può verificarsi il singolare fenomeno per cui organi pubblici investiti di funzioni di polizia giudiziaria sulla scorta di leggi o dei decreti speciali compiano atti di accertamento senza adeguarsi alle prescrizioni codicistiche, ancorché sia già emersa l'«*opinio delicti*».

[64] Trib. Varese, ord. 3 maggio 2002 «Tali atti, avvicinabili per contenuto ai verbali di accertamento e constatazione in ambito fiscale e tributario nonché alle relazioni fallimentari redatte dal curatore, sono la cristallizzazione di attività ispettive e di vigilanza svolte da organi estranei all'investigazione penale e prima di essa. Essi, in particolare, rappresentano e descrivono l'attività normativamente prevista di controllo e constatazione svolta a fini amministrativi, da speciali autorità che, solo occasionalmente, possono essere destinatarie di impulsi investigativi da parte del pm».

bero in radice tutte le questioni fin qui segnalate (sia quella relativa al binomio "indizio-sospetto", che quella concernente il momento applicativo delle garanzie difensive) che affliggono l'istituto.

Dubbi sulla natura del materiale raccolto in sede amministrativa: atto procedimentale o prova precostituita?

Sia che l'attività d'indagine svolta abbia natura amministrativa oppure rivesta caratteristiche penali, incombe indifferentemente sull'organo procedente l'obbligo di redigere un verbale delle operazioni compiute. A seconda della funzione ricoperta dalla polizia (amministrativa o giudiziaria) muta radicalmente la natura dell'atto e la sorte ad esso riservata nell'ambito giudiziario.

La soluzione è abbastanza agevole sia con riferimento agli atti compiuti al di fuori di ogni prospettiva, anche solo ipoteticamente collegabile ad un procedimento penale, sia con riferimento agli accertamenti instauratisi a seguito dell'individuazione di indizi di reato.

Nel primo caso, non si pongono particolari problemi [65] nel ricollegare questi atti al *genus* di cui all'art. 234, comma 1, c.p.p.: sono considerati documenti e, dunque, conformemente a quanto stabilito dal codice di rito, possono essere utilizzati anche in dibattimento [66]. Nel secondo caso, invece, le condotte degli organi ispettivi devono essere qualificati come atti di polizia giudiziaria e, quindi, potranno trasmigrare solamente nel fascicolo del pubblico ministero diventando spendibili fuori dal dibattimento o nei giudizi alternativi, salvo l'eventuale loro irripetibilità.

Il discorso si complica quando durante l'accertamento ispettivo emerge una posizione *border line*.

Stabilito che il codice non offre spunti utili all'individuazione della natura di questa tipologia di atti, essa deve essere ricostruita dall'interprete sulla base della elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

Parte della letteratura [67], sostenendo che l'art. 238 c.p.p. sia "un punto di riferimento normativo per impostare il discorso sul valore probatorio della documentazione" amministrativa, ipotizza "l'aggancio" a tale disciplina; sotto tale profilo, si opera, attraverso una sorta di estensione analogica, una parificazione tra gli atti formati dalla polizia amministrativa e la prova acquisita nelle sedi giudiziarie.

L'operazione, tuttavia, non è scevra da rilievi critici.

La predetta norma, com'è noto, consente la trasmigrazione degli atti solo in presenza di specifiche condizioni e si riferisce a documentazione relativa a prove formate in sede giurisdizionale; presupposto che non collima con gli atti formati secondo regole di matrice amministrativa. La sfera d'azione dell'art. 238 c.p.p., non solo, è tutt'altro che onnicomprensiva e, comunque, non sufficientemente ampia da ricomprendere anche la documentazione formata nel procedimento amministrativo, ma si disinteressa di quest'ultima.

Non potendo pervenire alla conclusione che dei verbali formatisi nel procedimento amministrativo se ne faccia un uso indiscriminato [68], la giurisprudenza [69] conferisce alle sole fonti di prova raccolte prima dell'insorgere indiziario natura documentale (art. 234 c.p.p.), della quale però costituiscono una specie affatto particolare: sono prove precostituite da assimilare, sul piano della tenuta, a quelle assunte

[65] R. Cantone, *La prova documentale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 36 ss.

[66] L'art. 234 c.p.p. stabilisce: «È consentita l'acquisizione di scritti o documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo».

[67] R. Orlandi, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, cit., p. 33 ss.

[68] N. Rombi, *La circolazione delle prove penali*, Cedam, Padova, 2003, p. 160 «Attribuire a tale norma una valenza tanto ampia equivale, infatti, a reintrodurre la concezione per cui tutto quello che il giudice reputa idoneo a provare un determinato fatto può per ciò solo essere acquisito. Concezione in palese disaccordo con il nuovo sistema in cui il procedimento probatorio appare improntato ad un regime di marcata legalità e in cui il libero convincimento può esplicarsi esclusivamente nei limiti di quanto è legalmente acquisito, atteso che anche il conoscere giudiziale, quale esercizio di potere, è attività giuridicamente vincolata. Sarebbe del resto irragionevole che la legge imponesse il rispetto di diversi limiti per l'acquisizione delle prove formate in altri procedimenti e prevedesse circoscritte ipotesi di acquisizione di documenti amministrativi, per poi lasciare il giudice incondizionatamente libero di assumere tutti i documenti che ritiene utili per l'accertamento della responsabilità penale».

[69] Cass., sez. III, 13 maggio 1997, n. 4432, in *Cass. pen.*, 1998, p. 65; Cass. sez. III, 18 febbraio 1998, n. 1944, in *Giur. It.*, 1998, p. 1680; Cass., sez. III, 15 giugno 1999, n. 11116, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2676; Cass., sez. III, 16 aprile 2008, 19968, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2072; Cass., sez. V, 11 gennaio 2011, n. 7585, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1443; Cass., sez. III, 5 marzo 2015, n. 27118, in *Cass. pen.*, 2016, p. 616.

in altri processi. Si tratta, in sostanza, di un tipo a sé stante di prove pre o extracostituite, e come tali sempre utilizzabili, la cui caratteristica consiste nell'essere state assunte nell'esercizio di un potere d'inchiesta legalmente regolato e, quindi, suscettibili di essere utilizzate nel processo penale.

Sul punto anche la dottrina [70] sembra allinearsi alle indicazioni offerte dalla Suprema Corte. Pur tuttavia, esiste un'ulteriore impostazione esegetica che propende per una soluzione del tutto differente [71], secondo la quale, in ossequio ai principi dell'oralità e dell'immediatezza cui dovrebbe ispirarsi il processo penale, non è acquisibile, quand'anche formatasi prima dell'emersione indiziaria, la documentazione di atti effettuata nel corso di una procedura amministrativa (a meno che non si tratti di atti amministrativi "irripetibili") «dovendo i medesimi contenuti conoscitivi essere ricavati attraverso l'assunzione diretta di una prova costituenda». Facendo diversamente, infatti, «il ricorso agli organi amministrativi […] diverrebbe l'*escamotage* per ottenere elementi probatori utilizzabili come prova dei fatti nel processo penale ma al di fuori del rispetto di ogni garanzia difensiva in esso operante» [72]. Soluzione che, se dal punto di vista dei principi (con particolare riferimento ad immediatezza ed oralità) appare condivisibile, ove confrontata con gli approdi della giurisprudenza anche costituzionale (che consentono un largo impiego della documentazione redatta prima dell'insorgenza indiziaria), sembra mirare ad un obiettivo di ardua realizzazione.

Il diverso regime stabilito per le analisi di campioni: una ingiustificata disparità di trattamento

Gli artt. 220 disp. att. e 223 c.p.p., seppur apparentemente simili, offrono all'interessato, nell'esercizio di indagini amministrative, garanzie estremamente diverse; la più importante delle quali è, certamente, l'obbligo di avvisare anche oralmente l'interessato, del giorno, dell'ora e del luogo dove verranno effettuate le analisi (non revisionabili) di campioni.

Anche in tema di analisi di campioni la disciplina è mutata nel corso degli anni. Nell'esperienza codicistica previgente si sono alternati orientamenti giurisprudenziali che, talvolta, escludevano la necessità del preavviso del compimento dell'atto al difensore di fiducia [73]; talaltra, lo consideravano elemento indispensabile ai fini della sua validità [74].

La questione è stata risolta, in un primo momento, dall'intervento delle Sezioni Unite secondo cui le garanzie difensive non trovavano cittadinanza fino a quando non emergevano indizi di reato [75]; successivamente, dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 248 del 1983, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 225 c.p.p. abr. nella parte in cui non prevedeva l'avviso al soggetto interessato del compimento dell'accertamento amministrativo (nel caso di specie si trattava di prelievi ad uno scarico da parte del laboratorio provinciale) [76].

---

[70] R. Orlandi, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite,* cit., p. 33.

[71] N. Rombi, *La circolazione delle prove penali, cit.*, p. 161, «Ci si riferisce al fatto che, in ossequio ai principi dell'oralità e dell'immediatezza, l'ingresso in dibattimento dei risultati dell'indagine amministrativa a carattere tecnico scientifico, quali, per esempio, le verifiche fiscali, deve necessariamente avvenire mediante l'escussione diretta del funzionario amministrativo che ha effettuato il controllo».

[72] N. Rombi, *La circolazione delle prove penali,* cit., p. 159 ss. Prosegue l'Autore «In tal modo, si è introdotto il principio per cui nel processo non possono avere ingresso atti che siano stati raccolti con forme e modalità diverse da quelle del procedimento penale. Un principio valevole in via generale, come è dato ricavare dal generico riferimento ad attività «ispettive e di vigilanza» che, oltre a tradire la difficoltà di ricondurre a unità una categoria piuttosto eterogenea di accertamenti, è anche espressione della volontà del legislatore di estendere il più possibile l'ambito applicativo dell'art. 220 disp. att. per le irrinunciabili garanzie che ne derivano. Un principio destinato a non cedere neppure di fronte al rischio di dispersione che si profila allorché il risultato conseguito in sede amministrativa, senza l'osservanza delle norme processuali penali, non sia più ripetibile».

[73] Cass., sez. VI, 1 febbraio 1974, in *Cass. pen.*, 1975, p. 719; Cass., sez. III, 10 febbraio 1975, in *Cass. pen.*, 1976, p. 887.

[74] Cass., sez. III, 15 marzo 1974, in *Cass. pen.* 1974, p. 1211; Cass., sez. III, 3 maggio 1974, in *Cass. pen.*, 1975, p. 1215.

[75] Cass,. sez. un. 22 ottobre 1977, in *Cass. pen.,* 1977, p. 310. Sul punto anche E. Lupo, *Una discutibile sentenza sul prelievo di campioni di scarichi in acque pubbliche*, in *Cass. pen.,* 1978, p. 311 ss.

[76] Sul punto, A. Macchia, *sub* art. 223, in *Commento al nuovo codice di procedura penale,* coordinato da M. Chiavario, *La normativa complementare,* I, *Norme di attuazione,* Torino, 1992, p. 119; R. Piccino, *Valutabilità probatoria delle prime analisi effettuate su prodotti alimentari, nel quadro del nuovo codice di procedura penale,* in *Giust. pen.*, 1990, III, p. 689; G. Durazzo, *L'incidenza delle nuove norme*

Solo con l'entrata in vigore del codice attuale e, dunque, con l'art. 223 disp. att. c.p.p. si assiste all'espressa estensione, per di più anticipata, delle garanzie in sede di analisi di campioni.

Il legislatore, in accoglimento della proposta proveniente dalla Commissione interparlamentare [77], anticipò, solo in rapporto a questo specifico settore, alcune garanzie proprie dell'accertamento penale già prima dell'insorgere della notizia di reato, laddove non è prevista una revisione dell'atto (l'avviso alla persona interessata del giorno, dell'ora e del luogo dove verranno effettuate le analisi e la possibilità di avvalersi di persona di fiducia e di un consulente tecnico); tutto ciò sulla base dell'idea secondo cui il terreno delle analisi di campioni fosse quello dove con più evidenza si manifesta la necessità di disporre in sede penale dei verbali degli atti compiuti in fase amministrativa, in quanto si tratta perlopiù di atti irripetibili che spesso costituiscono l'unico elemento probatorio a disposizione [78].

Evidente, dunque, come il pacchetto di garanzie riservato all'art. 223, comma 1, c.p.p. sia notevolmente diverso rispetto a quello previsto per le attività di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p. che, invece, non prevede l'attivazione delle garanzie processuali fino a quando non emergono indizi di reato.

La scelta legislativa, se da un lato appare condivisibile (riguardo all'anticipazione delle garanzie tipiche del processo penale ad accertamenti irripetibili di tipo amministrativo); dall'altro (in merito alla mancata estensione delle garanzie difensive anche alle attività ispettive ripetibili) suscita perplessità.

La disciplina di cui all'art. 223, comma 1, disp. att. c.p.p., come già anticipato, si inspira ai principi dettati dalla sentenza n. 248 del 1983 della Corte costituzionale che, tentando di recuperare integralmente il criterio teleologico adottato nella (più volte richiamata) sentenza n. 86 del 1968, stabilisce: «il diritto di difesa sarebbe violato qualora la nozione di procedimento nel quale il secondo comma dell'art. 24 Cost. garantisce la difesa quale diritto inviolabile, venisse intesa, riguardo al processo penale, in senso restrittivo, escludendo quelle attività preordinata a una pronuncia penale che si traducono in processi verbali di cui è consentita la lettura in dibattimento. Di conseguenza, come la corte ha anche precisato, nel concetto di procedimento nel quale deve realizzarsi il diritto di difesa, devono ritenersi compresi gli atti di polizia di cui all'art. 225 c.p.p. (abr.)» [79].

Già dalla semplice lettura della "massima" costituzionale appare evidente come il Giudice delle leggi, non solo, non abbia voluto riservare la pronuncia ai soli accertamenti amministrativi irripetibili, ma, al contrario, stabilisce che il diritto di difesa andrebbe esercitato in tutti quei casi in cui le attività di accertamento, e dunque anche le attività ripetibili di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p., siano preordinate ad una pronuncia penale.

Di qui l'interrogativo sulle ragioni che hanno indotto il legislatore a costruire la materia dell'attività di accertamento ispettivo e di vigilanza sulla scorta degli orientamenti costituzionali certamente meno garantisti.

In assenza di apparenti giustificazioni, si ritiene condivisibile la tesi di chi afferma [80] che si sia voluto riservare allo Stato, durante lo svolgimento dell'attività di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p., nella specie rappresentato dall'organo di polizia amministrativa, uno spazio operativo libero da qualsiasi vincolo, identificato, in questo caso, dall'adempimento di garanzie difensive.

---

di procedura penale nella applicazione delle leggi speciali alimentari in tema di analisi e di sequestri preventivi, in *RDTecAlim*, 1990, p. 13 ss.; G. Ubertis, *L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, in *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale daò progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Utet, Torino, 1993, p. 148.

Per il successivo e coerente sviluppo della giurisprudenza Costituzionale: C. cost., sentenza n. 56 del 1984, in *Giur. cost*., 1984, I, p. 393; C. cost., sentenza n. 15 del 1986, in *Foro. It*., 1986, I, p. 2727 (nonché in *Legislazione pen*., 1986, p. 288 con commento di V. Nizza, *ivi*, p. 335, *Accertamenti tecnici in materia di gas domestico e tutela del contraddittorio: una duplice pronuncia di incostituzionalità*); Corte cost., sentenza n. 434 1990, in *Cass. pen*., 1991, p. 712 (con nota di F. Sorrentino, *ivi*, p. 997, *Sull'incostituzionalità «latente» dell'art. 223 norme di coordinamento c.p.p. 1988*).

[77] *1 Parere Comm*. Parl. sub *art. 14 norme coord*.

[78] R.E. Kostoris, *sub* art. 220 disp. att. c.p.p., cit., p. 77.

[79] Massima n. 14374 della sentenza n. 248 del 1983 C. cost., in *www.cortecostituzionale.it*.

[80] N. Furin, Diritto di difesa, indizi, sospetti e l'arb. 220 norme attuazione c.p.p., cit., p. 2722. Sul punto anche G. Fumo, sub art. 220 disp. att. c.p.p., in Commento al nuovo codice di procedura penale, coordinato da M. Chiavario, cit., p. 102. Si deve notare «come il legislatore abbia, forse non opportunamente, disciplinato separatamente due aspetti strettamente connessi tra loro della medesima materia».

L'impiego processuale (illimitato) della documentazione redatta in sede ispettiva

Come si è anticipato, l'uso della documentazione redatta in sede ispettiva (i cd. "verbali di constatazione") dipende dal momento di esercizio della funzione amministrativa: bisogna, cioè, verificare se l'attività sia compiuta prima o dopo l'emersione di indizi di reato.

Si è stabilito che se l'accertamento amministrativo è compiuto anteriormente all'insorgenza di indizi non trovano applicazione i congegni normativi processual-penalistici. Pertanto, da un lato, non si applicheranno le garanzie difensive (fatta eccezione per quanto stabilito dall'art. 223, comma 1, disp. att. c.p.p.); dall'altro, i verbali redatti durante l'accertamento avranno natura "documentale" e, come tali, potranno essere sempre acquisiti ed utilizzati in ogni fase giudiziaria ai fini della decisione.

Discorso diverso deve essere fatto qualora contestualmente all'attività di accertamento amministrativo emergano indizi di reato. Da questo momento in poi, si produce in capo agli organi pubblici il dovere di condurre le indagini nell'osservanza delle norme del codice di rito, con la naturale conseguenza che tutto ciò che emerge nelle indagini preliminari potrà essere utilizzato, solamente, in specifici casi.

Innanzitutto, nelle indagini preliminari ai fini, sia dell'applicazione di misure cautelari, sia della richiesta di archiviazione o di rinvio a giudizio. Poi, in sede di udienza preliminare dove, come è noto, il giudice fonda il proprio convincimento sugli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero di cui all'art. 433 c.p.p. Infine, nel giudizio abbreviato [81] che, costituendo un'espressa deroga (ai sensi dell'art. 111, comma 5, Cost.) al principio del contraddittorio nella formazione della prova, consente al giudice, anche in questo caso, di decidere sulla base del materiale raccolto in indagine nel cui ambito rientrano certamente anche i verbali redatti in seguito all'emersione degli indizi.

Non è prevista invece, almeno in linea teorica, alcuna utilizzabilità dibattimentale della documentazione sorta in seguito all'emersione di indizi di reato, non solo, per via dell'inutilizzabilità cd. "fisiologica" delle fonti investigative [82]; ma anche alla luce del fatto che il verbale di constatazione (specie per i reati cd. tributari), contenendo il più delle volte al suo interno la *notitia criminis*, non può in alcun modo confluire nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p. Pertanto, l'unico modo attraverso cui si dovrebbe pervenire alla ricostruzione dei fatti è attraverso la citazione dibattimentale del soggetto che ha redatto il verbale nella veste di testimone [83].

Posta in questi termini la disciplina di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p. sembra non prestare il fianco a

[81] Per una panoramica generale sul rito abbreviato: P. Balducci, *Giudizio abbreviato*, in *Enc. dir.*, 1990, Roma, p. 1 ss., F. Zacché, *Il giudizio abbreviato*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1 ss., E. Selvaggi, Voce *Giudizio abbreviato* in *Digesto Discipline Penalistiche*, Utet, Torino, 1991, vol. V, 513; E. Somma, *Il giudizio abbreviato*, in *I riti differenziati nel nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 117; S. Buzzelli, *Per un giudizio abbreviato coerente con la scelta accusatoria della legge delega*, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 510, n. 463; E. Amodio, *I procedimenti speciali nel nuovo c.p.p.*, in *Quaderni Consiglio sup. magistratura*, n. 34, 1991, p. 30; E. M. Catalano, *Il giudizio abbreviato*, in E. Amodio-N. Galantini (a cura di), *Giudice unico e garanzie difensive*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 117 ss.; V. Maffeo, *Il giudizio abbreviato*, in R. Normando (a cura di), *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, vol. III, *Le innovazioni in tema di riti alternativi*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 25 ss.; B. Lavarini, *Il nuovo giudizio abbreviato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 750 ss.; G. Lozzi, *Il giudizio abbreviato*, in *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, II, Giuffrè, Milano, 2000, p. 423 ss.; M. Montagna, voce «*Giudizio abbreviato*», in *Dig. disc. pen., Agg.*, Torino, 2004, p. 321 ss.; A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 491 ss.; F. Cordero, *Procedura penale*, Cedam, Padova, 2003, p.1042 ss.; R. Orlandi, *Procedimenti speciali*, in G. Conso-C. Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2003, p. 576 ss.

[82] Si ricorda, brevemente, che l'inutilizzabilità patologica colpisce gli atti probatori assunti *contra legem*, ovvero difformi dallo schema legale e consegue, solitamente, ad alcuni tra i vizi più gravi del procedimento (ammissione, assunzione e valutazione della prova).

L'inutilizzabilità fisiologica è, invece, una conseguenza del principio di separazione delle fasi processuali ed è posta a tutela del contraddittorio: essa tende ad evitare che siano utilizzate per la decisione prove raccolte nel corso delle indagini preliminari dove, ad eccezione dell'incidente probatorio, non è garantito il principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Sul tema, ma più in generale sul quello dell'inutilizzabilità: E. Amodio, *Fascicolo processuale e inutilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale.*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 172; F.M. Grifantini, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1996, p.243; N. Galantini, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 84; N. Galantini, voce *Inutilizzabilità* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, I Aggiornamento, Giuffré, 1998, p. 690; G. Illuminati, *Preteso onere della prova in una questione processuale*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 353 ss.

[83] E. Amodio, *Fascicolo processuale e inutilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 172; M. Nobili, *Il nuovo diritto delle prove ed un rinnovato concetto di prova*, in *Leg. Pen.*, 1989, p. 395; E. Amodio, *Dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Il giusto processo*, 2002, p. 103; G. Di Chiara, *La nuova istruttoria dibattimentale: attuazione del giusto processo, metodo del contraddittorio e prova rappresentativa*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 291; A. Nappi, *Il contraddittorio dimenticato*, in *Dir, pen. proc.*, 2000, p. 1425.

particolari problematiche interpretative, soprattutto ove messa in relazione all'(isolato) orientamento giurisprudenziale secondo cui «*in materia di prove, le dichiarazioni rese da persona nei cui confronti siano emersi, nel corso di attività ispettiva, anche semplici dati indicativi di un fatto apprezzabili come reato sono inutilizzabili nel caso in cui esse siano state assunte in violazione delle norme poste dal codice di rito a garanzia del diritto di difesa*» [84].

Tuttavia, sul piano pratico appare impresa ardua, se non impossibile, individuare il limite oltre il quale l'indagine assuma connotati penali. La ragione di tale complessità risiede nella più volte richiamata ambiguità lessicale dell'art. 220 disp. att. c.p.p. in ordine alla nozione di indizio «semplice», aleatorietà che consente al giudice di stabilire, secondo criteri del tutto discrezionali e in antitesi ad un'esigenza di tipicità, quando si è di fronte ad un indizio e quando no.

Rebus sic stantibus, appare chiaro come sotto il profilo pragmatico sia estremamente complesso per il difensore eccepire l'inutilizzabilità dei verbali redatti in sede ispettiva. La naturale conseguenza è che l'atto sarà considerato il più delle volte compiuto prima dell'emersione della *notitia criminis* [85], e, come tale, potrà confluire nel fascicolo dibattimentale come documento.

Il rischio di una disciplina così congegnata è quello di riproporre, almeno per questo specifico settore, un modello di accertamento che si snoda sulla falsariga della prassi giudiziaria invalsa nell'esperienza codicistica previgente, dove, in nome della verità ad ogni costo, si aggiravano le norme di garanzia in materia di istruttoria preliminare.

Il legislatore, considerato che la norma di coordinamento è stata introdotta con finalità prettamente garantistiche, avrebbe dovuto individuare dei criteri volti a stabilire con maggiore precisione la soglia indiziaria rilevante.

Così costruita la norma sembra difforme dall'esigenza di legalità processuale desumibile dal testo costituzionale (artt. 101, comma 2 e 111, comma 1 Cost.) e stridente con il principio di uguaglianza: rimettendo la valutazione a criteri ampiamente discrezionali, si rischia di dar vita ad una non giustificata disparità di trattamento nei confronti dei soggetti passivi dell'accertamento.

Le dichiarazioni rese durante le verifiche: il problema della testimonianza *de auditu*.

Stabilita la natura documentale degli atti ispettivi o di vigilanza effettuati prima dell'insorgenza indiziaria, occorre verificare il valore probatorio assunto dalle cd. dichiarazioni stragiudiziali; bisogna, cioè, stabilire se le dichiarazioni rese dal soggetto destinatario dell'accertamento amministrativo siano ripetibili in dibattimento sotto forma di testimonianza *de auditu*.

La normativa processual-penalistica è chiara nello stabilire all'art. 62 c.p.p. che «*le dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini non possono formare oggetto di testimonianza*».

Attraverso l'art. 62 c.p.p. si è inteso attribuire rilevanza probatoria alle sole fonti di prova registrate attraverso l'utilizzo delle forme e dei limiti prestabiliti della legge: i verbali delle dichiarazioni rese dall'imputato o dall'indagato [86].

La *ratio* dell'art. 62 c.p.p. si identifica con l'intento di impedire l'accesso di fonti probatorie non uffi-

[84] Cass., sez. III, 2 ottobre 2014, n. 3207.

[85] In dottrina (R. Aprati, *Notizia di Reato*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Garuti, Utet, Torino, 2009, p. 55 ss.,) viene fatta una distinzione tra la categoria delle notizie di reato e quella delle informazioni non costituenti reato. Si sostiene, giustamente, che non rientrano in questa categoria i sospetti o indizi di reato che, seppur non rappresentano il fatto antigiuridico in via diretta, sono comunque in grado di attivare la macchina processuale. Ancora sul tema: L. Carli, *La notitia criminis e la sua iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc*, 1995, p. 736; G. Congiu, *Iscrizione nel registro delle notizie di reato e archiviazione*, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 454; F. Mencarelli, *Procedimento probatorio e archiviazione*, in *Riv., it. dir, proc. pen.*, 1992, p. 1168 ss.

[86] Sul punto amplissima è la bibliografia. Tra i molti: M. Bontempelli, *Dichiarazione dell'indiziato e divieti di testimonianza*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 20 dicembre 2012; C. Gabrielli, *Il divieto per la polizia giudiziaria di deporre sulle sommarie informazioni acquisite deve operare a prescindere dalla loro verbalizzazione: quando una soluzione persuasiva si fonda su argomentazioni insoddisfacenti*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3306; F. Caprioli, *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Utet, Torino, 2002, p. 76; N. Triggiani, *Testimonianza,* in *La prova penale*, a cura di P. Ferrua-E. Marzaduri-G. Spangher, Utet, Torino, 2013, p. 165; N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, *cit*., p. 317; A. Giarda, *Di passo in passo con i gamberi*, in *Corr. Giur.*, 1993, n. 11, p. 290; G. di Paolo, *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata*, in *Quad. dip. Scienze. Giur.*, Trento, 2002, p. 301; G. Giostra, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1131; G. Illuminati, *Inammissibile la testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto di dichiarazioni non verbalizzate*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 661.

ciali [87], vale a dire quelle formatesi senza il rispetto e l'osservanza delle formalità di documentazione prescritte dagli artt. 134 e ss. c.p.p.

Costituendo la base materiale su cui imprimere le dichiarazioni, il verbale svolge una duplice funzione: da un lato, garantisce la genuinità delle dichiarazioni, suscettibile di essere vanificata in sede di testimonianza *de relato* da inevitabili distorsioni da parte del soggetto, attraverso integrazioni e precisazioni di sovente fuorviate dai cattivi ricordi [88]; dall'altro, rende ammissibile ed utilizzabile in dibattimento questa fonte di prova. In altre parole, la dichiarazione esiste ed è veritiera, fintantoché risulti incorporata in un verbale.

Il divieto soddisfa un'ulteriore esigenza: evitare l'aggiramento delle garanzie dell'imputato, prima fra tutte il diritto al silenzio di cui all'art. 64, comma 3, c.p.p. [89] ed il connesso diritto a non autoincriminarsi.

Il limite posto dall'art. 62 c.p.p., tuttavia, è circoscritto alle sole dichiarazioni «comunque rese nel corso del procedimento» [90].

Dunque, in quanto pre-processuale l'attività ispettiva e di vigilanza sfugge al summenzionato divieto fintanto che non emergono gli indizi di reato.

Anche in questo caso, data l'assoluta genericità della disposizione, occorre ricercare le ragioni di tale scelta nel variegato panorama giurisprudenziale.

Inizialmente, parte della giurisprudenza [91], sulla base della previgente disciplina, le ritenne ammissibili sostenendo che il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato o dell'indagato sancito dall'art. 62 c.p.p., essendo diretto ad assicurare l'inutilizzabilità di quanto dichiarato al di fuori degli atti garantiti dalla presenza del difensore, attraverso la testimonianza di chi tali dichiarazioni abbia ricevuto in qualsivoglia maniera, presuppone che le dichiarazioni stesse siano state rese nel corso del procedimento e non anteriormente o al di fuori del medesimo. Il divieto, in quest'ultima ipotesi, non può operare, assumendo la testimonianza, nel suo contenuto specifico, valore di fatto storico percepito dal teste, e come tale, valutabile dal giudice alla stregua degli ordinari criteri applicabili a detto mezzo di prova.

Successivamente, si delineò l'orientamento opposto, secondo cui le dichiarazioni rese prima della emersione di indizi di reato, non possono essere utilizzate in sede dibattimentale, sotto forma di testimonianza *de auditu,* in quanto il soggetto dichiarante, sebbene formalmente non ancora indagato o imputato, verte nelle medesime condizioni di questi [92].

A comporre il contrasto tra i diversi orientamenti sono intervenute le Sezioni Unite [93], affermando che «il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato o dell'indagato ed il connesso divieto di utilizzazione si applicano alla testimonianza resa da un ispettore del lavoro su quanto a lui riferito da persona nei cui confronti siano emersi, nel corso dell'attività ispettiva, anche semplici dati indicativi di un fatto apprezzabile come reato e le cui dichiarazioni».

---

[87] La disciplina introdotta dal nuovo codice ricalca essenzialmente la normativa dettata dall'art. 225-*bis* c.p.p. abr. modificato dal decreto-legge 21 marzo 1978, n. 59, convertito in l. 18 maggio 1978, n. 191, secondo cui «Nei casi di assoluta urgenza e al solo scopo di proseguire le indagini in ordine ai reati di cui all'art. 165 *ter*, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono, senza la presenza del difensore, assumere sommarie informazioni dall'indiziato, dall'arrestato in flagranza o dal fermato ai sensi dell'art. 238. Le informazioni assunte non sono verbalizzate e sono prive di ogni valore ai fini processuali. Esse non possono formare oggetto di rapporto né di testimonianza, a pena di nullità. Gli ufficiali di polizia giudiziaria debbono dare immediata notizia al Procuratore della Repubblica o al pretore ed al difensore di avere acquisito le sommarie informazioni».

[88] B. Trotta, *Sulle dichiarazioni rese dal venditore di stupefacenti all'agente provocatore,* in *Cass. pen.*, 1998, p. 3016.

[89] Secondo A. Giarda, *Art. 62 c.p.p. Di passo in passo come i gamberi,* in *Giur. cost.*, 1993, p. 1290, l'intento garantista della norma si estende anche alla salvaguardia della libertà di autodeterminazione del soggetto, «quale autonomia di scelta circa il se e il quando rendere dichiarazioni agli organi di investigazione o al giudice», nonché circoscrivere l'utilizzabilità di quanto dichiarato in assenza del difensore, al fine di impedire indebite forme di pressione nei confronti dell'indagato in vista di una sua possibile collaborazione.

[90] Sul punto è intervenuta anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 237/1993 fugando ogni dubbio in merito all'incostituzionalità della norma, nella parte in cui non vieta di acquisire al dibattimento le dichiarazioni rese dal soggetto passivo dell'accertamento prima del formale inizio delle indagini, posto che il divieto opera per le sole dichiarazioni rese in occasione del compimento di un atto procedimentale.

[91] Cass., sez. II, 25 giugno 1997, n. 8657, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p.1515; Cass. sez. II, 27 novembre 1998, n. 212788, Ricci.

[92] Cass. sez. VI, 11 novembre 1997, n. 2307, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2250. Conformi: Cass., sez. I, 15 maggio 1996, n. 1231, in *Cass. pen.* 1997, p. 21467; Cass., sez. I, 20 settembre 1995, in *C.E.D Cass*, n. 202683; Cass., sez. I, 18 luglio 1994, n. 1600, in *Cass. pen.*,con nota di A. Bassi, *In tema di divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato o dell'indagato.*

[93] Cass., sez. Un., 28 novembre 2001, n. 45477, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2002, p. 35.

Tale impostazione, tuttavia, per quanto in linea con le finalità perseguite dall'art. 220 disp. att. c.p.p., stigmatizza, ancora una volta, gli aspetti problematici della materia, accentuandone l'indeterminatezza, ovvero, la difficile individuazione del momento di emersione dei cd. indizi semplici; la totale discrezionalità del giudice in ordine alla valutazione relativa alla possibilità di ammettere o utilizzare la testimonianza *de auditu* [94], infine, la compressione del principio del *nemo tenetur se detegere*.

Soprattutto tale garanzia risulta compromessa per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, per la possibilità di fondo, propria dell'organo para-giudiziario di riferire, in ogni caso, sulle indagini svolte, sia sotto l'eventuale forma della testimonianza *de auditu*, che sotto forma di semplice narrazione dei fatti; in secondo luogo, per la collaborazione forzata, sostanzialmente richiesta al soggetto passivo dell'accertamento, presente anche quando si tratta di riferire, fatti che dimostrano la colpevolezza sua o di altri soggetti [95].

Un'impostazione del genere determina una situazione paradossale in cui ad un impianto (teoricamente) normativo ricco di garanzie non corrisponde la prassi che, invece, non pare tenerne conto. Si può affermare, in effetti, che in tema di dichiarazioni assunte in sede amministrativa venga applicata il medesimo regime attuato per le narrazioni rese dal fallito al curatore che, come è noto, non subiscono alcuna forma di preclusione anche allorquando emergano circostanze indizianti a carico del soggetto passivo dell'accertamento [96].

[94] Cass. sez. II, 18 febbraio 2000, n. 7255, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1848 «nell'ipotesi di dichiarazioni rilasciate a funzionari dell'ispettorato del lavoro da soggetto nei cui confronti siano emersi o emergano indizi di reità, costituisce questione di fatto accertare se le stesse siano state nell'ambito di attività amministrativa di vigilanza volta ad evitare o rimuovere violazioni di norme sul lavoro e ad ottenere il positivo adempimento di esse, ovvero di quella di polizia giudiziaria, diretta a reprimere l'inosservanza delle norme stesse e soltanto in questo ultimo caso è possibile apprezzare l'eventuale violazione delle norme processuali a garanzia del diritto di difesa». Ancora Cass., sez. V, 23 settembre 2004, n. 1295, Morillo, «l'attività di raccolta delle dichiarazioni della assunta lavoratrice all'Ispettore Inps, per essere utilizzabili nel processo penale devono essere compiute con l'osservanza delle disposizioni del codice e segnatamente dell'art. 63 c.p.p, con tutte le garanzie difensive del caso. Il mancato rispetto del precetto, posto che l'inchiesta era fin dall'inizio evidentemente finalizzata alla verifica di fatti aventi potenziale rilevanza penale, comporta l'inutilizzabilità delle dichiarazioni stesse nei confronti tanto della dichiarante che dei terzi chiamati in causa ai sensi del primo e secondo comma della norma citata».

[95] Cfr. F. Zacché, *La prova documentale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis e Voena, XIX, Milano, 2012, 112 ss. «Ricade, invece, al di fuori dell'art. 111 comma 5 Cost. la cosiddetta "impossibilità soggettiva", che si verifica tutte le volte in cui la fonte di prova rifiuta il confronto, esercitando legittimamente la propria *facultas tacendi*. […] Lo stesso, però non pare sostenibile quando le dichiarazioni autoindizianti siano state raccolte in un ambito caratterizzato da pressioni, per così dire, di tipo "fisiologico". Si tratta, cioè, delle situazioni in cui «l'autorità amministrativa … opera sulla base di un potere di inchiesta conferito dalla legge», costringendo il prevenuto a forme di collaborazione "forzata". In tali circostanze, le pressioni sul dichiarante sono imputabili all'azione di due forze contrarie: per ottenere le informazioni utili all'indagine amministrativa si impone all'interessato di rispondere, secondo verità, alle domande poste dall'autorità pubblica; per converso, il rifiuto di parlare viene punito, talvolta anche penalmente, con una sanzione simile a quella che verrebbe applicata qualora venisse accertato l'illecito oggetto dell'inchiesta».

[96] Cass., sez. V, 28 aprile 2016, n. 27898, in *www.ilpenalista.it*, 6 settembre 2016, con nota di A. Ilari, *L'utilizzabilità come prova documentale delle dichiarazioni rese dal fallito al giudice delegato*; Cass. pen., sez. V, 09 dicembre 2014, n. 3885, in *Cass pen.*, 2015, p. 2755; Cass., sez. V, 20 giugno 2013, n. 35347, in *Guida al diritto*, 2013, 40, p. 91.

CARLO LONGARI

Ricercatore di Diritto penale – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

La controversa natura delle soglie di punibilità
The controversial juridical nature of the limits of penal liability

Prendendo le mosse dall'analisi del quadro normativo e dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di soglie di punibilità, l'Autore si sofferma sulla natura giuridica di questo problematico istituto, esaminando nel dettaglio le molteplici soluzioni ipotizzabili.

Starting from the analysis of the normative context and the main doctrinal and jurisprudential guidelines in the field of the limits of penal liability, the Author studies the juridical nature of this legal concept, examining in particular the many hypothetical solutions.

PREMESSA

Studiare la natura giuridica delle soglie di punibilità implica, imprescindibilmente, dover richiamare le acquisizioni concettuali fondamentali in tema di teoria generale del reato (*rectius:* reato in generale), per poi calarle nello studio della conformazione dei reati muniti di soglia. È necessario indagare se l'elemento soglia costituisca, al pari degli altri elementi consustanziali della fattispecie criminosa, l'"in sé" del reato ovvero una semplice condizione funzionale a scelte di opportunità.

Ciò che va investigato è il ruolo della soglia, sia quale elemento (eventuale) di scomposizione analitica all'interno della struttura dell'illecito inteso come proposizione formale, sia come caratteristica peculiare del reato, idonea a plasmare, essa soltanto, l'offensività del medesimo, pur asservita ad una altalenante coerenza della politica criminale [1].

Implicazione di grande impegno teoretico ha la punibilità: il reato è indubbiamente quello tra i fatti giuridici connotato dall'inflizione di una sanzione specifica conseguente all'inosservanza del precetto. Si tratta di pena che si caratterizza per un *quid pluris* rispetto alle altre tipologie di sanzioni: lo stigma sociale. Deve esser chiaro fin dalla premessa che la soglia non potrà essere semplicisticamente ridotta al rango di elemento condizionante la punibilità. Da qui, allora, la necessità di valutare la percorribilità di una teoria analitica entro la quale sistemare adeguatamente la punibilità, ammesso che essa abbia la dignità di elemento del reato.

Due le chiavi di lettura che saranno proposte, ipotizzabili in termini di mutua esclusione: la prima, valorizzando la radice etimologica di 'soglia' per descriverla come zona cangiante di *status*, da poter essere illuminata dal fuoco del dolo ed esposta così alle sirene dell'errore; la seconda, immaginandola come soluzione di continuo che scinde il tutto dell'illecito per isolarne la componente penale (aprendo varchi alla responsabilità oggettiva).

LINEAMENTI DELLA PUNIBILITÀ

Che la natura della soglia non si lasci docilmente sistemare entro sicuri recinti dogmatici è problematica nota, bisognosa d'esser risolta, soprattutto per le rilevantissime esigenze pratiche che ne seguono.

[1] Cfr., ad esempio, le fondamentali voci enciclopediche di F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Ns. dig. it.*, XIX, Torino, Utet, 1973, p. 7 ss.; A. Fiorella, *Reato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, p. 770 ss.; M. Donini, *Teoria del reato*, in *Dig. pen.*, XIV, Torino, Utet, 1999, p. 221 ss.

Non può del pari negarsi che l'elemento soglia vale a contrassegnare l'ingresso in un'area che rappresenta l'anticamera dell'esecuzione. Deve allora essere chiaro se la punibilità nel nostro ordinamento ha contorni definibili (individuabili) e come detto fenomeno possa essere spiegato o valorizzato dalle teorie analitiche di concezione del reato.

Con particolare riguardo al primo aspetto, il legislatore ha usato i termini riferiti al perfezionamento dell'illecito penale ("è punito") con una disinvolta polisemia, quasi imprimendo un approccio rinunciatario nei confronti di qualsiasi tentativo definitorio del reato. Del resto, il tema della pena risulta denso di incertezze e criticità, sì che gli spazi scoperti vengono occupati per entropia da speculazioni intellettuali tese a lastricare sul piano dei fondamenti il viatico per la giustificazione delle eccezioni alla punibilità medesima. È proprio su questo territorio di occupazione concettuale, che, non a caso, i tentativi tassonomici restituiscono una deludente incertezza di fondo [2].

Ma l'aver ripreso il legislatore penale la denominazione corrente del fenomeno in oggetto da quella scarna e sparuta dottrina che ne aveva intravisto un elemento da elevare a dignità di studio per le conseguenze dell'assoggettamento ad uno tra i possibili regimi, induce a ricercare se della punibilità possa essere predicata una categoria ordinante, quando non ad accarezzare tentazioni idealistiche di ribattezzare il fenomeno in soglie di "rilevanza penale" [3].

Sul rinnovato interessamento della punibilità può aver plausibilmente giocato la suggestione, esercitata dalla formidabile funzione delle soglie di contrassegnare con precisione l'integrazione del fatto da punire, di ovviare *sic et simpliciter* alle difficoltà ricostruttivo-probatorie della regiudicanda, salvo resistere all'obiezione critica che il problema, così, è solo trasferito, filtrato dalle regole di altra scienza, sul perito giudiziale e da questi dipanato a favore del giudice.

Va sul punto ricordata la riflessione scientifica di aspirazione concettuale autonoma, tesa ad indagare l'enigmatico iato tra reato e pena, tra esistenza del primo e inconfigurabilità della seconda [4]; riscontra questa che la punibilità "tende a ridursi a conseguenza automatica" del reato quando non a dissolversi con la pena. Ma tale posizione si avverte come largamente insoddisfacente, e nella sua essenza ontologica, e nella sua funzione dogmatico-descrittiva di una costellazione di *variae causarum figurae* che, frapponendosi all'equazione reato uguale esecuzione della pena, danno la percezione di una deriva inquietante. La ricostruzione storico-valutativa del concetto di punibilità affrontata mette in luce come i contributi scientifici che se ne sono occupati abbiano sempre posto la stessa esternamente alla struttura del reato. Neanche i risultati dell'applicazione del metodo esegetico-sistematico – sulla scorta di un approccio costituzionale al diritto penale – hanno portato a definizioni soddisfacenti, spiegando, al più, la punibilità come la verificazione della correlazione tra i suoi presupposti causativi e le conseguenze giuridiche dei medesimi. Resta immanente alla dimensione problematica del fenomeno la collocazione della qualificazione, se elemento intrinseco alla struttura del reato ovvero estrinseco; in altri termini, se elemento costitutivo o caratteristica del reato.

Di notevole interesse si rivela l'estensione dell'indagine alle condizioni obiettive di punibilità che conduce a considerare parificate le condizioni di esistenza della punibilità (in relazione alla fattispecie o in relazione all'agente) e le condizioni che incidono sulla mera punibilità. Parificazione neutrale se effettuata in positivo (quando la punibilità si realizza dall'efficienza causale paritaria delle condizioni), problematica se in negativo, non essendo ovviamente indifferente accertare l'inesistenza della fattispecie per mancanza di un suo elemento costitutivo ovvero per mancata verificazione di una condizione obiettiva di punibilità. La differenza si appalesa di significativo momento poiché nell'ottica del doppio binario pena – misura di sicurezza disegnata dal codice Rocco, laddove sussista il fatto ma non la punibilità, si riespande l'ambito di applicazione della misura di sicurezza [5].

Parlando di punibilità, è altresì necessario dar conto della questione circa la sua assunzione ad elemento del reato [6]. Invero, con persuasione e dovizia di addentellati normativi, viene da alcuni ascritta

[2] Nota G. Ruggiero, *Punibilità*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 1122 ss., come "ci si occupi, in modo articolato, delle "vicende della punibilità" senza alcuna enunciazione teorica di quel concetto".

[3] Così, M. Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1721.

[4] G. Ruggiero, *Punibilità*, cit., p. 1118.

[5] La notazione è di D. Falcinelli, *Punibilità (soglie di)*, in *Dig. pen., agg.*, Torino, Utet, 2006, p. 1255.

[6] Cfr. G. Marinucci-E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 179 ss.

tale caratteristica all'insieme "reato", ché senza d'essa lo stesso non sarebbe tale. Non può dirsi illegittimo il dubbio, alla luce dell'evidente constatazione che nel nostro ordinamento un fatto, antigiuridico e colpevole, non è bastevole per fondare il rilascio della punizione. Devono, e in non pochi casi, sussistere ulteriori condizioni affinché lo stesso si trasformi in fatto punibile. Partendo dall'assunto che la pena è la caratteristica distintiva principe dell'illecito penale, ché ontologicamente è "la stessa fisionomia del reato a reclamare una sistematica che collochi la punibilità tra gli elementi del reato"[7], la quadripartizione così costruita rinviene il fondamento normativo nell'articolo 129, comma 1, c.p.p. a mente del quale il giudice dispone il proscioglimento quando il fatto non costituisce reato, ossia, tra gli altri casi, quando le condizioni obiettive di punibilità non si sono verificate ovvero quando operano cause di esclusione della punibilità. La punibilità rappresenta il momento logico finale di un processo di accertamento del fatto di reato, e la consecuzione delle sue fasi, ciascuna tesa all'appuramento di un particolare aspetto richiesto dal modello legale, assicura la verificabilità della correttezza intrinseca della decisione giudiziale.

Ora, se la sistematica quadripartita proposta è costruita su un ordine di idee apparentemente immune da falsificazioni, va comunque evidenziata la presenza di una contraria tesi giurisprudenziale, tutt'ora prevalente, che sostiene una scomposizione analitica del reato in forma tripartita, osservando l'esistenza di ipotesi conformi al tipo, eppure non punibili per espressa previsione di legge: icastica è la causa di non punibilità *ex* articolo 649 c.p. Nessuno potrebbe seriamente negare la configurazione di furto commesso a danno di un familiare convivente, sicché tale evidenza dovrebbe valere a mettere in discussione la pretesa integrazione del reato con la punibilità[8].

Le soglie nella dogmatica dei reati tributari

Ad un primo approccio, il reato come oggetto gnoseologico rappresenta un fatto la cui realizzazione provoca l'assoggettabilità alla pena criminale, distinguibile, nella sua apparenza esteriore, da qualsiasi altro tipo di sanzione. Pur obliando di proposito la questione circa la natura asseritamente sanzionatoria del diritto penale[9], non si può tacere la centralità del momento della punibilità che il legislatore, mediante l'uso della soglia, vuole condizionare o, sott'altra ricostruzione, definire.

In un sistema a legalità formale come il nostro, la definizione di reato è stata da sempre legata al dato positivo, invero piuttosto scarno, in quanto, né il codice penale prima, né la Costituzione poi, lo caricano di significato. Nel primo testo è lampante un approccio descrittivo analitico, plausibilmente dettato da intuibili esigenze di economia di codificazione. Nel secondo, pur riconoscendo solo grazie ad un'interpretazione orientata il referente almeno degli elementi fondamentali, vacilla anche una visione sintetica, specie a causa degli incerti approdi raggiunti dall'elaborazione del concetto di offensività.

Un'altra distinzione imposta dal sistema vigente per definire il reato si rivela utile allo ricerca: se quella tra delitti e contravvenzioni è innegabilmente fondata su un criterio quantitativo estrinseco (il *quantum* di pena), e, plausibilmente, la *ratio distinguendi* della loro natura sulla qualità del fatto illecito, la soglia sublima, con la quantità che esprime, la qualità del fatto; da azione lecita a condotta punita. Il reato è la risultante di un divenire: da illecito di quantità (*tot* di imposta evasa *alias tot* di disvalore riprovevole) a illecito di qualità (da nessun reato a reato). La predetta distinzione è quanto mai gravida di ulteriori sviluppi, ben più pregnanti per i reati tributari giacché non conoscono alcuna fattispecie contravvenzionale.

Appare, dunque, necessario soffermarsi maggiormente sul discrimine con l'illecito amministrativo configurabile a partire dalla medesima condotta descritta dal reato fiscale. Difficilmente, infatti, l'irregolarità fiscale non verrà sanzionata, anche a voler prescindere dall'intensità lesiva della sua condotta o dall'entità del pregiudizio (economico o procedimentale) procurato. Così, il problema diventa di politica criminale, di opportunità del punire penale. Anche fosse dichiarato *expressis verbis* il bene giuridico da proteggere, la soglia del penalmente rilevante riposerebbe su ragioni arbitrarie, ideologiche e le riforme del 2011 e del 2015 ne sono la lampante testimonianza.

Fin qui il dato formale presenta approdi, per il vero, poco appaganti: la scomposizione del reato in elementi non sembra restituire appieno la funzione di arricchimento sostanziale offerto dalla soglia, né

[7] Così, Id., *ibidem*, p. 178.

[8] Cfr. M. Romano, *Teoria del reato* ..., cit., p. 1721 ss.

[9] Il carattere meramente o ulteriormente sanzionatorio del diritto penale è da tempo negato. Cfr., in generale, M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, Giappichelli, 2014, p. 24 ss. che efficacemente si esprime in termini di "natura primaria o secondaria della regola penale" e, per quanto attiene al diritto penale tributario, G. Cerquetti, *Reati tributari*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, p. 1046 ss., nonché P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 387 ss.

la visione d'insieme del disvalore espresso dal reato. Un approccio materiale, invece, solleva l'interprete dall'imbarazzo di dover ammettere l'esistenza di ipotesi non dannose né pericolose, sebbene conformi al tipo. La visione unitaria del fenomeno illecito saprebbe cogliere l'autentico disvalore arrecato agli interessi tutelati dall'ordinamento dando concretezza al principio di necessaria lesività. Si può non concordare con la praticabilità nel nostro ordinamento di una concezione sostanziale, ma è difficilmente falsificabile l'esigenza di negare il pensiero emozionale, intuizionistico, storico, sociologico e, financo, comunemente giuridico della lesività. Poi verranno le dispute: se la lesione vada individuata nella definitività e/o irreparabilità del danno, nell'evento in senso giuridico, nell'antigiuridicità oggettiva, nel contenuto offensivo del reato e quindi, nella compromissione del bene giuridico (interesse di relazione [10]) o delle esigenze di ideale conservazione e sviluppo della società.

A ben vedere, sulla base della constatazione che il diritto penale riguarda fatti umani, comportamenti specifici, tratti di condotte finalizzate, le fattispecie di parte speciale sono necessariamente modellate su quelle esigenze: solo se il bene giuridico è talmente preminente potranno essere consentite descrizioni di condotte a forma libera, mentre nella maggior parte dei casi, al corpo sociale interessa proteggersi dall'intrusione di comandi – penalità pervasivi e generalizzati, sì che gli illeciti sono generalmente conformati avendo riguardo di reprimere una determinata modalità di lesione.

Pur con l'ammissione dell'opportunità di affermare una concezione sintetica e sostanziale, non può essere ignorata la costruzione nozionistica disegnata dal sistema normativo. Reclamare una nozione inclusiva di reato può voler significare andare incontro ad un'aporia: ciò è tanto vero che occorre rifarsi alla sostanza delle cose per discriminare il reato tributario dall'illecito amministrativo tributario (e ciò a partire dalla legge n. 4/1929 per culminare nel modello parapenale offerto dallo Statuto sanzionatorio di cui al d.lgs. n. 472/1997), poiché le condotte sono le medesime e le soglie fungono, all'evidenza, da discrimine. In assenza di sicuri elementi differenziatori, il criterio formale costituisce sempre un saldo appiglio.

Vero che, del resto, il modello di reato *secundum constitutionem* esige un fatto umano tendenzialmente modalizzato. Si pensi alla struttura della fattispecie che esprime il comando di presentare una dichiarazione dei redditi veritiera e corretta: ebbene, al di fuori dei casi in cui è antieconomico contestarne e sanzionarne l'infedeltà [11], anche una conseguente esigua evasione costituirà illecito (per ora, volutamente, non qualificato).

Per effetto della soglia, il fatto diventa sensibile al raggiungimento del *quantum* di offesa corrispondente all'imposta evasa. La modalità tipica dell'evasione penalmente rilevante, in assenza d'altro, si candida ad essere quella del superamento di soglia: il *modus* di lesione sta nella quantità, nell'intensità del *malus* inferto (alle finanze erariali, al buon andamento dell'attività degli organi di controllo). Sembra, del resto, che non possono darsi altri caratteri salienti, stante la medesimezza della condotta, poiché, a ben vedere, anche nell'illecito amministrativo la condotta deve essere illuminata dall'elemento psicologico (cfr. art. 5 del d.lgs. n. 472/1997).

Nello scrutinio della concezione del reato si affaccia, altresì, insistentemente, il riferimento all'oggettività giuridica, problema quanto mai discusso e sempre attuale. Argomentando sulla base della presunzione di un legislatore ragionevole, si deve supporre che ogni fattispecie criminosa protegge sempre un oggetto giuridico, sicché, quando si realizza la congruenza della fattispecie concreta con quella astratta, la tipicità, la fattispecie medesima sprigiona la carica di offensività prefigurata dal legislatore nel confezionarla, conseguentemente, se non vi sono soglie di punibilità il fatto tipico è sempre offensivo. Quanto alla riconoscibilità di valori siffatti "tale significato lesivo (e, correlativamente, l'oggetto giuridico) deve essere ricostruito fondandosi sugli elementi incidenti sull'*an* e sul *quantum* della sanzione, e solo su di essi" [12]. E così, vuoi che la figura di illecito sia costruita con l'inserimento di un elemento condizionale o con una soglia, l'offensività ne esce indiziata. Che poi analoghe condotte possono essere punite amministrativamente non essere punite affatto è questione che, come più volte affermato dalla Corte costituzionale [13], rientra nei poteri discrezionali del legislatore e del giudice, quest'ultimo essendo chiamato a percorrere la strada della valutazione dell'offensività in concreto (prima di sollevare una *quaestio de legitimitate*).

[10] F. Stella, *La teoria del bene giuridico ed i fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 10.

[11] Possibilità solo in astratto prevista dal decreto del Ministero delle finanze 11 febbraio 1997, n. 37, che nell'articolo 8 prevede la determinazione (ad opera di successivi decreti a quanto consta finora mai emanati) di "criteri di economicità sulla base dei quali si inizia o si abbandona l'attività dell'Amministrazione, in relazione a determinate categoria generali ed astratte".

[12] Marini, *Reato*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, Treccani, 2001, p. 1 ss.

[13] V., ad esempio, da ultimo, la sentenza della Corte costituzionale n. 139/2014 in tema di esiguità dell'evasione contributiva.

Lo studio del reato contempla, inoltre, gli elementi accidentali. Essi non influenzano la venuta ad esistenza del reato stesso, ma ne condizionano la sua efficacia, ovvero incidono sul trattamento sanzionatorio specificando ulteriormente la modalità di lesione. La dottrina vi fa rientrare pacificamente le condizioni obiettive di punibilità.

La tesi della soglia quale presupposto del reato

Una concezione elaborata all'epoca della previgente legge penale tributaria qualificava l'elemento soglia alla stregua di una circostanza fattuale preesistente al reato [14], cronologicamente antecedente all'inizio della realizzazione della condotta descritta dalla fattispecie incriminatrice. Il sillogismo dell'enunciato era di questo tipo: affinché il reato esista, è necessario che i singoli episodi di evasione abbiano raggiunto un determinato ammontare. Come nel furto è necessario che la cosa della quale impossessarsi si trovi nel mondo reale, nei reati tributari è necessario che vi sia materiale imponibile occultato in quantità sufficiente ad attivare la risposta penale.

I motivi dell'insuccesso di una concezione siffatta (che sul piano pratico avrebbe comportato una solo apparente indifferenza del pre-fatto nei confronti di ciascuno degli elementi costitutivi del reato) e del suo scarso seguito, sono dovuti al cambio di rotta impresso dalla riforma del 2000 che ha spostato il fulcro della rilevanza penale al momento della presentazione della dichiarazione. Non che prima della riforma la dichiarazione non si dovesse presentare e che l'evasione non fosse legata anche alla medesima, ma l'aver il d.lgs. n. 74/2000 voluto far coincidere la realizzazione della condotta con la presentazione della dichiarazione (ovvero con la sua mancata presentazione entro un termine perentorio) ha senza dubbio contribuito a dare la stura alla contesa a due tra elemento costitutivo e condizione e scoraggiato la proposizione di una teoria che avrebbe lasciato mordente all'errore sul fatto.

Oggi, l'evasione è predicabile inscindibilmente dalla dichiarazione e, quand'anche questa manchi, l'Ufficio ne ricostruirebbe il contenuto. Non si può quindi affermare che il superamento di soglia sia un fatto preesistente alla condotta; piuttosto, è un fatto che si consustanzia nella dichiarazione, che si manifesta con la venuta ad esistenza della stessa. Tanto è che già prima di averla formalmente presentata, il contribuente è obbligato a versare gli acconti delle imposte dovute in base alla stessa *(sic!).*

La tesi della soglia quale condizione obiettiva di punibilità

La riconducibilità delle soglie tributarie alla categoria delle condizioni obiettive di punibilità è stata indubbiamente indotta dall'osservazione di come, sul piano degli effetti, le prime subordinino l'intervento della sanzione penale. Ha, inoltre, influito il retaggio di un ingombrante passato: l'"infrazione" tributaria nella coscienza collettiva realizzava frequentemente un illecito penale, a prescindere dall'ammontare dell'evasione prodotta, anzi, la pena era comminata per condotte percepite come scarsamente offensive.

Non era grave tanto il danno realizzato, quanto, piuttosto, lo sviamento dell'attività di controllo dell'Amministrazione finanziaria (e, sotto altro profilo, il tradimento ai doveri di solidarietà verso lo Stato). In questo scenario (rappresentato efficacemente dalla famigerata legge "manette agli evasori"), il bene giuridico protetto era identificabile con la trasparenza fiscale, sicché era agevole concepire la condizione come un fattore esterno al reato, non necessario alla sua esistenza.

Prima di illustrare gli argomenti addotti a sostegno di tale tesi, bisogna verificare se le elaborazioni dottrinali in tema di condizioni obiettive di punibilità possano fornire attendibili indicazioni circa la natura da ascrivere alle soglie; in particolare, se i criteri elaborati per identificare una condizione obiettiva siano di qualche utilità per distinguerla dalla soglia tributaria [15].

Per comprendere appieno l'essenza delle condizioni è però necessario rifarsi al fondamento storico, da individuare nella composizione del contrasto tra opportunità di tipo squisitamente politico e l'affermazione dei principi fondamentali *(in primis* quello di legalità) nel frattempo introdotti [16]. I casi amministrati dal potere giudiziario, non alieni alla necessità fisiologica di ricevere un trattamento di buon senso in particolari situazioni, erano originariamente appannaggio del libero arbitrio. Una volta codificato l'obbligo per il legislatore di prevedere precetti penali tassativi, le predette esigenze di op-

[14] Cfr. L. Stortoni, *La nuova disciplina dei reati tributari*, in *Giur. comm.*, 1983, I, p. 388 ss.

[15] Su tale istituto v. F. Bricola, *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Ns. dig. it.*, XIV, Torino, Utet, 1967, p. 588 ss.; G. Neppi Modona, *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, Treccani, 1988, p. 1 ss.; P. Curatola, *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961, p. 807 ss., I. Caraccioli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1998, p. 347 ss.

[16] Cfr. G. Neppi Modona, voce *Condizioni...*, cit.

portunità (immanenti nella disciplina dei fatti umani) dovevano essere contemperate con i nuovi vincoli, tra i quali l'obbligatorietà dell'azione penale. Si presentava dunque inevitabile prevedere espressamente cause o casi che consentissero di non punire le condotte che, a seconda della situazione in cui erano poste in essere, apparivano opportunamente non processabili. E in questa attività di adeguamento normativo era indispensabile obiettivizzare al massimo grado quelle situazioni.

Tuttavia, se la chiave di lettura storica è utile a comprendere la funzione pratica delle condizioni di punibilità, essa non si rivela sufficiente a spiegare il loro ruolo all'interno della fattispecie legale, né i criteri per distinguerle dagli elementi costitutivi e dalle condizioni di procedibilità.

In ordine a ciò, conviene delineare preliminarmente i caratteri salienti dell'istituto con il richiamo di una definizione che li compendi il più possibile, giacché le complesse discussioni della dottrina in argomento rendono difficile enunciare una definizione che possa ritenersi precisa ed esauriente, complice, anche, l'assenza di una definizione legislativa, limitandosi l'articolo 44 c.p. a dettarne il regime di imputazione [17].

Secondo una tesi largamente accettata le condizioni obiettive di punibilità sono elementi accidentali della fattispecie-proposizione normativa che esprimono un evento, che può non essere legato al soggetto agente da alcuna relazione psicologica [18], alla cui realizzazione il legislatore ha inteso subordinare l'applicazione della pena per motivi di opportunità [19]. L'ordinamento penale vi fa ricorso, derogando il principio di obbligatorietà dell'azione penale, quando valutazioni di opportunità politica o di economia dell'azione consigliano di non applicare la pena. Se, in adesione al principio di colpevolezza (così come riaffermato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 364/1988) tutti gli elementi che concorrono a delineare il disvalore del fatto devono essere imputati almeno a titolo di colpa, la collocazione della condizione all'esterno del reato produce almeno due conseguenze di significativo momento: a) è escluso che le c.d. condizioni intrinseche possano essere annoverate tra le condizioni di punibilità; b) è compatibile con tale impostazione anche l'imputazione in mancanza di colpa [20].

La questione forse più rilevante e di maggior impegno concettuale riguarda, a sua volta, la natura giuridica da ascrivere alla condizione di punibilità. E l'alternativa non può che essere tra elemento costitutivo del reato ed elemento da esso distinto, o alcunché di diverso. Ciò allude al problema di fondo: se, e in presenza di quali circostanze ulteriori, ciò che ha le sembianze di una condizione possa indossare le vesti di elemento del reato.

Stante la natura controversa, che si riflette inevitabilmente sulla stessa riconoscibilità e, di conseguenza, sulla disciplina della sua imputazione, sono stati elaborati due criteri discretivi: uno di carattere formale, l'altro di carattere sostanziale-funzionale.

Il primo deduce l'esistenza di condizioni quante volte i precetti si esprimono con formule ipotetiche, il secondo, invece, individua le condizioni al ricorrere di esigenze di opportunità punitiva che solo sarebbero espressione di circostanze del tutto estranee al piano dell'offesa [21].

Ancora, il primo criterio, di tipo letterale, attribuisce rilevanza e coerenza al linguaggio legislativo per restituire un senso di ragionevolezza alle parole utilizzate; il secondo, invece, si fonda su di una non meglio definita distinzione tra interessi interni ed interessi esterni al reato.

Più approfonditamente.

Il criterio letterale sembra imporsi in forza di un dato obiettivo incontrovertibile: l'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale prescrive che alla legge non può attribuirsi altro significato che quello fatto palese dalle parole secondo la loro connessione. Solo quando il senso dell'enunciato rimane ancora oscuro è possibile procedere a criteri sussidiari, sicché, tra quelli indicati dal citato articolo, solo il ricorso *all'intentio legislatoris* appare praticabile, stante il divieto di analogia in diritto penale. Alla base

[17] Cfr. M. Zanotti, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Dig. pen.*, X, Torino, Utet, 1995, p. 534.

[18] F. Ramacci, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli, Jovene, 1971, p. 205.

[19] Cfr. Palazzo, *Corso ...*, cit., p. 621; F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1992, p. 813. *Contra*, A. Pagliaro, *Il reato*, in A. Pagliaro-C.F. Grosso-T. Padovani (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 225 ss. per il quale la condizione obiettiva di punibilità è un elemento del fatto di reato estraneo alla condotta illecita e ad essa successivo.

[20] Per F. Ramacci, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 364, le condizioni di punibilità non configurerebbero ipotesi di responsabilità oggettiva poiché l'articolo 44 c.p., parlando di "evento da cui dipende il verificarsi della condizione" invece che del reato, intende un accadimento concreto in ordine al quale "non si pongono problemi di riferibilità causale e psicologica".

[21] In questo senso, v. M. Binda-G. L. Gatta sub. *art. 44*, in E. Dolcini-G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, I, Milano, Giuffrè, 2011, p. 592 ss.

della cosiddetta interpretazione grammaticale riposa la presunzione della coerenza del legislatore che si ritiene esprimersi in maniera congrua rispetto allo scopo che vuole realizzare [22].

Tuttavia, attesa la mutevolezza delle forme espressive legislative (anche all'interno del medesimo testo), il criterio letterale non pare in assoluto soddisfacente.

Il problema ricade sull'individuazione del bene giuridico tutelato. E da qui i criteri ermeneutici in soccorso si ripropongono con tutta la loro carica di problematicità. Le considerazioni in ordine agli interessi coinvolti da un fatto incestuoso rappresentano nella manualistica un esempio rappresentativo. Quale fattore può assumere un rilievo così prevalente (e quindi dirimente) da illuminare nitidamente il bene giuridico che l'ordinamento vuole preservare? Che cosa autorizza ad affermare con sicurezza (o sufficiente convinzione) che ciò che sta più a cuore al legislatore sia la *turbatio sanguinis?* Che cosa, invece, depone senz'ombra di dubbio per affermare la difesa della moralità pubblica? Come discernere il vero interesse interiorizzato dalla norma? E come escludere che il precetto tuteli una pluralità di interessi? Vi è forse solo un bene avuto di mira mentre l'ulteriore viene tutelato in via indiretta (occasionale)?

Il problema evocato sembra inesorabilmente destinato a ripercuotersi sulla valutazione del grado di cogenza, persuasività o ancillarità che si vuole assegnare agli argomenti retorici a disposizione dell'operatore giuridico.

La condizione obiettiva di punibilità è stata fino ad ora funzionale alla previsione legale di motivi di opportunità del non punire. Ma l'opportunità non è la sola causa che può giustificare la possibilità di non assoggettare a pena l'agente. Vi è anche l'esigenza di definire meglio il tipo di fatto bisognoso di pena, che ben può essere accompagnata dalla volontà di applicare il comodo regime offerto dall'articolo 44 c.p. Può accadere, così, che il legislatore si serva di condizioni per specificare la quantità di offesa da ritenere lesiva e, quindi, punibile. E fino a quando la Corte Costituzionale non avrà debellato le ipotesi di responsabilità oggettiva, non si potrà ritenere che trasformare un evento in condizione sia un *escamotage* per omettere l'accertamento dell'elemento soggettivo.

Una ricostruzione di questo tipo implica l'ammissione dell'esistenza di fatti tipici non offensivi: se l'agente realizza con la sua condotta il fatto descritto dalla norma, ma la condizione non si verifica, dipenda o meno la medesima dalla di lui volontà, il fatto è astrattamente idoneo a costituire l'offesa prefigurata dalla norma ma non ancora sufficiente a raggiungere il disvalore punibile. Occorre, *de lege ferenda,* stabilire una volta per tutte, quando è configurabile un reato e se può essere tale solo un fatto legal-tipo che ha varcato la soglia della punibilità [23].

Il criterio discretivo che guarda alla vicinanza degli interessi coinvolti al nucleo centrale del reato pare accusare, in analisi, una deprecabile incertezza nei risultati, specie quando la condizione puntella una progressione criminosa laddove gli interessi sono omogenei. Sembra allora preferibile affidarsi al criterio letterale, e soltanto nel caso in cui questo non conduca a risultati apprezzabilmente stabili è auspicabile considerare il piano di interessi sul quale sembra aderire più saldamente la condizione. Ma va precisato che la condizione oggettiva di punibilità resta tale se l'evento da essa espresso attiene alla mera opportunità di punire.

Va dato altresì conto che il criterio letterale è avversato da chi assume che la morfosintassi dell'enunciato normativo determina un'estraneità apparente dell'evento-condizione rispetto al fatto e che, quindi, deve essere indagato il rapporto di causalità tra la condotta e l'evento. Rimarrebbero fuori da questa visione anche i reati aggravati dall'evento [24].

In generale, la dottrina ha individuato alcuni modelli legali di enunciati che ha ricondotto ad ipotesi diverse dalle condizioni di punibilità.

Così, ad esempio, è stato per distinguerle dai reati aggravati dall'evento. Con la subordinata ipotetica "se dal fatto deriva ..." si suole normalmente introdurre una figura circostanziata che presuppone un reato perfezionato e punibile e la cui verificazione determina soltanto un aggravamento di pena. Spesso i verbi di effetto (cagionare, produrre, provocare) sottolineano un rapporto di causalità diretta tra condotta ed evento dedotto in condizione, tale da suggerire un interesse proprio del reato. Sotto altro angolo di visuale, quell'espressione tradisce un nesso più distaccato, una conseguenza naturalistica che l'agente non può governare.

[22] Cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 118 ss.

[23] In tal senso, la Commissione Pagliaro aveva proposto di menzionare espressamente come tali le condizioni obiettive di punibilità.

[24] F. Bricola, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Ns. dig. it.*, XIV, Torino, Utet, 1967, p. 596 ss.

Nel concreto, quanto detto si traduce come segue.

Le soglie previste dal comma 1, art. 4, d.lgs. n. 74/2000 sono introdotte dall'avverbio "quando". *Prima facie*, tale costruzione non sembra potersi ascrivere al modello "derivativo" descritto in precedenza. Non vi è un nesso marcato tra condotta ed evento (almeno questo non sarebbe il senso immediato che comunica il costrutto). Tale avverbio rimanda piuttosto ad un momento specifico (a quel preciso istante in cui l'evasione totalizza il limite di rilevanza). Il fatto risulta conformato dalla verificazione dei requisiti descritti dalla norma. È come se la norma dicesse: chiunque cagiona un'evasione di almeno *tot* è punito.

Il modello sintattico è ancor più nitido nei delitti relativi al pagamento delle imposte. L'articolo 10-*bis* non contiene alcuna subordinata ipotetica, né avverbi o particelle condizionali. Afferma semplicemente che chi non versa *tot* è punito. Esprime, in altri termini, una modalizzazione della condotta, colta in una variabile commensurabile.

Nell'articolo 11, comma 1, si trova invece una piena congruenza con il modello "derivativo": la subordinata introdotta dalla particella "se" esprime la progressione criminosa di una condotta già illecita e che evolve in un trattamento deteriore se la carica lesiva è stata tale da superare la misura. Sembra innegabile la qualificazione giuridica dell'ipotesi come di reato aggravato dall'evento (del resto si tratta di una fattispecie fraudolenta che, secondo la tecnica del decreto, non tollera soglie di punibilità).

In sostanza, le ipotesi di soglie sono spesso anticipate da congiunzioni che introducono proposizioni secondarie di valore condizionale [25]. Ciò contribuisce indubbiamente dal punto di vista percettivo alla sua comprensione come condizione apposta al reato. Diversamente, se l'*incipit* del precetto fosse: "*Chi cagiona un'evasione di almeno tot è punito ...*", il senso di comprensione di comando modalizzato sarebbe certamente più appariscente, a tutto vantaggio dell'attività interpretativa.

A livello di morfosintassi della proposizione legale, la condizione si presenta come una subordinata causale che esprime in genere un evento, la cui realizzazione dà ingresso alla punibilità. Preso atto che le condizioni vengono presentate come elementi esterni al nucleo centrale del reato, occorre riflettere circa una prima obiezione: perché se sono qualificati come elementi non necessari, è, di fatto, indispensabile la verificazione dell'evento per ritenere punibile il reato? Il legislatore vuole forse (ri)proporre la distinzione tra perfezionamento ed efficacia del reato? In altre parole deve essere compreso se la condizione concorra a disegnare il disvalore immaginato dalla norma, oppure si atteggi, più semplicemente, a prefigurare un accadimento da gestire.

La natura giuridica di condizione di punibilità è stata sostenuta dai primi commentatori del nuovo statuto penale tributario, probabilmente sulla scorta delle *rationes decidendi* che ispirarono la Corte costituzionale nel salvare dalle censure di illegittimità la "misura rilevante" cui era subordinata la vecchia fattispecie di frode fiscale. La dottrina più recente, sull'onda del restauro del principio di personalità della responsabilità penale, sembra attestarsi sulla posizione di elemento del reato, pur non mancando la recentissima giurisprudenza di annoverare decisioni, per lo più poco o nulla motivate in ordine allo specifico *dictum*, che ripropongono l'opzione ermeneutica delle condizioni di punibilità [26].

Sintomo del disagio qualificatorio della condizione, restano, pur sempre, proposizioni rinvenibili in trattazioni generali di parte speciale che la collocano al confine tra il fatto di reato (come suo elemento costitutivo) e la vicenda della punibilità (come condizione obiettiva di punibilità) [27].

Ora, non vi è dubbio che la spiegazione della soglia più agevole si adagi su un artifizio terminologico di sospetta ambivalenza, che cerca di salvare il coniugio tra il momento sostanziale di descrizione del disvalore che la condizione intrinseca esprime e l'ineliminabile conseguenza pratica che sottende. Ma vi è più di una voce contraria che considera elemento del reato ciò che è comodo definire condizione intrinseca [28].

Una delle elaborazioni dottrinarie, tra le più efficaci, per spiegare la collocazione sistematica della soglia indizia la riconducibilità del valore da essa espresso nell'ambito dell'oggetto del dolo. L'impiego

[25] La parola 'quando' è una congiunzione allorché introduce proposizioni secondarie di valore temporale, avversativo, condizionale, o causale e insieme condizionale (cfr. Vocabolario Treccani, voce *"quando"*, in *www.treccania/vocabolario*).

[26] Per l'esame di alcune decisioni v. § 10, in questo capitolo.

[27] Ne dà conto D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 83.

[28] F. Mantovani, *Diritto ...*, cit., 817, afferma che va respinta la distinzione tra condizioni intrinseche e condizioni estrinseche, "essendo condizioni di punibilità solo queste ultime"; D. Brunelli, *Il dirítto ...*, cit., 85 afferma che "la categoria delle c.d. condizioni intrinseche di punibilità non è agevolmente accreditabile nel sistema".

dell'argomento retorico [29] giunge a una conclusione che pretende nell'agente la rappresentazione e volizione di una grandezza numerica, ancorché egli abbia certamente voluto agire con la finalità descritta dalla norma, senza, per questo, volerne il risultato [30]. Ma anche l'accezione di dolo va rimeditata [31]: non essendo richiesta la verificazione dell'evento sorretto dalla specifica intenzione per la configurazione del reato, l'evasione non può essere l'evento e, dunque, non rimane che classificarlo come condizione di punibilità.

Inoltre, è agevole fondare l'assunto della condizione a partire dal *dictum* della Consulta espresso in occasione della nota declaratoria di illegittimità costituzionale della "vecchia" frode fiscale: la misura rilevante dell'alterazione del reddito fiscale costituisce un *quid pluris* rispetto alla condotta "che non incide sulla dimensione intrinsecamente offensiva del fatto, ma ne connota solo la gravità, contrassegnando il limite a partire dal quale l'intervento punitivo è ritenuto opportuno". Se ci si pone dall'angolo di visuale delle condotte immaginate dalla norma è evidente la loro decettività a scapito di una corretta rappresentazione delle poste contabili. Da qui il passo è breve per identificare nella trasparenza fiscale il bene giuridico immediatamente leso. Una volta individuato l'oggetto di tutela è altresì facile sostenere che qualsiasi azione artificiosa era idonea a pregiudicare la funzione di accertamento, ma solo quelle di rilevante importo dovevano essere punite.

Argomenti più suggestivi fanno leva, invece, sulla sintassi degli enunciati delle fattispecie dichiarative che, non essendo strutturate in termini causali [32] depongono nel senso che il danno evento sia l'inganno (il mendacio) all'Amministrazione piuttosto che il mancato versamento delle imposte dovute.

Viene, inoltre, fatta rilevare l'incongruenza derivante dalla previsione di una più grave punizione della dichiarazione fraudolenta rispetto a quella infedele. Se non si vuole discriminare in base alla modalità della condotta non vi è ragione per differenziare il *quantum* di pena, sicché appare chiaro come sia la funzione ad essere tutelata, non già il gettito erariale, con la conseguenza di dover concepire la soglia come condizione di punibilità.

Conclusivamente, è opportuno riepilogare gli argomenti elaborati per avvalorare la posizione dogmatica in discorso:

a) le parole della legge delega [33], laddove attribuiscono alle soglie la funzione di limitare "l'intervento penale ai soli illeciti economicamente significativi", lasciano intendere che le soglie devono condizionare la concreta punibilità delle fattispecie delittuose da essa legge selezionate e prefigurate [34];

b) la sentenza della Corte Costituzionale n. 247/1989 ha statuito che l'alterazione in misura rilevante del risultato della dichiarazione, richiesta ai fini della sussistenza del delitto di frode fiscale, costituisce una condizione obiettiva di punibilità "che non incide sulla dimensione intrinsecamente offensiva del fatto, ma ne connota solo la gravità, contrassegnando il limite a partire dal quale l'intervento punitivo è ritenuto opportuno";

c) stante l'obbligo generalizzato di contribuire alle spese pubbliche, la natura di condizione di punibilità ben rappresenta l'esigenza di ritenere comunque lesivo il fatto di evasione e di subordinarne la punibilità solo in presenza di ragioni di opportunità (politica e amministrativa) [35];

d) l'identificazione del superamento della soglia quale evento carica eccessivamente il dolo di coscienza d'offesa che difficilmente può essere provato, con conseguenze inopportune come semplificazioni sotto specie di *dolus in re ipsa* e violazione del diritto di difesa [36];

---

[29] V. G. Tarello, *L'interpretazione ...*, cit., p. 369 ss.

[30] D. Brunelli, *Il diritto ...*, cit., p. 85.

[31] Id, *ivi*, osserva che essendo il valore di soglia apprezzabile alla stregua di qualsiasi altro elemento normativo, basta che l'agente ne abbia la conoscenza dell'uomo medio. Non sarebbe dunque necessaria una ricostruzione in termini di condizioni obiettive di punibilità.

[32] Come sarebbe nel caso in cui l'enunciato suonasse in questo modo: chi, avvalendosi di una dichiarazione fraudolenta, non versa l'imposta dovuta, è punito se dal fatto deriva un'evasione superiore ad una certa quantità.

[33] Per S. Riondato, *Riforma del diritto penale tributario tra abuso parlamentare della delegazione legislativa e abuso governativo della legislazione delegata*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 109, la legge delega costituisce l'imprescindibile principio interpretativo del decreto.

[34] Così Pistorelli, *Reati tributari*, in *Enc. giur*, XXIX, Roma, Treccani, 2002, p. 11.

[35] Cfr. F. Cerqua, *Sulla natura giuridica delle soglie di punibilità dei delitti in materia di dichiarazione*, in banca dati *Fisconline Dottrina* (*www.leggiditaliaprofessionale.it*).

[36] Così G. Salcuni, *Natura giuridica e funzioni delle soglie di punibilità nel nuovo diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*,

e) l'irrilevanza ai fini dell'esclusione della punibilità *(rectius:* del reato) di eventuali versamenti tardivi (effettuati successivamente al termine di presentazione della dichiarazione ma prima dell'eventuale constatazione da parte della finanza) [37], nonché l'irrilevanza penale, per converso, degli omessi versamenti in presenza di dichiarazioni fedeli [38];

f) alla luce della causa di esclusione del reato di cui all'ormai abrogato articolo 7 del d.lgs. n. 74/2000 (per avere il contribuente indicato in bilancio i criteri delle valutazioni estimative) e della Relazione ministeriale che riteneva che l'aperta ostensione dei medesimi metodi fosse incompatibile con un dolo di evasione, i delitti "dichiarativi" venivano considerati alla stregua di reati di pura condotta, in ordine ai quali l'evento (consistente nella verificazione dell'evasione di imposta) è per definizione indifferente [39];

g) non è corretto ascrivere all'articolo 44 c.p. la prescrizione di evento futuro e incerto della condizione di punibilità poiché il tenore letterale non contempla una siffatta accezione [40];

h) l'evasione non sempre è il prodotto di una auto determinazione del contribuente, poiché nel calcolo dell'imposta rilevano anche i comportamenti dei terzi sostituti d'imposta [41].

La tesi della soglia quale elemento costitutivo del reato

Attribuire alla soglia natura di elemento costitutivo del reato fa sorgere l'esigenza di doverla inquadrare nell'ambito di una delle teorie classiche del reato. Non vi sono obiettive difficoltà nell'incasellare la soglia nel *topos* più idoneo che le teorie bipartita e tripartita offrono e, cioè, il fatto. Ma anche su tale nozione è necessario operare una precisazione. Naturalisticamente, la soglia è un *quid vacui*, un limite appartenente al mondo ideale, pur sempre qualificabile quale elemento normativo, poiché solo rifacendosi alla normativa settoriale di riferimento è possibile ricostruire il sostrato materiale della condotta. La soglia in sé non è un fatto, ma lo è il suo superamento, il suo discostarsi da quanto è dovuto, condotta realizzata, ad esempio, attraverso l'indicazione nella dichiarazione di un importo difforme da quello reale.

Tuttavia, anche se la soglia può sembrare restare intrappolata nell'angusto recinto del fatto, non deve essere pensata come isolata e non comunicante con gli altri elementi del reato. Per il vero, moderne rivalutazioni della nozione di 'fatto' hanno prospettato interrelazioni con l'antigiuridicità e la colpevolezza [42]. Il fatto sembra acquisire una nuova dimensione valutativa. Anche a partire dalla concezione belinghiana, il fatto, il *Tatbestand*, costituisce una categoria che comprende gli elementi specifici che descrivono una e una sola figura criminosa, appunto, non altre o nessun'altra. Così intesa, la soglia tributaria specifica un fatto di reato univoco che è quello che si origina al superamento della soglia medesima. La soglia altro non sarebbe (applicando questa ricostruzione) che un contrassegno obiettivo dello schema legale di un reato.

Sebbene all'originaria concezione del fatto in senso stretto sono state obiettate eccessive restrizioni, a cominciare dall'esclusione degli elementi normativi concorrenti alla definizione del fatto tipico, per giungere poi alla preclusione degli elementi soggettivi del fatto, una rimeditazione costituzionalmente orientata ha dischiuso interessanti orizzonti di congiunzione tra fatto e principio di colpevolezza, tra fatto e principio di offensività, tra fatto e principio di frammentarietà, nonché esaltato la concezione sostanziale dell'antigiuridicità penale. Incasellare un elemento nel fatto, significa esigerne la copertura del coefficiente psichico, permettendo così l'operatività dell'istituto dell'errore. Tali rivalutazioni si sono invero rivelate al contempo funzionali alla legittimazione di enunciati prescrittivi esprimenti precetti penali e hanno concorso a interpretare razionalmente le fattispecie illecite per la loro essenza lesiva. L'illecito penale è tipico in quanto dà rilevanza alle lesione in base alle modalità che hanno accompa-

---

2001, p. 131. Nello stesso senso B. Cartoni, *Natura giuridica della soglia di punibilità e sue conseguenze pratiche*, in banca dati *Fisconline Dottrina* (*www.leggiditaliaprofessionale.it*), per il quale, stante l'evidente difficoltà di provare l'intenzionale superamento della soglia (soprattutto nei casi di superamento minimo, o di mancato versamento di ritenute da parte di terzi o a seguito dell'adozione di un concetto ampio di "fittizietà") appare preferibile considerare la soglia quantitativa una condizione obiettiva di punibilità svincolando l'accusa dal gravoso onere probatorio.

[37] Invero, tali fatti, ai sensi del previgente articolo 13 del decreto legislativo n. 74/2000 integravano una circostanza attenuante che tuttavia, come ampiamente illustrato (cfr., *ante*, cap. 1, § 12), il decreto legislativo n. 158/2015 ha trasformato, limitatamente ad alcuni delitti, in causa di non punibilità.

[38] Cfr. A. Manna, *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 119.

[39] Cfr. F. Cerqua, *Sulla natura* ..., cit.

[40] Cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 1996, I, p. 274. Cfr. B. Cartoni, *Natura* ..., cit.

[41] Cfr. B. Cartoni, *Natura* ..., cit.

[42] Cfr. G. Fiandaca, *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. pen.*, V, Torino, Utet, 1991, p. 157 ss.

gnato il suo verificarsi [43]. E, ancora, i principi di tipicità e tassatività si traducono nell'esigenza di prendere in considerazione non mere causazioni di situazioni valutate come offensive, bensì "le intenzioni, gli scopi, i moventi, le modalità delle azioni" [44]. Si deve, in altri termini, mettere in rilievo come direttiva ermeneutica di conoscenza del fatto, che esso è (deve essere) "strutturato in funzione delle specifiche modalità con cui il fatto antigiuridico produce la lesione dell'interesse tutelato dalla norma" [45].

Si pensi al dolo di evasione che caratterizza i reati tributari. Il materiale superamento della soglia costituisce un fatto tipico di evasione ma solo in quanto esista l'intenzione di nascondere materia imponibile. Non deve essere confuso il dolo con la valutazione subiettiva del fatto materiale: si deve immaginare una reciproca compenetrazione delle influenze del dolo sul fatto e del fatto sul dolo.

Se lo scarto tra tipicità e offensività è molto raro nei reati a condotta vincolata, allora, nei reati tributari muniti di soglia, assunti quali illeciti di modalità di lesione, detto scarto è destinato a non verificarsi mai poiché della soglia può esser predicata l'opportunità della sua esistenza, o della sua misura, ma non la certezza e la precisione che imprime alla fattispecie; del "valore-limite si potrà dire che è inopportuno, che è irragionevole, mai che è di opinabile individuazione" [46]. Logica conseguenza di tale ragionamento è la difficoltà di poter sostenere che possano esistere fatti conformi al tipo ma non offensivi. In particolare, quando si è in presenza esclusivamente di soglie numeriche, il fatto tipico è sempre lesivo del bene giuridico se la soglia è soddisfatta. Da questa ricostruzione discende la pretesa di ritrovare nei dati descrittivi della norma gli elementi verso i quali deve tendere l'apprezzamento giudiziale del fatto. È allora chiaro che "una cosa è stabilire l'esistenza di un fatto tipico..., e altra è stabilire se il fatto con il quale è stata realizzata in concreto l'ipotesi criminosa prevista dalla norma è un fatto lesivo di un bene tutelato ..." [47].

In conclusione: per individuare un fatto penalmente rilevante il giudice deve esprimere un giudizio di valore, altrimenti, al di fuori di tale giudizio, non è possibile ravvisare l'antigiuridicità [48].

La soglia struttura *ab imis* l'offesa e non coinvolge alcun interesse esterno al fatto di reato, bensì vale a "pesare" esattamente una porzione dello stesso e costituisce un limite normativo, di ordine numerico, con cui il legislatore declina una componente suscettibile di incidere sulla rilevanza penale del fatto al pari delle altre componenti costitutive della fattispecie tipica [49].

In questa luce, diviene chiaro come la soglia di punibilità soddisfa il desiderio di conoscenza del livello quantitativo di sufficienza sotto il quale non si giustifica la pena, ovvero, sotto altro angolo di visuale, il reato non può esistere. Con ciò, la circolarità del ragionamento può che chiudersi in questi termini: laddove non vi sia soglia il fatto tipico è sempre offensivo. Il sillogismo schiude però almeno due importanti corollari: il primo, il ragionamento *a contrario* autorizza a sostenere che in presenza di soglia non oltrepassata il fatto non può considerarsi tipico; il secondo, se non vi è tipicità, il fatto (anzi, l'accadimento) resta compresso nell'irrilevante penalistico potendo ricevere, al più, la considerazione d'altro genere di sanzione.

Conclusivamente, fatto tipico e offensività costituiscono un binomio inscindibile in assenza di soglia o di superamento della medesima.

La tesi in oggetto, più moderna e preferibile, può contare su argomenti dimostrativi (estrinseci e sistematici) di ragionevole fondatezza:

a) la Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 74/2000 qualifica espressamente le soglie quali elementi del reato [50]. Va però detto che il predetto documento non esplicita i motivi sui quali si basa la qualificazione di elementi costitutivi, sicché la cogenza del criterio interpretativo legale appare indebolirsi in considerazione del fatto che si fonda su una petizione di principio: la soglia è un elemento del reato perché lo dice il legislatore e l'interpretazione fornita dal legislatore è vincolante. Tuttavia, il di-

[43] Così M. Gallo-P. Severino, *Antigiuridicità penale*, in *Enc. giur., II*, Roma, Treccani, 1988, p. 2 ss.

[44] Id., *ibidem*, p. 6.

[45] Id., *ivi.*

[46] Così D. Falcinelli, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 107.

[47] Così G. Bettiol-L. Pettoello Mantovani, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1986, p. 267.

[48] Id., *ivi*.

[49] V. D. Falcinelli, *Le soglie...*, cit., p. 68.

[50] V. in *www.finanzaefisco.it/Articoli/2000/depen/dlg74.pdf*; Caputo, *In limine...*, cit., p. 34, afferma che "l'opinione dominante può contare su un argomento molto forte, che riguarda la c.d. *voluntas legis*".

battito circa la natura delle soglie di punibilità non avrebbe avuto ragion d'essere se tale argomento fosse stato realmente dirimente.

A proposito dell'argomento retorico "psicologico"[51], filosofi del diritto che se ne sono occupati[52], dopo aver osservato che il fondamento del medesimo si rinviene storicamente nell'imperativismo della legge e, successivamente, nella teoria della separazione dei poteri, considerano: a) che l'impiego di tale argomento può essere screditato nella misura in cui prevalgano opinioni secondo cui alla formazione del diritto deve contribuire l'opera interpretativa degli operatori pratici; b) che l'efficacia dell'uso di tale argomento è tanto più significativa quanto più l'epoca dell'attività interpretativa è ravvicinata all'emanazione del documento normativo; c) che tale argomento si rivela inutile se dai lavori preparatori non emerge distintamente una volontà dell'autore; d) che la promozione dell'argomento psicologico contrasta con la possibilità (necessità) di scomporre e ricomporre gli enunciati normativi risultanti da interventi modificativi operati con la tecnica della novellazione.

Qualche contestualizzazione. *Sub* a), in effetti, la tesi dell'inquadramento teorico sotto il regime *ex* art. 44 c.p. sembra essere sponsorizzata da una certa giurisprudenza di legittimità, contrariamente a quanto afferma la dottrina, assestata su posizioni maggiormente garantistiche; *sub* b), è agevole osservare che il volto del primigenio diritto penale tributario scaturito dal d.lgs. n. 74/2000 è andato in parte smarrito, specie a seguito dell'altalenante andamento delle recenti riforme che, rivedendo le soglie prima al ribasso e poi al rialzo, hanno inciso profondamente non solo sull'assetto generale di politica criminale tributaria, ma anche sulla concezione e configurazione dello stesso reato tributario; *sub* c), non sfugge all'evidenza come dall'unico atto accessibile di provenienza governativa non emerge in maniera irrevocabile la volontà di inquadrare dogmaticamente la soglia, essendo piuttosto l'autentico intendimento del legislatore delegato quello di contenere l'area del penalmente rilevante e filtrare il carico dei procedimenti attraverso l'uso delle soglie[53]; *sub* d), sebbene le fattispecie criminose abbiano conservato inalterate le strutture enunciative originarie, la rimodulazione quantitativa delle soglie, in uno con l'implicito inasprimento sanzionatorio, ha, di fatto, impresso delle coordinate interpretative non più così equidistanti dalle concezioni dottrinarie in contesa.

La ricerca del corretto inquadramento dogmatico trova la propria ragion d'essere a partire dalla messa in discussione dell'autorevolezza dell'argomento psicologico e da una rivisitazione in chiave critica dei suoi assunti, che trova conferma nello specifico ambito del diritto penale tributario.

b) la predetta Relazione riferisce che il nuovo sistema è costruito "su un ristretto catalogo di fattispecie criminose, connotate da rilevante offensività" sicché le soglie di imposta evasa esprimono già a livello normativo la volontà del legislatore di selezionare il livello di offesa insito nel fatto tipico palesando la loro natura di soglie (espresse) di offensività[54];

c) è con le soglie che il bene finale della lesione agli interessi fiscali viene valorizzato e giustificato il ricorso ai quantitativi di pena comminati[55];

d) la tesi circa la natura di elemento del reato sarebbe la sola a rispettare compiutamente i canoni costituzionali in materia di colpevolezza[56];

e) è contraddittoria la ricostruzione alternativa che richiede, da un lato, la finalità di evasione nel contribuente e, dall'altro, pretende di imputargli oggettivamente il superamento della soglia che proprio la medesima evasione misura e al contempo costituisce[57];

---

[51] Così denominato da Tarello, *L'interpretazione* ..., cit., p. 364 ss.

[52] Così G. Tarello, *ivi*, il quale giunge alla conclusione che esso argomento non troverebbe più frequente applicazione, riscontrandone, piuttosto, un uso (antitetico rispetto alla sua funzione) volto a screditare la volontà del legislatore. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 152 ss., avverte che "latamente intesa, l'intenzione del legislatore è talvolta identificata piuttosto con il suo scopo, ossia con ciò che il legislatore intendeva (non dire, ma) fare mediante la legge".

[53] Avverte dei probabili fallimenti della ricerca dell'intenzione del legislatore, R. Guastini, *ibidem*, p. 188 ss., segnalando che in giurisprudenza sia diffusa l'idea che essa consista nella volontà oggettiva della legge piuttosto che nella soggettiva volontà dei legislatori e concludendo per l'irrilevanza dei lavori preparatori per decidere il significato dei testi normativi.

[54] Così P. Veneziani, *Le soglie di punibilità nei delitti tributari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, III, p. 2143.

[55] Id., *ibidem*, cit., p. 2144.

[56] Cfr. A. Mangione, *La dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*, in AA.VV., *Diritto penale tributario*, a cura di E. Musco, Milano, Giuffrè, 2002, p. 107.

[57] Così I. Caraccioli, *Violazioni e sanzioni in materia tributaria. II) Violazioni e sanzioni penali*, in *Enc. giur*, XXXVII, Roma, Treccani, 2000, p. 2.

f) è impossibile configurare come condizione obiettiva di punibilità la modalità che qualifica la condotta, sotto qualsiasi profilo [58].

Riportato l'argomento psicologico nei ranghi di una ragionevole rimeditazione, e manifestato che l'interprete necessita di ulteriori elementi di riscontro per corroborare la tesi del *"factum principis"*, deve darsi atto di come il *panel pro* elemento costitutivo si arricchisca in maggior misura di argomenti volti a confutare l'opposta teoria piuttosto che sfoggiare argomenti autonomi.

Si è già rilevato come, volendo seguire il modello gerarchico-funzionale scolpito dall'art. 12 delle "preleggi", *prima facie* l'argomento letterale non offre soddisfacenti conclusioni e che quello psicologico si riduca ad una *petitio principii.* Invero, sul terreno delimitato tra l'imperativo della ricerca della volontà del legislatore storico e la chimera della volontà oggettiva della legge, si situa una congerie di argomenti che costituiscono indici rivelatori di una logica o ideologia di conformazione del sistema in un dato momento storico.

Non va però dimenticato che a proposito della ricerca del significato dogmatico di un elemento della fattispecie, gioca un ruolo dirimente il senso della legge delega. Se alle soglie va certamente ascritta la funzione pratica di decongestionare l'attivazione di indagini penali, altra e più pregnante considerazione investe il modo di plasmare l'oggetto del reato desumibile dall'esplicitazione che le soglie servono a definire la significatività del reato, ossia a selezionare i fatti più gravi, quelli realmente meritevoli. Non può, in definitiva, essere tratto sicuro argomento *pro* o contro una tesi il senso suggerito (e non palesato) dal legislatore che sembra subordinare la punibilità solo all'avveramento di un fatto realisticamente offensivo [59].

Le soglie di punibilità nella giurisprudenza costituzionale

Preliminarmente, va detto che l'esame delle pronunce della Consulta non deve indurre a stabilire una sorta di gerarchia di autorevolezza tra supremi organi interpretanti, bensì offrire ulteriori chiavi di lettura che solo è possibile cogliere in un giudizio di costituzionalità, con i suoi stilemi e funzioni peculiari, come lo sono i principi e gli interessi coinvolti. Si rivela necessario non trascurare questo aspetto, anche alla luce della constatazione che raramente il giudizio sulle soglie di punibilità ne ha riguardato in via principale la natura.

Cioè a dire che l'oggetto del giudizio difficilmente potrà riguardare direttamente la morfologia della soglia, ma, più plausibilmente, la determinatezza della sua formulazione, la ragionevolezza della sua quantità, se non della sua previsione. In altre parole, la Corte potrà affermare che non è possibile intendere il limite, che il valore espresso dalla soglia è incongruo rispetto ad altre soglie, non già che la fattispecie è illegittima a causa dell'illegittima natura di un suo elemento. Più difficile è immaginare una censura al di fuori del contrasto diretto con principi come il diritto di difesa e di colpevolezza, quest'ultimo fino a quando permangono nell'ordinamento forme di responsabilità oggettiva.

Il fondamento dei giudizi sulle soglie è rappresentata dalla sentenza n. 247/1989 [60] nella quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla la fondatezza delle censure di insufficiente determinatezza mosse all'espressione "misura rilevante" che qualificava l'alterazione del risultato della dichiarazione nei casi di frode fiscale.

La Corte ha riconosciuto fin da subito che tale espressione era in grado di condizionare in concreto la punibilità, e ha affidato a consapevoli considerazioni il giudizio circa la natura delle soglie. La *ratio decidendi* che ha fatto concludere per la sufficiente determinatezza dell'espressione censurata si è incentrata sull'asserita e indimostrata natura di elemento estraneo al fatto tipico di reato propria della soglia. Il realizzarsi della frode integra, secondo il pensiero della Corte, già il disvalore interiorizzato dalla norma, servendo la soglia, soltanto, a selezionare tra i fatti (tutti meritevoli di pena) quelli (in base ad esigenze di politica criminale) effettivamente bisognosi d'esser puniti. Ogni frode realizzata con simulazione è già potenzialmente lesiva del bene tutelato e la "misura rilevante" delimita la concreta operatività dell'illecito già tipizzato. Commettere una frode lede di per sé il bene della trasparenza o della

[58] Cfr. F. Bricola, *Punibilità (Condizioni obiettive di)*, in *Ns. dig. it.*, XIV, Torino, Giappichelli, 1967, p. 593.

[59] Denuncia l'ambiguità delle espressioni della legge delega in punto di imposta evasa, fine di evadere e qualificazione delle soglie, Pistorelli, *Reati tributari*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 2010, p. 10.

[60] C. cost, 15 maggio 1989, n. 247, in *www.cortecostituzionale.it.*

corretta funzione di accertamento fiscale, senza che sia necessaria la verificazione di un evento ulteriore. Ciò ha consentito alla Corte di mettere a punto un sillogismo: premesso che la soglia non partecipa alla descrizione del disvalore e che, pertanto, è una condizione di punibilità, allora, non è richiesto di appuntare una qualificazione di determinatezza in capo ad una mera condizione. A detta della Corte, infatti, non risulta che per il rispetto del principio di determinatezza tutte le modalità quantitative dell'evento debbano essere legislativamente determinate allo stesso modo degli elementi costitutivi.

Oggi, meglio riconsiderata una questione risalente a più di un ventennio addietro, la Corte ha voluto escludere il *quantum* dell'evasione dal cuore del reato. In un clima di lotta dichiarata all'evasione, di impensabile collaborazione del contribuente, di un apparato sanzionatorio costruito sul sospetto della frode sfaccettata in numerose fattispecie, la correttezza della condotta fiscale del contribuente è, all'evidenza, presidiata da pene tese a prevenire anche solo il pericolo di infrazione, a tutela di una funzione più che di un bene, sicché la quantità dell'evento dedotto in condizione non può assumere una funzione realmente discriminante in ordine alla conformazione del contenuto offensivo del tipo.

Pur tuttavia, i *dicta* della Corte continuano ad esercitare una certa persuasione e costituire un insegnamento per quanti sostengono essere le soglie condizioni obiettive di punibilità, sebbene non manchino coloro che esprimono perplessità a fronte di tale tesi, proprio a partire dall'impianto motivazionale della sentenza [61].

A distanza di due anni da quel fondamentale arresto, il giudice delle leggi è intervenuto nuovamente sulle soglie dei reati tributari [62]. Nel caso sottoposto, il giudice *a quo* aveva lamentato la disparità di trattamento riservato all'omessa regolarizzazione di i.v.a. su acquisti senza fattura in regime forfetario, per non avere la norma previsto una soglia minima di punibilità rispetto all'analoga condotta perpetrata in regime ordinario. La Corte ha ricostruito le ragioni che presiedono al diverso trattamento di casi dissimili negandone la disparità, concludendo che la mancanza di una soglia minima di punibilità impegna il giudice nel dare corretta applicazione del principio di offensività. Un tale assunto, sulla scia di analogo argomentare, è stato successivamente ripreso quando, a proposito di casi di lievissima evasione contributiva (di poco superiore alla soglia di punibilità), la Corte ha affermato [63] come l'antidoto a situazioni limite (di superamento esiguo della soglia) sia l'applicazione del principio di necessaria lesività che il giudice ha l'obbligo di realizzare.

In altra sentenza [64], in tema di illegittimità dell'esclusione del tentativo in alcuni dei reati tributari, la Corte ha chiarito quale sia il nuovo oggetto giuridico della tutela. Se è vero che la riforma del duemila abbandona i reati di pericolo per focalizzare la risposta punitiva sulla dichiarazione, viene reiterata la formula stereotipa e ambigua degli "interessi dell'erario". Solo accedendo senza riserve alla tesi della natura costitutiva (del *quantum debeatur)* della dichiarazione [65] è possibile attribuire a siffatta affermazione una valenza maggiore di quella che si suole attribuire ad un *obiter.*

Infine, non può trascurarsi di far cenno, per i riflessi sulla materia, alla sentenza n. 161/2004 [66] nel giudizio di legittimità costituzionale del previgente articolo 2621, commi 3 e 4, c.c., censurato per contrasto, tra gli altri, con i parametri costituzionali dell': a) art. 3, che esprime il principio di ragionevolezza, nella parte in cui le soglie di non punibilità lasciano esenti da pena fatti idonei a pregiudicare gravemente la capacità informativa; b) art. 25, dal quale si ricava il principio di necessaria determinatezza

[61] Così G. Insolera-M. Zanotti, *L'intervento interpretativo della Corte Costituzionale sulle ipotesi di frode fiscale ex art. 4., n. 7, della 1. 516 del 1982*, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1695, i quali ritengono: a) la funzione di selettività delle condizioni obiettive può operare solo con un certo grado di determinatezza della fattispecie, il che non si verifica; b) in ambito condizionale la nozione di "verificarsi" dell'evento allude ad un accadimento causalmente svincolato dal fatto, mentre l'alterazione è certamente derivazione oggettiva della condotta; c) sarebbe indimostrato quanto a struttura l'accostamento alla condizione che postula un evento (argomento *ex* art. 44 c.p.) mentre la fattispecie scrutinata non sembrerebbe richiederlo.

[62] Cfr. C. cost., 18 marzo 1991, n. 144, in *www.cortecostituzionale.it*

[63] Cfr. C. cost., 21 maggio 2014, n. 139, in *www.cortecostituzionale.it.*

[64] Cfr. C. cost., 27 febbraio 2002, n. 49, in *www.cortecostituzionale.it.*

[65] La teoria predica che l'obbligazione tributaria sorge con la presentazione della dichiarazione (ovvero con un atto di imposizione), sulla quale, cfr. P. Russo, *Manuale ...*, cit., p. 104. G.A. Micheli-G. Tremonti, voce *Obbligazioni (dir. trib.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, p. 429 ss., dando conto delle ragioni storiche e pratiche della capacità di produrre effetti propria dell'atto, propongono una teoria che considera necessari e sufficienti presupposto e accertamento quali fattispecie di distinti effetti legali.

[66] C. cost., 26 maggio 2004, n. 161, in *www.cortecostituzionale.it.*

dell'illecito penale, nella parte in cui subordina la sussistenza del reato di false comunicazioni sociali ad una alterazione "sensibile" della rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società; c) art. 76, il quale scolpisce il principio della riserva di legge, nella parte in cui prevede soglie percentuali pur in mancanza di un'espressa direttiva della legge delega.

Pur vertendosi in tema di reati societari le cui soglie si differenziano significativamente per struttura e funzioni da quelle tributarie, sono di indubbio interesse alcuni *obiter dicta:* affrontando la questione (nel giudizio, dirimente) se le soglie rientrino nella categoria delle "norme penali di favore" suscettive di caducazione con effetto espansivo della responsabilità penale, la Corte afferma che le soglie medesime, a prescindere dall'opinione largamente maggioritaria per la quale integrano requisiti essenziali di tipicità del fatto, come pure dalla tesi minoritaria che assegna ad esse il ruolo di condizioni obiettive di punibilità, sono elementi che "delimitano l'area di intervento della sanzione prevista dalla norma incriminatrice", tali, quindi, da sottrarre il richiesto intervento manipolativo alle sue prerogative.

Ponendo a confronto le *rationes decidendi* delle cennate pronunce si osserva come la Corte tocchi solo apparentemente il vivo della "questione soglia": laddove oggetto di scrutinio sia la locuzione normativa con la quale si manifesta, al giudice delle leggi interessa solo l'aspetto pratico, così se l'eliminazione della soglia trasforma la norma penale in un diverso precetto (in questo caso in *malam partem)* da quello disegnato dal legislatore, l'operazione (sia essa sollecitata per eccesso di delega o per difetto di determinatezza) è preclusa. Quando invece si assume violata la disparità di trattamento causata dalla mancanza della soglia, non potendo parimenti creare alcuna norma penale, la Corte indica di dirimere la questione dosando il principio di offensività, quasi fosse un surrogato della soglia. Vi è un po' di vero, dunque, nel dire che la soglia, da elemento indifferente, almeno nell'economia del giudizio di costituzionalità, è elemento essenziale che conforma quel reato prefigurato dal legislatore e non un altro reato che le censure sollevate vorrebbero plasmare.

Le soglie tributarie nella giurisprudenza di legittimità

La ricerca di indizi utili alla determinazione della natura della soglia tributaria deve essere opportunamente completata da un esame della giurisprudenza della Cassazione, nel tentativo di cogliere, ammesso che vi sia, un orientamento che possa dirsi quantomeno coerente, se non prevalente.

A fronte di pronunce di segno altalenante non è ovviamente corretto decretare l'imporsi di un orientamento in base alla frequenza delle decisioni che verso di esso convergono, ma solo intravedere quali siano i fattori (giuridici o extragiuridici) che possono aver determinato un certo tipo di decisione, salvo convenire che anche la Suprema Corte può farsi artefice di una "giurisprudenza degli interessi" e latrice di messaggi di intolleranza dell'evasione fiscale, specie in tempi di crisi come quelli che imperversano ultimamente [67].

Una delle ultime pronunce pubblicate [68] afferma (motivando con la citazione di un precedente [69]) che il superamento delle due soglie previste dalla fattispecie di dichiarazione infedele è condizione obiettiva di punibilità.

In altra pronuncia [70] dopo aver chiarito la natura del reato di omesso versamento dell'i.v.a., la Cassazione statuisce che l'evento deve identificarsi nel danno erariale prodotto a seguito del mancato versamento dell'imposta dovuta in base alla dichiarazione. La componente commissiva della condotta è riconducibile alla presentazione della dichiarazione (altrimenti restando la condotta assorbita dalla fatti-

[67] Sintomatiche del segno dei tempi sono quelle pronunce che hanno scrutinato l'efficacia scriminante della crisi economica sugli obblighi di assistenza familiare, di versamento di ritenute previdenziali e assistenziali, di ritenute d'imposta e dell'imposta sul valore aggiunto. In quest'ultimo ambito, la sentenza della Corte di Cassazione, sez. III, del 28 febbraio 2013, n. 9578, è stata presentata dalla pubblicistica tributaria come una svolta in senso rigoristico giacché, confermando la legittimità di un decreto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, ha sostenuto che la sospensione del titolo esecutivo del credito erariale e le pretese difficoltà finanziarie del prevenuto non sono idonei ad escluderne i presupposti. Su queste premesse, il perseguimento dell'interesse alla tutela degli ... "interessi fiscali" è certamente favorito dalle semplificazioni probatorie conseguenti all'accezione delle soglie di punibilità in termini di condizioni obiettive di punibilità.

[68] Cass., sez. III, 27 marzo 2014, n. 36703.

[69] II riferimento è a Cass., sez. III, 26 maggio 2011, n. 25213, in *CED Cass.*, n. 250656.

[70] Cass., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 12248, in CED CASS., n. 259808.

specie di omessa presentazione della dichiarazione). La motivazione richiama l'arresto delle Sezioni Unite [71] che aveva inteso il superamento della soglia di punibilità quale elemento costitutivo del reato [72]. In quella occasione, chiamato a risolvere il contrasto insorto in merito all'applicabilità di una norma penale (l'articolo 10-*bis* in tema di omesso versamento di ritenute certificate dovute in base alla dichiarazione annuale) la cui condotta si sovrappone a quella integrante singoli illeciti amministrativi (cioè i mancati versamenti mensili delle ritenute effettuate da parte del sostituto d'imposta), il Giudice di legittimità ha affermato che il concorso di norme è apparente e di conseguenza non può ovviarsi all'applicazione congiunta delle due specie di sanzioni. Per motivare l'ontologica diversità dei due illeciti configurabili (ed affermare il rapporto di progressione criminosa negando l'applicabilità del principio di specialità), fa assurgere ad elemento strutturale essenziale anche la soglia di punibilità (assente nell'illecito amministrativo) [73]. A detta della Corte, tali "elementi essenziali recano decisivi segmenti comportamentali ... che si collocano temporalmente in un momento successivo al compimento dell'illecito amministrativo". Circa l'elemento soggettivo del reato in esame, la Corte, pur affermando senza motivazioni ulteriori rispetto al richiamo del dato testuale che indica solo un dolo generico, ha statuito che la soglia è elemento costitutivo del fatto in quanto ne contribuisce a definire il disvalore. La coscienza e volontà deve investire anche la soglia di punibilità.

Ciò che è interessante notare è come la Cassazione, di volta in volta, utilizzi solo pochi elementi, ponendoli per lo più in modo apodittico, e da questi tragga le conclusioni svolgendo logicamente le funzioni dei medesimi nell'economia di sussistenza del reato.

Spesso il dolo riveste un ruolo suppletivo, sicché tutto ciò che si vuole farvi ricadere acquista una qualificazione strutturale essenziale. Ma la Corte innesta nel ragionamento una considerazione che lascia tanto il sapore di un *dolus in re ipsa*, laddove desume, seppur genericamente, l'esistenza dell'elemento soggettivo proprio dalla presentazione della dichiarazione. Come dire che se il contribuente si determina a presentare la dichiarazione manifesta il suo intento cosciente e volontario di arrecare quel danno di evasione in quanto avrebbe potuto, prima di tale adempimento, contenere l'evasione sotto soglia.

Poco prima della pronuncia delle Sezioni Unite, un'ulteriore sentenza si era occupata in via principale, come raramente accaduto, della dibattuta natura della soglia di punibilità [74]. Anche questa volta il *punctum dolens* della questione attiene al momento soggettivo. A fronte della censurata sentenza di merito che imputa al contribuente la responsabilità oggettiva del superamento della soglia, il medesimo eccepisce la mancanza di dolo specifico in tale frangente della propria condotta sostenendo che l'istruttoria avrebbe dovuto accertare non solo l'intenzione di liquidare un'imposta inferiore a quella dovuta ma, allo stesso tempo, inferiore di oltre la misura indicata dalla legge.

L'impianto motivazionale tende ad accreditare il carattere maggioritario della giurisprudenza della Corte che, tranne isolate eccezioni, ha ritenuto che le soglie fossero elementi costitutivi del reato e non già condizioni obiettive di punibilità. Quasi a corroborare l'autorevolezza dei propri precedenti, la Corte aggiunge due argomenti che, seppur noti, avrebbero dovuto meritare nell'economia della motivazione ben altro rilievo. Si tratta del riferimento alla volontà della legge di considerare le soglie elementi del fatto, come si desume dalla Relazione governativa, e del timido e superficiale accenno al *favor rei.*

In ordine a quest'ultimo argomento, va fatta qualche considerazione. È vero che, in ultima analisi, richiedendo la prova del dolo specifico anche in ordine all'elemento soglia, l'imputato è maggiormente garantito, ma così statuendo sembra che, nell'incertezza su quali debbano essere gli elementi dirimenti,

[71] Cass., sez. un., 28 marzo 2013, n. 37424, in *CED CASS.*, n. 255758.

[72] Nel medesimo senso, secondo C. Santoriello, *Applicazione retroattiva delle nuove soglie di punibilità per il reato di dichiarazione infedele*, in *il fisco*, 2016, 8, 765, si sarebbe espressa la Corte (il riferimento è a Cass., sez. III, 11 novembre 2015, n. 891, in banca dati *Cassazione penale* (*www.leggiditaliaprofessionale.it*)) che, recentemente, ha ritenuto applicabile alle condotte criminose assunte prima della modifica normativa del 2015 la nuova formulazione dell'articolo 4 del d.lgs. n. 74/2000 che, prevedendo soglie più elevate rispetto a quelle vigenti in passato, si atteggia a norma penale più favorevole ai sensi dell'articolo 2 c.p.

[73] B. Cartoni, *Natura giuridica della soglia di punibilità e sue conseguenze pratiche*, in banca dati *Fisconline Dottrina* (*www.leggidi taliaprofessionalea*), fa appunto notare che adottando la concezione della soglia quale condizione obiettiva di punibilità, il principio di specialità entra in crisi quando pretende di individuare nella soglia medesima l'elemento specializzante tra due norme sanzionatorie concorrenti. Infatti, essa diverrebbe un elemento di natura estrinseca rispetto al fatto-reato, e dunque inutilizzabile per dirimere il conflitto.

[74] Cass., sez. III, 16 maggio 2013, n. 42868.

l'appiglio al *favor rei* sia un *escamotage* per liquidare sbrigativamente la natura di un elemento della fattispecie e deprimere non correttamente la portata, ancor oggi indenne dalle censure di incostituzionalità, del regime previsto dall'articolo 44 c.p. Se poi la Corte abbia voluto intendere il *favor rei* come riflesso pratico della dovuta applicazione del principio di colpevolezza è sospetto tutt'altro che peregrino, ma una riflessione più approfondita sarebbe stata un'occasione profittevole, posto che l'unica questione devoluta al giudice di legittimità riguardava la qualificazione delle soglie e quindi l'individuazione del relativo regime giuridico.

Anche da ultimo, sembra che la Suprema Corte, pur non pronunciandosi esplicitamente sulla natura delle soglie di punibilità, continua ad aderire alla ricostruzione che considera le medesime quali elemento costitutivo del reato[75]. Ed infatti, in occasione di alcune recenti sentenze[76], la Corte non ha escluso (meglio: ha espressamente ammesso[77]) che il giudizio di particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis*[78] c.p. è compatibile con le fattispecie che, come quelle del d.lgs. n. 74/2000, sono caratterizzate dalla previsione delle soglie di punibilità, ricostruzione che presuppone tale concezione sistematica delle stesse.

Nell'ambito dei precedenti che sostengono la tesi della soglia quale elemento del reato (*rectius*: del fatto), le argomentazioni sopra illustrate rappresentano una costante. Solo v'è da segnalare che all'indomani dell'emanazione del testo di riforma, la questione circa la natura delle soglie ha continuato ad essere oggetto del giudizio della Suprema Corte, sì che le Sezioni Unite sul finire del 2000[79] hanno sentenziato, a proposito di una frequente questione circa la sussistenza di una continuità normativa tra la vecchia e la nuova formulazione di fattispecie omologhe, che esse "sono diversamente caratterizzate e dette diversità attengono ad elementi costitutivi tipici che disegnano l'identità del 'fatto'" quali, per la nuova fattispecie, il "dolo specifico preordinato alla realizzazione dell'evento, costituito dall'evasione d'imposta in misura non inferiore a lire 150 milioni". Qualificando espressamente il superamento della soglia quale evento del reato, la Corte ha apertamente dichiarato l'inclusione della soglia nel novero degli elementi costitutivi del reato.

Soglie e processo

La preferita opzione delle soglie quali elemento costitutivo del reato rende necessario l'approfondimento sulle conseguenze processuali della scelta. E infatti, i tentativi di inquadramento sistematico rischiano di rimanere un puro esercizio di *art pour l'art* se non calati nell'agone processuale. L'esperienza insegna che le più mirabili suddivisioni – che tanto aiutano la memoria e la chiarezza mentale dei concetti – si dissolvono, spesso, nella disarmante genericità di un capo di imputazione che il pubblico ministero formula in maniera volutamente imprecisa per riservarsi la libertà di sostenere una regiudicanda da plasmare in funzione della più efficace utilizzazione del materiale probatorio a disposizione.

Nel caso delle soglie di punibilità, è probabile che la pubblica accusa tenda a far discendere il *dolus in re ipsa* dalla dimostrazione del mero superamento del valore numerico di soglia, secondo un ragionamento di questo tipo: se il legislatore ha fissato i valori soglia di imposta evasa affinché segnassero il discrimine tra l'amministrativamente illecito e il penalmente rilevante, una volta escluso che la condotta rivelatrice di un ammanco erariale non sia ascrivibile ad una causa diversa dall'evasione di imposta (limitatamente alle fattispecie non costruite su illeciti omissivi propri) sarà agevole poter dimostrare che proprio quell'importo di sensibile quantità che segna l'ingresso nel mondo penale vale per ciò stesso a rappresentare lo scopo della condotta, ossia non versare quanto effettivamente dovuto.

L'accertamento del valore limite, a prescindere dalla natura che se ne voglia cogliere, si pone come imprescindibile oggetto di prova. Laddove venga in rilievo la necessità di acquisire valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche (per dirla con l'articolo 220 c.p.p.) il mezzo di prova di elezione sarà certamente la perizia. È questa un'evenienza non infrequente in tema di accertamento dei reati

[75] Sul punto, Putinati, *Le più recanti decisioni ...*, cit., p. 1532 ss.

[76] Tra tutte, Cass., sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, in *CED Cass.*, n. 263308.

[77] Cass., sez. III, 20 novembre 2015, n. 13218 in *CED Cass.*, n. 266570.

[78] Articolo inerito dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n.28/ 2015, recante "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67".

[79] Cass., sez. un., 13 dicembre 2000, n. 35.

tributari che implica una riliquidazione delle imposte dovute secondo la corretta applicazione delle norme che disciplinano la determinazione del reddito o del volume d'affari. Se, normalmente, il giudice riterrà provata la soglia di punibilità sulla base di elementi documentali (ad esempio, l'esistenza di fatture non annotate in contabilità) nei casi in cui si tratta di semplici violazioni, nei confronti di grandi imprese che pongono in essere operazioni complesse che implicano valutazioni o qualificazioni giuridiche di componenti reddituali disporrà, anche d'ufficio, una perizia.

Il valore probatorio della medesima è manifestazione dell'autonomia del giudice penale nel determinare l'imposta evasa, giusta la nozione prefigurata dal legislatore per rifuggire da una surrettizia riproposizione della pregiudiziale tributaria.

Per restituire il corretto ruolo della perizia in questo processo di ricostruzione da parte del giudice penale dell'ammontare dell'imposta evasa (e quindi del valore di soglia) è opportuno riflettere, seppur brevemente, sulla natura della perizia nell'ambito del processo decisionale del giudice. La definizione più soddisfacente della perizia è quella di "*dichiarazione utile per la valutazione di un elemento di prova*" resa al giudice. La perizia avrebbe quindi la natura di "*mezzo offerto al giudice per ulteriori acquisizioni probatorie ovvero quella di mezzo di valutazione di un dato obiettivo già noto ma non apprezzabile nella sua completa dimensione processuale probatoria*" [80].

La soglia di punibilità si trasforma in sede processuale in un ammontare di imposta evasa che deve essere verificato. Era al fine necessario fornire al giudice penale le indicazioni per commisurare detto ammontare dal momento che si è voluta abbandonare la pregiudiziale tributaria. Anche qui, però, la definizione dell'articolo 1, d.lgs. n. 74/2000 si rivela poco esplicativa giacché fornisce una nozione minimale di imposta evasa quale differenza tra l'imposta dovuta e quella *dichiarata. Il vulnus*, come è intuibile, sta nelle modalità di determinazione dell'imposta dovuta, così che il gettito occultato dipenderà in larga parte da quanto l'Autorità amministrativa prima, e il giudice poi, riuscirà ad imputare alla responsabilità della persona fisica, ciascun organo secondo il proprio regime procedimentale-processuale. Non vi è una nozione ideale di imposta dovuta, essendo la medesima dipendente dalla completa e veritiera disponibilità di dati e notizie che consentano di determinarne puntualmente il carico fiscale, ma tale patrimonio informativo è proprio quello che il contribuente tenderà a nascondere.

In tema di modalità di determinazione dell'imposta evasa, la recentissima produzione giurisprudenziale è attestata su elaborazioni di principi tesi ad affermare come sia "... pacifico che in tema di reati tributari, in sede penale non possono applicarsi le presunzioni legali o i criteri validi in sede tributaria, essendo onere della pubblica accusa fornire la prova della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del reato. È massima ricorrente [81] quella per cui ai fini del superamento della soglia di punibilità di cui al d.lgs. n. 74 del 2000, spetta esclusivamente al giudice penale il compito di procedere all'accertamento e alla determinazione dell'ammontare dell'imposta evasa, attraverso una verifica che può venire a sovrapporsi ed anche ad entrare in contraddizione con quella eventualmente effettuata dinanzi al giudice tributario".

Con riguardo all'accertamento induttivo compiuto dagli Uffici finanziari, esso, al più, può rappresentare un valido elemento di indagine a condizione che il giudice "non si limiti a constatarne l'esistenza e non faccia apodittico richiamo agli elementi in essi evidenziati, ma proceda a specifica autonoma valutazione degli elementi nello stesso descritti comparandoli con quelli eventualmente acquisiti *aliunde*" [82].

In definitiva, non un acritico recepimento degli atti della finanza [83], bensì una ricostruzione (anche ripercorrendo la logicità dei primi) della materia imponibile evasa (e, di conseguenza, della relativa imposta) con i mezzi probatori offerti dal codice di rito.

Una panoramica dei momenti di interferenza processuale non può, infine, ignorare una chiosa sulle formule assolutorie più appropriate in caso di mancato raggiungimento del valore di soglia. Semplicemente, una volta affermata la natura di elemento costitutivo del reato, segnatamente di elemento normativo che si traduce in un fatto e lo consustanzia nella sua dimensione tipica ed offensiva, la formula

[80] Così Corso, *Periti e Perizia*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1983, p. 93.

[81] Cfr., *ex multis*, Cass., sez. III, 2 dicembre 2011, n. 5640, in *CED Cass.*, n. 251892.

[82] Cfr. Cass., sez. III, 15 luglio 2014, n. 37335, in *CED Cass.*, n. 260188.

[83] Uso 'finanza' nell'accezione usata da P. Russo, *Manuale* ..., cit., *passim*, di atti emanati dagli organi dell'Amministrazione finanziaria investiti del potere di innovare la sfera del contribuente.

più idonea è "perché il fatto non sussiste". Comprova suddette osservazioni il Tribunale di Udine [84] che, esprimendosi su fatti che a seguito dell'innalzamento della soglia di punibilità dell'articolo 10-*bis* esulavano dall'ambito del penalmente rilevante, ha ritenuto corretta (per i processi che, alla data dell'entrata in vigore della riforma del 2015, risultavano ancora in corso) la più favorevole formula assolutoria "il fatto non sussiste".

Fuorviante sarebbe, dunque, ventilare la possibilità di invocare l'applicazione dell'articolo 129 c.p.p. laddove prescrive al giudice di dichiarare immediatamente l'esistenza di una causa di non punibilità. Si è, infatti, appurato che la soglia non è una condizione obiettiva cui poter riservare un mero accertamento in ordine alla sua sussistenza. Con meritoria diligenza e accuratezza ricostruttiva dei precedenti giurisprudenziali di legittimità, il Tribunale di Avezzano [85], a proposito della successivamente attuata depenalizzazione delle evasioni contributive non superiori ad euro diecimila, prende posizione in sentenza, con ampia motivazione, sul tipo di formula da adottare. Partendo dalla constatazione che nel caso deciso, come in altri similari, non può essere revocato in dubbio che un fatto esista e che sia teoricamente conforme al tipo, il giudice abruzzese esclude l'idoneità delle formule assolutorie "perché il fatto non sussiste", "perché l'imputato non lo ha commesso" e "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato" poiché la prima postula la verificazione di un fatto, la seconda l'estraneità da esso dell'imputato, la terza la previsione come reato. Deve ritenersi più adeguata, prosegue in motivazione, la formula "perché il fatto non costituisce reato" che, in genere, si adotta quando non sussiste la riferibilità psicologica del fatto all'agente ovvero quando sussiste una causa di giustificazione. In questo caso, difettando l'offensività, secondo il Tribunale è da escludersi la configurabilità di una qualche forma di colpevolezza ("l'inoffensività sterilizza il fatto sotto il profilo della colpevolezza").

Tuttavia, in altra e più recente sentenza [86], la Cassazione puntualizza più correttamente (almeno dal punto di vista della conformità alla tesi della natura della soglia come elemento del reato) che gli omessi versamenti di i.v.a. che non superino una certa soglia devono dar luogo a una sentenza per insussistenza del fatto e non "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato".

[84] Trib. Udine, Giud. Pecile, 1 febbraio 2016.

[85] Trib. Avezzano, Giud. Venturini, 24 settembre 2014, n. 712.

[86] Cass., sez. III, sent. 15 gennaio 2015, n. 1704.

Indici | *Index*

AUTORI | *AUTHORS*

Teresa Alesci
Astensione collettiva e procedimento con detenuti. La decisione della Consulta e le ricedute processuali / *Lawyers strike, prisoners and criminal proceeding. The decision and the processual impact* 91

Marco Bastianello
Corti europee / *European Courts* 29

Orietta Bruno
De jure condendo 23

Agata Ciavola
La testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto delle conversazioni intercettate: quando la prassi dimentica il valore del principio di legalità della prova / *Police officers as witnesses about conversations obtained by wiretapping: when practice forgets the value of the principle of legality of evidence* 222

Maria Francesca Cortesi
Sequestro del corpo del reato e onere motivazionale: dopo un tormentato dibattito interpretativo raggiunto "forse" un punto fermo / *Seizure for evidentiary purposes and motivational burden: after a tormented interpretative debate, "perhaps" a firm point has been set up* 150

Paola Corvi
Decisioni in contrasto 43

Donatella Curtotti
Corte costituzionale 37

Francesca Delvecchio
I recenti orientamenti in tema di revisione delle sentenze di proscioglimento con condanna al risarcimento / *The recent case law on the revision of the judgments on damages* 202

Ada Famiglietti
Novità legislative interne / *National Legislative News* 13

Rosanna Gambini
L'autodifesa esclusiva nel processo penale statunitense / *Self Representation in Criminal Trials* 214

Paola Garofalo
Sezioni Unite 40

Marco Lo Giudice
Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia. A) I profili sostanziali / *Prescription, confiscation and trial in the G.I.E.M. and others c. Italy. A) Substantial aspects* 122

Carlo Longari
La controversa natura delle soglie di punibilità / *The controversial juridical nature of the limits of penal liability* 249

Leonardo Nullo
Nuove contestazioni e messa alla prova: non ancora completo il quadro dei rapporti tra modifiche dell'imputazione e accesso ai riti alternativi / *New indictment and probation: not yet complete the framework of relationships between changes' indictment and access to alternative proceedings* 53

Giorgia Padua
La captazione dei colloqui difensivi: novità legislative e ruolo della polizia giudiziaria / *Interception of lawyer-client dialogues: legislative changes and role of the judicial police* 179

Antonino Pulvirenti
Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia. B) I profili processuali / *Prescription, confiscation and trial in the G.I.E.M. and others c. Italy. B) Procedural aspects* 130

Matteo Rampioni
Le cd. indagini "anfibie": linee di fondo sul controverso legame tra attività ispettive e processo penale / *Amphibious investigations: considerations on the controversial relationship between administrative inspections and criminal trial* 232

Nicola Russo
La legge sui testimoni di giustizia: non più figli di un Dio minore / *The law on the witnesses of justice n. 6 of 2018: no more children of a minor God* 189

Maria Chiara Saporito
Automatismi penitenziari e tutela del minore: la Consulta detta i criteri di bilanciamento / *Penitentiary presumptions and protection of the child's interest: the Constitutional Court sets the balancing criteria* 67

Adolfo Scalfati
Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro gli enti / *To punish or to reintegrate? Minimum perspectives about punishment versus legal entity* 7

Paolo Troisi
Passenger Name Records, *privacy* e accertamento penale / *Passenger Name Records, privacy and criminal proceedings* 159

Valentina Vasta
Novità sovranazionali / *Supranational News* 18

PROVVEDIMENTI | *MEASURES*

Corte costituzionale
C. cost., sent. 21 marzo 2018, n. 141 46
C. cost., sent. 4 luglio 2018, n. 174 61
C. cost., sent. 27 luglio 2018, n. 180 78
C. cost., sent. 26 settembre 2018, n. 208 38
C. cost., sent. 25 ottobre 2018, n. 211 37

Corte di cassazione – Sezioni Unite penali
sentenza 27 luglio 2018, n. 36072 140
sentenza 11 ottobre 2018, n. 46201 40
sentenza 13 novembre 2018, n. 51407 40
sentenza 14 novembre 2018, n. 51515 42

Decisioni in contrasto
Sezione I, sentenza 25 ottobre 2018, n. 48862 43

Corte europea dei diritti dell'uomo
Corte e.d.u., Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. s.r.l. c. Italia* 99
Corte e.d.u., 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia* 29
Corte e.d.u., 25 ottobre 2018, *Provenzano c. Italia* 31
Corte e.d.u., 8 novembre 2018, *Serazin c. Croazia* 34

Corte di giustizia dell'Unione europea
C. giust. UE, Prima Sezione, 19 settembre 2018, causa C-310/18 PPU 35

Atti sovranazionali
Trattato di estradizione tra Italia ed Emirati Arabi Uniti, concluso ad Abu Dhabi il 16 settembre 2015 18
Trattato di assistenza giudiziaria in materia penale tra Italia ed Emirati Arabi Uniti, concluso ad Abu Dhabi il 16 settembre 2015 21

Norme interne
Decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121 «*Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103*» 16
Decreto legge 2 ottobre 2018, n. 123 «*Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103*» 14
Decreto legge 2 ottobre 2018, n. 124 «*Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103*» 16
Legge 1 dicembre 2018, n. 132 «*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate*» 13

De jure condendo
Disegno di legge C. 816 «*Modifiche al codice di procedura civile, al codice di procedura penale e alle disposizioni per la loro attuazione, relative ai consulenti tecnici e ai periti iscritti negli albi presso i tribunali, nonché istituzione delle associazioni degli iscritti negli albi del tribunale*» 23
Disegno di legge C. 834 «*Modifiche al codice penale concernenti l'abolizione della pena dell'ergastolo*» 25
Disegno di legge S. 802 «*Delega al Governo per la riforma del codice di procedura penale*» 26

MATERIE | *TOPICS*

Attività ispettive

◊ Le cd. indagini "anfibie": linee di fondo sul controverso legame tra attività ispettive e processo penale / *Amphibious investigations: considerations on the controversial relationship between administrative inspections and criminal trial*, di Matteo Rampioni 232

Confisca

◊ La Grande Camera ritorna sulla confisca urbanistica fissandone i margini di compatibilità con il principio di legalità penale e la presunzione di innocenza (*Corte e.d.u., Grande Camera, 28 giungo 2018, G.I.E.M. s.r.l. c. Italia*), con nota di Antonino Pulvirenti e Marco Lo Giudice 99

Consulenza tecnica

◊ Istituzione degli albi dei consulenti tecnici e dei periti presso il tribunale ordinario (D.d.l. C. 816 «*Modifiche al codice di procedura civile, al codice di procedura penale e alle disposizioni per la loro attuazione, relative ai consulenti tecnici e ai periti iscritti negli albi presso i tribunali, nonché istituzione delle associazioni degli iscritti negli albi del tribunale*») 23

Cooperazione giudiziaria internazionale

◊ Gli accordi di estradizione e di assistenza giudiziaria tra l'Italia e gli Emirati Arabi Uniti (*Trattato di estradizione e Trattato di assistenza giudiziaria in materia penale tra Italia ed Emirati Arabi Uniti, conclusi entrambi ad Abu Dhabi il 16 settembre 2015*) 18

Difesa e difensori

◊ Le modalità di nomina del sostituto del difensore (*Cass., sez. I, 25 ottobre 2018, n. 48862*) 43

◊ La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità della disciplina che subordina l'astensione del difensore alla volontà dell'imputato detenuto (*C. cost., sent. 27 luglio 2018, n. 180*), con nota di Teresa Alesci 78

◊ L'autodifesa esclusiva nel processo penale statunitense / *Self Representation in Criminal Trials*, di Rosanna Gambini 214

Diritti fondamentali (tutela dei)

◊ Presunzione di innocenza e questioni preliminari di rito (*C. giust. UE, Prima Sezione, 19 settembre 2018, causa C-310/18 PPU*) 35

◊ *Passenger Name Records*, *privacy* e accertamento penale / *Passenger Name Records, privacy and criminal proceedings*, di Paolo Troisi 159

Intercettazioni di comunicazioni

◊ La captazione dei colloqui difensivi: novità legislative e ruolo della polizia giudiziaria / *Interception of lawyer-client dialogues: legislative changes and role of the judicial police*, di Giorgia Padua 179

◊ La testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto delle conversazioni intercettate: quando la prassi dimentica il valore del principio di legalità della prova / *Police officers as witnesses about conversations obtained by wiretapping: when pratice forgets the value of the principle of legality of evidence*, di Agata Ciavola 222

Messa alla prova

◊ Sì alla sospensione del procedimento con messa alla prova a seguito di nuova contestazione di una circostanza aggravante (*C. cost., sent. 21 marzo 2018, n. 141*), con nota di Leonardo Nullo 46

Misure cautelari

– impugnazioni

◊ Nessuna preclusione all'istanza di revoca della misura cautelare reale, e al conseguente appello, se non è stato proposto riesame (*Cass., sez. un., 11 ottobre 2018, n. 46201*) 40

◊ L'appello avverso una misura interdittiva, revocata per effetto delle condotte riparatorie di cui art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001, si celebra in udienza camerale e non può essere dichiarato inammissibile *de plano* (*Cass., sez. un., 14 novembre 2018, n. 51515*) 42

Misure di prevenzione

◊ Non è configurabile il reato di violazione degli obblighi inerenti la sorveglianza speciale senza rivalutazione della pericolosità quando l'esecuzione della misura sia stata sospesa per effetto di una detenzione di lunga durata (*Cass., sez. un., 13 novembre 2018, n. 51407*) 40

Ordinamento penitenziario

◊ Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103 (*D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 «Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103»*) 14

◊ Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103 (*D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124 «Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103»*) 16

◊ Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103 (*D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121 «Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103»*) 16

◊ Illegittima prosecuzione del cd. "carcere duro" in presenza di gravi condizioni di salute del detenuto (*Corte e.d.u., 25 ottobre 2018, Provenzano c. Italia*) 31

◊ Sull'allontanamento del padre ammesso alla detenzione domiciliare ordinaria (*C. cost., sent. 25 ottobre 2018, n. 211*) 37

◊ Cade il divieto di cucinare cibi per i detenuti in regime differenziato (*C. cost., sent. 26 settembre 2018, n. 208*) 38

◊ Illegittimi gli sbarramenti di accesso all'assistenza in esterno alla prole per le condannate *ex* art. 4-bis ord. penit. (*C. cost., sent. 4 luglio 2018, n. 174*), con nota di Maria Chiara Saporito 61

Perquisizioni

◊ Assenza di uno strumento riparatorio contro la perquisizione arbitraria (*Corte e.d.u., 27 settembre 2018, Brazzi c. Italia* 29

Protezione internazionale

◊ Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate (*L. 1 dicembre 2018, n. 132 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, …»*) 13

Revisione
◊ I recenti orientamenti in tema di revisione delle sentenze di proscioglimento con condanna al risarcimento / *The recent case law on the revision of the judgments on damages*, di Francesca Delvecchio 202

Riforma del processo penale
◊ La Delega al Governo per la riforma del codice di procedura penale (D.d.l. S. 802 «*Delega al Governo per la riforma del codice di procedura penale*») 26

Sanzioni
◊ Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro gli enti / *To punish or to reintegrate? Minimum perspectives about punishment versus legal entity*, di Adolfo Scalfati 7
◊ Abolizione della pena dell'ergastolo (D.d.l. C. 834 «*Modifiche al codice penale concernenti l'abolizione della pena dell'ergastolo*») 25
◊ Doppio binario: sanzioni e misure di prevenzione o di sicurezza (*Corte e.d.u., 8 novembre 2018, Serazin c. Croazia*) 34

Sequestro probatorio
◊ Le Sezioni Unite ribadiscono la necessità di motivare il sequestro probatorio (*Cass., sez. un., 27 luglio 2018, n. 36072*), con nota di Maria Francesca Cortesi 140

Soglie di punibilità
◊ La controversa natura delle soglie di punibilità / *The controversial juridical nature of the limits of penal liability*, di Carlo Longari 249

Testimoni di giustizia
◊ La legge sui testimoni di giustizia: non più figli di un Dio minore / *The law on the witnesses of justice n. 6 of 2018: no more children of a minor God*, di Nicola Russo 189